

**Ankara Hacı Bayram  
Veli Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi**

ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram  
Veli University  
Faculty of Law Review**

ISSN (online) 2667-4068

---

**Cilt XXV, Ocak 2021, Sayı 1  
Vol. XXV, January 2021, No. 1**

---

**Ankara 2021**

# ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University  
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

**Sahibi : Owner :**

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü\* Editor in Chief\*\***

Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN

**Editörler\*: Editors\*\* :**

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdulkemim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdulkemim YILDIRIM

**Editör Yardımcıları Deputy Editors**

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist.Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Arş. Gör. Dr. Bilge AYTUĞAR Res. Assist.Dr. Bilge AYTUĞAR

**Yayın Kurulu\*: Editorial Board\*\* :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Bu dergi yılda dört defa yayımlanır. This journal is published four times a year.

**Yayın Sekreteri / Secretary of Publication**

Günay KANDEMİR

**ISSN-2651-4141 ISSN (online) 2667-4068**

**Tasarım - Dizgi:** Kemal ERDOĞAN

**Basım Yeri:** Asil Organizasyon A.Ş.

Aşağı Öveçler Mahallesi, 1332. Sk. No:7/8, 06460 Çankaya/Ankara

Tel: 0312 911 27 45 **Basım Tarihi:** Ocak 2021

\* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

\*\* Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 21 13 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr>  
e-posta: [hukukdergi@hbv.edu.tr](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr) - [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com), [hukukdergi@gazi.edu.tr](mailto:hukukdergi@gazi.edu.tr).

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.

ASOS  
indeks



CiteFactor  
Academic Scientific Journals



#### DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kadir ARICI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	İ. D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK  
FAKÜLTESİ DERGİSİ (AHBVÜ-HFD)  
YAYIN KURALLARI**

**Dergi Hakkında**

- Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AHBVÜ-HFD), “*Hakemli Dergi*” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. ULAKBİM ve CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır. Cilt XX Sayı 3’ten itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir.
- Cilt XXIII Sayı 1 itibarıyla dergide yayımlanan makalelere DOI numarası verilmektedir.
- Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler ve çeviriler dışında, kitap incelemesi ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca değerlendirilir.
- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.

**Dergiye Makale Gönderimi ve Kabulü Hakkında**

- Makaleler dergiye elektronik posta yoluyla gönderilir. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kurum bilgileri, ORCID numarası ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
- Dergiye her zaman makale gönderilebilir. Editörler Kurulu, hakem süreci olumlu sonuçlanan makalelerin çıkacak ilk sayıda veya yoğunluk durumuna göre bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir.
- Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “*basıma*” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulunca yapılan ön incelemede, düzeltilebilir eksikliklerin bulunduğu makaleler, düzeltilmesi için yazara geri gönderilir. Ancak bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığının veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar reddedilir.
- Ön inceleme aşamasında makaleler intihal tarama programında taranır.

Azamî %10 benzerlik oranına (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %2 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) sahip olan makaleler hakkında sürece devam edilebilir.

- Editörler kurulunca ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “*Makale ID*” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu, makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
- Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda makale tekrar hakem denetiminden geçirilebilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi’ne ait olur. Yazarlar telif haklarını Üniversite’ye devretmiş sayılır; yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.

### **Makale Yazım Kuralları**

- **Yazı karakteri ve boyutu:** Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Makalenin ana metni Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda olmalıdır.

Dipnotlar tek satır aralığı ile Times New Roman 10 punto, normal stil olarak sayfa sonunda verilir.

- **Sözcük veya Sayfa Sınırlaması:** Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
- **Türkçe ve İngilizce başlık:** Dergiye gönderilen makalelerde Türkçe başlığın yanı sıra büyük harflerle ve İngilizce yazılmış bir başlık bulunmalıdır. Türkçe ve İngilizce dışında bir dilde yazılmış olan makalelerde ayrıca Türkçe ve İngilizce başlığa yer verilmelidir.

- **Türkçe ve İngilizce özet ve anahtar kelimeler:** Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir.

Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak, İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir. Yazar, isterse İngilizce öze ek olarak Almanca ya da Fransızca öz de ekleyebilir.

Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde öz ile Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dildeki makale İngilizce değilse İngilizce özün ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.

- **Atıf kuralları ve Kaynakça:** Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Bunun dışında kısaltmalar cetveline ya da yararlanılan mahkeme kararları listesine gerek yoktur. Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.
- Yararlanılan kaynaklar dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:

#### **Kitaplar:**

Ad Soyad, *Kitap Adı*, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.

**Örnek:** Rıza Ayhan, *Ticarî İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.

- Tekrar eden atıflar ise şu şekilde gösterilmelidir:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

**Örnek:** Ayhan, s. 90.

- Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

**Örnek:** Ayhan, *Ticari İşletme*, s. 213.

Ayhan, *Kâr Payı*, s. 100.

#### **Kitap Bölümleri:**

Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı” in Editör(ler) Adı (ed /eds), *Kitap Adı*, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.

**Örnek:** Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle

Borç İlişkisi” in Erol Ulusoy (Ed.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.

### **Makaleler:**

Ad Soyad, “Makale Adı”, Yıl, Cilt (Sayı), Dergi Adı, Atıf Yapılan Sayfa.

**Örnek:** Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 293.

- İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir:

**Örnek:** Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimarı”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 35, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/1330/15679>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

- Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir. Makalelerin sayfa aralığı gösterilir:

**Örnek:** Ayhan R, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi 2007.

**Örnek:** Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi, 2015, 64(1), AÜHFD, s. 237-266, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/article/510636>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

**İletişim Adresi:** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4

(Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANKARA

**Tel:** (312) 216 21 13

**Faks:** (312) 215 01 69

**web:** <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

**e-posta:** [hukukdergi@hbv.edu.tr](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr) - [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com)

**ANKARA HACI BAYRAM VELI UNIVERSITY FACULTY OF LAW  
REVIEW (AHBVÜ-HFD) EDITORIAL POLICY**

**About the Journal**

- Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review (AHBVÜ-FLR) is published four times per year under the status of “peer-reviewed journal” and indexed by ULAKBIM and CiteFactor. Since Vol. XX No. 3 “double peer-review” system has been introduced.
- DOI number is assigned to all articles since Vol. XXIII No. 1.
- In addition to peer-reviewed articles and translations, the journal can also publish book reviews and judicial decision analysis. Such works are evaluated by the editorial board.
- Articles in Turkish, English, German or French languages are accepted.

**About Submission and Acceptance of Articles to the Journal**

- Articles are sent to the journal via e-mail. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published. Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
- Names of the authors, their ORCID numbers, institutions and e-mail addresses should be provided clearly and correctly along with the article.
- Articles can always be sent to the journal. The Editorial Board may decide to publish articles with positive results in the first issue or in the next issue depending on the journal’s density.
- It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and the articles are ready to be published. In the preliminary examination made by the editorial board, the articles with correctable deficiencies are returned to the author for correction. However, manuscripts that do not comply with the scientific (field-based control) criteria and journal rules or that have more than usual spelling mistakes are rejected.
- During the pre-examination of the Editorial Board, the articles are scanned in the plagiarism screening program. Articles that have a maximum similarity rate of 10% (excluding bibliographic materials, quotations and minor resources of 2%) are accepted.



- After the pre-examination phase the articles are sent to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format. An “Article ID” number is given to the articles sent to reviewers. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not given information about which referees the article has been sent to.
- If the reviewers demand corrections, the author may amend the article only in reference to these corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewers’ wish. If the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. If the article is declined by one reviewer but accepted by other, then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author will be informed regarding the circumstance.
- All publishing rights of articles that are accepted to be published, including full-text publication online, but not limited to it, will belong to Ankara Hacı Bayram Veli University. Authors are assumed to have transferred these rights to the University and they are not paid any royalties.

### **Article Writing Rules**

- **Font and size:** Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style.
- **Word or page limitation:** Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.
- **Turkish and English title:** In addition to the Turkish title, the articles submitted to the journal should include a title in English and in capital letters.
- **Turkish and English abstracts and keywords:** Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstract comprised of minimum 100 maximum 200 words and five keywords in the languages of the abstracts. If the article is in Turkish; an abstract in English must also be supplemented in addition to an abstract in Turkish. When desired, the author will add an abstract in German or French in addition to an abstract in English.

If the article is not in Turkish; it must be accompanied by an abstract in this foreign language and an abstract in Turkish. If the article is in a foreign language except English, an abstract in English and in Turkish must also be supplemented.

- **Citation rules and Bibliography:** Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. There is no need for a list of abbreviations or a list of court decisions. If there are no rules in the citation style detailed below, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system should be followed.
- The resources cited should be indicated in the footnotes as follows:

**Books:**

Name Surname, Title, Edition, Publisher, Year, Cited Page.

**Example:** Rıza Ayhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, 2007, p. 89.

- Repetitive citations should be shown as follows:

Surname, Cited Page.

**Example:** Ayhan, p. 89.

- If more than one material of the same author are referred, title of the materials should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

**Example:** Ayhan, *Ticari İşletme*, p. 213.

Ayhan, *Kâr Payı*, p. 100.

**Contributions to edited books:**

Name Surname, “Title”, in Editor’Name (ed), Book Title, Publisher, Year, Cited Page.

**Example:** Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi” in Erol Ulusoy (Ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Bilge Yayınevi, 2016, p. 143.

**Articles:**

Name Surname, “Title of the Article”, Year, Volume (Number), Title of the Journal, Cited Page.

**Example:** Cumhur Şahin, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, p. 293.

- URLs of online resources should be indicated in brackets along with the date of access.

**Example:** Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimarı”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, p. 35, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/1330/15679>> Date accessed 15 Aralık 2020.

- At the end of the article, there should be a bibliography listing the resources used in the article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging. The bibliography first includes the surname of the author, then the first letter of the name. The page range of articles is shown:

**Example:** Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi, 2015, 64(1), AÜHFD, pp. 237-266, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/article/510636>> Date accessed 15 Aralık 2020.

**Contact Information:** Ankara Hacı Bayram Veli University  
Faculty of Law Emniyet Mah.  
Muammer Bostancı Cad. No: 4  
(Beşevler Metrosu Yakını)  
Beşevler/ANKARA/TURKEY

**Tel:** +90 312 216 21 13

**Fax:** +90 312 215 01 69

**web:** <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

**e-mail:** [hukukdergi@hbv.edu.tr](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr), [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com)



**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**

**Cilt XXV**

**Ocak 2021**

**Sayı 1**

**İ Ç İ N D E K İ L E R**

**MAKALELER\***

**ÖZEL HUKUK**

Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteminin İlk Derece Mahkemesi Tarafından Reddi Kararı Kesin midir? <b>Hayrettin ÇAĞLAR</b> .....	3-18
Medeni Usûl Hukukunda Hükümün (Nihai Kararların) Tamamlanması <b>Tolga AKKAYA</b> .....	19-60
Pasif Yönetim Kurulu Üyesi, İcrada Görevli Olmayan Yönetim Kurulu Üyesi ve Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesinin Karşılaştırılması <b>Özge AYAN</b> .....	61-98
Briç Kart Oyunu Bir Spor Dalı mıdır? Avrupa Birliği Hukuku Açısından Bir Değerlendirme <b>Tolga CANDAN</b> .....	99-134
İngiliz Hukukuna Göre Bir Objektif Sorumluluk Hali Olarak Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu <b>İhsan HÜSEYİN</b> .....	135-164
Limited Şirketlerde Çıkma, Çıkarma ve Ayrılma Akçesi <b>Burçak TATLI</b> .....	165-210
Haksız Fiilden Doğan Talep Haklarına Uygulanacak Hukukun Tespitinde “Fer’i Bağlanma” Yöntemi <b>Onur Can SAATCIOĞLU</b> .....	211-242
7226 Sayılı Kanun Geçici Madde 1’in Çek İbraz Sürelerine Etkisi <b>Sinan SARIKAYA / Merve SARIKAYA</b> .....	243-266

\* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Aynı İkame İlkesi ve Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi  
**Büşra CÖMERT AKBAY**.....267-312

Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve  
Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri  
**Hasan ALTINDAL/ Yusuf Enes ARSLAN** .....313-352

## KAMU HUKUKU

Freiheit Und Sicherheit Im Kontext Der Versammlungs-,  
Demonstrations- Und Reisefreiheit Im Türkischen Recht  
**İzzet ÖZGENÇ / İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI** .....355-388

San Francisco Konferansı Görüşmeleri ve Birleşmiş Milletler  
Kararları Işığında Self-Determinasyon Kavramının İncelenmesi  
**Şahin Eray KIRDIM / Atahan DEMİRKOL** .....389-430

Bir Tehlike Suçu Olarak “Gürültüye Neden Olma”  
(TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler  
**Mehmet MADEN** ..... 431-470

Toplumsal Cinsiyet Algısı Bağlamında Kamu Kurumlarında  
İstihdam Edilen Memur ve İşçilerin Ebeveynlik Kaynaklı  
İzin Haklarına İlişkin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme  
**Murat Buğra TAHTALI**.....471-512

Rus Tipi Başkanlık Modeline Giden Yolda 1918 Rusya  
ve 1924, 1936, 1977 SSCB Anayasasında Karma Kuvvetler  
Birliğinin Uygulanması ve Sorunları  
**Davut ÖZYURT** .....513-550

İdari Yargıda Tanık Delili  
**Çolpan Mücahit KÜÇÜK**.....551-572

**Ankara Hacı Bayram Veli University**  
**Faculty of Law Review**

**Vol. XXV**

**January 2021**

**Number 1**

**C O N T E N T S**

**ARTICLES\***

**PRIVATE LAW**

<i>Is The Decision Of Rejection Of The Special Request In Jointstock Companies Made By The Court Of First Instance Considered As Final Decision?</i> <b>Hayrettin ÇAĞLAR</b> .....	<b>3-18</b>
<i>Amendment Of Final Judgments Of The Courts In Civil Procedure Law</i> <b>Tolga AKKAYA</b> .....	<b>19-60</b>
<i>Comparison Of The Member Of The Passive Board Of Directors, The Member Of The Non-Executive Board And The Independent Board Of Directors</i> <b>Özge AYAN</b> .....	<b>61-98</b>
<i>Is Bridge The Card Game A Sports Branch? An Evaluation From The Viewpoint Of European Union Law</i> <b>Tolga CANDAN</b> .....	<b>99-134</b>
<i>The Responsibility Of Animal Owner As A Form Of Strict Liability In English Law</i> <b>İhsan HÜSEYİN</b> .....	<b>135-164</b>
<i>Resignation, Exclusion From Limited Liability Companies And Financial Settlement</i> <b>Burçak TATLI</b> .....	<b>165-210</b>
<i>Accessory Connection In Determining The Applicable Law On Tort Claims</i> <b>Onur Can SAATCIOĞLU</b> .....	<b>211-242</b>

\* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

<i>The Effect Of Provisional Article 1 Of The Code No 7226 On The Check Submission Periods</i>	
<b>Sinan SARIKAYA / Merve SARIKAYA .....</b>	<b>243-266</b>
<i>The Principle of Real Subrogation and Shared Separate Property Regime</i>	
<b>Büşra CÖMERT AKBAY.....</b>	<b>267-312</b>
<i>Digital Inheritance In Turkish Law: Encountered Problems And Some Solution Proposals In The Framework Of International Implementations</i>	
<b>Hasan ALTINDAL/ Yusuf Enes ARSLAN .....</b>	<b>313-352</b>

## PUBLIC LAW

<i>Freiheit Und Sicherheit Im Kontext Der Versammlungs-, Demonstrations- Und Reisefreiheit Im Türkischen Recht</i>	
<b>İzzet ÖZGENÇ / İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI .....</b>	<b>355-388</b>
<i>The Examination Of The Concept Of Self-Determination In The Light Of The San Francisco Proceedings And The United Nations Resolutions</i>	
<b>Şahin Eray KIRDIM / Atahan DEMİRKOL .....</b>	<b>389-430</b>
<i>“Causing Noise” (TCC, Art. 183) As A Danger Crime And General Opinions On The Danger Crimes</i>	
<b>Mehmet MADEN .....</b>	<b>431-470</b>
<i>Comparative Analysis Of ‘Parental Rights To Leave’ Of Public Service Employees In The Contextual Perception Of Sociatal Gender Bias</i>	
<b>Murat Buğra TAHTALI.....</b>	<b>471-512</b>
<i>On The Way To Russian Type Presidential System The Application And Problems Of The Theory Of Structural Unity-Functional Separation Of Powers In The Russian Constitutions Of 1918 And The Ussr Constitutions Of 1924,1936,1977.</i>	
<b>Davut ÖZYURT .....</b>	<b>513-550</b>
<i>Witness Evidence In Administrative Jurisdiction</i>	
<b>Çolpan Mücahit KÜÇÜK.....</b>	<b>551-572</b>



**ÖZEL HUKUK >>**

BOŞ

# ANONİM ŞİRKETLERDE ÖZEL DENETİM İSTEMİNİN İLK DERECE MAHKEMESİ TARAFINDAN REDDİ KARARI KESİN MİDİR?

Hayrettin ÇAĞLAR\*

## ÖZ

*Anonim şirketlerde pay sahiplerine belirli konularda özel denetim isteme hakkı tanınmıştır. Bu hak öncelikle genel kurulda ileri sürülmeli, genel kurul tarafından talebin kabul edilmemesi halinde ise azınlık pay sahipleri tarafından mahkemeye başvurulmalıdır. Azınlığın özel denetim talebiyle ilgili olarak Asliye Ticaret Mahkemesince karar verilmelidir. 6102 sayılı TTK m. 440 hükmüne göre mahkeme talebi kabul ederek özel denetçi atayabilir. Bu halde mahkeme kararı kesindir. Anılan hükümde mahkeme tarafından özel denetim talebinin reddi halinde kararın kesin olup olmadığına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay'ın her iki halde de mahkeme kararının kesin olduğu şeklindeki yaklaşımı ise azınlık haklarını daraltmaktadır. Kanun yollarına başvurma hakkını kısıtlayan TTK m. 440/2 hükmünün dar yorumlanması bu sorunu ortadan kaldırabilir.*

**Anahtar Kelimeler:** anonim şirketler, özel denetim, denetçi atanması, mahkeme kararının kesin olması, kanun yolları.

## **IS THE DECISION OF REJECTION OF THE SPECIAL REQUEST IN JOINTSTOCK COMPANIES MADE BY THE COURT OF FIRST INSTANCE CONSIDERED AS FINAL DECISION?**

### **ABSTRACT**

*Shareholders in joint stock companies have been given the right to request special audit on certain issues. This right must first be brought forward in the general assembly, and if the request is not accepted by the general assembly, the minority shareholders must apply to the court. The minority's request for special audit must be decided by the Commercial Court of First Instance. According to Art. 440 of Turkish Commercial Code (TCC) Law No. 6102, the court can accept the request and appoint a special auditor. In this case, the court decision is final. In the above-mentioned*

---

\* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi /ANKARA **e-posta:** hayrettin.caglar@hbv.edu.tr

**ORCID:** 0000-0001-5203-5684

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.870927

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 08/01/2021

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 25/01/2021

*provision, it is not regulated whether the decision is final in case the special audit request is rejected by the court. The Supreme Court's approach that the decision of the court is final in both cases, narrows the minority rights. With strict interpretation of Art. 440/2 TCC, which restricts the right to apply for legal remedies, this problem may be resolved.*

**Keywords:** *stock companies, special audit, assignment of auditor, finalization of court decision, legal remedies.*

## I. GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümlerine göre, anonim şirket pay sahipleri önceden bilgi edinme ve inceleme hakkını kullanmış olmaları koşuluna bağlı olarak genel kurulda özel denetim talep edebilirler (m. 438). Bu talep genel kurulda kabul edilerek mahkemece özel denetçi tayin edilmek suretiyle pay sahiplerinin özel denetim isteği yerine getirilebilir. Ancak uygulamada pay sahiplerinin özel denetim talebi genel kurulda çoğunluk tarafından reddedilmekte ve azınlığın mahkemeye başvurarak özel denetim yapılmasını istemekten başka çaresi kalmamaktadır. İşte bu halde Asliye Ticaret Mahkemesinin **vereceği kararın kesin olup olmadığı** konusunda doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşler ileri sürülmekte ve konu tartışılmaktadır. Tartışma, anonim şirketler yanında limited şirketler için de önem taşımaktadır. Zira kanun koyucu, limited şirketlerde özel denetim hakkında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda doğrudan bir düzenleme yapmak yerine m. 635 hükmünde yer alan yollama gereği, anonim şirketlerde özel denetime ilişkin hükümlerin limited şirketlere de uygulanmasını tercih etmiştir. Bu sebeple, anonim şirkette özel denetim isteminin ilk derece mahkemesi tarafından reddi halinde bu kararın kesin olup olmadığına ilişkin tartışma aynen limited şirketler için de geçerlidir.

Anonim şirketlerde özel denetim konusu başlı başına bir monografik çalışmanın konusu olacak kadar geniş olduğundan biz aşağıda sadece özel denetimin temel esaslarını zikrederek somut soruna ilişkin değerlendirmelerde bulunacağız.

## II. ANONİM ŞİRKETLERDE ÖZEL DENETİMİN ESASLARI

Anonim şirketlerde genel kuruldan özel denetçi atanmasını isteme hakkı, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (m. 348) sadece azınlık pay sahiplerine

tanınan bir hak olmasına karşılık, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda her pay sahibine verilmiştir (m. 438).<sup>1</sup>

TTK m. 438 hükmünde, özel denetçi atanması hususunda birtakım maddi şartların varlığının arandığı görülmektedir. Özel denetim talebinde bulunabilmek için öncelikle pay sahiplerince bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olması gerekmektedir. Buna ek olarak özel denetimin, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olması şartı da aranmaktadır. Başka bir ifade ile pay sahibinin oyunu kullanabilmesi için gerekli bilgiyi alabilmesi, özel denetim ile mümkün olabilmelidir. Son olarak özel denetimin konusunun belirli olması gerekmektedir. Kanun koyucunun bu şartları aramakta gözettiği amaç, özel denetim hakkının kötüye kullanılması ve şirkete zarar verilmesi tehlikesinin önüne geçilmesidir<sup>2</sup>.

TTK'nın 438. maddesi 1'inci fıkrası uyarınca her pay sahibi genel kuruldan, gündemde olmasa dahi, belirli olayların özel denetim suretiyle açıklığa kavuşturulmasını isteyebilir. Genel kurul tarafından talebin yerinde görülmesi halinde, şirket veya istemde bulunan pay sahiplerinin talebi ile bu kez Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından özel denetçi olarak görev yapacak kişilerin belirlenmesi gerekir. Buna karşılık özel denetçi atanması talebini genel kurulun reddetmesi durumunda ancak azınlık pay sahipleri veya paylarının itibari değeri en az bir milyon TL olan pay sahipleri<sup>3</sup> mahkemeye başvurarak özel denetçi atanmasına yönelik taleplerini ileri sürebilecektir (TTK m. 439)<sup>4</sup>.

Özel denetçi atanması hususunda, genel kurulun özel denetçi atanması talebini kabul edip etmemesine göre iki farklı ihtimal söz konusu olabilir. Bu iki ihtimale göre mahkemeye iletilecek talebin içeriği ve niteliği de değişmektedir. Şöyle ki, TTK'nın 439. maddesi, genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde mahkemeye başvurabilecek olan kimseleri, halka

---

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Özdamar, Anonim Şirketlerde Özel Denetim/ULUSOY Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, 2. Baskı, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2016, s. 270vd.

<sup>2</sup> Bkz. m. 338 gerekçesi. Ayrıca bkz. Soner Altaş, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 594, 595.

<sup>3</sup> İsviçre hukukunda 19.06.2020 tarihinde kabul edilen reform kanunu ile halka açık olmayan anonim şirketlerde dava açma hakkına sahip olanlar arasına oy haklarının yüzde onuna sahip olanlar da eklenmiştir (Art.697d nOR). Ayrıntılı bilgi için bkz. D. Gericke/A. Müller/ D. Häusermann/N. Hagemann, Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 2020, s. 323vd.

<sup>4</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 395.

açık olmayan anonim şirketlerde sermayenin en az onda birini oluşturan veya paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon TL olan pay sahipleri ile sınırlamaktadır. Bu sebeple doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüş, TTK'nın 439. maddesinde hükme bağlanan özel denetim davası açma hakkının bir azınlık hakkı olduğu yönündedir<sup>5</sup>.

### **III. ÖZEL DENETİM TALEBİ HAKKINDA GENEL KURUL KARARI**

#### **A. ÖZEL DENETÇİ ATANMASI İSTEMİNİ GENEL KURULUN KABUL ETMESİ**

Pay sahibinin özel denetçi atanmasına ilişkin talebinin genel kurul tarafından kabul edilmesi üzerine, anonim şirket veya pay sahibi, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine özel denetçi atanması (tayin edilmesi) talebi ile başvurabilecektir. Asliye ticaret mahkemesine başvurulması hususunda şirket tüzel kişiliği veya pay sahiplerine tanınan başvuru süresi otuz gündür (TTK m. 438/2). Burada esasen mahkemeden özel denetçi olarak görev yapacak kişinin belirlenmesi talep edilmektedir.

Genel kurulun özel denetçi atanması istemini kabul etmesi halinde mahkemeye yapılan başvurunun bir çekişmesiz yargı işi olduğu kabul edilmelidir<sup>6</sup>. Bir işin çekişmesiz yargı işi olup olmadığının belirlenmesi hususunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesi incelenmelidir. Söz konusu maddede üç ölçüt belirlenmiş ve bu ölçütlerden birine veya birden çoğuna dahil edilebilen bir işin çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir. Buna göre bir iş hakkında; 1) ilgililer arasında uyuşmazlık olmaması 2) ilgililerin ileri sürülebilecek herhangi bir hakkının bulunmaması 3) hâkimin kendiliğinden harekete geçtiği hallerden biri olması, kriterlerinden birine dahil edilebilmesi halinde çekişmesiz yargı işi söz konusu olacaktır (HMK m. 382)<sup>7</sup>. Genel kurulun özel denetçi atanması istemini kabul etmesi ve bunun üzerine mahkemeye denetçinin belirlenmesi için başvurulması halinde

<sup>5</sup> Arslan Kaya, Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi, C: XXXI, S: I BATİDER, 2015, s. 68. Benzer şekilde Şirin Güven, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim, C: VII, S: II, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, s. 136. Gözde Engin Günay, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetim, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 61.

<sup>6</sup> Aynı yönde Engin Günay, s. 64; Fatih Yurtbaşı, Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 184-186; Güven, s. 152.

<sup>7</sup> Ayrıca bkz. Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 80-81

özel denetim isteyen pay sahibi ile anonim şirket arasında bir uyuşmazlık bulunmadığı gibi, pay sahiplerinin ileri sürebileceği herhangi bir hakkı da bulunmamaktadır. İşte bu sebeplerle söz konusu işin çekişmesiz yargı işi olduğunu kabul etmek doğru olacaktır. Dolayısıyla TTK m. 438/2 hükmüne göre mahkemeden özel denetçinin belirlenmesini talep etme işlemi HMK m. 382 hükmüne göre çekişmesiz yargı işidir.

## **B. ÖZEL DENETÇİ ATANMASI İSTEMİNİ GENEL KURULUN REDDETMESİ**

Özel denetçi atanması istemini genel kurulun reddetmesi halinde azınlık pay sahiplerinin veya paylarının itibarı değeri toplamı en az bir milyon TL olan ortakların, üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atamasını talep etme yetkisi bulunmaktadır (TTK m. 439). Bu halde mahkemeden istenen TTK m. 438/2 hükmünde olduğu gibi sadece özel denetçilerin kim olacağını belirlenmesi değil; özel denetim isteme hakkının koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenerek, şartların varlığına kanaat getirilmesi halinde özel denetçi tayin etmesidir<sup>8</sup>.

Görüldüğü üzere pay sahipleri tarafından özel denetçi atanması isteme hakkının kullanılması ve genel kurulun bu talebi kabul etmesi halinde mahkeme sadece özel denetçiyi belirlemede, talebin genel kurulca reddedilmesi halinde ise özel denetim isteme koşullarının oluşup oluşmadığını inceleyerek olumlu kanaate varırsa, özel denetçi atamaktadır. Dolayısıyla mahkemenin vereceği kararın hukuki niteliğinin ve içeriğinin belirlenmesinde genel kurulun verdiği kararın belirleyici olduğu açıktır. Başka bir ifade ile genel kuruldan çıkan kararın olumlu veya olumsuz olması mahkeme tarafından verilecek kararın niteliğine de etki edecektir.

Genel kurulun özel denetçi atanması talebini reddetmesi halinde mahkemeye yapılan başvurunun hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

*Domaniç*,<sup>9</sup> mahkemeye yapılan başvurunun hiçbir uyuşmazlığı

---

<sup>8</sup> Aynı görüşte *Kaya* TTK m. 439 hükmüne göre özel denetçi atanması talebinde bulunduğu hallerde m. 438 hükmünde yer alan özel denetim isteme koşullarının aranmayacağını dile getirmektedir, s. 68, 70. Karşı görüş için bkz. Ünal Tekinalp, *Özel Denetim Talebinin Genel Kurul Tarafından Kanuna Uygun Olarak Reddedilmesi Halinde AO'nun Kendini Koruması Sorunu*, Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul 2019, s. 1282.

<sup>9</sup> Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II*, İstanbul, Temel Yayınları, 1988, s. 749.

çözmekle birlikte en fazla delil tespiti ya da bir tedbir niteliğinde kalan bir talep olduğunu belirtmektedir. Yazar, buradan hareketle özel denetçi atanması sonucunda verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğini kabul etmektedir. Fakat bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Zira mahkemenin vereceği karar ile aslında taraflar arasındaki uyuşmazlık tamamen çözülmektedir. Gerçekten de mahkemenin vereceği karar sonucunda ya özel denetçi atanacaktır ya da atanmayacaktır ve bu sayede uyuşmazlık azlık pay sahiplerinin lehine veya aleyhine olmak üzere sonuçlanacaktır.

*Paslı*' ya göre genel kurulun özel denetçi atanmasına ilişkin talebi reddetmesi üzerine mahkemeye yapılan başvurunun eda davasına benzer özellikleri ön planda olsa da kimi özellikleri açısından bu talep eda davasından ayrılmaktadır.<sup>10</sup> Yazara göre bu talep kendine özgü (*sui generis*) bir taleptir. İlk olarak eda davasında yapma ediminin karşısındaki taraf davalı olmasına rağmen özel denetçi atanması için mahkemeye başvurulması halinde özel denetçiyi atayacak olan makam mahkemedir. Buna ek olarak eda davasında, eda hükmünün kesinleşmesi ile mahkemenin görevi son bulurken özel denetçi atanmasına ilişkin kararın verilmesinin ardından mahkemenin görevi devam etmektedir. Fakat bu talebin *sui generis* bir talep olduğunun kabul edilmesi, gündeme gelen tartışmalara son verme kabiliyetinden uzaktır. Bu sebeple anılan görüş pratik anlamda bir yarar sağlamamaktadır.

Bazı yazarlar<sup>11</sup> genel kurulun özel denetçi atanması talebini reddetmesi üzerine azınlığın mahkemeye yapacağı başvurunun da bir çekişmesiz yargı işi olduğunu kabul etmektedir. Genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi ile artık şirket ve özel denetim isteyen ortaklar arasında bir uyuşmazlık söz konusu olmaktadır. Bu sebeple burada, genel kurulun bu istemi kabul ettiği hallerdeki gibi, uyuşmazlık olmaması sebebiyle bu işin çekişmesiz yargı işi olduğunu kabul etmek doğru olmayacaktır. Fakat, bu görüşü savunan yazarlar burada HMK m.382/1-b uyarınca sübjektif hak yokluğu sebebi ile bir çekişmesiz yargı işi olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>12</sup>. Bu görüşü savunanlara göre özel denetim hakkı tali hak olduğundan özel denetçi atanması sonucunda azlığa herhangi bir hak intikali olmayacaktır. Bu nedenle talebin HMK'nın m. 382/1-b bendinde düzenlenen, ilgililerin ileri sürebileceği

<sup>10</sup> Ali Paslı, Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, 636-637.

<sup>11</sup> Engin Günay, s. 79.

<sup>12</sup> Engin Günay, s. 79.



bir hak bulunmaması, yani sübjektif hak yokluğu kriterine sokularak bir çekişmesiz yargı işinin meydana getirildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu görüşe katılmak da pek mümkün değildir. Çünkü yukarıda açıklandığı üzere, genel kurulun özel denetim talebini kabul etmesi veya etmemesine bağlı olarak özel denetim talep etme hakkının niteliği de değişmektedir. Genel kurulun özel denetim talebini kabul etmesi halinde, ortaya çıkan bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Fakat, genel kurulun bu istemi reddetmesi halinde genel kurulun özel denetim talebini reddetmesine sebebiyet veren şirket menfaatleri ve azınlık pay sahipleri menfaatleri çatışmaktadır. Ayrıca TTK'nın 439. maddesi bir azınlık hakkı niteliğinde olduğundan özel denetim isteme hakkı sübjektif hak yokluğu kriterine başvurulmasını da imkânsız hale getirmektedir. Bu gerekçe ile burada bir çekişmesiz yargı işi bulunduğunu kabul etmek doğru olmayacaktır.

Doktrinde mahkemeye yapılan başvurunun bir eda davası niteliğinde olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır<sup>13</sup>. Bu görüş uyarınca mahkemenin kararının pay sahipleri ve genel kurul arasındaki uyuşmazlığı çözecek nitelikte olmasından bahisle bunun bir eda davası olduğunu kabul etmek gerekir. Fakat eda ediminin niteliğinin bir “yapma edimi” olduğu kabul edilecek olursa, yukarıda söz konusu talebi *sui generis* bir talep olarak niteleyen yazarların bu görüşe getirdiği eleştiriler geçerliliğini koruyacaktır. Gerçekten de burada bir “yapma edimi” bulunduğunun kabul edilmesi halinde bu talebin eda davasından ayrılan nitelikleri göze çarpmaktadır. Bu sebeple yazarlar burada bir eda davası olduğunu kabul etmekle beraber esasında bir yapmama ediminin söz konusu olduğunu ileri sürmektedir<sup>14</sup>. Çünkü davanın kabul edilmesi ile ortaklık özel denetimin gerçekleşmesine katılma borcu altına girecektir.

TTK'nın 439. maddesi dilekçe sahiplerinin, kurucuların veya şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koymaları halinde özel denetçi atanacağını düzenlemektedir. İhlalin ikna edici bir şekilde ortaya konulması, ihlalin kesin delillerle ispatlanması şeklinde anlaşılmalıdır. Mahkeme, ilgililerden gelen talep üzerine bütün maddi ve şekli şartların varlığını tetkik ederek kendisine sunulan delillerin “ikna edici” olup

---

<sup>13</sup> Erdoğan Moroğlu, Makaleler, Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 82; benzer şekilde, Ömer Özkan, Türk ve İsviçre Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması, C: XX, S: II, BATİDER, 1999, s. 33.

<sup>14</sup> Yurtbaşı, s. 225, 226.

olmadığına göre karar verecektir. Başka bir ifade ile “ikna edicilik” unsuruna göre hareket edecek olan mahkeme, yeterli delil ve emarelerin sunulup sunulmamasına göre bir karar verecektir<sup>15</sup>. Fakat doktrinde bazı yazarlar bu hükmü eleştirmektedir<sup>16</sup>. Esasen ispat şartının yerine getirilmesi oldukça zordur. Şöyle ki, özel denetim hakkı tanınması ile amaçlanan zaten gereken delillere ulaşmaktan aciz olan azınlığın bu delillere ulaşmasını sağlamaktır. Bu sebeple, pay sahiplerinin ortaya koyduğu delil ve emareler açısından büyük bir ispat gücü beklemek söz konusu hükmün ölü doğmasına sebep olacaktır<sup>17</sup>. Nitekim İsviçre hukukunda özel denetim konusunda yapılan değişiklik ile özel denetim isteyen kişinin, şirket kurucularının veya organlarının kanuna veya esas sözleşmeye aykırı davrandıklarına ve bu hukuka aykırı davranışın şirkete veya pay sahiplerine zarar verebileceğini inandırıcı şekilde ortaya koymaları yeterli görülmüştür (Art. 697d/3, nOR<sup>18</sup>). Yeni düzenlemeyle birlikte artık bir zararın değil; Kanunun veya esas sözleşmenin ihlal edildiğinin ispatı yeterli görülmektedir.<sup>19</sup>

#### IV. MAHKEME KARARININ NİTELİĞİ VE KESİNLEŞMESİ

##### A. GENEL OLARAK

Mahkeme, şirketi ve talep sahiplerini dinledikten sonra karar verecektir. TTK'nın 440. maddesine göre mahkemenin istemi yerinde görmesi halinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla uzmanı görevlendirmesi gerekir. Anılan maddede ayrıca mahkeme kararının kesin olduğu ifade edilmektedir. TTK'nın gerekçesine bakıldığında özel denetçi kurumuna ilişkin düzenlemelerin kaynağının 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu olduğu fakat, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda esasen İsviçre Borçlar Kanunundan esinlenildiği ifade edilmektedir.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Türkiye Büyük Millet Meclisi, S: 96, s. 213.

<sup>16</sup> Erdoğan Moroğlu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 256.

<sup>17</sup> Kaya, s. 80.

<sup>18</sup> Das neue Obligationenrecht.

<sup>19</sup> Bkz. Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann, s. 333; Urs Schenker, Die Sonderprüfung-ein schwieriges Instrument, GesKR 2019, s. 31; değişikliğin eleştirisi için bkz. Bruno Tringaniello/ Garry-Philippe Obertin, Vereinfachte Sonderprüfung- Führt die kommende Aktienrechtsrevision zu vermehrten Verantwortlichkeitsklagen? TREX 2015, s. 333.

<sup>20</sup> TTK m. 438 gerekçesi.

## B. İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre Borçlar Kanunu'nda, mahkemenin özel denetçi atamasını düzenleyen ne önceki Art. 697c Obligationenrecht (OR) hükmü ne de Art. 697d nOR hükmü (*Recht auf Einleitung einer Sonderuntersuchung*) mahkemenin verdiği kararın kesin olup olmadığı hakkında bir düzenleme içermektedir. Özel denetim talebinin genel kurul tarafından kabul edildiği ve mahkemeye sadece denetçilerin belirlenmesi için yapılacak başvurunun çekişmesiz yargının konusu olacağı ve bu konuda mahkemece verilecek karara karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği görüşü 2007 yılından itibaren terkedilmiştir<sup>21</sup>. Genel kurul tarafından özel denetim talebinin reddi üzerine mahkemeye başvurulması halinde ise bir uyuşmazlığın (çekişmenin) söz konusu olacağı ve verilecek kararın istinaf ve temyizinin de mümkün olduğu 2007 öncesinde de kabul edilmekte idi<sup>22</sup>. Art. 72 Abs. 1 Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) hükmü özel hukuka ilişkin her tür uyuşmazlığa karşı, mülkiyet hakkı ile ilgili olsun olmasın, çekişmeli veya çekişmesiz olmasına bağlı olmaksızın kanun yollarına gidilmesine imkân tanımaktadır.<sup>23</sup>

## C. ALMAN HUKUKUNDA

Buna karşılık Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda, özel denetçi atanması hususunu hükme bağlamakta olan § 142 Abs. 6 Aktiengesetz (AktG) hükmü, mahkemenin vereceği karara karşı istinaf yolunun açık olduğunu; temyiz yolunun ise kapalı olduğunu düzenlemektedir.<sup>24</sup>

## D. TÜRK HUKUKUNDA

Türk hukukunda özel denetçinin mahkeme eliyle atanmasını düzenleyen m. 439 ve 440 hükümleri farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu görüşleri üç grupta ele almak mümkündür.

Bazı müellifler TTK m.440/2 son cümle hükmünün mevcut haliyle yerinde olduğu, yani mahkemenin özel denetim hakkında verdiği kararın kesin olması ve kanun yollarının kapalı olmasının hakkın daha etkili bir şekilde

---

<sup>21</sup> Rolf H. Weber, BSK OR II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 697c, N. 4a.

<sup>22</sup> Weber, BSK OR II Art. 697c, N. 4.

<sup>23</sup> Nicolas von Werdt/ Andreas Güngerich, Staempflis Handkommentar (SHK) BGG, 2. Aufl., 2015, Art. 72, N. 7ff.

<sup>24</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Mock, BeckOGK AktG § 142 Rn. 240.

kullanılmasına yardımcı olacağı düşüncesindedirler.<sup>25</sup>

Buna karşılık bazı yazarlar hükmün mevcut haliyle davanın kabulü veya reddi açısından kesin olup olmamasının farklı şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı, ancak yapılacak bir değişiklik ile bunun önünün açılmasının uygun olacağı kanaatinde dirler.<sup>26</sup>

Diğer bir görüş ise mahkeme kararının kesin hüküm teşkil etmesi halinde, mahkemenin özel denetim istemini reddettiği halleri kapsamaması gerektiği yönündedir.<sup>27</sup>

Yargıtay da eski kanun döneminde verdiği bir kararda, özel denetçi atanmasının kabulüne ilişkin kararların kesin karar olduğunu; fakat redde ilişkin kararların üst mercilerin denetimine açık olduğunu kabul etmiştir<sup>28</sup>. Bununla birlikte aksi yönde kararları da söz konusudur.

Yargıtay, 6102 sayılı TTK döneminde verdiği kararlarında ise Asliye Ticaret Mahkemesince verilen kararların içeriğinden bağımsız olarak kesin olduğunu ifade etmektedir.<sup>29</sup>

Bununla birlikte son dönemde verilen bazı kararlarda karşı oy yazılarına da rastlanmaktadır. Bu karşı oy yazılarında mahkeme kararının kesin olmasının sadece mahkemece özel denetim talebinin kabul edilerek özel denetçi atanmasına yönelik kararın verilmesi halini, yani davanın kabulü durumunu kapsadığı ileri sürülmüştür<sup>30</sup>. Karşı oy yazısında aynen;

<sup>25</sup> Özdamar, s. 275;

<sup>26</sup> Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C: II, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 1650; Şafak Narbay, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I, İstanbul 2007, s. 321; Yurtbaşı, s. 259, 265; Engin Günay, s. 203.

<sup>27</sup> Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2019 N. 1017f. *Tekinalp*, aksini kabul etmenin önemli bir pay sahipliği/azlık hakkı olan özel denetim sisteminin reddedilmesi sonucunu doğuracağı kanaatinde dir.

<sup>28</sup> Yargıtay 11. HD, E: 1980/3183, K: 1980/ 3534, T: 30.06.1980, bkz. Gönen Eriş, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 2465.

<sup>29</sup> Yargıtay, 11 HD, E: 2014/3016, K:2014/9744, T: 27.05.2014. Söz konusu karara konu uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi özel denetim talebini kabul etmiş, şirket kararı temyiz etmiş ve Yargıtay 11. HD. ise temyiz talebini reddetmiştir. Özel denetim talebinin mahkemece reddi üzerine yapılan temyiz başvuruları da yine reddedilmektedir, bkz. Yargıtay, 11 HD, E: 2019/539, K:2019/7422, T: 25.11.2019; Yargıtay, 11 HD, E: 2018/3448, K:2019/7870, T: 05.12.2019.

<sup>30</sup> Yargıtay, 11 HD, E: 2019/539, K:2019/7422, T: 25.11.2019.

*“Dava, Anonim Şirkette paysahibinin özel denetim istemine ilişkindir. 6102 sayılı TTK 440 maddesinde “mahkemenin, şirketi ve istem sahiplerini dinledikten sonra kararını vereceği, mahkemenin istemi yerinde görmesi durumunda, istem çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendireceği, mahkemenin kararının kesin olduğu” düzenlenmiştir. Madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere mahkeme kararının kesin olması, mahkemece özel denetçi atanmasına karar verilmesi, davanın kabulü durumu için düzenlenmiştir. Mahkemece, davanın kabulü dışında bir karar verilmesi halinde kararın kesinliğinden söz edilmesi, T.C. Anayasası’nın 36. maddesinde ifade edilen adil yargılanma ve hukuki güvenlik hakkının ihlali sonucunu doğurabilecektir. Somut uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verildiğinden, verilen karar niteliği itibari ile temyizi kabil bir karardır. İlk Derece Mahkemesince davanın reddine ilişkin kararın davacı vekilince istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesince 11.10.2018 tarihli kararlar, ilk derece mahkemesi kararının kesin olduğundan bahisle istinaf başvurusunun usulden reddine karar verilmesi yukarıda açıklanan yasa hükmüne aykırılık teşkil ettiğinden, Bölge Adliye Mahkemesinin 10.12.2018 tarihli temyiz isteminin reddine ilişkin kararın kaldırılarak, uyuşmazlığın esası incelenmek üzere Bölge Adliye Mahkemesinin 11.10.2018 tarihli kararının bozulması gerekirken, yazılı şekilde Bölge Adliye Mahkemesinin 10.12.2018 tarihli ek kararının onanmasına ilişkin çoğunluk görüşüne karşı olduğu” ifade edilmiştir.*

Benzer bir kararlar ilgili farklı bir karşı oy yazısında ise, özel denetim talebi ile mahkemeye başvurulduğunda davanın kabulü dışında bir halde mahkeme kararının kesinliğini kabul etmenin, Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma ve hukuki güvenlik hakkının ihlali sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir<sup>31</sup>. Söz konusu karşı oy yazısında bu görüş aynen;

*“Dava, Anonim Şirkette paysahibinin özel denetim istemine ilişkindir. 6102 sayılı TTK 440 maddesinde “mahkemenin, şirketi ve istem sahiplerini dinledikten sonra kararını vereceği, mahkemenin istemi yerinde görmesi durumunda, istem çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendireceği,*

---

<sup>31</sup> Yargıtay, 11 HD, E: 2018/3448, K:2019/7870, T: 05.12.2019.

*mahkemenin kararının kesin olduğu” düzenlenmiştir. Madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere mahkeme kararının kesin olması, mahkemece özel denetçi atanmasına karar verilmesi, davanın kabulü durumu için düzenlenmiştir. Mahkemece, davanın kabulü dışında bir karar verilmesi halinde kararın kesinliğinden söz edilmesi, T.C. Anayasası'nın 36. maddesinde ifade edilen adil yargılanma ve hukuki güvenlik hakkının ihlali sonucunu doğurabilecektir. Somut uyuşmazlıkta, yerel mahkemece davanın kabulüne karar verilmediğinden, verilen karar niteliği itibari ile temyizi kabil bir karardır.*

*Açıklanan nedenle, davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairenin Temyiz İsteminin Reddine ilişkin 04.04.2018 tarihli kararının kaldırılarak davacının temyiz isteminin incelenmesi gerekirken yazılı şekilde karar düzeltme isteminin reddine ilişkin çoğunluk görüşüne karşıyız”*

şeklinde ifade edilmiştir.

## **DEĞERLENDİRME VE SONUÇ**

Özel denetim isteme hakkının amacı ortakların belirli olaylar hakkında bilgilenmesine imkân vererek pay sahipliği haklarını daha bilinçli bir şekilde kullanmalarını sağlamaktır. Kanun koyucu da bu hakkın kullanılması için birtakım maddi şartlar belirleyerek, bilgi alma ve inceleme hakkı kullanılmış olmasına rağmen anlaşılır olmayan ve konusu belirli olan hususların aydınlatılması amacını taşıyan sınırlı bir denetim faaliyeti öngörmüştür. Dolayısıyla özel denetim, sınırlı olarak bazı somut olayların aydınlatılmasına yönelik olup kapsamlı bir incelemenin yapılması amacına hizmet etmez. Bu sebeple özel denetçi atanması durumunda şirketin ya da diğer ortakların menfaatlerinin zedelenmesi söz konusu olmayacaktır. Başka bir ifade ile özel denetim talep eden azınlık pay sahiplerinin karşısında korunmakta olan değer bulunmamaktadır. Dolayısıyla önemli bir azınlık hakkı olan özel denetim isteme hakkına ilişkin Asliye ticaret mahkemesi kararının özellikle olumsuz olması halinde, azınlık hakkı etkisizleşecektir.

Özel denetim isteme hakkının genel kurul tarafından reddedilmesi üzerine azınlık pay sahiplerinin açtığı dava sonucunda mahkemenin de bu talebi reddetmesi halinde başvurabilecek bir başka merci bulunmamaktadır. Uygulamada sıklıkla pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkının yönetim kurulu tarafından, talep edilen bilgilerin şirket sırrı niteliği taşıdığı

gerekçesiyle reddedildiği görülmektedir<sup>32</sup>. Bu nedenle haklarını bilinçli bir şekilde kullanmak isteyen pay sahipleri açısından hukuka aykırı işlem veya kararların tespit edilmesi ve bunların varlığını ortaya koyan deliller toplayarak sorumluluk davası açması olanağını tanıyan özel denetim kurumu oldukça büyük bir önem taşımaktadır. Genel kurul tarafından özel denetçi atanması talepleri reddedilen azınlık pay sahiplerinin mahkeme tarafından da bu taleplerinin reddedilmesi halinde başvurabilecekleri bir mekanizma bulunmaması, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini zedelemektedir.

Mahkemenin özel denetçi atanması talebini reddetmesi halinde kanun yollarına başvurulması imkanının TTK m.440/2 hükmü ile ortadan kaldırıldığı şeklindeki görüşe aşağıdaki gerekçelerle katılamıyoruz. TTK m. 440/2 hükmü aynen “*Mahkeme istemi yerinde görürse, istem çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirir. Mahkemenin kararı kesindir*” şeklindedir. Hükmün ifadesinin farklı şekillerde yorumlamaya yol açacak mahiyette olduğu ileri sürülse<sup>33</sup> de yakından incelendiğinde esasen çok da yoruma açık olmadığı görülmektedir. Zira mahkeme, özel denetim istemini yerinde görürse, inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirecektir. Burada sadece mahkemenin talebi uygun bulması hali düzenlenmiş; kararın kesin olduğuna da işaret edilmiştir. Kanun koyucu, özel denetçi atanması halinde sürecin kesintiye uğramasını ve işin gecikmesini istemediği, bu kararın şirket açısından somut bir hak kaybı yaratması da söz konusu olmadığı için bu şekilde bir düzenleme yapmıştır<sup>34</sup>. Her ne kadar bu hükmün “mahkemenin istemi yerinde görmemesi halinde uzman görevlendirmeyeceği, yani istemi reddedeceği” ve yine bu kararın da kesin olduğu şeklinde yorumlanabileceği akla gelebilirse de kararın kesinliğine ilişkin son cümlelerin genişletici şekilde yorumlanması doğru olmayacaktır. Gerçekten de TTK m. 439 hükmünde düzenlenen özel denetim istemi, HMK m. 382 anlamında çekişmesiz yargı işlerinden olmadığından ve HMK m. 341 hükmü de ilk derece mahkemelerinin nihai kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulmasına, m. 361 ve 362 hükümleri de temyiz yoluna başvurulmasına cevaz verdiğiinden, diğer bir ifadeyle aksine düzenleme yoksa kanun yollarına başvurulmasının genel kural olduğundan hareketle esasen Anayasanın 2, 36 ve 40. maddeleri gereğince hak arama özgürlüğünün de bir gereği olarak, kanun yollarına başvurulması mümkündür.

---

<sup>32</sup> Güven, s. 139.

<sup>33</sup> Yurtbaşı, s. 259.

<sup>34</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1017f.

Kanun koyucu sadece mahkemenin özel denetçi talebini kabul etmesi halini düzenleyerek kararın kesin olacağını hükme bağlamış ve mahkemenin talebi reddetmesi hali için bir hüküm sevk etmemiştir. HMK m. 341, 361, 362 ve 382 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, çekişmeli yargı işlerinde kanun yollarına başvurulmasının esas olduğu; yasaklamanın yani kanun yollarının kapalı olmasının istisna olduğu ve istisna hükümlerinin yorum yoluyla genişletilmesinin ise Anayasanın 2, 36 ve 40. maddelerinde yer alan hak arama özgürlüğüne ilişkin düzenlemelere aykırı olacağı gerekçesiyle mahkemenin özel denetçi atanması isteminin reddine ilişkin kararlarına karşı kanun yollarına başvurulabileceği kanaatindeyiz.

Doktrindeki ve uygulamadaki görüş farklılıklarının ortadan kaldırılması için TTK'nın 440'inci maddesi 2'nci fıkrası son cümlesi değiştirilerek mahkemenin özel denetim talebini kabul kararları ile sınırlı olarak kesinliğine, ret kararlarına karşı en azından istinaf yolunun açık olduğuna ilişkin düzenleme yapılmalıdır. Böylece mehaz Alman ve İsviçre hukuklarıyla da uyum sağlanmış; azınlık pay sahiplerinin hakları tartışmasız bir korumaya kavuşmuş olur.

### KAYNAKÇA

- Altaş S.; Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arslan R./ Yılmaz E./ Taşpınar Ayvaz S./ Hanağası E.; Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Ayhan R./Çağlar H./Özdamar M.; Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Domaniç H.; Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul, Temel Yayınları, 1988.
- Engin Günay G.; Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetim, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Güven Ş.; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim, Çankaya Üniversitesi Hukuk Dergisi, C. VII, S. II, 2011, s. 133-175.



Kaya A.; zel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi, BATİDER, C. XXXI, S: I, 2015, s. 61-83.

Mock; BeckOGK, AktG § 142.

Moroğlu E.; Makaleler, Anonim Ortaklıkta zel Denetçi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 69-86.

Moroğlu E.; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve neriler, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Narbay Ő.; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta zel Denetim Yapılması Şartları ve zel Denetçinin Atanması Usulü, Prof. Dr. Hüseyin lgen'e Armağan, C.I, İstanbul 2007, s. 287-327.

zdamar M.; Anonim Şirketlerde zel Denetim/ULUSOY Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azımlık Pay Sahibi Hakları, 2. Baskı, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2016 s. 259-290.

zkan .; Türk ve İsviçre Ortaklıklar Hukukunda zel Denetçi Atanması, BATİDER, C. XX, S: II, 1999, s. 27-49.

Paslı A.; Anonim Ortaklıklarda zel Denetçi Tayini, Bilgi Toplumunda Hukuk nal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, Beta Yayınları, 2003.

Pulaşlı H.; Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

Poroy R./ Tekinalp ./amoğlu E.; Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2019.

Schenker U.; Die Sonderprüfung-ein schwieriges Instrument, GesKR 2019, s. 18-36.

Tringaniello B./Obertin G.P.; Vereinfachte Sonderprüfung-Führt die kommende Aktienrechtsrevision zu vermehrten Verantwortlichkeitsklagen? TREX 2015, s. 332ff.

Weber R. H.; BSK OR II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 697c.

von Werdt N./Gngerich A.; Staempflis Handkommentar (SHK) BGG, 2. Aufl., 2015, Art. 72,

Yurtbaşı F.; Anonim Ortaklıklarda zel Denetim, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.



# MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA HÜKMÜN (NİHAÎ KARARLARIN) TAMAMLANMASI

Tolga AKKAYA\*

## ÖZ

*Bu çalışmada 7251 sayılı “Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile HMK’ya eklenen “hükümün tamamlanması” yolu incelenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununa eklenen 305/A maddesine göre, taraflardan her biri, nihaî kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir. Hükümün tamamlanması, bir yargılamada unutkanlık, dikkatsizlik veya ihmal gibi nedenlerle hakkında karar verilmeyen talepler hakkında ek karar verilmesi imkânı sağlayan bir hukukî çaredir.*

*Çalışmada öncelikle hükümün tamamlanmasının amacı, hukukî niteliği ve hükümün tavgizi, hüküm tavgizi ve kanun yolu gibi benzer kurumlardan farkları incelenmiştir. Daha sonra “hükümün tamamlanmasının şartları” başlığı altında, hükümün tamamlanmasına konu mahkeme kararları, yargılamada ileri sürülmesine rağmen kısmen veya tamamen karar verilmemesinin anlamı ve kapsamı, hükümün tamamlanması talebi üzerinde durulmuştur. Son olarak hükümün tamamlanması yargılamasının tâbi olduğu usûl kuralları, hükümün tamamlanması talebi hakkında verilebilecek kararlar, hükümün tamamlanması ve ek karar verilmesi, hükümün tamamlanması yargılamasında verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulması konuları üzerinde durulmuştur.*

***Anahtar Kelimeler:** Hükümün tamamlanması, Ek karar, Nihaî kararların tamamlanması, Hükümün tavgizi, Kanun yolları*

## AMENDMENT OF FINAL JUDGMENTS OF THE COURTS IN CIVIL PROCEDURE LAW

### ABSTRACT

*In this article, the “amendment of final judgments of the courts” which is included in the “Law on Amending the Law on Civil Procedure Act and Some Acts”*

\* **Doçent Dr.**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı/ ESKİŞEHİR **e-posita:** takkaya@anadolu.edu.tr

**ORCID:** 0000-0001-6821-2841

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.870932

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 27/12/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 25/01/2021

*and which is added to Civil Procedure Act has been examined. According to Article 305/A, each of the parties may request an additional decision within one month from the notification of the final decision, even if it is required to be put forward in the trial or to be adjudicated spontaneously. Completion of the judgment provides the opportunity to make additional decisions about requests that are not decided on due to reasons such as forgetfulness, carelessness or negligence in a trial.*

*In the study, firstly, the purpose of completing the judgment, its legal character and differences from similar institutions were examined. Subsequently, the court decisions subject to the amendment of final judgments, the meaning and scope of the partially or completely verdict, despite the fact that it was put forward in the trial, were emphasized. Finally, were dwelled on the rules of procedure, decisions that can be taken about the request for completion of the judgment, the completion of the judgment and the additional decision, the remedies against the decisions.*

**Keywords:** *Amendmet of Judgments, Additional judgment, Amendments of Final Decisions, Clarification of Judgment, Legal Remedy*

## GİRİŞ

Türk hukukunda 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda hükümün tamamlanması yolu düzenlenmemiştir. Bununla birlikte tahkim yargılamasına ilişkin hükümler arasında tarafların yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebileceği, hakem kurulu tarafından tamamlayıcı hakem kararı verilebileceği ve tamamlama kararının hakem kararının bir parçasını oluşturacağı düzenlenmiştir. 28.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun<sup>1</sup> ile mahkeme kararları bakımından da “*hükümün tamamlanması*” başlığı altında mahkeme kararlarındaki hüküm boşluklarını ortadan kaldırmaya yönelik yeni bir hukukî çare düzenlenmiştir.

Türk hukukunda iç tahkim ve milletler arası tahkimde hükümün tamamlanması imkânı tanınmış olmasına rağmen (HMK m. 437, IV; MTK m. 14), devlet yargısının bu imkândan yoksun olması nedeniyle tarafların taleplerinin tamamı veya bir bölümü hakkında mahkemelerin karar vermemesi

---

<sup>1</sup> RG, 28.07.2020 T., 31199 S.

durumunda, söz konusu eksiklik, taraflardan birinin süresi içinde kanun yoluna başvurusu veya daha sonra yeni bir dava açmasıyla giderilebilmekteydi. Hakkında hüküm verilmeyen talep kanunda öngörülen parasal sınırın üzerindeyse kanun yoluna başvurulabilmekte, değilse yeni bir dava açılması gereklidir<sup>2</sup>. Ancak bu yöntemler dolaylı ve uzun yollar olup mahkemenin bu eksikliği talep üzerine bizzat tamamlaması daha etkin bir yoldur. Hakkında karar verilmeyen hususlarda hükmün tamamlanması daha kısa sürede, daha az emek ve masraf harcanmak suretiyle eksikliğin tamamlanmasına olanak tanıdığından, yargılamaların daha makul sürede sonuçlanmasına ve usûl ekonomisi ilkesine hizmet edecektir.

Bu çalışmada adli yargı hukuk mahkemeleri tarafından verilen nihai kararlar bakımından, özellikle Alman ve Avusturya hukuk sistemlerindeki düzenlemelerden ve örneklerden yararlanılarak, “hükmün tamamlanması” yolunun amacı, hukukî niteliği, benzer kurumlardan farkları, başvuru şartları, usulü, sonuçları, başvurunun hükmün icrasına etkisi; hükmün tamamlanması kararı ve kanun yolu incelenmiş; tahkimde hükmün tamamlanmasına ise sadece ilgili yerlerde karşılaştırma yapmak amacıyla değinilmiştir.

## **I. KANUN DEĞİŞİKLİĞİ İLE YAPILAN DÜZENLEME VE ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile HMK'ya eklenen 305/A maddesine göre “*Taraflardan her biri, nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, yargılamada ileri*

---

<sup>2</sup> İlhan Postacıoğlu, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul 1975, s. 718; Uğur Bulut, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması, Adalet Yayınları, Ankara 2017, s. 456; “Somut olayda, davacının boşanma davası kabul edilmiş, kısa karar ve gerekçeli kararda vekalet ücreti ile ilgili bir hüküm verilmemiş, davacı vekilinin 29.05.2015 tarihli tanzih talebi üzerine, 01.06.2015 tarihli şerh ile gerekçeli kararın arka sayfasına “maddî hata düzeltilmesi” başlığı altında “Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen 1.500 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacı verilmesine” şeklinde yeni bir hüküm eklenmiştir. Kararın hüküm fıkrasında vekalet ücretine yer verilmemiş olması, maddî hata niteliğinde olmayıp, bu eksiklik hükmün tashihi (HMK m. 304) yoluyla giderilemez. Hükmün tanzih yolu ile sınırlandırılmaz, genişletilemez ve değiştirilemez. Bu husus ancak temyiz konusu yapılabilir”. 2. HD, 23.5.2016, 2015/18076, 2016/10064 (Kazancı), Erişim Tarihi 27 Aralık 2020; “Davalı Hazine 20/04/2015 havale tarihli dilekçesi ile; taşınmazların Türk Medenî Kanunu'nun 713/6. maddesi gereğince Hazine adına tescilini talep etmiş ancak mahkemece Hazinesinin bu talebi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiştir. Hazinesinin tüm taşınmaz bölümleri hakkındaki tescil talebi hakkında bir hüküm kurulmaması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” 20. HD, 16.10.2019, 2017/526, 2019/5946 (Kazancı), Erişim Tarihi 27 Aralık 2020.

*sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir.*<sup>3</sup>” Yapılan düzenlemeyle ayrıca HMK’nın Beşinci Kısımının İkinci Bölümünün başlığı “*Hükümün Tashihî, Tavzihi ve Tamamlanması*” şeklinde değiştirilmiş ve ilgili diğer maddelerde değişiklik yapılmıştır<sup>4</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun tavzih ve tamamlama talebi ile usulünü düzenleyen değişik 306’ncı maddesine göre ise “(1) *Tavzih veya tamamlama, dilekçeye tarafların sayısı kadar nüsha eklenmek suretiyle hükmü veren mahkemeden istenebilir. Dilekçenin bir nüshası, cevap süresi mahkemece belirlenerek karşı tarafa tebliğ edilir. Cevap, tavzih veya tamamlama talebinde bulunan tarafa tebliğ olunur. (2) Mahkeme, cevap verilmemiş olsa bile dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir; ancak gerekli görürse iki tarafı sözlü açıklamalarını yapabilmeleri için davet edebilir. (3) Mahkeme tavzih veya tamamlama talebini yerinde gördüğü takdirde 304 üncü madde uyarınca işlem yapar*”.

Hükümün tamamlanması konusunda HMK’da değişiklik yapan 7251 s.K. 28 Temmuz 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hükümün yürürlük tarihine ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, medenî usûl hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin genel kural olan “derhal uygulanma ilkesi” dikkate alınmalıdır. Bu ilke uyarınca, Hukuk Muhakemeleri Kanununun hükümleri, tamamlanmış usul işlemlerini etkilememek kaydıyla derhal uygulanır (HMK m. 448)<sup>5</sup>. Buna göre, 28 Temmuz 2020 tarihinde ve

<sup>3</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi, TBMM Adalet Komisyonu tarafından değişiklik yapılmadan aynı şekilde kabul edilmiştir. Kanun teklifi, madde gerekçesi ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss216.pdf>, Erişim Tarihi 10 Haziran 2020.

<sup>4</sup> Öğretide kanundaki düzenleme şekline yöneltilen eleştiriye göre, ayrıca 305/A maddesi ihdas etmeksizin 305. maddenin kenar başlığının, “hükümün tavzihi ve tamamlanması” şeklinde değiştirilmesinin daha uygun ve kanunun sistematüğünü bozmayan bir yol olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özeker, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi”, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>, Erişim Tarihi 24 Haziran 2020.

<sup>5</sup> Derhal uygulanma ilkesi konusunda bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Zaman Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 84 vd.; HMK m. 448 hükümünün genel nitelikte bir hüküm olması nedeniyle, HMK’da daha sonra yapılacak değişikliklerde de farklı bir yürürlük hükmü bulunmadığı takdirde bu hükümün geçerli olacağı yönüne bkz. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, Medenî

sonrasında verilen mahkeme kararlarına karşı hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilir. Yürürlük tarihinden önce verilen kararlar aleyhine ise hükmün tamamlanması değil, koşulları varsa istinaf veya temyiz yoluna başvurulabilir. Derhal uygulanma ilkesi gereğince, yeni yürürlüğe giren usûl kuralının derdest olan dava ve işlerde henüz tamamlanmamış usûl işlemleri bakımından geçerli olacağı düşüncesinden hareketle, 28 Temmuz 2020 tarihinden önce verilen ancak taraflara henüz tebliğ edilmemiş olan nihai kararlara karşı da 28 Temmuz 2020 tarihinden sonra tebliğ edilmeleri halinde hükmün tamamlanması yoluna başvurulabileceği ileri sürülebilirse de kanımca bu durum taraflar arasında eşitsizliğe ve aynı zamanda uygulamada karışıklığa yol açacaktır. Örneğin, nihai karar davanın taraflarından birine 28 Temmuz 2020 tarihinden önce diğerine ise bu tarihten sonra tebliğ edilirse, daha önce tebligat yapılan taraf kanun yoluna, yürürlük tarihinden sonra tebligat yapılan taraf ise hükmün tamamlanması yoluna başvurabilecektir. Bu nedenle nihai kararın taraflara tebliğ tarihi gibi değişken bir dayanak noktası yerine, mahkemenin nihai kararını verdiği tarih (objektif dayanak noktası) dikkate alınarak hükmün yürürlüğü ve etkisi konusunda sonuca varılmalıdır (bkz. kıyasen HMK Geçici Madde 3). Nihai kararlara karşı başvurulabilecek hukuki çarelerin belirlenmesi bakımından, kararın yazıldığı veya tebliğ edildiği tarih değil verildiği tarih dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak, nihai kararın verildiği tarih 28 Temmuz 2020'den önce ise hükmün tamamlanması yoluna konu olabilecek hususlar için duruma göre sadece istinaf veya temyiz kanun yolu açıktır.

Hükmün tamamlanması, Türk hukukunda daha önce tahkimde düzenlenmiş olmasına rağmen, mahkemelerde görülen dava ve işlerde bu kuruma yer verilmemiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun tahkime ilişkin 437'nci maddesinin dördüncü fıkrasına göre, taraflardan biri hakem kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu, talebi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararı verebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanununda yapılan değişiklikle hakem kararlarının tamamlanmasına benzer bir düzenleme mahkemeler tarafından verilen nihai kararlar bakımından da kabul edilmiştir.

---

Usûl Hukuku, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, 18 vd.

## II. HÜKMÜN TAMAMLANMASININ AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Hükümün tamamlanmasının amacı, taraflarca mahkemeye yöneltilen hukukî korunma talebi hakkında mahkemenin karar vermesi zorunluluğu bulunmasına rağmen, bu talepler hakkında kısmen veya tamamen karar vermemesi durumunda, mahkemenin nihai kararında oluşan boşluğu ortadan kaldırmaktır<sup>6</sup>.

Anayasaya göre herkes meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir ve hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz (AY m. 36). Buna göre, mahkemeler görev ve yetkileri içinde yer alan ve önlerine gelen dava ve işlerde, kendilerine yöneltilen hukukî korunma talebi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar vermekle görevlidir.

Anayasanın hak arama hürriyetini düzenleyen 36'ncı maddesi uyarınca, yargı organlarının görevlerini yerine getirmesi ve hukukî korunma talepleri hakkında karar vermesi bir yandan toplumsal barışın tesisine ve sürdürülmesine hizmet eder, diğer yandan hukukî güvenliği sağlar. Tarafların hukukî korunma talebi hakkında mahkemenin kısmen veya tamamen karar vermemesi, hak arama hürriyetinin ve hukukî dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurur ve yargı kararları ile amaçlanan toplumsal barışın sağlanması idesini akamete uğratar.

Mahkeme, hak arama hürriyetini ve hukukî barışı somut olay bakımından tarafların talepleri hakkında vereceği kararla tesis eder. Mahkemenin uyumsuzluğun esastan çözen ve taraflar arasındaki uyumsuzluğu ortadan kaldıran hükümü (nihai kararı) çeşitli bölümlerden oluşur. Mahkemenin nihai kararının hüküm sonucu kısmında (hüküm fıkrasında) tarafların taleplerinden her biri hakkında verilen kararla taraflara yüklenen borç ve tanınan haklar yer alır ve sıra numarası altında gösterilir (HMK m. 297, II). Hüküm sonucu, esasında tarafların talepleri konusunda mahkemenin cevabını içerir<sup>7</sup>. Mahkemenin hüküm fıkrasında taleplerin tamamı veya bir kısmı hakkında cevap vermemiş olması, yukarıda açıklanan hak arama hürriyetinin ve onun bir unsuru olan

<sup>6</sup> Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, Zivilprozessordnung, 17. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2020, § 321, Nr. 1.

<sup>7</sup> Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usûl Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 486.



hukukî dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurur<sup>8</sup>. Bu nedenle dava veya diğer yargısal işlerde tarafların veya ilgililerin talepleri hakkında mahkeme tarafından hata ile karar verilmemişse, bu eksikliğin giderilmesini sağlayacak etkili bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Hükmün tamamlanması, bu bağlamda etkin hukuki korunmanın sağlanmasını da amaçlar<sup>9</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 26'ncı maddesi uyarınca, kural olarak tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olan ve talepten fazlasına veya başka bir şeye karar veremeyen hâkimin duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilmesi, tarafların talep sonuçlarını cevapsız bırakabileceği sonucunu doğurmaz. Kanununun 297'nci maddesi uyarınca hükmün sonuç kısmında, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir<sup>10</sup>.

Hükmün tamamlanmasının amacı, mahkeme tarafından karar verilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında karar verilmeyen uyuşmazlık konularında veya talepler hakkındaki eksikliğin tamamlanmasını sağlamak; mahkemelerin kendi kendilerini denetlemelerine imkân tanımaktır<sup>11</sup>.

Hükmün tamamlanmasının amacı, mahkemenin nihaî kararlarında yer alan maddî veya hukukî hataları tashih etmek, başka bir deyişle düzeltmek değildir. Mahkeme kararlarındaki hataların giderilebilmesi için öncelikle

---

<sup>8</sup> Hans W. Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Band, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 2004, s. 1319; Hukukî dinlenilme hakkı bilgilenme, açıklama ve ispat, dikkate alınma hakkı olmak üzere üç unsurdan oluşur. Dikkate alınma hakkı, mahkemenin tarafların iddia ve savunmalarını dikkate almasını ve değerlendirmesini ve ayrıca kanımızca bu konuda olumlu veya olumsuz gerekçeli karar vermesini de içerir. Mahkeme tarafların açıklamalarını tam olarak dikkate alıp değerlendirmelidir. Bkz. Güray Erdönmez, Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 879 vd.; Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 157 vd.

<sup>9</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usûl, s. 435.

<sup>10</sup> “Davacı, davalı hakkında kira alacağına yönelik tahliye talepli icra takibi başlatmış, davalı tarafından borca itiraz edilmesi üzerine de işbu davayı açmıştır. Mahkemece, davacının istekleri arasında yer alan tahliye istemi hakkında olumlu-olumsuz bir karar verilmemiş, bu husus hüküm ve değerlendirme dışı tutulmuştur. HMK'nun 297/2 maddesi uyarınca taleplerden her biri hakkında bir hüküm verilmesi zorunlu olup mahkemece bu gereğe uyulmaksızın tahliye istemi hakkında hüküm tesis edilmemiş olması doğru değildir. Hüküm bu sebeple bozulmalıdır.” 3. HD, 5.10.2017, 2351/13423 (Kazancı), Erişim Tarihi 27 Aralık 2020.

<sup>11</sup> Adolf Baumbach/ Wolfgang Lautarbach/ Jan Albers/ Peter Hartmann, Zivilprozessordnung, 77. Auflage, C.H. Beck, München 2019, § 321, Nr. 2.

mahkemeye yöneltilen taleplerle ilgili olumlu veya olumsuz bir karar verilmiş olmalıdır. Hükümün tamamlanması yolunda ise hakkında karar verilmemiş aslî veya fer'î talepler hakkında mahkemenin karar vermesi, daha doğrusu önceki kararını tamamlaması talep edilir<sup>12</sup>.

Hükümün tamamlanması yoluyla tarafların mahkemeye yönelttikleri talepleri hakkında ve mahkemenin re'sen karar vermesi gereken konularda hiç veya kısmen karar verilmemesi şeklindeki hüküm boşluğunu ortadan kaldırılabılır. Buna karşılık tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmaların dikkate alınmaması, taraflarca ileri sürülen veya mahkeme tarafından dikkate alınması gereken delillerin incelenmemesi veya değerlendirilmemesi, mahkeme tarafından uygulanan hukuk kuralının ve buna bağlı olarak verilen kararın yanlış olması ve benzeri hukuki hatalarda hükümün tamamlanması yoluna başvurulamaz<sup>13</sup>.

Hükümün tamamlanması, amacından da anlaşılacağı üzere, mahkemenin kararındaki hukukî ve maddî hataların iptaline ve düzeltilmesine hizmet eden bir kanun yolu değildir; talep edildiği halde veya mahkeme tarafından re'sen karar verilmesi gerekmesine rağmen hakkında karar verilmeyen hususlarda ilk kez karar verilmesine, başka bir deyişle eksik kalan kararın tamamlanmasına yarayan bir hukukî çaredir. Medenî usûl hukuku bakımından bir hakkın korunması veya kullanılması amacıyla kullanılabilen her türlü usûlî araç hukukî çare olarak nitelendirilebilir<sup>14</sup>. Hükümün tamamlanması dar ve teknik anlamda kanun yolunun belirleyici özellikleri olan erteleyici ve aktarıcı etkiye sahip olmamakla birlikte bir mahkeme kararındaki eksikliğin ortadan kaldırılmasını sağlayan bir usûlî araç olarak hukukî çare olarak nitelendirilmelidir<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Ingo Saenger, Zivilprozessordnung, 8. Auflage, Nomos, 2019, § 321, Nr. 1; Bernhard Wiczorek/ Rolf A. Shütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Fünfter Band, Vierte Auflage, De Gruyter, Göttingen 2015, § 321, Nr. 7; Oliver Elzer in BeckOK ZPO, Herausgeben: Volkert Volwerk/Christian Wolf, 37. Edition, C.H. Beck, München 2020, § 321 Rn. 1; Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, C.H. Beck, München 2010, s. 317; Baumbach/Lautarbach/Albers/Hartmann, § 321, Nr. 2.

<sup>13</sup> Baumbach/Lautarbach/Albers/Hartmann, § 321, Nr. 5.

<sup>14</sup> Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 47; Ayrıca bkz. Ersin Erdoğan, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 107.

<sup>15</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usûl, s. 436.

### III. GENEL OLARAK KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM

Hükmün tamamlanması Alman Usûl Kanununun 321'inci paragrafında düzenlenmiştir<sup>16</sup>. Hükme göre, mahkeme kararında önceden tespit edilmiş veya mahkeme kararının tashihi yoluyla sonradan dosyaya girmiş dava malzemesine göre, taraflardan birinin aslı veya fer'i talebi ya da yargılama giderleri hakkında kısmen veya tamamen karar verilmemişse, talep edilmesi halinde sonradan verilecek kararlar hükmün tamamlanmasına karar verilir. Hükmün tamamlanması mahkemenin kararının tebliğinden itibaren iki hafta içinde dilekçeyle talep edilmelidir. Talep edilmesi halinde yargılama için duruşma günü belirlenir. Karşı tarafa gönderilen davetiye ile birlikte hükmün tamamlanması dilekçesi de tebliğ edilir. Duruşmanın konusu ise sadece hakkında karar verilmeyen uyuşmazlık bölümüdür.

Avusturya Usûl Kanununun hükmün tamamlanması başlıklı 423'üncü maddesine göre<sup>17</sup>, hükümde bir talep hakkında karar verilmemişse veya tarafın yargılama gideri ödenmesi konusundaki talebi hakkında karar verilmemiş veya eksik karar verilmişse, hüküm daha sonra verilecek bir kararla tamamlanabilir. Hükmün tamamlanması, hükmün tebliğinden itibaren on dört gün içinde ilk derece mahkemesinden talep edilmelidir. Mahkeme tarafından gerektiğinde duruşma yapılarak karar verilir. Hükmün tamamlanması yargılaması, hakkında karar verilmeyen taleplerle sınırlı olarak yapılır (§ 423 öZPO). Hükmün tamamlanması yargılaması, kanun yoluna başvuru sürelerinin işlemesine etki etmez (§ 424 öZPO).

İsviçre hukukunda hukuk mahkemeleri tarafından verilen kararlar bakımından “*hükmün tamamlanması*” yolu öngörülmemiştir<sup>18</sup>. İsviçre Usûl Kanununun 334'üncü maddesinde hükmün tavihi ve tashihi aynı hükümle düzenlenmiştir<sup>19</sup>. Bu hükme göre, mahkemenin hükmü belirsizse, çelişkiliyse

---

<sup>16</sup> İlgili madde için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html>, Erişim Tarihi 11 Ağustos 2020.

<sup>17</sup> İlgili madde için bkz. <https://www.jusline.at/gesetz/zpo/paragraf/423>, Erişim Tarihi 11 Ağustos 2020.

<sup>18</sup> Alexander Brunner/Thomas Steininger, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, Herausgeber: Alexander Brunner/ Dominik Gasser/ Ivo Schwander, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich 2016, Art 388, Rn. 8

<sup>19</sup> İlgili madde için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html>, Erişim Tarihi 11 Ağustos 2020. İsviçre hukukunda tahkim yargılamasında ise hükmün tamamlanması kurumuna yer verilmiştir. İsviçre Usûl Kanununa göre taraflardan biri,

veya eksikse ya da gerekçe ile çelişmekteyse, mahkeme kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine hükümün tavgizine veya tashihiine karar verir. Hükümün tavgizih mahkeme tarafından verilen kararın mahkemenin gerçek iradesine uygun olup olmadığının açıklanmasını, mahkeme tarafından istenen sonucun daha açık şekilde formüle edilmesini amaçlar<sup>20</sup>.

Düzenlemeye göre, mahkeme kararında “eksiklik olması” halinde hükümün tavgiz ve tashihi talep edilebilecekse de burada “eksiklikten” kasıt, mahkemenin tarafların talepleri hakkında karar vermemesi değil; esasında karara bağlanmış olan bir konunun hüküm fıkrasında yazılmasının unutulmasıdır. Örneğin, hükümde faiz ödenmesi konusunda veya yargılama giderleri konusunda karar verilmemişse hüküm daha sonra tamamlanabilir. Hükümün tamamlanmasından kasıt ilk hükümün değiştirilmesi değil, ilk karar esas alınarak hüküm sonucunun tamamlanmasıdır<sup>21</sup>. Tarafların talepleri hakkında karar verilmemişse, başka bir deyişle gerçek anlamda hükümde boşluk bulunmaktaysa, hükümün tavgiz ve tashihi yoluna başvurulamayacağından, karar verilmeyen talepler hakkında yeni bir dava açılması gereklidir<sup>22</sup>.

#### IV. HÜKMÜN TAMAMLANMASININ BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

##### A. Tashihten Farkı

Hükümün tamamlanması Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen hükümün tashihi ve hükümün tavgizih kurumlarından farklıdır. Hükümün tashihi, hükümdeki yazı ve hesap hataları ile diğer benzeri açık hataların, mahkeme tarafından re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine düzeltilmesidir (HMK m. 304, I). Hükümün tashihi ile basit ve açık şekilde fark edilen maddî hataların, hesap hatalarının veya yazım hatalarının düzeltilmesi amaçlanır. Örneğin, taraf veya ilgili isimlerinin yanlış yazılması, hesaplamalarda ve rakamlarda

---

talep etmiş olduğu halde hakemler tarafından karar verilmeyen konularda hakem kararının tamamlanmasını talep edebilir (Art. 388, Abs. 1).

<sup>20</sup> Martin H., Sterchi, Berner Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Privat Recht, Zivilprozessordnung, Band II, Staempfli, Bern 2012, Art 334, Nr. 2.; Bulut, s. 416.

<sup>21</sup> N. Herzog in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Herausgeber: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominic Infanger, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2013, Art. 334, Nr. 6.

<sup>22</sup> Ivo Schwander, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, D,ke Verlag, Zürich 2016, Art. 334, Nr. 6; D. Freiburghaus/ S. Afheldt, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Herausgeber: Thomas Sutter-Somm/ Franz Hasenböhler/ Christoph Leuenberger, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016, Art. 334, Nr. 6.

maddî hata yapılması<sup>23</sup>, tarihlerin hatalı yazılması tashihi konusuna olabilir. Tashihi yoluyla taraflara tanınan hak ve borçlar daraltılamaz ve genişletilemez, hüküm verilmesi unutulmuş talepler hakkında karar verilemez<sup>24</sup>, karara eklemeye yapılamaz<sup>25</sup>.

Tashihi taraflar talep edebileceği veya mahkeme dahi kendiliğinden hükmün tashihi yoluyla düzeltilmesine karar verebilir. Hükmün tamamlanması ise sadece tarafların talep etmesi halinde mümkün olup, mahkeme kendiliğinden hükmün tamamlanmasına karar veremez<sup>26</sup>.

Hükmün tashihi tarafların tüm talepleri hakkında karar verilmiş olmasına rağmen, karara dayanak olan hususlardaki hatalar düzeltilmektedir. Hükmün tamamlanmasında ise mevcut bir karar düzeltilmeyip, talep edildiği halde hakkında karar verilmeyen, hüküm olarak tefhim ve tebliğ edilmeyen konularda ilk kez karar verilir<sup>27</sup>. Hükmün tashihi mahkeme kararının hüküm sonucunda değişiklik yapılması ve ilkinden farklı bir karar verilmesi mümkün değildir; hükmün tamamlanmasında ise ilk nihaî karara ek olarak, hakkında karar verilmeyen hususlarda ilk kez karar verilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki hükmün tamamlanması sonucunda verilen ek karar için şartları varsa hükmün tashihi talep edilebilir.

## B. Tavzihten Farkı

Hükmün tamamlanması hükmün tavzihten de farklıdır. Hükmün tavzihi, hüküm yeterince açık değil veya icrasında tereddüt uyandırıyor yahut birbirine aykırı fıkralar içeriyorsa, icrası tamamlanmaya kadar taraflardan birinin talep etmesi halinde hükmün açıklanmasını veya tereddüt ya da aykırılığın giderilmesini ifade eder (HMK m. 305, I). Tavzihi özellikle hükmün cebri icrasında ortaya çıkabilecek tereddütleri ortadan kaldırmayı amaçlar<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 998; Nilüfer Boran Güneysu, *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 279.

<sup>24</sup> Baki Kuru, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 570; Tanrıver, s. 999.

<sup>25</sup> Abdurrahim Karşlı, *Medenî Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif, İstanbul 2012, s. 734; Bulut, s. 416.

<sup>26</sup> Alman hukukunda olması gereken hukuk bakımından, hükmün tashihi olduğu gibi tarafların talebi gereksiz mahkeme tarafından re'sen hükmün tamamlanmasının uygun olacağı yönünde bkz. Musielak, *Münchener Kommentar*, § 321, Nr. 1.

<sup>27</sup> Fasching, s. 1319.

<sup>28</sup> Yavuz Alangoya/ Kâmil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usûl Hukuku Esasları*, 7.

Tavzih ile kararın hüküm fıkrasında taraflara tanınan haklar ve yüklenen borçlar sınırlandırılmaz, genişletilemez ve değiştirilemez (HMK m. 305, II) ve hükümde unutulmuş olan talepler hakkında karar verilemez<sup>29</sup>.

Tavzih ile hükümün gerçek amacı belirlenir, farklı şekilde anlaşılması (yorumlanmasını) ve uygulanması engellenir. Örneğin, hükümde taşınmazın cins ve miktarının gösterilmemiş olması, mahkemenin kararından faizin başlangıç tarihi anlaşılmakta ise de bunun hüküm fıkrasında gösterilmemiş olması veya taşınmazla ilgili bir davada iptal edilecek, düzeltilecek, indirilecek pay oranlarının kararın hüküm fıkrasından net anlaşılabilmesi halinde hükümün tavzihi talep edilir<sup>30</sup>.

Taraf talep etmiş olmasına rağmen mahkeme faiz hakkında karar vermemişse, faiz hakkında tavzih yoluyla ek karar verilemez<sup>31</sup>. Bunun için hükümün tamamlanması talep edilmelidir. Hükümün tavzihinin talep edilebilmesi için öncelikle mahkemenin talepler hakkında karar vermiş olması gerekir.

Mahkeme kararındaki tereddütlerin veya çelişkilerin giderilmesi ve hükümün açıklanması tavzihinin konusudur. Buna karşılık hükümün tamamlanması istenebilmesi için tarafın taleplerinin tamamı veya bir kısmı hakkında karar verilmemiş olmalıdır. Tavzih var olan kararın açıklanmasını, hükümün tamamlanması ise daha önce karar verilmesi unutilan talepler hakkında ilk kez karar verilmesini amaçlamaktadır. Sonuç olarak hükümün tavzihi yoluyla, daha önce karar verilmemiş talepler hakkında ilk kez karar verilmesi mümkün değildir<sup>32</sup>.

Hükümün tavzihi, icrası tamamlanıncaya kadar talep edilebilmesine rağmen (HMK m. 305, I), hükümün tamamlanması (ek karar verilmesi) nihai

Baskı, Beta, İstanbul 2009, s. 591; Tanrıver, s. 997; Karşlı, s. 735.

<sup>29</sup> Kuru, Ders Kitabı, s. 570; Tanrıver, s. 998; Pekcanitez/Atalay/Özkes, Usûl, s. 437; Murat Atalı, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2005. “Bu açıklamalar ışığında somut olayda; mahkemece kısa kararda birleştirilen davaya ilişkin shven hüküm kurulmadığı anlaşıldığından hüküm kısmına “birleştirilen davayı ilişkin ecrimisil talebinin reddine” ilişkin hüküm ilavesine ve hükümün bu şekilde tavzihine re’sen karar verilmiştir. Hükümü değiştirecek nitelikte tavzih kararı ile hüküm fıkrasına ilave yapılması usûl ve yasaya uygun değildir. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.”<sup>14</sup>. HD, 13.2.2019, 2018/3368, 2019/1252 (Kazancı), Erişim Tarihi 27 Aralık 2020.

<sup>30</sup> Boran Güneysu, s. 265, 268.

<sup>31</sup> Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 563.

<sup>32</sup> Schwander, sZPO, Art. 334, Nr. 6.

kararın tebliğinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içinde talep edilmelidir (HMK m. 305/A).

Ayrıca belirtmek gerekir ki hükmün tamamlanması sonucunda verilen ek karar için şartları varsa hükmün tazyihi talep edilebilir.

### **C. Kanun Yolundan Farkı**

Hükmün tamamlanması ile istinaf ve temyiz gibi kanun yollarının nitelik ve amaçları da farklıdır. Hükmün tamamlanması yukarıda da belirttiğimiz üzere dar ve teknik anlamda kanun yolu değildir. Zira kanun yollarının sahip olması gerekli erteleyici ve aktarıcı etkiye sahip değildir ve HMK'da kanun yolları arasında düzenlenmemiştir. Hükmün tamamlanması yoluna başvurulması, mahkemenin ilk vermiş olduğu kararın kesinleşmesini ertelediği gibi, hükmün tamamlanması talebi hakkında üst mahkeme değil, kararı veren mahkeme inceleme yapar (HMK m. 306).

Ayrıca hükmün tamamlanmasında, kanun yolundan farklı olarak mahkemenin ilk nihai kararının kaldırılması, bozulması veya değiştirilmesi mümkün değildir. Hükmün tamamlanması, tarafların talepleri hakkında karar verilmemiş olmasından kaynaklanan hüküm boşluğunu ortadan kaldırmayı amaçlar. Kanun yolunun amacı ise mahkeme kararlarındaki (kararın içeriğindeki) maddî veya hukukî (esasa veya usule ilişkin) hataların kaldırılması ve mahkeme kararlarının düzeltilmesidir<sup>33</sup>.

Türk hukukunda hükmün tamamlanması yolunun yürürlüğe girmesinden sonra verilen mahkeme kararlarında, tarafların talepleri hakkından karar verilmemiş olması halinde hükmün tamamlanması yoluna başvurulmasında tereddüt olmamakla birlikte, bu hukukî çarenin varlığına rağmen kanun yoluna başvurulmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Alman hukukunda, hükmün tamamlanması yoluyla ek karar verilmesi yolunun mevcut olduğu bir yargı sisteminde, tek başına (sadece) mahkemenin nihai kararındaki bu tür bir boşluğun ortadan kaldırılması ve talep hakkında ilk kez karar verilmesi için kanun yoluna başvurulamayacağı kabul edilmektedir<sup>34</sup>. Bununla birlikte mahkemenin kararına karşı maddî, usulî veya esasa ilişkin bir başka hata nedeniyle kanun yoluna başvurulması halinde, tarafların talepleri

---

<sup>33</sup> Postacıoğlu, s. 716.

<sup>34</sup> Saenger, ZPO, § 321, Nr. 15; BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 45; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 317; Musielak, Münchener Kommentar, § 321, Nr. 12.

hakkında karar verilmemiş olması da bir istinaf veya temyiz sebebi olarak dikkate alınabilir<sup>35</sup>. Örneğin, ilk derece mahkemesi davacının aslî talebi olan asıl alacak hakkında karar vermesine rağmen faiz talebi hakkında karar vermeyi unutursa, bu durumda davacı süresi içinde istinafa başvurarak diğer istinaf sebepleri yanında, talebi hakkında karar verilmemiş olmasını da istinaf sebebi olarak ileri sürebilir.<sup>36</sup>

Avusturya hukukunda ise Avusturya Usûl Kanununun 496'ncı maddesindeki düzenleme nedeniyle, talebi hakkında karar verilmeyen tarafın kanun yoluna başvurmak veya hükümün tamamlanmasını talep etmek konusunda seçim hakkı olduğu kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Örneğin, ilk derece mahkemesi dosya içeriğine aykırı olarak tarafın talepte bulunmadığını düşünerek, tarafın talebi hakkında karar vermemişse istinafa başvurulabilir. Hatta taraf her iki yola birden başvurursa, istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinde ileri sürülen hükümün tamamlanması talebi hakkında verilen kararı beklemesi gereklidir. Avusturya Usûl Kanununun 485'inci maddesi uyarınca, 423'üncü maddeye göre tamamlanması talep edilen bir hükme karşı istinafa başvurulması halinde, talep üzerine istinaf duruşması, hükümün tamamlanması talebi hakkında verilen karara karşı süresi içinde istinafa başvurulmazsa bu kararın kesinleştiği tarihe veya istinafa başvurulması halinde ise istinafa başvuru tarihine kadar ertelenir. Hükümün tamamlanması talebi hakkında verilen karara karşı istinafa başvurulursa her iki istinaf dosyası birleştirilir. İlk derece mahkemesi, hükümün tamamlanması talebini kabul eder ve bu karar kesinleşirse, istinaf mahkemesi bu durumda eksik hüküm verilmiş

<sup>35</sup> Musielak, Münchener Kommentar, § 321, Nr. 12; Musielak/Voit/Musielak ZPO § 321 Rn. 10; BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 46. Bu durumda istinaf yolunda ilk derece kararı kaldırılarak dosya talep hakkında karar verilmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. Temyizde ise eğer davanın esası hakkında istinaf mahkemesi tarafından karar verilmiş ve bazı talepler hakkında karar verilmesi unutulmuşsa, istinaf mahkemesi kararı bozularak dosya istinaf mahkemesine gönderilmelidir. Eğer davanın esası hakkında ilk derece mahkemesi tarafından karar verilmiş ve istinaf mahkemesi istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermişse, temyiz incelemesi sonunda bozma kararı verilerek talepler hakkında karar verilmesi için dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir.

<sup>36</sup> Bu konuda aşağıda "*İleri sürülen talepler hakkında daha önce karar verilmemiş olması*" başlığı altındaki açıklamalara bkz.

<sup>37</sup> Fasching, s. 1320; Walter H. Rechberger/Daphne Ariane Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Manz, Wien 2010, 487; Erich Feil/Elke Kroisen Brunner, Zivilprozessordnung, Linde Verlag, Wien 2003, s. 855; Alexander Klausner/Georg E. Kodek, Jurisdiktionnorm und Zivilprozessordnung, Manz, Wien 2006, s. 1176; OGH, 29.01.2015, 9Ob82/14w, <https://www.ris.bka.gv.at/Jus/>, Erişim Tarihi 26 Ağustos 2020.



olması nedeniyle (başka bir deyişle hükmün tamamlanması talebiyle) yapılan istinaf başvurusunu hukukî yarar yokluğundan reddetmelidir<sup>38</sup>.

Türk hukuku açısından konu HMK'nın m. 353, 1, a, 6 hükmü dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu hükme göre, tarafın “*talebinin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması*” aynı zamanda bir istinaf sebebi olarak kabul edildiğinden, ilk derece mahkemesi tarafından hakkında karar verilmeyen talepler hakkında hüküm kurulabilmesi için istinafa da başvurulabilir. Ancak istinafa başvurulması halinde istinaf mahkemesi aslı bir talep hakkında karar verilmediğini tespit ederse, dosyanın bu konuda karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vereceğinden, istinaf yerine daha kısa ve kolay bir yol olan hükmün tamamlanmasının talep edilmesi daha isabetli bir çözümdür.

#### **D. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla İlişkisi**

Hükmün tamamlanması, temel hak ihlali bağlamında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkıyla ilişkisi bakımından da değerlendirilmelidir. Mahkemenin tarafların talepleri hakkında karar vermemesi, aynı zamanda Anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktaysa, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilir (6216 s.K. m. 45, I).

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36'ncı maddesine göre, hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmayacağından, tarafların talepleri hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiş olması, hakkın yerine getirilmesinden kaçınma sonucunu doğuracağından temel hak ihlali olarak değerlendirilebilir<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Fasching, s. 1320.

<sup>39</sup> Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemesine konu bir kararında, uyumsuzluğun bir mahkeme tarafından karara bağlanması hakkının, mahkeme hakkından türetilen bir hak olduğu; mahkemenin yalnızca önüne getirilen maddi ve hukukî sorunları inceleyebilmesinin yeterli olmadığı; mahkemenin aynı zamanda bir karar vermesi gerektiği; Anayasa'daki hakların etkili bir biçimde korunması için, davaya bakan mahkemenin tarafların taleplerini, iddialarını, delillerini etkili bir biçimde inceleme görevi olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ve etkili karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. *Ali Atlı*, B. No: 2013/500, 20/3/2014, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 11 Mart 2020. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre de mahkeme hakkının soyut bir hak olarak kalmaması için, yargılama sonucunda “nihaî bir karar” elde edilebilmesi (Bkz. Marini/Arnavutluk, B.

Mahkemenin tarafların talepleri hakkında olumlu veya olumsuz bir karar vermediği hallerde, bu sebeple Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilmesi için diğer tüm yargısal başvuru yollarının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerektiğinden (6216 s.K. m. 45, II), talebi hakkında karar verilmeyen taraf, mahkemenin kararı verildiği anda kesinse öncelikle hükümün tamamlanmasını talep etmelidir<sup>40</sup>. Hükümün tamamlanması yargılamasında da tarafın talebi hakkında karar verilmez ve bu karar süresi içinde ve usulüne uygun olarak yapılan kanun yolu incelemesinden geçerek kesinleşirse, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilir. Zira taraf hükümün tamamlanmasını talep ederek ve olağan kanun yollarını tüketerek talebini usul hükümlerine uygun olarak ileri sürmüş ve olağan kanun yollarını tüketmiş olur. Diğer yandan ilk derece mahkemesinin kararı verildiği anda kesin değil ve karara karşı istinaf yolu açıksa, hükümün tamamlanması talep edilmiş ve bu karar kanun yolu incelemesinden geçerek kesinleşmişse, ayrıca istinafa başvurulmamış olsa dahi, bireysel başvuru yapılabilir. Başka bir deyişle, talebi hakkında karar verilmeyen tarafın ayrıca istinafa başvurmamış olması, diğer tüm yargısal yolların tüketilmediği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira taraf Kanunun kendisine sunmuş olduğu olağan hukukî çarelerden birini seçmiş ve bu yönde tüm yargısal yolları tüketmiş kabul edilmelidir.

### HÜKMÜN TAMAMLANMASININ ŞARTLARI

Hükümün tamamlanması için bu talebe konu olabilecek bir mahkeme kararı bulunması, mahkeme tarafından taraflardan birinin ileri sürdüğü talepler hakkında veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli hususlarda karar verilmemiş olması ve ilgili tarafın süresi içinde talepte bulunmuş olması gerekir.

#### A. Hükümün Tamamlanması Talebine Konu Olabilecek Bir Mahkeme Kararı Bulunması

Hükümün tamamlanması başlığı ile düzenleme yapılmışsa da madde içeriğinden mahkemelerin her tür nihai karara karşı bu yola başvurulabileceği anlaşılmaktadır. Hükümün tamamlanması talebine konu nihai karar, maddî anlamda kesin hüküm etkisine sahip olabileceği gibi, kesin hüküm etkisine sahip olmayan nihai mahkeme kararları da olabilir. Örneğin, icra mahkemesi

No: 3738/02, 18/12/2007, § 22) gerekir (Abdullah Çelik, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014, [https://www.anayasa.gov.tr/media/3503/adil\\_yargilanma.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3503/adil_yargilanma.pdf), Erişim Tarihi 11 Mart 2020, s. 31).

<sup>40</sup> Alman hukukunda anayasa şikâyeti (*Verfassungsbeschwerde*) yoluna başvurulabilmesi için öncelikle hükümün tamamlanmasının talep edilmesi gerektiği yönünde bkz. Musielak/Voit/Musielak ZPO § 321 Rn. 10a.

tarafından şikâyet üzerine verilen veya itirazın kaldırılması talepleri hakkında verilen nihai kararların tamamlanması da talep edilebilir.

Kanun sadece nihaî kararlara karşı hükmün tamamlanmasını talep edilebileceğini kabul etmiştir. Zira nihaî kararın verilmesi veya taraflara tefhim edilmesiyle mahkeme kararını artık kendiliğinden veya tarafların talebi ile değiştiremez<sup>41</sup>. Ara kararların eksik olması halinde ise mahkeme ara kararlarından taraflardan biri lehine usûlî kazanılmış hak teşkil etmedikçe dönebileceğinden veya bu kararları değiştirebileceğinden, hükmün tamamlanması talep edilemez. Mahkeme kendiliğinden veya tarafın talebi üzerine ara kararını değiştirebilir<sup>42</sup>.

Nihaî kararlar arasında ise usule veya esasa ilişkin olmasına göre bir ayırım yapılmamıştır. Hükmün tamamlanması yoluna tarafın esasa ilişkin talepleri konusunda ve mahkemenin uyuşmazlığın esası hakkındaki nihaî kararları (hükümleri) aleyhine başvurulabileceği öngörülebilirse de usule ilişkin nihaî kararların tamamlanması için de bu yola başvurulabilir<sup>43</sup>. Örneğin, mahkeme davanın açılmamış sayılmasına veya dava konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına karar vermiş ancak bu kararında yargılama giderleri hakkında kendiliğinden bir karar vermemişse, taraflardan biri yargılama giderleri hakkında karar verilebilmesi için hükmün tamamlanmasını talep edebilir.

Davayı kabul, davadan feragat gibi davayı sona erdiren taraf usûl işlemleri ile davanın sona ermesi halinde de şartları varsa mahkemenin davanın sona erdiğini tespit eden nihai kararının tamamlanması talep edilebilir<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2001; Postacıoğlu, s. 715; “Hükmün verilmesiyle hâkimlik sona erer” (*lata sententia iudex desinit esse iudex*), Digesta 42.1.55. Ulpian, Bkz. Sterchi, Berner Kommentar, Art. 334, Nr. 2. Hâkim nihai kararını verdikten sonra, kural olarak kendiliğinden davaya el atarak “ek karar” veremez. Yılmaz’a göre, hükmün tamamlanması istenmeden bu yönde karar verilse dahi bu yok hüküm niteliğindedir. Bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 2926. Ancak katıldığımız görüşe göre bu durumda derdest olmayan veya esasa ilişkin bir nihai kararlar sona eren bir dava hakkında mahkeme tarafından karar verilemeyeceği için “yok hüküm” değil, “etkisiz hüküm” söz konusudur. Bkz. Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2052.

<sup>42</sup> Ara kararlardan dönülp dönülemeyeceği ile ilgili daha fazla açıklama için bkz. Boran Güneysu, s. 161 vd.

<sup>43</sup> İbrahim Özbay/Yavuz Korucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Adalet, Ankara 2016, s. 68; İbrahim Özbay/Murat Erdem, “Hakem Kararlarının Tavzihi, Düzeltilmesi ve Tamamlanması (HMK m.437)”, 2013, 1 (2), Sakarya Hukuk Dergisi, s. 204

<sup>44</sup> Fasching, s. 1321.

Davada verilen mahkeme kararları için hükümün tamamlanması talep edilebileceği gibi, çekişmesiz yargı işlerinde verilen nihai kararlar için de talep edilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre, çekişmesiz yargı işlerinde basit yargılama usulü geçerli olduğundan ve basit yargılama usulüne göre hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacağından, çekişmesiz yargıda verilen kararlara karşı hükümün tamamlanması talep edilebilir. Çekişmesiz yargı kararlarının maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi (HMK m. 388), başka bir deyişle daha sonra ilgililerin talebi üzerine bu kararların değiştirilebilir olması, hükümün tamamlanmasının talep edilmesine engel değildir. Aksi düşüncenin kabul edilmesi halinde çekişmesiz yargı işlerinde ilgililerin talepleri hakkında karar verilmediğinde, istinaf yoluna başvurulması gerekir ki (HMK m. 387) hükümün tamamlanması yolunun mevcut olduğu bir sistemde bu seçenek hak arama hürriyetini sınırlandırır, zorlaştırır ve yargılama süresinin uzamasına neden olur. Çekişmesiz yargı işlerinde verilen nihai kararların haksız veya hatalı olması nedeniyle kararın sonradan değiştirilmesi ya da durum ve koşullardaki değişiklikler nedeniyle kararın değiştirilmesinin amacı ile mahkemenin ilgililerce talep edilen veya kendiliğinden karar vermesi gereken hususlarda hiç karar vermemiş olması farklı durumlardır. Hükümün tamamlanmasında mahkemenin kararının haksız veya hatalı olması ve bu nedenle düzeltilmesinden değil, talepler hakkında tamamen veya kısmen karar verilmemiş olması nedeniyle bu boşluğun ortadan kaldırılması amacı öne çıkmaktadır. Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararların şeklen kesinleşmesinden sonra da (maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez) aynı mahkemeden kararını değiştirilmesi için talepte bulunmak yerine, nihai kararın tebliğinden itibaren bir aylık yasal süresi (HMK m. 305/A) içinde hükümün tamamlanmasını talep etmekte ilgililerin hukukî yararı vardır<sup>45</sup>. Ayrıca hükümün tamamlanmasının amacı ilk verilen nihai karar değiştirmek değil, ilk kararda unutulmuş hususlarda karar verilmesini sağlamaktır.

İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz gibi geçici hukukî koruma kararları hakkında ise hükümün tamamlanmasının talep edilemeyeceği kanısındayız. Zira bu kararlar nihai karar niteliğinde değildir ve ilgili kanun hükümlerinde geçici hukukî koruma kararlarının değiştirilmesine ilişkin özel hükümler bulunmaktadır. Geçici hukukî koruma kararları hakkında, şartları varsa gerekçesi belirtilerek mahkemeden her zaman yeni talepte bulunulabilir;

<sup>45</sup> Çekişmesiz yargı işlerinde verilen ve şeklen kesinleşen mahkeme kararlarının değiştirilebilmesi için talepte bulunan ilgilinin kararın değiştirilmesini gerektiren yeni vakıalar ve deliller sunması gerekir. Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2146.

talebin genişletilmesi ve daraltılması belirli şartlarda istenebilir.

Hükmün tamamlanması, duruma göre ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesinden talep edilebilir. İlk derece yargılaması sonunda verilen nihaî kararın ek kararla tamamlanması talep edilmekteyse başvuru ilk derece mahkemesine yapılmalı ve talep hakkında o mahkeme tarafından karar verilmelidir.

İlk derece mahkemesi sıfatıyla veya istinaf incelemesi sonunda bölge adliye mahkemesi tarafından verilen nihaî kararın tamamlanması isteniyorsa, hükmün tamamlanması bölge adliye mahkemesinden talep edilmelidir. Zira bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesi sıfatıyla yargılama yapmaktaysa<sup>46</sup> zaten ilk derece yargılama usulü uygulanacağından, hükmün tamamlanmasının talep edilmesinde tereddüt yoktur<sup>47</sup>. Bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesi sonunda verdiği kararlar bakımından ise HMK m. 360 uyarınca istinafa ilişkin hükümler arasında aksine hüküm bulunmayan durumlarda ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü bölge adliye mahkemesinde de uygulanacağından, hükmün tamamlanması talep edilebilir.

Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği nihaî kararların<sup>48</sup> tamamlanması da talep edilebilir. Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda verdiği kararların tavrı ve tashihi konusunda Kanunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte öğretilerde ve uygulamada temyiz incelemesi sonunda verilen kararlara karşı tavrı ve tashihi yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir<sup>49</sup>. Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda verdiği onama, bozma

---

<sup>46</sup> Örneğin, ilk derece mahkemesince hükme esas alınan bilirkişi raporunun gerçeğe aykırı olması nedeniyle, devlet aleyhine açılacak olan tazminat davasına, bu mahkemenin yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi ilk derece mahkemesi olarak bakar (HMK m. 286, I).

<sup>47</sup> Fasching, s. 1321; Feil/Krousen Brunner, s. 855.

<sup>48</sup> Örneğin, ilk derece hakimlerinin yargılama faaliyetindeki fiil ve kararlarından dolayı devlet aleyhine açılacak tazminat davalarına Yargıtay ilgili dairesi; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı açılan tazminat davalarına ise Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakar (HMK m. 47).

<sup>49</sup> Kuru, Ders Kitabı, s. 570; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, C. V, Ankara 2001, s. 8277; Yılmaz, Şerh, s. 2991; Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 893-895; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2003; Tolga Akkaya, "Hükmün Tashihi Yoluyla Onama veya Bozma Kararının Kaldırılması ve Değiştirilmesi", 2015/3, 11 (32), MİHDER, s. 92-112, s. 94; Şanal Görgün/ Levent Börü/ Barış Toraman/ Mehmet Kodakoğlu, Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 648

ve düzelterek onama kararlarında da karar verilmesi unutulmuş hususlarda hükümün tamamlanmasının talep edilebilmesinin usûl ekonomisi bakımından uygun olacağı kanısındayız.

## B. İleri Sürülen Talepler Hakkında Daha Önce Karar Verilmemiş Olması

Kanuna göre yargılamada ileri sürülmesine rağmen hakkında kısmen veya tamamen karar verilmeyen hususlarda taraflardan biri hükümün tamamlanması ve ek karar verilmesini talep edebilir.

Hakkında karar verilmeyen talep, asıl davada veya karşı davada ileri sürülmüş talep olabilir<sup>50</sup>. Benzer şekilde birleştirilen davalardan biri hakkında karar verilmiş diğeri hakkında karar verilmemişse, hükümün tamamlanması talep edilebilir. Davacının, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi halinde (davaların yığılması-HMK m. 110) hakkında karar verilmeyen talepler hakkında hükümün tamamlanması talep edilebilir<sup>51</sup>. Kanımca terditli davalarda da (HMK m. 111) mahkeme davacının aslî talebinin reddine karar vermiş bununla birlikte fer'i talebi hakkında karar vermemişse, davacı ilk derece mahkemesi kararının kendisine tebliğinden sonra hükümün tamamlanmasını ve fer'i talebi hakkında ek karar verilmesini talep edebilir.

Kanundaki ifade tarzıyla “yargılamada ileri sürülmesine rağmen hakkında karar verilmeyen hususlardan” kasıt, hükümün gerekçesinde de ifade

---

“Bunun gibi Yargıtay kararları hakkında da tavzih yoluna başvurulabilir. Tavzih kararıyla hüküm değiştirildiğini iddia eden temyiz yoluna başvurulabilirse de, Yargıtay Dairesi'nin kendi kararlarının tavzihiyle ilgili verdiği kararlara karşı H.G.K.'na temyiz yoluna başvurulamaz. (YHGK'nın 15.3.1969 gün ve 1969/2-466 E. 178 K. sayılı ilamı) Tavzih yoluna başvurabilmek için hükümün kesinleşmesini beklemeye gerek yoktur.” 9. HD, 23.9.2014, 2012/32892, 2014/27616 (Kazancı), Erişim Tarihi 27 Aralık 2020; “Ne var ki, Yargıtay onama ve bozma kararlarında maddî yanılğı bulunması halinde usûlî kazanılmış haktan söz edilemeyeceği, giderek maddî yanılğının düzeltilmesi gerektiği Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş içtihatlarından. Yine, 07.06.1994 gün, 40/22 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, Yargıtay kararlarına tavzih talebinde bulunulması da mümkündür.” 21. HD, 17.9.2015, 13783/16910 (Kazancı), Erişim Tarihi 27 Aralık 2020. Özellikle düzelterek onama kararı verilen durumlarda, Yargıtay ilamının kapsam ve sonuçlarının belirlenmesinde tereddüt edilmesi halinde tavzih talep edilebileceği yönünde bkz. YİBGK 7.6.1944 T., 40 E./22 K. (RG, 23.1.1944 T., 5864 S.), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/5864.pdf>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

<sup>50</sup> BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 10.

<sup>51</sup> Bulut, s. 416 vd.

edildiği üzere tarafın esasa ilişkin talepleridir<sup>52</sup>. Örneğin, talep edildiği halde faiz hakkında karar verilmemişse, vekalet ücretine hükmedilmesi unutulmuşsa, boşanma kararında çocukla kişisel ilişki kurulması konusunda veya maddî ve manevî tazminat talepleri hakkında karar verilmemişse, taraflardan birinin talebi üzerine hükmün tamamlanması mümkündür. Tarafın usule ilişkin itiraz ve talepleri hakkında karar verilmemiş olması nedeniyle hükmün tamamlanması istenemez. Örneğin, davalının yetki (ilk) itirazı hakkında karar verilmemişse veya tarafın tanık dinletme isteği mahkeme tarafından dikkate alınmadan esas hakkında karar verilmişse kanun yoluna başvurulmalıdır. Zira geçerli bir yetki itirazının dikkate alınmaması ve bu konuda karar verilmeden yargılamaya devam edilip karar verilmesi halinde, yetkisiz bir mahkeme tarafından karar verilmiş olacağından veya usule uygun bir tanık dinletme isteğinin dikkate alınmadan karar verilmesi ispat hakkının ihlali niteliğinde olacağından, bu tür usule aykırılıklar ancak istinafa başvurmak suretiyle giderilebilir.

Taleple bağıllık ilkesine aykırı olarak tarafın talep etmediği bir şey hakkında veya talepten daha fazlasına karar verilmişse, hükmün tamamlanması yoluna başvurulamaz. Bu durumda açıkça HMK'nın 26'ncı maddesinde düzenlenen taleple bağıllık ilkesi ihlal edildiğinden, aleyhine karar verilen taraf kanun yoluna başvurabilir.

Kanunda hükmün tamamlanması yoluyla ek karar verilmesinin talep edilebilmesi için ileri sürülen talepler hakkında karar verilmemiş olması durumu belirtmiş ancak karar verilmemesinin sebebi üzerinde durmamıştır. Mahkemenin ileri sürülen talepler hakkında karar vermemesi, çoğunlukla o husus hakkında karar verilmesinin iş yoğunluğu, dava konusu taleplerin kapsamlı olması, dikkatsizlik gibi nedenlerle unutulmasından kaynaklanır. Başka bir deyişle, mahkeme sehven (yani dalgınlık, dikkatsizlik veya unutkanlık sonucunda oluşan yanlışlıkla) ve farkında olmadan, talepler hakkında karar vermemiş olmalıdır<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Madde gerekçesi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2735.pdf>, Erişim Tarihi 24 Ağustos 2020.

<sup>53</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", 2020, (150), TBBD, s. 247-299, s. 280; Özbay/Erdem, Tavzih, s. 67; Erdoğan, s. 107; Wiczorek/Schütze, § 321, Nr. 11; BeckOK ZPO/Elzer ZPO § 321 Rn. 8; Musielak/Voit/Musielak, ZPO § 321 Rn. 5; Gerhard Lüke, "Die Bindungswirkung im Zivilprozess", 2000, JuS, s.1042-1046, s. 1044.

Mahkeme talep hakkında bilinçli olarak karar vermemiş ve bu durumun gerekçesini kararında açıklamışsa, hükümün tamamlanması yoluna değil<sup>54</sup>, mahkemenin hatalı (hukuka aykırı) karar vermesi nedeniyle kanun yoluna başvurulmalıdır. Örneğin, mahkeme davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı şeklinde karar vermişse, bu karara karşı kanun yoluna başvurulmalıdır. Zira böyle bir ihtimalde mahkeme esasen talep hakkında karar verilmesine yer olmadığından karar vermiş ve bunun gerekçesini de kararında açıklamıştır. Bu durumda davacı talebi hakkında karar verilmemesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek isterse, duruma göre, istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmalıdır.

Mahkemenin tarafın talep sonucunu kısmen kabul etmesi halinde, tarafın talebi hakkında kısmen veya tamamen karar verilmediği söylenemez. Bu ihtimalde mahkeme talebin tamamını incelemiş ancak bir kısmının kabulüne karar vermiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde bu hususu açıklayacağından talebin kabul edilmeyen bölümü için de karar verdiği kabul edilmelidir<sup>55</sup>. Örneğin, mahkeme davacının asıl alacağı reeskont faizi uygulanması talebini kabul etmeyip, kanuni faiz oranına hükmederse, daha sonra hükümün tamamlanması yoluyla ek karar verilerek reeskont faizine hükmedilmesi mümkün değildir.

Mahkemenin karar vermeyi unuttuğu husus aslî veya fer'i talepler olabilir. Örneğin, mahkemenin asıl alacak hakkında karar vermesine rağmen, faiz, cezai şart veya icra yargılamaları bakımından inkâr veya kötü niyet tazminatı hakkında karar vermemesi bu duruma örnek teşkil eder<sup>56</sup>.

Mahkeme esas hakkındaki nihaî kararının hüküm sonucunda bazı talepler hakkında karar verilmediği anlaşılacakla birlikte, o talepler hakkında kararın gerekçesinden hüküm verildiği anlaşılırsa hükümün tamamlanması

<sup>54</sup> Wiczorek/Schütze, § 321, Nr. 11; BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 8.

<sup>55</sup> Seyhan Selçuk, "Hakem Kararlarının Tamamlanması Talep Edilmeden Aynı Sebep İptal Talebinde Bulunulmasında Hukukî Menfaat", 2018/1, Ankara Barosu Dergisi, s. 273-295, s. 276; Wiczorek/Schütze, § 321, Nr. 7, 21.

<sup>56</sup> Özbay/Erdem, Tavzih, s. 67; Wiczorek/Schütze, § 321, Nr. 7; BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 10. Mahkemenin tarafların talep ettiği daha fazlasına karar vermesi durumunda ise kıyas yoluyla hükümün tamamlanması yoluna başvurulması mümkün değildir. Zira talepten daha fazlasına karar vermek açık bir usule aykırılık teşkil eder ve bu hatanın düzeltilmesi için kanun yoluna başvurulması gerekir. Bkz. Musielak, Münchener Kommentar, § 321, Nr. 6; Wiczorek/Schütze, § 321, Nr. 21.



değil, hükmün tashihi istenmelidir<sup>57</sup>. Zira bu durumda mahkeme tarafın talebi hakkında karar vermiştir, ancak bunu kararın hüküm sonucuna geçirmemiş olduğundan<sup>58</sup> bu durum açık bir yazım hatası olarak değerlendirilmelidir. Buna göre hakkında hüküm verilmiş bir talep hakkındaki açık yazım hatasının giderilmesi için taraflardan biri hükmün tashihi isteyebilir veya mahkeme kendiliğinden tashih kararı verebilir (HMK m. 304, I).

Mahkeme, hüküm fıkrasında talep hakkında karar vermiş olmasına rağmen, kararının gerekçesinde bu kararla ilgili bir açıklama yapmamışsa hükmün tamamlanması talep edilemez. Bu ihtimalde mahkeme gerekçesiz karar vermiş olduğundan, tarafın hukukî dinlenilme hakkını ihlal etmiş olur ve bu hukuka aykırılık duruma göre istinaf veya temyize başvurularak ileri sürülebilir<sup>59</sup>. Başka bir deyişle sadece hükmün gerekçesinin düzeltilmesi veya tamamlanması için hükmün tamamlanması talep edilemez<sup>60</sup>.

Mahkeme tarafların iddia ve savunmalarını (örneğin itiraz ve def'ilerini) dikkate almadan karar vermişse hükmün tamamlanması değil, duruma göre istinaf veya temyiz yoluna başvurulmalıdır. Bu ihtimalde, tarafların talepleri hakkında karar verilmiş ancak ileri sürdükleri iddia ve savunmalar dikkate alınmamıştır. Bu tür bir hata hukuka aykırılık teşkil edeceğinden, hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması ve mahkeme kararının düzeltilmesi için kanun yoluna başvurulabilir. Örneğin, davacının para alacağına hüküm altına alınması talebiyle açtığı davada, davalı cevap dilekçesinde kendisinin de davacıdan alacaklı olduğunu ileri sürerek takas savunması yapar ve mahkeme takas savunmasını dikkate almadan davanın kabulüne karar verirse, davalı hükmün tamamlanmasını talep edemez; istinaf veya temyize başvurarak mahkemenin hukuka aykırı kararının düzeltilmesini sağlayabilir<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Musielak, Münchener Kommentar, § 321, Nr. 6; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 317; Wiczorek/Schütze, § 321, Nr. 11; BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 8; Fasching, s. 1321. Hüküm fıkrası ile gerekçe arasında çelişki olması halinde çelişkinin giderilmesi için tavzihi istenebileceği yönünde bkz. Kuru, C. V, s. 5275.

<sup>58</sup> Bu durumda Alman hukukunda hükmün tashihi istenebileceği yönünde bkz. Saenger, ZPO, § 321, Nr. 6.

<sup>59</sup> Saenger, ZPO, § 321, Nr. 6; Musielak, Münchener Kommentar, § 321, Nr. 6; Fasching, s. 1320. Tavzihe başvurulabilecek haller bakımından da benzer sonuca varılmalıdır. Bkz. Boran Güneysu, s. 271.

<sup>60</sup> Fasching, s. 1321.

<sup>61</sup> Saenger, ZPO, § 321, Nr. 6; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 317; Musielak, Münchener Kommentar, § 321, Nr. 5; Musielak/Voit/Musielak ZPO § 321 Rn. 4; Wiczorek/Schütze, § 321, Nr. 1, 7; BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 13.

Hükümün tamamlanabilmesi için taleplerin ilk yargılamada ileri sürülmüş olması gerekir. İlk yargılamada ileri sürülmeyen talepler hakkında hükümün tamamlanması yoluyla ek karar verilmesi mümkün değildir<sup>62</sup>. Mahkemenin ileri sürülen talep hakkında karar verip vermediği, davacı veya davalının usulüne uygun olarak dilekçelerinin talep sonucu bölümünden veya duruşma sırasında ileri sürdüğü talepler ile mahkemenin kararının (özellikle de kararın hüküm sonucunun/hüküm fıkrasının) karşılaştırılmasıyla anlaşılabilir<sup>63</sup>. Dosya münderecatından anlaşılamayan talepler, taraflarca ileri sürülmüş sayılamayacağından, hakkında karar verilmeyen bu talepler bakımından hükümün tamamlanması talep edilemez.

### **C. Mahkemenin Kendiliğinden Karar Vermesi Gereken Hususlarda Karar Vermemiş Olması**

Mahkeme taraflar talep etmese dahi bazı hususlarda kendiliğinden karar vermelidir. Mahkemenin kendiliğinden karar vermesi gereken durumlar usûl hukukundan veya maddî hukuktan kaynaklanabilir. Zira Kanun mahkemenin kendiliğinden karar vermesi gereken hallerden bahsetmiş ancak bu halleri belirli bir hukuk alanıyla sınırlandırmamıştır. Usûl hukuku bakımından yargılama giderlerine, mahkeme tarafından re'sen hükmedilir ve yargılama giderinin, tutarı, hangi tarafa ve hangi oranda yükletildiği ve dökümü hüküm altında gösterilir (HMK m. 332, I-II). Mahkeme taraflar talep etmese dahi yargılama giderleri hakkında karar vermezse, taraflardan biri yargılama giderleri yönünden hükümün tamamlanmasını ve ek karar verilmesini talep edebilir. Örneğin, uygulamada karşılaşıldığı üzere, davada taraf lehine yargılama gideri olan vekalet ücretine hükmedilmemişse, davada talep edilmemiş olsa dahi, ilgili taraf daha sonra bu yönden hükümün tamamlanmasını talep edebilir.

Yargılama giderlerine karar verme konusunda mahkemeye takdir hakkı tanınan durumlarda ise mahkemenin karar vermemesi durumunda hükümün tamamlanması talep edilemez<sup>64</sup>. Örneğin, kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı

<sup>62</sup> Milletlerarası tahkimde hakem kararlarının tamamlanması bakımından aynı yönde bkz. Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 250.

<sup>63</sup> İbrahim Özbay, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 218; Selçuk, s. 275.

<sup>64</sup> Saenger, ZPO, § 321, Nr. 7; Musielak, Münchener Kommentar, § 321, Nr. 6; Wieczorek/Schütze, § 321, Nr. 14. Alman hukukunda, mahkemenin kararına karşı kanun yoluna başvurunun izne tabi olduğu durumlarda, karar veren mahkeme kanun yoluna başvuru konusunda karar vermeyi unutmuşsa, hükümdeki bu boşluk da hükümün tamamlanması yoluyla giderilebilir. Bkz. Wieczorek/Schütze, § 321, Nr. 18.

olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir (HMK m. 329, I). Bu durumda diğer taraf bu konuda bir talepte bulunmamış olsa dahi mahkeme kötü niyetli tarafı diğer tarafın vekiliyle kararlaştırdığı vekalet ücretini ödemeye mahkûm etme konusunda takdir yetkisine sahip olmasına rağmen, bu yönde karar vermemişse hükmün tamamlanması talep edilemez. Zira bu durumda mahkemenin kararında bir boşluktan söz edilemez.

Yargılama giderleri konusunda karar verilmiş ancak karar hukuka aykırıysa, başka bir deyişle yargılama giderleri konusunda yanlış karar verilmişse, bu durumda hükmün tamamlanması yoluna değil, duruma göre istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmalıdır<sup>65</sup>.

Mahkemenin kendiliğinden karar vermesi gereken haller arasında mahkemenin maddî hukuktan kaynaklı olarak re'sen karar vermesi zorunlu bulunan hususlar da yer alır. Örneğin, boşanma kararında çocuğun velayetinin ana veya babadan hangisine verileceği, çocukla kişisel ilişkin nasıl tesis edileceği konusunda karar verilmemişse, mahkeme taraflardan birinin talebi üzerine bu konuda ek karar verebilir.

## **D. Hükmün Tamamlanması Talebi**

### **1. Genel Olarak**

Hükmün tamamlanması yoluyla ek karar verilebilmesi için taraflardan birinin hüküm veren mahkemeden talepte bulunması gerekir<sup>66</sup>. Mahkemenin kendiliğinden karar vermesi gereken hususlarda karar vermemiş olması (örneğin yargılama giderleri hakkında karar verilmemesi) durumunda dahi hükmün tamamlanabilmesi için taraflardan biri talepte bulunmalıdır. Hükmün tashihiinde mahkeme kendiliğinden hükümdeki yazı ve hesap hataları ile diğer benzeri açık hataları düzeltebilmesine rağmen, hükmün tamamlanması için taraflardan birinin talep etmesi gerekir.

Kanun koyucu medenî usûl hukukunda geçerli tasarruf ilkesinin burada da geçerli olmasını ve taraflardan biri talep etmedikçe mahkemenin

---

<sup>65</sup> Saenger, ZPO, § 321, Nr. 8; BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 11.

<sup>66</sup> Belirtmek gerekir ki ihtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşları ayrı ayrı, mecburi dava arkadaşlığında ise tüm dava arkadaşları birlikte hükmün tamamlanmasını talep edebilir. Asli müdahil taraf olduğu dava bakımından tek başına, fer'i müdahil ise davanın tarafı olmadığından ancak yanında katıldığı tarafla birlikte hükmün tamamlanmasını talep edebilir. Külli ve cüzi haleflerin hükmün tamamlanmasını talep edebileceğinde şüphe yoktur.

kendiliğinden ek karar veremeyeceğini benimsemiştir. Tasarruf ilkesi gereğince hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz (HMK m. 24, I). Mahkeme ilk (önceki) nihaî kararını vermekle davadan el çekmiş olduğundan ve artık ilk davanın derdestliğinden söz edilemeyeceğinden, o davadaki taleplerin hükmün tamamlanması yargılaması bakımından da geçerli olduğu söylenemez. Hükümün tamamlanması yargılaması ilk yargılamadan bağımsız olup, hükmün tamamlanması suretiyle “ek karar” verilebilmesi için ayrı bir talebe ihtiyaç bulunmaktadır. Mahkeme tarafların talepleriyle bağlı olup talepten daha fazlasına karar veremez (HMK m. 26, I).

Taraflardan biri adli yardımdan yararlanmışsa, adli yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ile Devletçe ödenen avanslar dava veya takip sonunda haksız çıkan kişiden tahsil edilmesi gerektiğinden (HMK m. 339, I), adli yardım giderleri konusunda karar verilmesinin unutulması halinde de hükümün tamamlanması mümkündür. Kanımca bu durumda genel kuraldan farklı olarak hükümün tamamlanması için tarafın talepte bulunması şartı aranmamalı, mahkeme kendiliğinden hükmünü tamamlayabilmelidir. Zira davanın tarafları Devlet tarafından ödenen ve kararda hükmedilmesi unutilan yargılama giderleri konusunda hükümün tamamlanması yoluyla ek karar verilmesini talep etmeyebilir.

Kanuna göre taraflardan her biri hükmün tamamlanmasını talep edebilir. Kanımca mahkemenin nihaî kararının hükmün tamamlanmasını talep eden tarafın lehine veya aleyhine olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Her iki tarafın da mahkemeye yöneltilen talepler hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi konusunda hukukî yararı vardır.

Hukukî yararı bulunması halinde fer’i müdahil de hükmün tamamlanmasını talep edebilir. Mahkeme tarafından fer’i müdahil lehine karar verilmesi gereken bir husus nihai kararda unutulmuşsa, bu kararın tamamlanmasını talep etmek konusunda fer’i müdahilin hukuki yararı vardır<sup>67</sup>. Örneğin, fer’î müdahil olarak davada yer alan kimse, yanında katıldığı taraf haksız çıkarsa, fer’î müdahale giderinden sorumlu tutulur. Buna karşılık

<sup>67</sup> Hükümün tamamlanması bir hukuki çare niteliğinde olduğundan, fer’i müdahilin kanun yoluna başvuru hakkı konusundaki değerlendirmeler burada da geçerlidir. Fer’i müdahilin kanun yoluna başvuru hakkı konusunda tartışmalar için bkz. Hakan Pekcanitez/Nedim Meriç, Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 308 vd.; Tolga Akkaya, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 138 vd.

fer'i müdahilin yanında katıldığı taraf haklı çıkarsa, bu hâlde bu giderler diğer tarafa yükletilir (HMK m. 328). İşte böyle bir durumda mahkeme fer'i müdahil lehine hükmedilmesi gereken yargılama giderlerine hükmetmeyi unutursa, fer'i müdahil kararın kendisine tebliğinden (HMK m. 68, II; HMK m. 305/A) sonra, süresi içinde hükmün tamamlanmasını talep edebilir.

## 2. Başvuru Süresi

Hükmün tamamlanması, nihaî kararın tarafa tebliğinden itibaren bir ay içinde talep edilebilir. Bu nedenle hüküm sadece hüküm sonucunun tefhim edilmesiyle kısa karar vermek suretiyle açıklansa dahi süre hüküm fıkrasının tefhim edildiği tarihten değil, gerekçeli kararın tarafa tebliğinden itibaren işlemeye başlar. Bir aylık süre hak düşürücü niteliktedir ve bu sürenin sona ermesiyle hükmün tamamlanmasını talep etme hakkı düşer.

Süresi içinde hükmün tamamlanmasını talep etmeyen tarafın eski hale getirme yoluna başvurup başvurmayacağı cevaplanması gereken bir sorudur. Kanuna göre, elde olmayan sebeplerle, Kanunda belirtilen süre içinde bir işlemi yapamayan kimse, eski hâle getirme talebinde bulunabilir (HMK m. 95, I). Bununla beraber, ilk derece ve istinaf yargılamalarında, en geç nihaî karar verilmeye kadar eski hâle getirme talebinde bulunulabileceğinden (HMK m. 96, II) ve hükmün tamamlanması en erken mahkemenin nihaî kararıyla yargılama sona erdikten sonra talep edilebileceğinden, kanun lafzına göre hükmün tamamlanması yoluna başvuru süresini kaçıran taraf eski hâle getirme talebinde bulunamaz. Kanımızca bu durumda kanun yoluna başvuru sürelerinin geçirilmesi bakımından geçerli ilke ve kural, hukukî çare olarak nitelendirdiğimiz hükmün tamamlanması yolunda da uygulanmalıdır. Tıpkı istinafa başvuru süresini geçiren tarafın bölge adliye mahkemesinde eski hale getirme yoluna başvurabildiği gibi (HMK m. 98, II), elde olmayan sebeplerle hükmün tamamlanması süresini geçiren taraf da şartları varsa ilgili mahkemede eski hale getirme talebinde bulunabilmelidir.

Bununla birlikte ilk yargılamada talebinin tamamı veya bir bölümü hakkında karar verilmeyen taraf, süresinde hükmün tamamlanmasını talep etmemiş veya edememiş ve eski hale getirme yoluna başvuramamış olsa dahi, yeni bir dava açarak bu talebi hakkında karar verilmesini talep edebilir. İlk davada bu talep konusu hakkında karar verilmediğinden ve hükmün tamamlanması yoluyla da ek karar verilmemiş olduğundan, derdestlikten veya

kesin hükümden söz edilemez<sup>68</sup>, hakkında karar verilmemiş olan talep zımnen reddedilmiş sayılamaz<sup>69</sup>.

Ancak mahkeme nihaî kararında yargılama giderlerine hükmetmeyi unutmussa, lehine yargılama giderine hükmedilmesi gereken taraf, süresi içinde hükümün tamamlanmasını talep etmezse, artık bu yargılama giderleri için yeni bir dava açamaz. Zira bu konudaki Yargıtay içtihadı birleştirme kararına göre<sup>70</sup>, “*Muhakeme masrafları ve bu meyanda hasma tahmili gereken vekalet ücreti, müstakil bir varlığı olmayacak derecede ait olduğu davanın konusunu teşkil eden hak ve alacağa sıkı bir surette bağlı olan ferî haklarındandır. Ferî hakların akıbeti asıl hakkın akıbetine tabidir. Tabi olan şeye ayrıca hüküm verilemez. ... Çünkü bir davada muhakeme masrafları cümlesinden olan ve hasma tahmili gereken vekalet ücretine hükmedilmemesine rağmen bu hükümü temyiz etmeyen tarafa vekalet ücreti hakkında yeniden ve müstakil bir dava hakkı tanımak işlerin ve davaların yeniden ve müstakil bir dava hakkı tanımak işlerin ve davaların lüzumsuz ve füzuli olarak çoğalmasına ve bir nizadan diğer yeni bir ihtilafın doğmasına sebep olur. ...*”

### 3. Hukukî Yarar

Hükümün tamamlanmasını talep eden tarafın somut ve güncel bir hukukî yararı bulunmalıdır. Kanunun hükümün tamamlanması için aradığı şartlar somut olayda gerçekleşmişse tarafın hukukî yararının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Talebi hakkında karar verilmeyen tarafın hükümün tamamlanması bakımından hem maddî (esasa ilişkin) hem de usûlî menfaati vardır. Zira davacının mahkemenin kararı ile hüküm altına alınmayan ve hukuken korunan menfaatinin (hakkının) tespitinde yararı olduğu gibi aynı zamanda talepleri hakkında karar verilmemiş olması nedeniyle (kanun yoluna başvurmaksızın veya yeni bir dava açmaksızın) hükümün tamamlanması yoluna başvurabilecek olması nedeniyle usûlî menfaati de vardır<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Saenger, ZPO, § 321, Nr. 11; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 317; Wieczorek/Schütze, § 321, Nr. 30; BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 31; Musielak/Voit/Musielak, ZPO § 321 Rn. 9.

<sup>69</sup> Kuru, Ders Kitabı, s. 350; Umar, s. 854; Yılmaz, Şerh, s. 2917; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 652.

<sup>70</sup> YİBGK, 29.5.1957 T., 1957/4. E., 1957/16 K. (Kazancı), Erişim Tarihi 4 Haziran 2020. Alman hukukunda yargılama giderleri için ayrı dava açılmayacağı yönünde ayrıca bkz. BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 31.

<sup>71</sup> Maddî menfaat ve usûlî menfaat kavramları konusunda daha fazla açıklama için bkz. Emel Hanağası, Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 114 vd.

Hukukî yarar şartı bakımından, mahkemenin ilk (asıl) nihaî kararına karşı kanun yoluna başvuru hakkının bulunması veya süresi içinde kanun yoluna başvurulmuş olması, hükmün tamamlanmasını talep etme konusundaki hukukî yararı ortadan kaldırmaz. Zira yukarıda da açıklandığı üzere kanun yolunun amacı ve konusu ile hükmün tamamlanmasının amacı farklıdır. Bununla birlikte “talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması” bakımından istinaf ve hükmün tamamlanması yolunun kesiştiği ve bu durumda tarafın iki hukukî imkândan birini tercih edebileceği kabul edilmelidir.

İlk derece mahkemesinin nihaî kararına karşı tebliğinden itibaren iki hafta içinde istinafa başvurulmamışsa hüküm şeklen kesinleşir. Hükmün şeklen kesinleşmesi bu karar bakımından şartları varsa hükmün tamamlanması yoluyla ek karar verilmesine engel değildir. Diğer yandan iki haftalık süre içinde istinafa başvurulsa dahi (talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması da istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir-HMK m. 353, I, a, 6) şartları varsa, hükmü veren mahkemeden hükmün tamamlanması talep edilebilir<sup>72</sup>.

İstinafa başvurulması hükmün tamamlanması yoluna başvuru bakımından tarafın hukukî yararını ortadan kaldırmaz. Hükmün tamamlanması doğrudan hükümdeki boşlukların ortadan kaldırılmasını amaçlayan ve istinafa nazaran daha hızlı bir yol olduğundan, tarafın bu yola da başvurmasında hukukî yararı vardır. Hükmün tamamlanmasını talep etme imkânı olan tarafın, bu yola başvurmayarak hükmü istinaf etmesinde de hukukî yararı bulunmaktadır<sup>73</sup>.

Taraf ilk derece mahkemesinin kararına karşı hem hükmün tamamlanması hem de istinaf yoluna başvurursa, nasıl inceleme yapılması gerektiği konusunda Kanunda düzenleme yoktur. Bu durumda Avusturya Usûl Kanununda benimsenen çözümün Türk hukukunda da benimsenebileceği kanısındayım<sup>74</sup>. Buna göre bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin hükmün tamamlanması talebi hakkında vereceği karar kesinleşinceye veya bu karara karşı taraflar istinafa başvuru yapana kadar, hükmün tamamlanması

---

<sup>72</sup> Kanunda “hükmün tamamlanması” yolu ile “kanun yolu” arasındaki ilişkinin düzenlenmemiş olması eleştirilmektedir. Buna göre 305/A maddesi bakımından asıl hüküm hakkında kanun yoluna başvuru süresi geçmiş ya da kanun yoluna başvurulamıyorsa hükmün tamamlanmasının talep edilebilmesi; kanun yoluna başvurulması halinde ise hükmün tamamlanmasının istenememesi yönünde düzenleme yapılması daha uygundur. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, Lexpera Blog, Erişim Tarihi 24 Haziran 2020.

<sup>73</sup> Hakem kararlarının tamamlanması bakımından aksi yönde bkz. Selçuk, s. 287 vd.

<sup>74</sup> Bkz. yuk. “Kanun Yolundan Farkı” başlığı altındaki açıklamalar.

dosyasını bekletici sorun yapabilir. Hükümün tamamlanması talebi kabul veya reddedilir ve bu karar süresi içinde istinafa başvurulmadan kesinleşirse, derdest istinaf incelemesi (yargılaması) bu yönden konusuz kalır. Buna karşılık hükümün tamamlanması veya reddi kararına karşı süresi içinde istinafa başvurulursa, bu durumda ilk istinaf edilen kararlar ilgili dosya ve ikinci istinaf dosyası birleştirilerek istinaf incelemesi yapılması uygun olur. Bu bağlamda hükümün tamamlanması yargılamasının istinaf incelemesi için bekletici sorun yapılması bakımından Kanunda özel bir düzenleme bulunmasına gerek olmadığı kanısındayım. Hukuk Muhakemeleri Kanununun istinafa ilişkin bölümünde hüküm bulunmayan hallerde, ilk derece mahkemesinde geçerli yargılama usulü istinafta da geçerli olacağından (HMK m. 360), bekletici sorunu düzenleyen HMK m. 165'inci madde hükümü istinaf derecesinde de uygulanabilir. Buna göre istinafta hüküm verilebilmesi için ilk derece mahkemesinin hükümün tamamlanması yargılamasının sona ermesinin beklenmesi, hakkında hüküm verilmeyen taleplere ilişkin çelişkili kararlar verilmesinin önlenmesi bakımından uygun olacaktır.

Taraflardan biri istinaf derecesinde olan bir dosya hakkında ilk derece mahkemesinden hükümün tamamlanmasını ister ve ilk derece mahkemesi şartları oluşmadığı halde hukuka aykırı olarak hükümü tamamlarsa bu karar istinaf mahkemesi için bağlayıcı değildir. İstinaf mahkemesi ilk verilen ve aleyhine istinafa başvurulmuş karara göre inceleme yapmalıdır.

#### 4. Başvuru Şekli

Hükümün tamamlanması, hükümü veren mahkemeden dilekçeyle talep edilebilir (HMK m. 306, I). Hükümün tamamlanması duruma göre ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesinden talep edilebilir. İlk derece yargılaması sonunda verilen nihai kararın ek kararlar tamamlanması talep edilmekteyse başvuru ilk derece mahkemesine yapılmalı ve talep hakkında o mahkeme tarafından karar verilmelidir. İlk derece mahkemesi sıfatıyla veya istinaf incelemesi sonunda bölge adliye mahkemesi tarafından verilen nihai kararın tamamlanması isteniyorsa, hükümün tamamlanması bölge adliye mahkemesinden talep edilmelidir.

Hükümün tamamlanması dilekçesine tarafların sayısı kadar nüsha eklenmelidir. Dilekçenin bir nüshası, cevap süresi mahkemece belirlenerek karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı tarafın cevabı da hükümün tamamlanması talebinde bulunan tarafa tebliğ olunur (HMK m. 306)<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Karşı tarafın hükümün tamamlanması talebini kabul edip edemeyeceği konusu aşağıda



Hükmün tamamlanması talebinin içeriğinin nasıl olması gerektiği kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. Konuyu düzenleyen maddenin başlığı hükmün tamamlanması olmasına rağmen madde içeriğinde bu yola başvuran tarafın “*ek karar verilmesini*” isteyebileceği belirtilmiştir. Kanımca HMK m. 305/A’daki şartların gerçekleşmesi halinde talebi hakkında karar verilmeyen taraf, hangi sebeple hükmün tamamlanmasına ihtiyaç duyulduğunu ve hangi talepler hakkında karar verilmesini istediğine belirterek mahkemeden ek karar verilmesini talep etmelidir. Ancak taraf açıkça ek karar verilmesini talep etmemiş olsa dahi dilekçesinde hangi hususlarda hükmün tamamlanmasını talep ettiği anlaşılırsa mahkeme bu talebi incelemeli ve karar vermelidir.

Hükmün tamamlanması talebiyle, ilk nihaî kararda karar verilmemiş olması sebebiyle sadece taraflarca ilk (asıl) yargılamada talep edilmiş veya mahkemenin kendiliğinden karar vermesi gerekli hususlarda ek karar verilmesi talep edilebilir. Hükmün tamamlanması yolu bu sayılan eksiklikleri gidermek amacıyla ihdas edilmiştir. Hükmün tamamlanmasını talep eden taraf ilk yargılamada talep etmemiş olduğu hususları hükmün tamamlanması dilekçesinde veya yargılaması sırasında talep edemez. Eğer ilk yargılamaya (davaya) konu edilmeyen bir talep ileri sürülecekse, hükmün tamamlanması yoluna başvurulamaz, bu konuda yeni bir dava açılması gerekir.

### **5. Başvurunun İlk Hükmün Kesinleşmesine ve Cebri İcraya Etkisi**

Hükmün tamamlanması yoluna başvurulması, tamamlanması talep edilen hükmün (ilk verilen nihaî kararın) şekli anlamda kesinleşmesini veya icrasını ertelemeyebilir. Zira ilk hüküm kanunda öngörülen usule uygun olarak tefhim edilmekle hukuken varlık kazanır ve taraflara tebliğ edilmesiyle kanun yoluna başvuru süreleri işlemeye başlar. Hükmün tamamlanması talep edilmiş olmasına rağmen ilk verilen karara karşı süresi içinde duruma göre istinaf veya temyize başvurulmazsa bu hüküm şeklen kesinleşir<sup>76</sup>.

---

“yargılama usulü, karar ve kanun yolu” başlığı altında incelenmiştir.

<sup>76</sup> Tavzihe başvurulması da hükmün kesinleşmesini ertelemeyebilir (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 591; Karşı, s. 735). Avusturya hukukunda da hükmün tamamlanması yoluna başvurulması kanun yolu sürelerinin işlemesini durdurmaz (§ 424 öZPO). Türk hukukunda, hakem kararlarının tamamlanmasının talep edilmesinin hakem kararının iptali yoluna başvuru süresine etkisi bakımından farklı bir düzenleme yapılmıştır. Taraflardan biri, hakem kararının bildirilmesinden itibaren bir ay içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Bu durumda tamamlama kararları, taraflara bildirilir ve hakem kararının bir parçasını oluşturur (HMK m. 437, IV-V). İptal davası ise bir ay içinde açılabilir ve bu süre, hakem kararını tamamlama kararının taraflara bildirildiği

İlk verilen hükümün cebri icra yoluyla yerine getirilmesinin talep edilmiş olması, süresi içinde hükümün tamamlanmasının talep edilmesine engel değildir. Diğer yandan hükümün tamamlanmasının talep edilmesi de ilk verilen nihai kararın (ilamın) uygulanmasına ve cebri icra takibine konu edilmesine de engel değildir. Hükümün tamamlanması, ilk verilen hükümdeki kararları kaldırmak veya düzeltmek için değil, ilk kararda hakkında hüküm kurulmayan konularda karar verilmesini sağlamak için talep edilir. Sonuç olarak, hükümün tamamlanması yargılaması ilk yargılamadan ayrı olduğundan, ilk verilen hükümün kesinleşmesini ve icrasını ertelemez.

## V. HÜKMÜN TAMAMLANMASI USULÜ VE KARAR

Hükümün tamamlanması usulü tavzih yargılamasıyla aynı şekilde düzenlemiştir. Hükümün tamamlanması talebi üzerine dilekçeler aşamasının tamamlanmasından sonra mahkeme, cevap verilmemiş olsa dahi dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir; ancak gerekli görürse iki tarafı sözlü açıklamalarını yapabilmeleri için davet edebilir (HMK m 306, II).

Kanunda hükümün tamamlanması yargılamasının kural olarak dosya üzerinden yürütüleceği ancak gerekli olması halinde sözlü açıklamalarını yapabilmeleri için tarafların davet edileceği ifade edilmiştir. Buna göre dosya üzerinden karar verilebilmesi imkânı yoksa mahkeme tarafları duruşmaya davet etmelidir. Örneğin, mahkeme nihai kararında yargılama gideri olan vekalet ücreti hakkında karar vermeyi unutmuşsa, dosya üzerinden bu konuda ek karar verebilir.

Hükümün tamamlanması yargılamasında mahkemenin ek karar verilmesi istenen talep hakkında ayrıca tahkikat yapıp yapmayacağı yanıtlanması gerekli bir sorudur. Kural olarak mahkeme ek karar verilmesi istenen (başka bir deyişle karar verilmesi unutulmuş) talep hakkında önceki tahkikattaki tespitlerine göre karar vermelidir. Bununla birlikte hükümün tamamlanması başvurusunun konusu talep hakkında hiç veya yeterince inceleme yapılmamışsa taraflar duruşmaya davet edilerek tahkikattaki eksiklik giderilmeli, taraflara bu konuda

---

tarihten itibaren işlemeye başlar (HMK m. 439, IV). Tahkimde tarafın talebinin tamamı hakkında karar verilmemesi aynı zamanda bir iptal sebebidir (HMK m. 439, II, d) (İlgili hükümün eleştirisi için bkz. Selçuk, s. 289 vd.). Buna göre, hakem kararının tamamlanması talep edilmişse, hakem kararının iptalini talep etmesi süresi hakem kararının tamamlanması talebi hakkında verilen kararın tarafa bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Oysaki devlet yargısında hukuk mahkemesi tarafından verilen nihai kararların tamamlanması yoluna başvurulması, ilk mahkeme kararına karşı kanun yoluna başvuru süresinin işlemlerini durdurmaz.

söz verilmeli ve incelemenin sonucuna göre karar verilmelidir. Belirtmek gerekir ki tahkikat ve duruşma sadece hükmün tamamlanması başvurusuna konu (hakkında karar verilmemiş) taleplerle sınırlı olarak yapılmalıdır<sup>77</sup>.

Mahkeme hükmün tamamlaması talebini kabul ederse 304'üncü madde uyarınca işlem yapar. Hükmün tamamlanması kararı verildiği takdirde, mahkeme bu hususlarda “*ek karar*” verir ve ek karar mahkemede bulunan ilk kararın nüshaları ile verilmiş olan suretlerin altına veya bunlara eklenecek ayrı bir kâğıda yazılır, imzalanır ve mühürlenir. Kanımca ek karar da ayrı bir nihaî karar niteliğinde olduğundan, bu karar dahi “*hükmün kapsamı*” nı düzenleyen HMK m. 297'ye uygun olarak yazılmalıdır. Buna göre, özellikle hükmün tamamlanması kararı da diğer tüm mahkeme kararları gibi gerekçeli olmalı, taraflara tanınan hak ve yüklenen borçlar sıra numarası altında açıkça yazılmalı ve yargılama giderlerine ilişkin de karar içermelidir. Ek kararda, hüküm sonucu, yargılama giderleri, varsa kanun yolları ve süresi gösterilmelidir (Kıyasen HMK m. 297, I, ç)<sup>78</sup>.

Yukarıda hükmün tamamlanması talebinin karşı tarafa tebliğ edileceğini ve karşı tarafın hâkim tarafından belirlenen süre içinde cevap verebileceğini belirttik. Karşı taraf hükmün tamamlanması talebinin reddini talep edebileceği gibi, ek karar verilmesi talebini kabul edebilir<sup>79</sup>. Burada ek karar verilmesi talebinin kabulü ile davanın kabulünün farkına dikkat etmek gerekir. Diğer taraf ek karar verilmesi talebini kabul etmesine rağmen talep sonucunun reddini isteyebilir ya da hem ek karar verilmesi talebini hem de ek karar talebinin konusu olan davayı (talep sonucunu) kabul edebilir. İlk durumda mahkeme tahkikatın sonucuna göre karar verir; ikinci durumda ise HMK'nın davanın kabulüne ilişkin genel hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir. Örneğin, mahkeme ilk kararında faiz talebi hakkında karar vermediğinden davacı hükmün tamamlanması yoluyla ek karar verilmesini talep eder ve davalı faiz talebini (davacının faiz ödenmesine ilişkin talep sonucunu) kabul ederse, mahkeme faiz hakkında kabule göre karar vermelidir. Zira davalı hüküm kesinleşinceye kadar davayı kabul edebilir (HMK m. 310).

Hükmün tamamlanması yargılamasında ilk hükümdeki tespitler ve karar dikkate alınarak ek karar verilmelidir. Buna göre ek karar ile ilk verilen kararın değiştirilmesi, daha somut ifadeyle ilk kararın hüküm fıkrasında taraflara

---

<sup>77</sup> Fasching, s. 1324.

<sup>78</sup> Alman hukuku için aynı yönde bkz. BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 43.

<sup>79</sup> Alman hukukunda aynı yöndeki görüş için bkz. Wiczorek/Schütze, § 321, Nr. 34.

tanınan haklar ve yüklenen borçların değiştirilmesi, genişletilmesi veya sınırlandırılması mümkün değildir<sup>80</sup>. Örneğin, hükümün tamamlanması yoluyla, mahkeme tarafından hükme bağlanan manevi tazminat için olay tarihinden faize hükmedilmişse, hükümün tamamlanması yoluyla dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda bir hukuka aykırılık varsa, hatanın düzeltilmesi için kanun yoluna başvurulmalıdır. İlk verilen karar, ancak kanun yoluna başvurmak suretiyle değiştirilebilir. Ek karar ile ilk verilen karar da dikkate alınarak sadece daha önce hakkında karar verilmeyen hususlarda ilk kez karar verilebilir.

Hükümün tamamlanması yargılaması sonunda verilen ek karar da ilk verilen karar gibi hukukî sonuç doğurur. Ek karar niteliğine göre, örneğin inşai hüküm, tespit hükmü veya eda hükmü olmasına göre etkisini gösterir. Eğer bir eda hükmü verilmişse hüküm lehine olan taraf bu ilâma dayanarak ilâmlı icra takibi yapabilir. Hükümün tamamlanması kararı da ayrı bir nihai karar olduğundan, bu ek karara karşı dahi şartları varsa hükümün tashihi veya tavzihi yoluna başvurulabilir<sup>81</sup>.

Hükümün tamamlanması talebi reddedilirse 304'üncü madde uyarınca işlem yapılması gerekli değildir. Zira bu durumda ek karar verilmeyeceğinden bu kararın, mahkeme tarafından önceki kararına eklenmesi de gerekli değildir.

Hükümün tamamlanması yargılamasında ayrıca yargılama giderlerine karar verilip verilmeyeceği düzenlenmemiştir. Hükümün tamamlanması yargılaması ile ilk yargılama ayrı olduğundan ve bu yargılama sonunda hakkında karar verilmeyen bazı talepler hakkında ek karar verildiğinden, bu kararlar sınırlı olarak yargılama giderlerine hükmedilmelidir<sup>82</sup>. Aksi halde tarafın talebi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmiş olmasına rağmen bu taleple ilgili yargılama giderine hükmedilmemiş olur ki bu dahi hükümde bir boşluk kalmasına neden olur. Ancak hükümün tamamlanması yargılamasında hükmedilen yargılama gideri ile ilk kararda hükmedilen yargılama gideri (başka bir deyişle her iki kararda hükmedilen yargılama gideri) talebin tümü hakkında karar verilmiş olsaydı hükmedilecek olan yargılama giderini aşmamalıdır<sup>83</sup>. Belirtmek gerekir ki burada hükmedilen

<sup>80</sup> BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 37. Hakem kararlarının tamamlanması bakımından aynı yönde bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 752.

<sup>81</sup> Musielak, Münchener Kommentar, § 321, Nr. 15.

<sup>82</sup> Musielak, Münchener Kommentar, § 321, Nr. 17.

<sup>83</sup> Musielak, Münchener Kommentar, § 321, Nr. 17.

yargılama gideri mahkemenin ilk kararında eksik bıraktığı yargılama gideri olup, hükmün tamamlanması yargılama talebinin kabul edilmesi veya reddedilmesi halinde ayrıca yargılama giderine hükmedilmez.

## VI. KANUN YOLU

Hükmün tamamlanması talebi hakkında verilen karar (talebin reddi veya ek karar) ayrı bir nihai karar niteliğinde olduğundan bu karara karşı da kanun yoluna (istinafa veya temyize) başvurulabilir. Zira hükmün tamamlanması yargılaması ve ek karar ilk karardan ayrıdır<sup>84</sup>. Yargıtay'ın onama, bozma ve düzelterek onama kararları bakımından hükmün tamamlanması halinde ise ayrıca kanun yoluna başvurulamayacaktır.

Ek kararının bağımsız bir karar niteliğinde olmasının bir sonucu olarak, mahkemenin ilk verdiği kararın kanun yolu incelemesi sonucunda üst mahkeme tarafından kaldırılması veya bozulması nedeniyle ek karar kendiliğinden konusuz kalmaz<sup>85</sup>.

Hükmün tamamlanması için ek karar verilmesi veya ek karar verilmesi talebinin reddedilmesi durumunda, kanun yoluna başvurulabilmesi bakımından ilk verilen (asıl) hükmün kanun yoluna tâbi olup olmaması önemli değildir. Kanun yoluna başvuru konusunda tarafın hukukî yararının olup olmadığı mahkemenin hükmün tamamlanması talebi hakkındaki kararına göre belirlenmelidir<sup>86</sup>. Hükmün tamamlanması talebi reddedilirse, hükmün tamamlanması talebinde bulunan taraf, ek karar verilmesini talep ettiği hususların miktar veya değerinin kanunda öngörülen parasal sınırı (kesinlik sınırını) aşması halinde duruma göre istinaf veya temyize başvurabilir. Hükmün tamamlanması talebi kabul edilerek ek karar verilirse, bu kez hukukî yararı bulunan taraf, ek kararda hükmedilen değer veya miktar dikkate alınarak, kanunda öngörülen parasal sınırın aşılması halinde, duruma göre istinaf veya temyize başvurabilir<sup>87</sup>. Kanun yoluna başvuru süresi hükmün tamamlanması

---

<sup>84</sup> Musielak, Münchener Kommentar, § 321, Nr. 16; BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 48; Rechberger, s. 486.

<sup>85</sup> İsviçre hukukunda hakem kararları bakımından bkz. Tanja Planinic/Erk-Kubat Nadja, ZPO Kommentar, Herausgeber: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sorensen/Martin Sarbach, 2. Auflage, Orell Füssli, Zürich 2015, Art 388, Rn. 11.

<sup>86</sup> Kanun yolu başvurusunun başvuru şartlarına uygun olup olmadığı ve kabul edilebilir olup olmadığı ilk karardan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Bkz. Wiczorek/Schütze, § 321, Nr. 39; Feil/Krousen Brunner, s. 856.

<sup>87</sup> Davaların yığılması durumunda, birbirinden bağımsız taleplerden biri hakkında ilk hükümle karar verilmiş, diğeri hakkında karar verilmesi unutulmuş ve unutilan kısım için hükmün

kararının tarafa tebliğ ile işlemeye başlar.

Hükümün tamamlanması talebi hakkında verilen mahkeme kararları hakkında kanun yolu (istinaf ve temyiz) incelemesi sadece hükümün tamamlanması kararı ve yargılaması hakkında yapılır. Davada verilen ilk karar hakkında kanun yolu incelemesi yapılmaz<sup>88</sup>.

İlk verilen hüküm bakımından henüz kanun yoluna başvuru süresi sona ermeden hükümün tamamlanması talebi kabul edilir ve ek karar verilirse, ilk hükme karşı duruma göre istinaf veya temyize başvuru süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı konusunda kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman hukukunda, bu ihtimalde ilk verilen nihaî karar bakımından da istinaf süresinin ek kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağını öngören özel bir düzenleme bulunmaktadır (§ 518 dZPO)<sup>89</sup>. Türk hukukunda ise özel bir düzenleme bulunmadığından ilk hüküm bakımından istinaf süresi sona ermeden önce hükümün tamamlanmasına karar verilirse ve taraflar bu kararlara karşı kanun yoluna başvurmak isterse, mahkemenin ilk kararı ve ek kararı bakımından istinaf süreleri ayrı ayrı işler. Her iki karara karşı ayrı ayrı kanun yoluna başvurulması durumunda, kanun yolu mahkemesinde bunların birleştirilerek incelenmesi gerekir (HMK m. 166, V). Bu sakıncaları bertaraf etmek bakımından yukarıdaki ihtimalde Türk hukukunda da benzer bir çözümün benimsenmesinin ve kanun yoluna başvuru süresinin ek kararın tebliğinden itibaren başlatılmasının uygun olacağı kanısındayım.

Hükümün tamamlanması yoluyla ek karar verilmesi halinde bu karara karşı kanun yoluna başvurulması, kanunda öngörülen istisnalar dışında hükümün

---

tamamlanması talep edilmişse, ilk verilen karara ve ek karara karşı parasal sınır bakımından kanun yolunun açık olup olmadığı her bir karar bakımından ayrı ayrı ve bağımsız şekilde değerlendirilmelidir. Taleplerden bir kısmı hakkında karar verilip, bir kısmı hakkında ise olumlu veya olumsuz karar verilmeyen durumlarda, ilk verilen nihai karar kanun yoluna başvuruda dikkate alınması gereken parasal sınırın (kesinlik sınırının) altında olsa dahi, hakkında hüküm verilmeyen talebin parasal değeri veya miktarı da dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Özellikle ilk derece mahkemesi tarafından talebi hakkında karar verilmeyen taraf bu sebeple istinafa da başvurabileceğinden (HMK m. 353/1/a/6), istinaftaki kesinlik sınırının hesaplanmasında ilk karar bakımından hem bu karar hem de hakkında karar verilmeyen talebin değeri veya miktarı birlikte dikkate alınmalıdır. Tartışmalar için bkz. Bkz. Bulut, s. 436-442, 454 vd.

<sup>88</sup> Hükümün tavzihi bakımından benzer açıklamalar için bkz. Kuru, C.V, s. 5297; İsviçre hukukunda hakem kararının tamamlanması kararlarına karşı başvuru kanun yolu da sadece ek karar bakımından geçerli olup ilk verilen karar bu kanun yolu incelemesinden etkilenmez (Planinic/Erk-Kubat, ZPO Kommentar, Art 388, Rn. 10-11).

<sup>89</sup> Wiczorek/Schütze, § 321, Nr. 39; BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 321 Rn. 51.

icrasını kendiliğinden durdurmaz. Kanun yoluna başvuran taraf, İİK m. 36 uyarınca teminat göstermek suretiyle üst mahkemeden icranın durdurulmasını talep edebilir ve üst mahkeme tarafından bu konuda karar verilmeye kadar takibin durdurulması için icra dairesinden süre verilmesini talep edebilir.

## SONUÇ

Hükmün tamamlanmasının amacı, taraflarca mahkemeye yöneltilen hukukî korunma talebi hakkında mahkemenin karar vermesi zorunluluğu bulunmasına rağmen, bu talepler hakkında kısmen veya tamamen karar vermemesi durumunda, mahkemenin nihaî kararında oluşan boşluğu ortadan kaldırmak, mahkemenin karar vermesi gerekli olmasına rağmen hakkında karar verilmeyen uyuşmazlık konularında veya talepler hakkındaki eksikliğin tamamlanmasını sağlamaktır. Hükmün tamamlanması hukukî çare niteliğinde bir başvuru yolu olup, amacı ve işlevi bakımından hükmün tavzihi, hükmün tashihi ve kanun yollarından farklıdır.

Hükmün tamamlanması için bu talebe konu olabilecek bir mahkeme kararı bulunmalı, mahkeme tarafından taraflardan birinin ileri sürdüğü esasa ilişkin talepler hakkında veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli hususlarda karar verilmemiş olmalı ve ilgili taraf süresi içinde hükmün tamamlanmasını talep etmelidir. Ara kararların eksik olması halinde ise mahkeme ara kararlarından taraflardan biri lehine usûlî kazanılmış hak teşkil etmedikçe dönebileceğinden veya bu kararları değiştirebileceğinden, hükmün tamamlanması talep edilemez. Nihaî kararlar arasında usule veya esasa ilişkin olmasına göre bir ayırım yapılmamıştır. Hükmün tamamlanması çekişmeli yargıda dava sonunda verilen mahkeme kararlarının talep edilebileceği gibi, çekişmesiz yargı işleri sonunda verilen nihaî kararlar için de talep edilebilir. Hükmün tamamlanması yoluna istinaf ve temyiz incelemesi sonucunda verilen kararlar için de başvurulabilir. Hükmün tamamlanması için mahkeme sehven (yani dalgınlık, dikkatsizlik veya unutkanlık sonucunda oluşan yanlışlıkla) ve farkında olmadan, talepler hakkında karar vermemiş olmalıdır. Mahkeme talep hakkında bilinçli olarak karar vermemiş ve bu durumun gerekçesini kararında açıklamışsa, hükmün tamamlanması yoluna değil, mahkemenin hatalı (hukuka aykırı) karar vermesi nedeniyle kanun yoluna başvurulmalıdır. Mahkemenin kendiliğinden karar verilmesi gereken hususlarda karar vermemiş olması durumunda da (örneğin yargılama giderleri) taraflardan biri hükmün tamamlanması talep edebilir.

Hükmün tamamlanması yoluyla ek karar verilebilmesi için taraflardan biri mahkemeden talepte bulunmalıdır, mahkeme kural olarak kendiliğinden

hükümün tamamlanmasına karar veremez. Hükümün tamamlanması kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde talep edilmelidir. Süreyi kaçıran taraf kanımca koşulları varsa eski hale getirme yoluna başvurabilmelidir. Bununla birlikte ilk yargılamada talebinin tamamı veya bir bölümü hakkında karar verilmeyen taraf, süresinde hükümün tamamlanmasını talep etmemiş veya edememiş olsa dahi, yeni bir dava açarak bu talebi hakkında karar verilmesini talep edebilir. Mahkemenin kararına karşı kanun yoluna başvurulmaması nedeniyle hükümün kesinleşmesi bu karar bakımından şartları varsa hükümün tamamlanması yoluyla ek karar verilmesine engel değildir.

Hükümün tamamlanmasını isteyen taraf hangi sebeple başvuru yaptığını ve hangi talepler hakkında karar verilmesini istediğini dilekçesinde belirterek mahkemeden ek karar verilmesini talep etmelidir. Hükümün tamamlanması yoluna başvurulması, tamamlanması talep edilen hükümün (ilk verilen nihaî kararın) şekli anlamda kesinleşmesini veya icrasını ertelemeyiz. Hükümün tamamlanması tazyik ile aynı yargılama usulüne tabidir. Hükümün tamamlanmasını isteyen taraf, ilk yargılamada talep etmediği (dava konusu yapmadığı) hususları hükümün tamamlanması dilekçesinde veya yargılaması sırasında talep edemez.

Mahkeme hükümün tamamlanmasına karar verirse, bu hususlarda “*ek karar*” verir ve ek karar mahkemede bulunan ilk kararın nüshaları ile verilmiş olan suretlerin altına veya bunlara eklenecek ayrı bir kâğıda yazılır, imzalanır ve mühürlenir. Kanımca ek karar da ayrı bir nihaî karar niteliğinde olduğundan bu karar da “*hükümün kapsamı*” nı düzenleyen HMK m. 297’ye uygun olarak yazılmalıdır. Ek karar ile ilk kararın hüküm fıkrasında taraflara tanınan haklar ve yüklenen borçların değiştirilmesi, genişletilmesi veya sınırlandırılması mümkün değildir. Ek karar da ilk verilen karar gibi hukukî sonuç doğurur. Ek karar niteliğine göre, örneğin inşai hüküm, tespit hükmü veya eda hükmü olmasına göre etkisini gösterir. Hükümün tamamlanması yargılamasında ayrıca yargılama giderlerine karar verilip verilmeyeceği düzenlenmemiştir. Kanımca, hükümün tamamlanmasıyla daha önce karar verilmeyen bazı talepler hakkında ek karar verildiğinden, bu kararlar sınırlı olarak ayrıca yargılama giderlerine hükmedilmelidir.

Hükümün tamamlanması talebi hakkında verilen karar (talebin reddi veya ek karar) ayrı bir nihaî karar niteliğinde olduğundan bu karara karşı da kanun yoluna (istinafa veya temyize) başvurulabilir, şartları varsa hükümün tazyik ve tashihi talep edilebilir. Zira hükümün tamamlanması yargılaması ve ek karar ilk karardan ayrıdır. Kanımca Yargıtay’ın onama, bozma ve düzelterek onama kararları bakımından hükümün tamamlanması halinde ise ayrıca kanun yoluna başvurulamaz.



### KAYNAKÇA

- Akıncı Z, Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Akkaya T, “Hükmün Tashihi Yoluyla Onama veya Bozma Kararının Kaldırılması ve Değiştirilmesi”, 2015/3, 11 (32), MİHDER, s. 92-112.
- Akkaya T, Medenî Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Alangoya Y./Yıldırım K./Deren Yıldırım N, Medenî Usûl Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta, İstanbul 2009.
- Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E, Medenî Usûl Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Atalı M, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Baumbach A./Lautarbach W./Albers J./Hartmann P, Zivilprozessordnung, 77. Auflage, C.H. Beck, München 2019.
- Boran Güneysu N, Medenî Usûl Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Brunner A./Steininger T, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, Herausgeber: Brunner, Alexander/ Gasser, Dominik/ Schwander, Ivo, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich 2016.
- Bulut U, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması, Adalet Yayınları, Ankara 2017.
- Çelik A, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014, [https://www.anayasa.gov.tr/media/3503/adil\\_yargilanma.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3503/adil_yargilanma.pdf), Erişim Tarihi 11 Mart 2020.
- Elzer O, in Beckok ZPO, Herausgeben: Volkert Volwerk/Christian Wolf, 37. Edition, C.H. Beck, München 2020.
- Erdoğan E, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Erdönmez G, Pekcanıtez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Baskı, On İki

Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Fasching, H. W, Kommentar Zu Den Zivilprozessgesetzen, 3. Band, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 2004.

Feil E./Kroisen Brunner E, Zivilprozessordnung, Linde Verlag, Wien 2003.

Freiburghaus D./Afheldt, S, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Herausgeber: Thomas Sutter-Somm/ Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016.

Görgün Ş./Börü L./Toraman B./Kodakoğlu M, Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Hanağası E, Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Herzog N, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Herausgeber: Karl Spühler/ Luca Tenchio/ Dominic Infanger, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2013.

Karlı A, Medenî Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif, İstanbul 2012.

Klauser A./Kodek G. E, Jurisdiktionnorm und Zivilprozessordnung, Manz, Wien 2006.

Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, C. V, Ankara 2001.

Kuru B, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Lüke G, “Die Bindungswirkung im Zivilprozess”, 2000, JuS, s.1042-1046.

Musiak H-J./Voit W, Zivilprozessordnung, 17. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2020.

Özbay İ, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

Özbay İ./Korucu Y, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Adalet, Ankara 2016.

Özbay İ./Erdem, M, “Hakem Kararlarının Tavzihi, Düzeltmesi ve Tamamlanması (HMK m.437)”, 2013, 1 (2), Sakarya Hukuk Dergisi.

Özekes M, Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

- Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi”, Lexpera Blog, <https://Blog.Lexpera.Com.Tr/Hmk-İle-Bazi-Kanunlarda-Degisiklik-Yapilmasina-Dair-Kanun-Teklifinin-2020-Degerlendirilmesi/>, Erişim Tarihi 24 Haziran 2020.
- Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M, “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, 2020, (150), TBBD, s. 247-299.
- Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M, Medenî Usûl Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 8. Bası, İstanbul 2020.
- Pekcanitez H./Meriç N, Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Pekcanitez H./Simil C, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Planinic T./Nadja, E.-K, ZPO Kommentar, Herausgeber: Myriam A. Gehri/ Ingrid Jent-Sorensen/Martin Sarbach, 2. Auflage, Orell Füssli, Zürich 2015.
- Postacıoğlu İ, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul 1975.
- Rechberger W. H. /Simotta, D. A, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Manz, Wien 2010.
- Rosenberg L./Schwab K. H./ Gottwald P, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, C.H. Beck, München 2010.
- Saenger I, Zivilprozessordnung, 8. Auflage, Nomos, 2019.
- Schwander I, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, D,ke Verlag, Zürich 2016.
- Selçuk S, “Hakem Kararlarının Tamamlanması Talep Edilmeden Aynı Sebep İptal Talebinde Bulunulmasında Hukukî Menfaat”, 2018/1, Ankara Barosu Dergisi, s. 273-295.
- Sterchi M. H, Berner Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Privat Recht, Zivilprozessordnung, Band II, Staempfli, Bern 2012
- Tanrıver S, Medenî Usûl Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece

Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Taşpınar Ayvaz S, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Zaman Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Wieczorek B./Shütze, R. A, Zivilprozessordnung Und Nebengesetze, Fünfter Band, Vierte Auflage, De Gruyter, Göttingen 2015.

Yılmaz, E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

# PASİF YÖNETİM KURULU ÜYESİ, İCRADA GÖREVLİ OLMAYAN YÖNETİM KURULU ÜYESİ VE BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Özge AYAN\*

## ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yönetim kuruluna ilişkin getirdiği yenilikler arasında, kurulun profesyonelleşmesine yönelik düzenlemeler; özellikle iç yönerge ile yönetim kurulu üyelerinin bazı yetkilerini devretme imkânının kolaylaştırılması ve üyelerin sorumluluğunda farklılaştırılmış teselsül ilkesinin benimsenmesi yer almaktadır.

Halka açık anonim şirketlerde de kurumsal yönetim ilkelerine ve eşit, şeffaf, hesap verebilir, sorumlu yönetim anlayışına uygun olarak profesyonel yönetim kurulu oluşumuna oldukça önem verilmiştir. Bu nedenle Sermaye Piyasası Kanunu'nda ve ilgili mevzuatta, yönetim kurulunun yapısı, yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri, hak ve görevleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyeleri, icrada görevli, icrada görevli olmayan, bağımsız yönetim kurulu üyesi olarak çeşitli sınıflara ayrılmıştır.

Çalışmamızda halka açık olan ve olmayan anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi olarak yer alan ancak, yetki devri gerçekleştiren, karar alma süreçlerine hiç katılmayan veya icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin hukuki durumu ele alınacaktır. Pasifyönetim kurulu üyeleri ile sermaye piyasası mevzuatında düzenlenen icrada görevli olmayan ve özellikle bağımsız yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkileri karşılaştırılarak, bu üyelerin sorumluluğunun kapsamı incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Pasifyönetim kurulu üyesi, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesi, bağımsız yönetim kurulu üyesi, icrada görevli yönetim kurulu üyesi, sorumluluk.

---

\* **Doç. Dr.**, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Fakültesi Uluslararası Ticaret Bölümü Öğretim Üyesi, MANİSA **E-posta:** ozgeayan1@gmail.com,

**ORCID :** 0000-0002-2612-6846.

**DOI :** 10.34246/ahbvuhfd.870940

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih :** 24/09/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 25/01/2021

**COMPARISON OF THE MEMBER OF THE PASSIVE BOARD OF DIRECTORS, THE MEMBER OF THE NON-EXECUTIVE BOARD AND THE INDEPENDENT BOARD OF DIRECTORS**

**ABSTRACT**

*Among the innovations brought by the Turkish Commercial Code numbered 6102 regarding the board of directors in joint stock companies are the regulations for the professionalization of the board, especially the internal directive, facilitating the ability of board members to delegate some powers and the designation of responsibilities of board of directors' members according to differentiated solidarity principal.*

*In public joint stock companies, great emphasis has been placed on the establishment of a professional board of directors in accordance with corporate governance principles and an equal, transparent, accountable and responsible way. In the Capital Market Law and related legislation, the structure of the board of directors, the qualifications, rights and duties of the members of the board of directors are arranged in detail. The members of the board of directors are divided into various classes as executive, non-executive, independent board members.*

*In this article, we aim to explain, the legal nature of executive, non-executive and independent board members. By comparing the duties and powers of the passive board members and non-executive and especially independent board members, the scope of the responsibility of these members will be examined.*

**Keywords:** *The passive board members, non-executive board members, independent board members, executive board members, the responsibility.*

## **GİRİŞ**

Çalışmamızda anonim şirket yönetim kurulunu oluşturan üyelerden pasif yönetim kurulu üyeleri ile Sermaye Piyasası mevzuatında düzenlenen icracı olmayan yönetim kurulu üyelerinin ve bağımsız yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri, hakları ve yükümlülükleri karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

Öncelikle Türk Ticaret Kanunu gereğince yönetim kurulu üyesi seçilen, ancak yönetim ve temsil yetkisinin devriyle veya yönetim sürecine fiilen katılmayarak, kanundan doğan hak ve yetkilerini kullanmayan yönetim kurulu üyelerinin durumu incelenecektir. Pasif yönetim kurulu üyeleri olarak adlandırılan bu kişilerin sorumluluktan tamamen kurtulup kurtulamayacakları, doktrindeki görüşler ve yüksek mahkeme kararları ışığında ortaya konulmaya

çalışılacaktır.

Yine Sermaye Piyasası mevzuatında ayrıntılı düzenlemelere konu olan icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri ve bağımsız yönetim kurulu üyeleri incelenecektir. Bu üyelerin hak ve yetkileri ile diğer yönetim kurulu üyelerinden ayrılan özellikleri açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışmanızda son olarak, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri ile bağımsız yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davasındaki yeri irdelenerek, ilke olarak icracı işlevi olmayan bu üyelerin, şirketin uğradığı zararlardan sorumluluğunu doğuran haller ayrıntılı olarak incelenecektir.

## **I. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ NİTELİKLERİ BAKIMINDAN TÜRLERİ**

### **A. PASİF YÖNETİM KURULU ÜYESİ**

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulu, anonim şirketin zorunlu organları arasında düzenlenmiştir. Yönetim kurulunun yapısı, yönetim kurulu üyeliği sıfatının kazanılıp kaybedilmesi, yönetim kurulunun yetkileri ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, Kanun'un 359 ve devamındaki maddelerde yer almaktadır<sup>1</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulu üyeleri, icrada görevli yönetim kurulu üyesi, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesi veya bağımsız yönetim kurulu üyesi gibi çeşitli ayrımlara tabi tutulmamaktadır. Yönetim kurulu üyesi olma koşullarını taşıyan ve yönetim kurulu üyesi seçilen tüm üyeler, eşit hak ve yetkilere sahiptir. Şirketin temsil ve yönetimi, kural olarak yönetim kuruluna aittir (TTK m.365). Yönetim kurulunda kararlar oy çokluğu ile alınır (TTK m.390/1). Her üyenin bir oy hakkı vardır (TTK m.390). Yönetim kurulu üyeleri arasında şirketi idare ve temsil yetkisi dâhil olmak üzere eşitlik söz konusudur. Bu nedenle de yönetim kurulu başkanı olarak atanan üyenin bile, diğer üyelerden, oy hakkı ve oyunun etkisi bakımından bir ayrıcalığı veya üstünlüğü yoktur<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Yönetim kurulu hakkında detaylı bilgi için bkz. AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 7 vd.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 300 vd.; PULAŞLI, (2020), s. 377 vd.; BOZKURT, s. 247 vd.; KARAEĞE, s. 67 vd.; VON DER CRONE, s. 188; SCHMİDT/MARCUS, (KRİEGER/SALİLER), §§ 76-94, s. 869 vd.; HONSELL/VOGT/WATTER, (WERNLİ/RİZZİ), s. 1005-1016.

<sup>2</sup> AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 169; KARAEĞE, s. 68 vd.; VON DER CRONE, s. 262 vd.

Yönetim kurulu üyeleri, kanunda aranan koşulları yerine getirerek, yönetim ve temsil yetkilerini kısmen veya tamamen devredebilirler (TTK m.367, 370).

Yönetim kurulunun yönetime ilişkin görev ve yetkilerini devrine ilişkin düzenleme, Türk Ticaret Kanunu'nun 367. maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin lafzi ve madde gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, yönetimin devrinin temsil yetkisinin devrini içermediği, yönetim yetkisinin yanı sıra temsil yetkisinin de devri yapılmak isteniyorsa, bu devrin 370. maddenin 2. fıkrası gereğince yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>3</sup>. Yönetim kurulunun yönetime ilişkin görev ve yetkilerini devredebilmesi için, şirket ana sözleşmesinde yönetim yetkisinin devrine izin veren bir hüküm bulunması gerekir. Ana sözleşmedeki bu düzenlemenin yanı sıra, yönetim kurulunca hazırlanacak, şirketin yönetim şemasını, yönetim yetkisinin devir esaslarını içeren iç yönergenin<sup>4</sup> de varlığı aranmaktadır. Bu koşulların varlığı halinde, yönetim kurulunda yönetimin devri yönünde karar alınabilir. Söz konusu devrin sınırı, Kanun'un 375. maddesinde düzenlenen yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkililerdir. Yönetim kurulu üyelerinin kanunda devredilemez olarak belirtilen görev ve yetkilerinin dışında kalan görev ve yetkilerinin, kısmen veya tamamen, bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişilere devri mümkündür<sup>5</sup>.

Temsil yetkisi, şirket adına yetkili olanların, şirket unvanı altında imza atması neticesinde, yapılan işlemlerin şirket tüzel kişiliğinde hüküm ve sonuç doğurması anlamına gelmektedir<sup>6</sup> (TTK m.372). Yönetim kurulu, kural olarak birlikte temsil ilkesi gereğince işlem yapar. Ancak ana sözleşmeyle aksine düzenleme yapılarak, bireysel temsilin kabulü mümkündür. Temsil yetkisinin devri için, ana sözleşmede bu yönde bir hüküm olması ve iç yönerge gereklidir. Bu koşulların sağlanması halinde, tüm temsil yetkisinin tek bir yönetim kurulu üyesine bırakılmasına izin verilmiştir. Temsil yetkisi devredilen kişinin yönetim kurulu üyesi olmaması halinde ise, bunun yanında en az bir yönetim kurulu üyesinin atanması gereklidir (TTK m.370/2).

<sup>3</sup> KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s.593-594; ÖZDAMAR, s.141.

<sup>4</sup> İç yönergenin niteliği, içeriği ve fonksiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bk. KOÇ, s.165 vd.

<sup>5</sup> Yönetim yetkisinin devri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, s. 113 vd.; PULAŞLI, (2020), s. 4007 vd.; AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 81 vd.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 319 vd.; BOZKURT, s. 272-274, 281 vd.; TEKİNALP, N.12-69.

<sup>6</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 316 vd.; BOZKURT, s. 274 vd.



Yönetim kurulu üyelerinin birinin veya birkaçının yetkilerini aynı yönetim kurulu üyesine devretmesiyle, özel yetkilerle donanmış “*murahhas üye*” olarak adlandırılan yönetim kurulu üyeleri oluşturulabilir<sup>7</sup>. Murahhas üyeler, devredilen yetki kapsamında, şirket işlerini devamlı olarak gözetme ve yürütme görevi üstlenirler. Bu üyeler, şirketin yönetiminde diğer yönetim kurulu üyelerinden daha yetkili konuma gelirler<sup>8</sup>. Yine yönetim kurulu üyeleri yetkilerini, yönetim kurulu üyesi olmayan murahhas müdürlere de devredebilirler<sup>9</sup> (TTK m.371/7). Bu yolla yönetim kurulu üyesi olarak seçilen üyelerin sorumluluklarını hafifletmeleri ve hatta ortadan kaldırmaları mümkündür (TTK m.367, 370/1).

Yönetim kurulu üyeleri herhangi bir yetki devri yapmaksızın, yönetim kurulu toplantılarına katılmayıp, alınan kararlarda oy kullanmayarak, şirket işleri ile ilgilenmeyerek şirketi temsil ve yönetim yetkisini fiilen kullanmayabilirler.

Yetki devri neticesinde veya fiili olarak şirketi temsil etmeyen, yönetmeyen yönetim kurulu üyeleri doktrinde pasif yönetim kurulu üyesi olarak tanımlanmaktadır<sup>10</sup>. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, pasif yönetim kurulu üyeliği, halka açık anonim şirketlerin yönetim kurullarına ilişkin düzenlemelerde yer alan icracı olmayan yönetim kurulu üyeliğinden farklı bir anlam taşımaktadır. Pasif yönetim kurulu üyeliği, kanun gereği yönetim kurulu üyesi seçilen kişilerin, yetki devirleri veya fiili uygulamalar neticesinde temsil ve yönetim yetkilerini kullanmayarak, şirket yönetiminde pasif bir rol üstlenmeleri ile ortaya çıkan fiili bir durumdur. İcracı olmayan

<sup>7</sup> Murahhas üye konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 83 vd.; ÜNAL, s. 126 vd.

<sup>8</sup> SOMMER, s. 271; AYAN, (2013), s. 86; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 317; KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s.596.

<sup>9</sup> 6552 sayılı Kanun’un 131. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu’nun 371. maddesine 7. fıkra eklenmiştir. Bu madde gereğince, yönetim kurulu, temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyelerini veya şirkete hizmet akdi ile bağlı olanları sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya tacir yardımcılarını olarak atayabilir. Bu şekilde atanacak olanların görev ve yetkileri, Türk Ticaret Kanunu’nun 367. maddesine göre hazırlanacak iç yönerge ile açıkça belirlenmelidir. İç yönerge tescil ve ilan edilmelidir. İç yönerge ile ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını atanamaz. Türk Ticaret Kanunu’nun 371. maddesinin 7. fıkrası gereğince yetkilendirilen ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının da ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekir. Bu kişilerin şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her türlü zarardan dolayı yönetim kurulunun müteselsilen sorumlu tutulur. Bu düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bk. KIRCA, s.24; YANLI/OKUTAN NILSSON, s.5 vd.; USLUER GÜRBÜZ, s.366-367; ÖZDAMAR, s.153 vd.

<sup>10</sup> KORKUT, s. 93.

yönetim kurulu üyeliği ise, Sermaye Piyasası mevzuatı düzenlemeleri gereği, şirketin işleyişine aktif olarak katılmayan, ancak yönetim kurulunda karar alma süreçlerinde ve komitelerdeki varlıkları ile şirket içinde etkili olan üyelerdir. İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri bu özellikleri gereğince, yetki devri yapmış veya karara katılmamış pasif üyeler gibi değil, icracı yönetim kurulu üyeleri üzerinde gözetim görevi üstlenen yönetim kurulu üyeleri gibi sorumlu tutulmaktadır.

## **B. İCRADA GÖREVLİ OLMAYAN YÖNETİM KURULU ÜYESİ**

Sermaye Piyasası Kanunu'nda, bu Kanuna tabi anonim şirketlerde yönetim kuruluna ilişkin olarak önemli düzenlemeler yer almaktadır (SPK m.17/2). Sermaye Piyasası Kurulu'nun II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği'nde ve bu Tebliğ'in ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4. maddesinde, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulunun özellikleri belirlenmiş ve yönetim kurulu üyeleri icrada görevli olan, icrada görevli olmayan ve bağımsız yönetim kurulu üyeleri olarak gruplandırılmıştır<sup>11</sup> (KYİ m.4.3).

İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri, icrada görevli yönetim kurulu üyelerinin aksine, şirketi yönetme yetkisine sahip olmayan yönetim kurulu üyeleridir. Bu üyeler, şirkette yönetim kurulu üyeliği dışında başka bir idari görevi bulunmayan ve şirketin günlük iş akışına ve olağan faaliyetlerine müdahil olmayan üyeler olarak tanımlanmaktadır (KYİ m.4.3.2).

İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri, şirketin rutin işleyişinde etkili olmamalarına rağmen, yönetim kurulundaki karar alma sürecinde oldukça etkilidirler. Çünkü Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi anonim şirketlerde yönetim kurulunun en az beş kişiden oluşması (KYİ m.4.3.1) ve üyelerin çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelere oluşması gerekmektedir (KYİ m.4.3.2). Uyulması zorunlu olan bu ilkelerde (KYT m.5.1); yönetim kurulundaki bağımsız üyelerin, icrada görevli olmayan üyeler arasından seçilmesi gerektiği (KYİ m.4.3.3) ve bağımsız üye sayısının

<sup>11</sup> Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1), 03.01.2014 tarihli 28871 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kurumsal Yönetim Tebliği, biri geçici olmak üzere on yedi maddeden oluşmaktadır. Ekinde ise, Kurumsal Yönetim İlkeleri yer almaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanması açısından Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi şirketler bakımından halka açık ve payları borsada işlem gören şirket ayrımı yapmıştır. Kurumsal yönetim ilkeleri, payları borsada işlem gören şirketler için zorunlu tutulmaktadır. Kurumsal Yönetim Tebliği ekinde kurumsal yönetim ilkeleri düzenlenmiştir. Tebliğin 5.1 hükmünde sayılan ilkelere uyulması zorunludur (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 329).

ikiden az olmamak koşulu ile yönetim kurulu üye tam sayısının üçte birini aşması gerektiği düzenlenmiştir (KYİ m.4.3.4). Böylece yönetim kurulunun çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelere oluşması ve bu yönetim kurulu üyeleri arasında da bağımsız yönetim kurulu üyelerinin bulunması zorunluluğu öngörülmüştür<sup>12</sup>.

Bu düzenlemeler doğrultusunda, yönetim kurulunun çoğunluğu icrada görevli olmayan üyelere oluşmakta ve yönetim kurulu kararlarının alınmasında bu üyelerin oyları belirleyici olmaktadır.

İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri, yönetim faaliyetinin dışında kaldıkları için, kişisel menfaatleri ile şirket menfaatleri çatışmamaktadır. Bunun sonucu olarak, yönetim kurulunda alınacak kararlarda, sadece şirket menfaati doğrultusunda oy kullanmaları kolaylaşmaktadır. Şirket menfaatleri doğrultusunda kullanılan oylar, şirketteki diğer pay sahiplerini ve azınlık haklarını koruyucu bir etki yaratmaktadır<sup>13</sup>.

İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri, ayrıca yönetim kuruluna yardımcı komitelerde aldıkları görevler ile, kamunun ve şirket pay sahiplerinin doğru ve zamanında aydınlatılmasına katkıda bulunurlar. Komitelerde icrada görevli olmayan üyelerin bulunması zorunluluğu, komitelerde karar alınma biçimi ve komitelerde gerçekleştirilen yönetim kurulunca alınacak nihai kararlara ilişkin hazırlık çalışmalarının önemi, icrada görevli olmayan üyelerin şirketteki etkisini artırmaktadır<sup>14</sup>.

Bu etkileri nedeniyle halka açık şirketlerde yönetim kurulunda icracı olmayan üyelerin niteliğine ve yönetim kurulundaki sayısal çoğunluğuna oldukça önem verilmiştir

---

<sup>12</sup> Kurumsal yönetim ilkelerinde, şirketlerde etkili bir kurumsal yapının sağlanması, pay sahiplerinin haklarının korunması, pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulması, menfaat sahiplerinin rolü, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gibi başlıklara yer verilmiştir. Bağımsızlık kavramı, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık başlığı altında geçmektedir. Sermaye Piyasası Kanunu ilkelerinde temel kural “uygula veya uygulamıyorsan açıkla” ilkesidir. Tavsiye niteliğindeki ilkelerde, bu ilkelere uyulmadığı zaman açıklama sorumluluğu getirilmemektedir. İlkeler yol gösterici nitelik taşımaktadır. Sermaye Piyasası Kanunu ilkelerinde, yönetim kurulunda yer alan üyelerin bağımsızlığına özel önem verilmektedir. Bu üyelerin sayısının üst düzeye çıkarılarak, şirketteki çıkar çatışmalarının önlenmesi amaçlanmaktadır. Yönetim kurulunun etkiden uzak, bağımsız karar alması sağlanmaya çalışılmaktadır (ÖZKORKUT, s. 145; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 329; USLUER GÜRBÜZ, s.257 vd.; MANAVGAT, (2019), s.35).

<sup>13</sup> DOĞAN, s. 68; ALTAY, s. 97; ODMAN BOZTOSUN, s. 44; EROĞLU, s. 586; KORKUT, s. 94; PASLI, s. 321; USLUER GÜRBÜZ, s. 268.

<sup>14</sup> PASLI, s. 328; MANAVGAT, (2016), s. 44-48.

Yönetim kurulu üyesinin, sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesi olarak kabul edilebilmesi için, şirkette kısmen dahi olsa yönetim yetkisinin bulunmaması gerekir. Bu üyeler, şirkette genel müdürlük, birim yöneticiliği gibi yönetime ilişkin bir görev üstlenmemelidir<sup>15</sup>. Ancak icrada görevli olmayan bu üyelerin, yönetim kurulunda yönetim kurulu başkanı veya yönetim kurulu başkan vekili sıfatlarını almalarında bir sakınca yoktur.

Yönetim kurulunun tamamının icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinden oluşmasının mümkün olup olmadığı hakkında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Odman Boztosun, yönetim kurulunun kurul halinde çalışması ve yetki devri olmaması halinde tüm üyelerin icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinden oluşmasının mümkün olduğunu savunmaktadır<sup>16</sup>. Aksi görüşteki yazarlar ise bunun mümkün olmadığını görüşündedirler<sup>17</sup>.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına yönelik tereddüt oluşturan hususlar hakkında basın duyurusu şöyledir:

*“Seri: IV, No:56 sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ’in ve Ekindeki Kurumsal Yönetim İlkelerinin uygulanmasına ilişkin tereddüt oluşturan hususlarda Kamuoyunun bilgilendirilmesi amacıyla aşağıdaki duyurunun yapılmasına karar verilmiştir:*

*Bilindiği üzere, Seri:IV, No:56 sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ) 30.12.2011 tarihli ve 28158 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tebliğ ile Gelişen İşletmeler Piyasası ve Gözaltı Pazarında işlem görenler hariç, payları İMKB’de işlem gören halka açık anonim ortaklıklar (Borsa Şirketleri) için Kurumsal Yönetim İlkeleri belirlenmiş ve seçilen bazı ilkelerin zorunlu olarak uygulanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Kurulumuza yöneltilen sorular doğrultusunda Tebliğ’in ve ekindeki ilkelerin uygulanmasına ilişkin bazı esaslar aşağıda özetlenmektedir: 1. Yönetim kurulunun tamamen icrada görevli olmayan üyelerden oluşması mümkündür. Murahhas üyelerin şirketin*

<sup>15</sup> İcracı olmayan yönetim kurulu üyesinin, yönetim ve temsil yetkisi olmayan uzman veya başka bir sıfatla şirkette çalışmasının mümkün olduğu, bu durumun yönetim kurulu üyesinin, icrada görevli olmayan üye olarak nitelendirilmesine engel olmayacağı görüşü için bk. MANAVGAT, (2019), s. 35-37; ODMAN BOZTOSUN, s. 44.

<sup>16</sup> ODMAN BOZTOSUN, s. 45.

<sup>17</sup> YANLI, s. 75; PASLI, s. 322; AKSOY; s.63.

*faaliyetlerine ilişkin karar mekanizmasında etkin rol oynamaları nedeniyle icracı üye olmaları gerekli iken yönetim kurulu başkanı, şirkette üstlendiği göreve göre icracı veya icrada görevli olmayan olarak sınıflandırılabilir.”*

Bu bildiriye, Sermaye Piyasası Kurulu uygulamasında yönetim kurulu üyelerinin tamamının icrada görevli olmayan üyelere oluşabileceği kabul edilmektedir.

Türk Ticaret Kanunu’nda yönetim kurulunun yönetim yetkisini, bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine hatta yönetim kurulu üyesi olmayan üçüncü kişiye devredilebileceği kabul edilirken (TTK 367/I, 375), temsil yetkisinin bir veya birden fazla murahhas üyeye veya müdüre devredilebileceği düzenlenmektedir (TTK 370/2). Bu düzenleme gereğince, şirket ana sözleşmesine ve iç yönergeye uygun olarak yapılacak yetki devirlerinde, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine sahip olması gerekmektedir. Emredici nitelikteki olan bu düzenlemenin uygulanma önceliği gereğince, yönetim kurulunda temsil yetkisine sahip en az bir icracı yönetim kurulu üyesinin bulunması zorunludur. Yönetim kurulunun temsil yetkisinin devrine ilişkin emredici düzenlemeler karşında, doktrindeki yönetim kurulunun tamamının icrada görevli olmayan üyelere oluşabileceği görüşüne ve bu doğrultudaki Sermaye Piyasası Kurulu açıklamasına katılmamız mümkün değildir.

### **C. BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYESİ**

Bağımsız yönetim kurulu üyesi, Sermaye Piyasası Kanunu’na tabi anonim şirketlerin yönetim kurullarında yer alan ve belli özellikleri taşıyan yönetim kurulu üyelerine verilen isimdir<sup>18</sup>. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin en önemli özelliği, icrada görevli olmamaları ve yönetimden

---

<sup>18</sup> Türk Ticaret Kanunu’nda da bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesi başlıklı 360 maddenin 1. fıkrasının son cümlesinde “*bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin hükümler saklıdır*” ifadesi yer almaktadır. Yine Türk Ticaret Kanunu’nun 1529. maddesinde halka açık şirketler için kurumsal yönetim ilkelerini belirleme yetkisinin Sermaye Piyasası Kurulunda olduğu kabul edilmektedir. Doktrinde, bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin bu maddelerin sistematik olarak yerinin uygun olmadığı, bağımsız yönetim kurulu üyesi ile belli pay sahiplerinin yönetim kurulunda temsil edilmesi düzenlemesi arasında bağlantı bulunmadığı, bu maddelerin gerekirse sermaye piyasası mevzuatında yer alan bağımsız yönetim kurulu üyesine ilişkin düzenlemelerle ilişki kurulmasına olanak sağlayabileceği belirtilmiştir (Bu görüş için bk. MANAVGAT, (2014), s. 35-75; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 307, dn. 12. Karşı görüş için bk. ODMAN BOZTOSUN, s. 50).

bağımsız olmalarıdır<sup>19</sup>. Bu üyeler, icrada görevli yönetim kurulu üyelerini denetleme ve yönetimde temsil edilmeyen pay sahiplerinin çıkarlarını koruma işlevi görürler<sup>20</sup>.

Kurumsal Yönetim Tebliği'nde payları, Ulusal Pazar, İkinci Ulusal Pazar ve Kurumsal Ürünler Pazarında işlem gören şirketlerin<sup>21</sup> yönetim kurullarında “görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabilme niteliğine haiz” olan ve bağımsız üyeler olarak adlandırılan üyelerin bulunması zorunluluğu getirilmiştir<sup>22</sup> (KYT m.5/2).

Kanun koyucu tarafından oldukça önemsenen ve şirket yönetim kurulunda denetleyici bir rol üstleneceği düşünülen bağımsız yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulunda çoğunluğu oluşturması hedeflenmektedir. Borsa şirketlerinde yönetim kurulu üye sayısının en az beş olması ve üye sayısının çoğunluğunun icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinden oluşması gerektiği düzenlenmiştir (KYİ m.4.3.1- 4.3.2). Birinci ve ikinci guruba giren borsa şirketlerinde, bağımsız yönetim kurulu üye sayısının toplam üye sayısının üçte birinden az olmaması koşulu aranmaktadır. Üçüncü grup borsa şirketlerini yönetim kurullarında ise en az iki üyenin bağımsız üye olması gerekmektedir<sup>23</sup> (KYİ m.4.3.3-4.3.4).

<sup>19</sup> Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin icrada görevli olabilecekleri için doktrindeki aksi görüş için bk. KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 333.

<sup>20</sup> ÖZKORKUT, s. 33; KORKUT, s. 95-98; PASLI, s. 322; BOSNALI/OKUTAN/BEKAR, s. 177 vd.

<sup>21</sup> 30.11.2015 tarihinde yürürlüğe giren BIST Kotasyon Yönergesi ile pay piyasası altında yer alan Ulusal Pazar ve İkinci Ulusal Pazar kaldırılmıştır. Bu pazarların yerine Yıldız Pazar ve Ana Pazar adı altında iki yeni pazar oluşturulmuştur. Bu Yönergede, Kurumsal Ürünler Pazarı'nın ismi Kollektif Yatırım Ürünleri ve Yapılandırılmış Ürünler Pazarı olarak değiştirilmiştir. Fakat, pazar isimlerindeki bu değişiklikler, Kurumsal Yönetim Tebliği'ne değişiklik olarak yansıtılmamıştır. Bu nedenle çalışmamızda söz konusu Pazarları Tebliğ'de geçen adları ile kullanacağız.

<sup>22</sup> Kurumsal Yönetim Tebliği'nin 5. maddesinin 2. bendi gereğince, ortaklıklar kendi aralarında üç guruba ayrılmakta ve ilkelerin uygulanma yükümlülüğü piyasa değerlerine göre ayrılan bu ortaklıklarda farklılık göstermektedir.

Buna göre gruplandırmada şöyledir:

a) Birinci grup: Piyasa değerinin ortalaması 3 milyar TL'nin ve fiili dolaşımdaki payların piyasa değerinin ortalaması 750 milyon TL'nin üzerinde olan ortaklıklar.

b) İkinci grup: Birinci grup dışında kalan ortaklıklardan, piyasa değerinin ortalaması 1 milyar TL'nin ve fiili dolaşımdaki payların piyasa değerinin ortalaması 250 milyon TL'nin üzerinde olan ortaklıklar.

c) Üçüncü grup: Birinci ve ikinci gruba dâhil olan ortaklıklar dışında kalan ve payları Ulusal Pazar, İkinci Ulusal Pazar ve Kurumsal Ürünler Pazarında işlem gören diğer ortaklıklar.

<sup>23</sup> İstisnalar için bk. Kurumsal Yönetim Tebliği m. 6.1- 6.4.

Bağımsız üye sayısının hesaplanmasında küsurat olduğu takdirde, küsuratlar izleyen tam sayı olarak dikkate alınır (KYİ m.4.3.4). Bu düzenlemeye göre, beş kişiden oluşan bir yönetim kurulunda en az iki üye, yedi kişiden oluşan yönetim kurulunda ise en az üç üye bağımsız üye niteliği taşımaktadır.

Yönetim kurulu üyesinin bağımsız üye sıfatını taşıması ve bu sıfatı sürdürebilmesi için Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.3.6 maddesinde belirtilen özelliklere sahip olması gerekmektedir<sup>24</sup>.

Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde belirtilen bağımsız yönetim kurulu üyesi kriterleri şunlardır:

*“a) Şirket, şirketin yönetim kontrolü ya da önemli derecede etki sahibi olduğu ortaklıklar ile şirketin yönetim kontrolünü elinde bulunduran veya şirkette önemli derecede etki sahibi olan ortaklar ve bu ortakların yönetim kontrolüne sahip olduğu tüzel kişiler ile kendisi, eşi ve ikinci dereceye kadar kan ve sıhri hısımları arasında; son beş yıl içinde önemli görev ve sorumluluklar üstlenecek yönetici pozisyonunda istihdam ilişkisinin bulunmaması, sermaye veya oy haklarının veya imtiyazlı payların %5 inden fazlasına birlikte veya tek başına sahip olunmaması ya da önemli nitelikte ticari ilişkinin kurulmamış olması.*

*b) Son beş yıl içerisinde, başta şirketin denetimi (vergi denetimi, kanuni denetim, iç denetim de dâhil), derecelendirilmesi ve danışmanlığı olmak üzere, yapılan anlaşmalar çerçevesinde şirketin önemli ölçüde hizmet veya ürün satın aldığı veya sattığı şirketlerde, hizmet veya ürün satın alındığı veya satıldığı dönemlerde, ortak (%5 ve üzeri), önemli görev ve sorumluluklar üstlenecek yönetici pozisyonunda çalışan veya yönetim kurulu üyesi olmaması.*

*c) Bağımsız yönetim kurulu üyesi olması sebebiyle üstleneceği görevleri gereği gibi yerine getirecek mesleki eğitim, bilgi ve tecrübeye sahip olması.*

*ç) Bağlı oldukları mevzuata uygun olması şartıyla, üniversite öğretim üyeliği hariç, üye olarak seçildikten sonra kamu kurum ve kuruluşlarında tam zamanlı çalışmıyor olması.*

*d) 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na göre Türkiye'de yerleşmiş sayılması.*

---

<sup>24</sup> ODMAN BOZTOSUN, s. 64.

e) *Şirket faaliyetlerine olumlu katkılarda bulunabilecek, şirket ile pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarında tarafsızlığını koruyabilecek, menfaat sahiplerinin haklarını dikkate alarak özgürce karar verebilecek güçlü etik standartlara, mesleki itibara ve tecrübeye sahip olması.*

f) *Şirket faaliyetlerinin işleyişini takip edebilecek ve üstlendiği görevlerin gereklerini tam olarak yerine getirebilecek ölçüde şirket işlerine zaman ayırabiliyor olması.*

g) *Şirketin yönetim kurulunda son on yıl içerisinde altı yıldan fazla yönetim kurulu üyeliği yapmamış olması.*

ğ) *Aynı kişinin, şirketin veya şirketin yönetim kontrolünü elinde bulunduran ortakların yönetim kontrolüne sahip olduğu şirketlerin üçten fazlasında ve toplamda borsada işlem gören şirketlerin beşten fazlasında bağımsız yönetim kurulu üyesi olarak görev almıyor olması.*

h) *Yönetim kurulu üyesi olarak seçilen tüzel kişi adına tescil ve ilan edilmemiş olması”*

Görüldüğü gibi kanun koyucu bağımsız yönetim kurulu üyelerinin bağımsızlığına oldukça önem vermiştir. Bağımsız yönetim kurulu olarak seçilecek kişinin, şirketle herhangi bir çıkar ilişkisinin olmaması ve görevini etki altında kalmadan yapabilmesi amaçlanmıştır<sup>25</sup>.

Özellikle şirkette icrada görevli yönetim kurulu üyeliği yapan ve altı yıldan uzun süredir yönetim kurulu üyeliğinde bulunan kişilerin bağımsız yönetim kurulu üyesi olamayacağı kabul edilmiştir. Şirketten mali gelir elde eden danışman, müşavir veya avukat gibi kişilerin, şirketin yoğun iş yaptığı başka şirketlerde üst düzey görevde çalışan kişilerin ve yine şirket yönetimindeki kişilerle yakın ilişkileri ve akrabalık bağları olan kişilerin de tarafsız olamayacağı öngörülmüştür. Bu yönetim kurulu üyelerinin şirkette pay sahipliği oranı belli bir düzeyde tutularak, şirketin menfaati ile kişinin menfaatinin çatışması önlenmek istenmiştir<sup>26</sup>.

Bağımsız yönetim kurulu üyeliği yapacak kişilerin, yeterli mesleki bilgiye sahip olması ve bu göreve ayırabilecekleri yeterli vakitlerinin olması koşulları aranmaktadır. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin, gerçek kişi

<sup>25</sup> ÖZKORKUT, s. 36; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 335; ODMAN BOZTOSUN, s. 61.

<sup>26</sup> ÖZKORKUT, s. 42-43; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 333- 339; ODMAN BOZTOSUN, s. 59, s. 68-69.



olması ve üniversite öğretim üyeliği hariç olmak üzere, herhangi bir kamu kurum veya kuruluşunda tam zamanlı olarak çalışmaya devam etmemesi koşulları bu amaca hizmet etmektedir<sup>27</sup>. Yine bağımsız üyeler için getirilen Türkiye’de yerleşmiş olma koşulu, bağımsız üyenin şirket işleriyle gereği gibi ilgilenmesi amacına hizmet etmektedir

Bağımsız üyenin mali yönden de şirketten bağımsız olması aranır. Şirketten, yönetimkurulu üyesi olması nedeniyle alacağı ödemeler dışında, başkaca gelirlerinin bulunması ve şirketten alacağı ödemenin, şirketin dağıtacağı kar payı, şirket performansı gibi ölçütlere bağlanmamış olması gerekir.

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin bulunması gerekliliği ve bağımsızlık ölçütleri uyulması zorunlu ilkelerdir. Kurumsal Yönetim Tebliği’nde bağımsızlık ölçütünün uygulaması ile ilgili olarak istisnai bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre; haklı sebeplerin varlığı halinde, Sermaye Piyasası Kurulu’nun uygun görüşü alınarak, azami bir yıl süre içinde bağımsızlık kriterlerini sağlamayan kişilerin de genel kurul tarafından bağımsız üye olarak seçilebilmesi mümkündür. Şirket tarafından genel kurulda alınacak karar gereğince, uyulmayan bağımsızlık ölçütlerinin ve ölçülere uyulmamasının gerekçesinin, Kamu Aydınlatma Platformunda açıklanması zorunludur (KYT m.6/5).

Yine bağımsız üye, bağımsızlığını kaybettirecek bir durum ortaya çıktığında bunu kamuya duyurulmak üzere yönetim kuruluna iletmekle yükümlüdür. Bu durumda bağımsız yönetim kurulu üyesinin üyelikten istifa etmesi beklenir. İstifa gerçekleşirse ilk genel kurulda yeni bir bağımsız üye seçilmelidir. Aday belirleme komitesi, boşalan bağımsız üyelik için aday listesi hazırlayarak yönetim kuruluna bildirir. Yönetim kurulu da bu listeyi Sermaye Piyasası Kurulu’na bildirerek, varsa listedeki bağımsız üye adayları hakkında olumsuz görüşünün bildirilmesini ister. Kurulun olumsuz görüş bildirdiği kişiler, bağımsız üyelik için aday olamazlar. Yönetim kurulu bu liste içinden birini seçer ve ilk genel kurula kadar seçilen kişi bağımsız üye olarak görev yapar (KYİ m.4.3.8). Yeni bağımsız üye seçilinceye kadar, bağımsızlığını kaybeden mevcut üye, icrada görevli olmayan üye olarak görevini yerine getirmeye devam eder<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 343-344.

<sup>28</sup> Özkorkut’a göre, bağımsız üye, bağımsızlığını kaybettiğinde icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesi olarak görevine devam eder. Ancak bağımsızlığı nedeniyle bir komiteye

Sermaye Piyasası Kurulu'nun re'sen bağımsız üye atama yetkisi bulunmaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu, verilen süre içinde kurumsal yönetim ilkelerine uymayan halka açık anonim şirketlerde, bu uyumun gerçekleşmesini sağlayacak kararları alma ve işlemleri re'sen yapma yetkisine sahiptir (SPK m.17/2, KYT m.7/1). Sermaye Piyasası Kurulu tarafından, yönetim kurulunda toplantı ve karar alma yeter sayısını sağlayacak üyesi olmasına rağmen, zorunlu kurumsal yönetim ilkelerine uyum için gerekli kararları almayan şirketlere otuz günlük süre verilir. Bu süre içinde gerekli toplantıları yapıp kararları almayan şirketlere, Sermaye Piyasası Kurulunca, yönetim kuruluna gerekli sayıda ve bağımsız yönetim kurulu üyesi resen atanabilir<sup>29</sup>.

## II. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HAK VE YETKİLERİ BAKIMINDAN DURUMU

### A. PASİF YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN HAK VE YETKİLERİ

Yönetim kurulu üyelerinin hakları, mali ve yönetsel hakları bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin yönetsel hakları, yönetim kurulu toplantılara katılma, söz alma, oy kullanma olarak sıralanabilir<sup>30</sup> (TTK m.374, 375, 390). Mali haklar ise, tutarı ana sözleşme veya genel kurul kararı ile belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kardan pay alma haklarıdır<sup>31</sup> (TTK m.394).

Pasif yönetim kurulu üyeliği kanunda öngörülen bir sınıflandırma olmadığı için, tüm yönetim kurulu üyeleri kural olarak, yönetsel ve mali haklara sahiptir.

---

seçilmişse ve bağımsızlığını kaybetmesine rağmen bu komiteden istifa etmiyorsa, yönetim kurulu üyesi bu üye komiteden azledilebilir. (ÖZKORKUT, s. 158-159).

<sup>29</sup> Sermaye Piyasası Kurulu bu yetkisini 2013 yılında ve 2020 yılında Turkcell şirketi için kullanmıştır. Kurul, kurumsal yönetim ilkelerine uyum sağlanması amacıyla ana sözleşmesinde bağımsız üye atanmasına ilişkin değişikliği yapmayan şirkete öncelikle süre vermiştir. Bilgilendirme ve uyarı yazılarına rağmen değişiklik yapmayan ve bağımsız üye atamayan şirket yönetim kuruluna, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası gereğince bağımsız üye olarak, Ahmet AKÇA, Atilla KOÇ ve Mehmet Hilmi GÜLER atanmıştır. Bu üyelerin görev sürelerinin bitmesinin ardından Kurul, yetkisini tekrar kullanmış ve Turkcell'e bağımsız yönetim kurulu üyesi olarak Nail OLPAK, Afif DEMİRKIRAN ve Tahsin YAZAR'ın atanmasına karar vermiştir (<http://spk.gov.tr/u/?u=a412cfd>, erişim: 20.09.2020).

<sup>30</sup> Yönetim kurulu üyelerinin yönetsel hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 169 vd.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 322 vd.; PULAŞLI, (2020), s. 422 vd.; PULAŞLI, (2014), s. 1127 vd.

<sup>31</sup> Yönetim kurulu üyelerinin mali hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 176 vd.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 321 vd.; PULAŞLI, (2020), s. 427 vd.; PULAŞLI, (2014), s. 1127 vd.; KENDİGELEN, s.282; ÖZER, S.219 vd.

Yönetim kurulu üyelerinin kural olarak, şirketin işleyişine yön verme ve gerekli kararları alma yetkileri bulunmaktadır. Ancak yönetim kurulu üyesinin temsil ve yönetim yetkisini devretmesi veya sınırlandırması mümkündür (TTK m.367, 370, 375). İcrada görevli olmak istemeyen yönetim kurulu üyeleri, yetkileri devrederek pasif yönetim kurulu üyesi konuma geçebilirler. Yönetim kurulu üyesinin pasifize olması yönetsel yetkilerini ortadan kaldırmaktadır. Kanunda pasif yönetim kurulu üyesine sağlanacak mali haklarla ilgili bir açıklık yoktur. Bu nedenle ana sözleşmede veya genel kurulda aksi kararlaştırılmadıkça, pasif yönetim kurulu üyelerinin mali haklarında, diğer yönetim kurulu üyelerine göre bir fark oluşmayacağı ileri sürülebilir. Ancak burada sonuca ulaşırken sağlanan mali hakkın niteliğine de bakılmalıdır. Çünkü yönetim kurulu üyelerine ödenecek mali haklarda, dürüstlük ve orantılılık ilkelerine uygun olarak ve üyeler arasındaki görev, yetki, sorumluluk ile uyumlu bir şekilde ödeme öngörülmelidir. Örneğin yönetim kurulu üyelerine sağlanan huzur hakkı, yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu toplantısına katılımını teşvik amacıyla öngörülen ve katılan toplantı başına ödenen bir meblağdır. Yönetim kurulu toplantılarına katılmayarak pasif bir konuma geçen yönetim kurulu üyesinin bu mali haktan yararlanamayacağı kabul edilmelidir. Yine huzur hakkının, yönetim kurulu üyelerine olası sorumlulukları öngörülerek şirketin malvarlığından ödenen bir miktar olduğu kabul edildiğinde aynı sonuca varılması mümkündür<sup>32</sup>.

Yönetim kurulu üyeleri için ücret hakkının öngörülmesinin temelinde, yönetim kurulu üyesinin şirket için yerine getirdiği görev ve sorumluluklar yer almaktadır. Pasif yönetim kurulu üyeleri, şirket adına herhangi bir sorumluluk almadıkları ve şirket için bir faaliyet yerine getirmediği için onlara bu ücretin ödenmemesi gerekir<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, 04.11.2019 tarihli, E. 2019/48, K. 2019/6756 sayılı kararında, huzur hakkı alacağına doğabilmesi için, talep edenin şirket yönetim kurulu üyesi olması, bu sıfatla şirket yönetim toplantılarına katılması ve yönetim kurulu üyesi olarak faaliyette bulunması koşullarını arayarak, somut olayda tüm koşullar bulunduğu için davacının huzur hakkı alacağına hak kazanacağı sonucuna varmıştır (www.kazanci.com, erişim: 17.12.2020).

<sup>33</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 14.5.2019 tarihli E. 2017/4653 K. 2019/3747 kararı ve 08.01.2020 tarihli, E. 2019/1419, K. 2020/164 sayılı kararlarında özetle, huzur hakkının her toplantı için ayrı ayrı belirlenebileceği, ücretin de şirketin mali yapısı, şirketin bu yöndeki uygulaması göz önünde tutularak belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Yargıtay kararlarında yönetim kurulu üyelerine ödenecek ücretin ise, yönetim kurulu üyesinin şirket için harcadığı emek ve mesai ile orantılı olarak belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir (www.kazanci.com, erişim: 17.12.2020).

İkramiye, şirket yönetim kurulu üyelerine, şirketin başarısına yaptıkları katkılar nedeniyle ödenir. İkramiye ödemesinin yönetim kurulu üyelerinin performansına bağlı tutulması halinde, pasif yönetim kurulu üyelerinin bu mali haktan yararlanamayacağı, ancak üyelik sıfatı yeterli görülmüş ve düzenli bir ödemeye dönüştürülmüşse yararlanabileceği kabul edilmelidir. Aynı şekilde prim ödemesi, kişiye özgü bir ödeme olup, şirketin mali hedeflerine ulaşması durumunda yönetim kurulu üyelerinden bazılarına yapılan bir ödeme niteliği taşır. Pasif yönetim kurulu üyelerinin prim ödemesini talep edemeyeceği görüşündeyiz.

## **B. İCRADA GÖREVLİ OLMAYAN YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN HAK VE YETKİLERİ**

İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri, şirketin yönetiminde, icrada görevli bir rol oynamazlar. Ancak icrada görevli olmayan üyeler yönetim kurulu kararlarının alınması aşamasında aktiftirler<sup>34</sup>. Bu üyelerin, yönetim kurulunda yer alıp, yönetim kurulunun verdiği kararlarda oy kullanma hakları vardır. Yönetim kurulunda, gündemde yer alan konular tartışılır. Her üyenin bir oy hakkı vardır ve ilişkili işlemlerde, ilişkili yönetim kurulu üyeleri oy kullanamazlar. Yönetim kurulu üyesi, toplantıda muhalif kaldığı konulara ilişkin olumsuz oyunu ve bunun gerekçesini mümkün olduğunca ayrıntılı şekilde zapta geçirtmelidir (KYİ m.4.4.6). Kurumsal Yönetim İlkelerinin 4.3.2 maddesinde yönetim kurulunun çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelerden oluşması gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenleme gereğince karar alma sürecinde icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin oyları belirleyici olacaktır.

İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin, şirket yönetiminde kötüye kullanmaları engelleme ve yönetim kurulunda şirket ile diğer yönetim kurulu üyelerinin menfaatlerini dengeleme işlevleri vardır. İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri, yönetim faaliyetinin dışında kaldıkları için, kişisel menfaatleri ile şirket menfaatleri çatışmaz. Şirket ile menfaat çatışması yaşamadıkları için, yönetim kurulunda alınan kararlarda sadece şirket çıkarları doğrultusunda oy kullanmaları beklenir. İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulunda çoğunluğu oluşturmasının, şirketlerdeki pay sahibi ve azınlığın haklarını da koruyucu bir etkisi vardır<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> ODMAN BOZTOSUN, s. 45.

<sup>35</sup> İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin azınlık haklarını koruyucu işlevi bulunduğu hakkında bk. HAMPEL REPORT, s. 25-26 (<https://ecgi.global/sites/default/files//>

İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin kamunun doğru bir şekilde ve zamanında aydınlatılmasını sağlama işlevleri de bulunmaktadır. Kamunun doğru bir şekilde ve zamanında aydınlatılmasını sağlamak maksadı ile icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri, yönetim kuruluna yardımcı komitelerde görev almalıdır. Komiteler, yönetim kuruluna yardımcı kurullardır. Bir diğer ifade ile komitelerin karar aldığı hususların ardından uygulanacak olan nihai kararı yönetim kurulu verir. Ancak komitelerde karar alınma biçimi ve yönetim kurulunca alınacak nihai kararlara ilişkin hazırlık çalışmalarının önemi, icrada görevli olmayan üyelerin etkisini artırmaktadır<sup>36</sup>.

Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.5.1 maddesinde kurulması zorunlu komiteler belirlenmiş ve bu komitelerin çoğunluğunun icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinden oluşturulması zorunlu kılınmıştır (KYİ m.4.5.3). Denetim komitesi, mali haklar komitesi, aday gösterme komitesi gibi komitelerde icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin çalışmasının sağlanması, şirketin profesyonel bir şekilde yönetilmesine ve kurumsal yönetim ilkelerinin gerçekleşmesine yardımcı olmaktadır<sup>37</sup>.

Komite başkanlarının ve denetimden sorumlu üyelerin bağımsız üyelerden oluşması zorunluluğu, icrada görevli olmayan bağımsız üyelerin komitelerde yer alması ve iç kontrol görevini yerine getirmesi sonucunu doğurur (KYİ m.4.5.3).

Doktrinde bazı yazarlar icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin, asıl ve en önemli görevlerinin icrada görevli yönetim kurulu üyelerinin faaliyetlerini sürekli ve düzenli bir şekilde denetlemek olduğu görüşünü ileri sürülmektedir<sup>38</sup>.

İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri de icrada görevli yönetim kurulu üyeleri gibi yönetim kurulu üyesi olmaktan kaynaklı mali hak ve menfaat elde edebilirler. Bu hak ve menfaatlerin belirlenmesi ve yıllık olağan genel kurul toplantılarında bu hususun açıklığa kavuşturulması Avrupa Birliği

---

codes/documents/hampel.pdf, erişim:20.09.2020) ve CADBURY REPORT, s. 22 (<https://ecgi.global/sites/default/files//codes/documents/greenbury.pdf>, erişim: 20.09.2020).

<sup>36</sup> PASLI, s. 328; MANAVGAT, (2016), s. 44-48.

<sup>37</sup> PULAŞLI, (2014), § 30, N. 40-67; ÜNAL, s. 24, s. 103-112.

<sup>38</sup> TEKİNALP, (2003), s. 234; PASLI, s. 321; Aksi görüşte olan Demir ise, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin böyle bir görevi olmadığını savunmaktadır (DEMİR, s.62-63).

Yüksek Düzeyli Şirketler Hukuku Uzmanları Gurubu tarafından oluşturulan raporda<sup>39</sup> tavsiye edilmektedir.

Kurumsal Yönetim Tebliği'nin mali haklar bölümünde, halka açık şirketlerin yönetim kurulu üyeleri için bir ücret politikası hazırlamaları ve bunu genel kurul onayına sunmaları zorunlu tutulmaktadır. Kurumsal yönetim ilkeleri doğrultusunda, yönetim kurulunun ücretlerini ücret komitesinin belirlemesi öngörülmüştür. Bu ücret komitesinde yönetim kurulu üyelerinin aldığı risklere ve işlevlerine göre yöneticilere verilecek ücretler belirlenerek yönetim kuruluna teklif edilebilir<sup>40</sup> (KYİ m. 4.5.13). Ödenecek ücret, aylık olarak veya toplantı başına belirlenmeli, şirketin karlılığına bağlanmamalı ve Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.6 maddesinde yer alan hususlara uygun olmalıdır<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Report of the high level group of company law experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4.11.2002 ([http://ec.europa.eu/interal\\_market/company/docs/modern/report\\_pdf](http://ec.europa.eu/interal_market/company/docs/modern/report_pdf), erişim: 20.09.2020).

<sup>40</sup> Bu ilkelerin uyulması zorunlu olan kısmında, ücret komitesinin kurulması ve ücret komitesinin ücretlendirme kriterlerini belirlemesi ve ücret seviyesini belirleyerek yönetim kuruluna sunması gerektiği düzenlenmiştir.

<sup>41</sup> Bu ilkeler şöyle düzenlenmiştir:

*“4.6 Yönetim Kurulu Üyelerine ve Üst Düzey Yöneticilere Sağlanan Mali Haklar*

*4.6.1 Yönetim kurulu, şirketin belirlenen ve kamuya açıklanan operasyonel ve finansal performans hedeflerine ulaşmasından sorumludur. Bunun sağlanamadığı durumlarda söz konusu husus gerekçeleri ile birlikte faaliyet raporunda açıklanır. Bu şekilde yönetim kurulu, hem kurul hem de üye bazında, özleştirisini ve performans değerlendirmesini yapar. Yönetim kurulu üyeleri bu değerlendirmeler dikkate alınarak ödüllendirilir veya azledilir.*

*4.6.2 Yönetim kurulu üyelerinin ve üst düzey yöneticilerin ücretlendirme esasları yazılı hale getirilmeli ve genel kurul toplantısında ayrı bir madde olarak ortakların bilgisine sunularak pay sahiplerine bu konuda görüş bildirme imkânı tanınmalıdır. Bu amaçla hazırlanan ücret politikası, şirketin internet sitesinde yer alır:*

*4.6.3 Ücret Komitesi;*

*a) Yönetim kurulu üyelerinin ve üst düzey yöneticilerin ücretlendirme esaslarına ilişkin önerilerini, şirketin uzun vadeli hedeflerini dikkate alarak belirler;*

*b) Şirketin ve üyenin performansı ile bağlantılı olacak şekilde ücretlendirmede kullanılacak ölçütleri belirler; c) Kriterlere ulaşma derecesi dikkate alınarak, yönetim kurulu üyelerine ve üst düzey yöneticilere verilecek ücretlere ilişkin önerilerini yönetim kuruluna sunar.*

*4.6.4 Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin ücretlendirmesinde hisse senedi opsiyonları veya şirketin performansına dayalı ödeme planları kullanılmaz. Şu kadar ki, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin ücretlerinin bağımsızlıklarını koruyacak düzeyde olması gerekmektedir.*

*4.6.5 Şirket, herhangi bir yönetim kurulu üyesine veya üst düzey yöneticilerine borç veremez, kredi kullandıramaz, verilmiş olan borçların ve kredilerin süresini uzatamaz, şartlarını iyileştiremez, üçüncü bir kişi aracılığıyla şahsi kredi adı altında kredi kullandıramaz veya*

## C. BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN HAK VE YETKİLERİ

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin yetkileri, önleme, aydınlatma ve komitelerde yer alma olmak üzere üç ana başlıkta toplanabilir.

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin yetkilerinden ilki, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen münferit işlemlerde ve şirketin mali durumunu etkileyen önemli işlemlerde yönetim kurulu kararlarının icrasını önlemektir. Bağımsız yönetim kurulu üyesinin sahip olduğu bir diğer yetki ise kamuyu aydınlatma yetkisidir. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin kamuyu aydınlatma işlevi, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen yaygın ve süreklilik arz eden işlemler ile teminat verilmesini gerektiren işlemlerde söz konusu olur.

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sahip olduğu son bir yetki ise komitelerde yer alma yetkisidir. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin komitelerde yer alma yetkisinin, şirket pay sahiplerinin haklarını doğrudan koruyucu bir etkisi vardır. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz bu yetkiler sayesinde bağımsız yönetim kurulu üyeleri, kanunda amaçlanan denetleyici, aydınlatıcı ve koruyucu işlevlerini yerine getirebilirler.

### 1. Kararın İcrasını Önleme Yetkisi

Yönetim kurulunda her üyenin bir oy hakkı olmasına rağmen, ilişkili işlemlerde<sup>42</sup>, ilişkili yönetim kurulu üyesi oy kullanamaz (KYT m.9/3). Yönetim kurulu toplantısına katılmamakla birlikte görüşlerini yazılı olarak sunan bu yönetim kurulu üyelerinin görüşleri diğer yönetim kurulu üyelerinin bilgisine sunulur (KYİ m.4.4.3). Yönetim kurulunda kararlar kural olarak toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alınır. Karar yeter sayısı

---

*lehine kefalet gibi teminatlar veremez. Ancak bireysel kredi veren kuruluşlar herkes için uyguladığı şartlarda, söz konusu kişilere kredi verebilir ve bu kişileri diğer hizmetlerinden yararlandırabilir.*

*4.6.6 Yönetim kurulu üyelerine ve üst düzey yöneticilere verilen ücretler ile sağlanan diğer tüm menfaatler (\*), yıllık faaliyet raporu vasıtasıyla kamuya açıklanır. Kişi bazında açıklama yapılması esastır. Kişi bazında açıklamanın yapılamadığı durumlarda açıklamada asgari olarak yönetim kurulu ve üst düzey yönetici ayırımına yer verilmelidir.*

*(\*Yapılan ödemeler, maaş, ikramiye, diğer düzenli ve arızî ödemeler gibi nakdi, hisse senetleri, hisse senetlerine dayalı türev ürünler, çalışanları hisse senedi edindirme planları kapsamında verilen hisse alım opsiyonları, mülkiyeti verilen ve/veya kullanım için tahsis edilen ev, otomobil gibi. gayri nakdi olarak yapılan ödemeler ve sağlanan tüm menfaatleri kapsar.” Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. ÖZER, s.359 vd.*

<sup>42</sup> İlişkili taraf işlemleri, Kurumsal Yönetim Tebliği'nin 9. maddesinde detaylı olarak düzenlenmiştir.

sağlanmasına rağmen, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin olumsuz oyu ile yönetim kurulunun karar alamaması sonucunu doğuran işlemler, kanunda açıkça belirtilen önemli nitelikteki işlemlerdir<sup>43</sup>.

Bunların başında ilişkili taraflarla gerçekleştirilen münferid işlemler gelmektedir. Bu işlemler, hakim ortaklık ile grup şirketlerinin belli büyüklükteki ilişkili münferid taraf işlemleridir (SPK m.17/2, 3, KYT m.9). Bağımsız üyelerin çoğunluğunun olumlu oyunun arandığı işlemler, şirketin önemli nitelikteki ilişkili taraf işlemleri ve üçüncü kişi lehine teminat, rehin ve ipotek işlemleridir (KYT m.12/3).

Yine genel kurul kararı gerektirmeyen önemli işlemlerde, yönetim kurulunun kararının icra edilebilmesi için bağımsız üyelerin çoğunluğunun onayı aranır (KYİ m.1.3.9). Böylece ortaklığın malvarlığının hâkim ortak veya yönetim kurulu üyelerinin bağlantılı olduğu kişiler lehine azaltılması önenebilir.

Kurumsal Yönetim Tebliği'nin 9. maddesi gereğince ilişkili taraflarla gerçekleştirilecek işlemlerin yapılabilmesi için, öncesinde yönetim kurulu kararı alınması gerekir. Eğer bağımsız üyelerin çoğunluğu söz konusu işlemleri onaylamazsa, bu durum işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde Kamuyu Aydınlatma Platformunda açıklanır. Sonrasında söz konusu işlem, genel kurul onayına sunulur. Bu koşulları gerçekleştirilmeden alınan yönetim kurulu kararları geçerli sayılmaz. Başka bir ifadeyle, ilişki taraf işlemlerine ilişkin olan ve bağımsız üyelerin çoğunluğunun olumlu oyu gereken söz konusu kararların uygulanabilmesi, işlemin gerçekleştirilebilmesi için işleme bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun veya genel kurulun onay vermiş olması gerekir<sup>44</sup>.

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin olumsuz oy vermesi halinde, yönetim kurulunun karar alıp uygulamasının engellendiği ikinci hal, belli büyüklükteki önemli işlem olarak adlandırılan işlemlere ilişkindir (SPK m.17/3, KYİ m.1.3.9). Yine belli büyüklüğün üzerindeki üçüncü kişilerin taraf olduğu işlemlerle ilgili olarak da bağımsız üyelere aynı imkan tanınmıştır.

Önemli nitelikteki işlemlerin genel kurulda karara bağlanması ve genel kurulda bu işleme olumsuz oy veren pay sahiplerine ayrılma hakkı tanınması

<sup>43</sup> ODMAN BOZTOSUN, s. 102-107; ÖZKORKUT, s. 47; BOSNALI/OKUTAN/BEKAR, s.186.

<sup>44</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 349-351.



konusunda bağımsız yönetim kurulu üyelerinin etkisi önemlidir. Önemli nitelikteki işlemlere ilişkin gerekçeli yönetim kurulu kararının bağımsız üyelerin oyu belirtilmek suretiyle kamuya açıklanması gerekmektedir. Pay sahiplerinin, oy kullanmadan önce tarafsız ve bağımsız yönetim kurulu üyelerinin görüşlerini öğrenmesi ve ona göre ayrılma hakkını kullanabilmesi imkanı sağlanmıştır. Bu koşulları sağlayamayan ikili işlemlere ilişkin yönetim kurulu ve genel kurul kararları kesin hükümsüzdür<sup>45</sup> (SPK m.17/3).

## 2. Kamuyu Aydınlatma Yetkisi

Sermaye Piyasası mevzuatına tabi ortaklıklarda, yönetim kurulunun karar yeter sayısını sağlamasına rağmen, bağımsız üyelerin bazı işlemlere olumlu oy vermemesi halinde, kamuya açıklama yapılması zorunluluğu getirilen işlem türleri düzenlenmiştir. Bu tür işlemlerde, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin olumsuz oy kullanmaları kararın alınmasını ve uygulanmasını engellemez. Ancak bağımsız üyelerin olumsuz oy kullanmaları bu işlemin ve bağımsız üyelerin muhalefet gerekçelerinin Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda yayınlanmasını gerektirir. Bu kapsamda, Kurumsal Yönetim Tebliği'nin 10. maddesinde göre ilişkili taraflar arasındaki yaygın ve süreklilik taşıyan işlemlerde önemli değişiklik yapılması bu duruma örnektir. Yine üçüncü kişilere teminat verilmesine ilişkin olarak alınan yönetim kurulu kararında bağımsız üyelerin çoğunluğunun olumlu oyunun bulunmaması halinde bu kararın kamuya açıklanması zorunluluğu öngörülmüştür (SPK m.17/1, KYT m.10, 12).

## 3. Komitelerde Yer Alma Yetkisi

Bağımsız yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulu içindeki komiteler ile anonim şirketlerin kurumsal yapısının güçlenmesine yardımcı olurlar. Yönetim kurulunun daha verimli çalışması için komiteler kurulması zorunluluğu

---

<sup>45</sup> Sermaye Piyasası Kanunu'nun 17. maddesinin 3. fıkrası şöyledir:

“3) Halka açık ortaklıkların, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri Kurulca belirlenecek nitelikteki işlemlere başlamadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı almaları zorunludur. Söz konusu yönetim kurulu kararlarının uygulanabilmesi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı aranır. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemi onaylamaması hâlinde, bu durum işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulur ve işlem genel kurul onayına sunulur. Söz konusu genel kurul toplantılarında, işlemin tarafları ve bunlarla ilişkili kişilerin oy kullanamayacakları bir oylamada karar alınır. Bu maddenin genel kurul toplantısında görüşülmesinde, toplantı nisabı aranmaz, oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu ile karar alınır. Bu fıkrafta belirtilen esaslara uygun olarak alınmayan yönetim kurulu ve genel kurul kararları geçerli sayılmaz.”

getirilmiştir. Kurulması zorunlu komiteler ise aday gösterme komitesi, ücret komitesi<sup>46</sup>, kurumsal yönetim komitesi<sup>47</sup>, denetimden sorumlu komite ve riskin erken saptanması komitesidir (KYT m.5/1, KYİ m.4.5.1, 4.5.4, 4.5.9, 4.5.13).

Komiteler en az iki üyeden oluşmalı ve komitelerin iki üyeden oluşması halinde ise tüm üyelerinin bağımsız üye olması gereklidir. Yine ikiden fazla üyesi olan komitelerde, icrada görevli olmayan üyelerin çoğunluğu oluşturması gerektiği belirtilmektedir. Tüm komitelerde, komite başkanlarının bağımsız üyelerden seçilmesi gerekir. Denetimden sorumlu komitenin tüm üyelerinin bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşması gerektiği Kurumsal Yönetim İlkelerinde belirtilmiştir (KYİ m.4.5.3). Denetim komitesi dışındaki komitelerde ise sadece komite başkanının bağımsız üye olması zorunludur<sup>48</sup>.

#### 4. Mali Hakları

Kurumsal yönetim ilkelerinin yönetim kurulu üyelerine ve idari sorumluluğu bulunan yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin bölümünde, uyulması zorunlu olan ve olmayan çeşitli ilkeler yer almaktadır. Bu ilkeler arasında halka açık şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin ücretlendirmelerine ilişkin bir planlama yapılması, bu ücretin esaslarının yazılı hale getirilmesi ve ayrı bir genel kurul gündem maddesi olarak yer alması öngörülmüştür. Bu genel kurulda ayrı bir gündem maddesi olarak yer alan bu ücretlendirmenin genel kurulun onayına sunulması zorunlu kabul edilmiştir.

Yine bağımsız yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına da özel bir önem verilmiş ve Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.6.3 maddesinde, bu üyelere ödenecek ücretin kâr payı, pay opsiyon veya şirket performansına bağlanamayacağı düzenlenmiştir. Yine bağımsız yönetim kurulu üyelerine ödenecek ücretin, bağımsızlıklarını koruyacak düzeyde bırakılması gerektiği belirtilmiştir<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Ücret komitesi en az iki üyeden oluşur. Tüm yönetim kurulu komiteleri gibi ücret komitesinde de başkan bağımsız yönetim kurulu üyesinden oluşmalıdır.

<sup>47</sup> Yönetim kurulu, ayrı bir aday gösterme komitesi ve ücret komitesi oluşturmazsa, kurumsal yönetim komitesi bu komitelerinin görevlerini de yerine getirir (KYİ m. 4.5.1).

<sup>48</sup> Bu düzenleme, Avrupa Birliği yaklaşımı (2005/12/162/ EC sayılı tavsiye kararı md. 5) ile çeliştiği gerekçesiyle doktrinde Küçükgüngör tarafından eleştirilmektedir (KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 377).

<sup>49</sup> ÖZER, s.205, s.358 vd.

Yönetim kurulu üyelerine yapılacak ücret ve tüm menfaatlerin yıllık faaliyet raporu ile kamuoyuna açıklanması ve kamuoyuna yapılan açıklamanın kişi bazlı olması gerektiği kabul edilmiştir.

### **III. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUKLARI BAKIMINDAN DURUMU**

#### **A. PASİF YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN SORUMLULUĞU**

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği önemli yenilikler arasında, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler gelmektedir. Sorumluluk davası açılması koşullarındaki değişiklikler ve farklılaştırılmış teselsül ilkesinin kabulü, pasif yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu etkilemektedir.

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarında, davanın açabilmesi için yerine getirilmesi gerekli usuli ve maddi koşullar bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılabilmesi için, öncelikle şirketin, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu davranışları nedeniyle bir zarara uğramış olması gerekmektedir<sup>50</sup> (TTK m.549-553). Davanın şirket tüzel kişiliği veya pay sahipleri dışında alacaklılar tarafından açılabilmesi için şirketin iflas etmiş olması aranır. Şirket tarafından yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılabilmesi için öncelikle genel kurulda bu yönde bir karar alınması uygulamada aranmaktadır.

---

<sup>50</sup> Bu doğrultuda Yargıtay kararları için bk. 11. Hukuk Dairesi, 25.11.2019 tarihli, E. 2019/460, K. 2019/7486 sayılı kararı; 11. Hukuk Dairesi, 15.5.2019 tarihli, E. 2018/1744, K. 2019/3780 sayılı kararı (www.kazanci.com, erişim: 17.12.2020).

Gerek eski kanun döneminde<sup>51</sup> gerekse yeni kanun döneminde<sup>52</sup> genel

<sup>51</sup> Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde anonim şirket adına yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılması için genel kurul tarafından davanın açılmasına yönelik bir karar alınmasını zorunlu tutmaktaydı (Mülga 6762 sy TTK m.341). Yargıtay da genel kurul kararı alınmaması halinde bu durumu dava şartı eksikliği olarak kabul etmekteydi. Bu sebeple de kararın alınmasına kadar bu durumu tamamlanabilir bir eksiklik olarak değerlendirmekte ve davayı bu sebeple ertelemekteydi.

Bu yönde Yargıtay'ın neredeyse kökleşmiş kararlarından bazıları şöyledir:

*“Davacının diğer davalılara yönelik itirazlarına gelince; davada yöneticilerin anonim şirketi zarara uğrattıklarından bahisle alacak talebinde bulunulmuştur. TTK'nın 341. maddesi uyarınca bu tür davaların dinlenebilmesi için şirkette yöneticiler hakkında dava açılabilmesi bakımından karar alınması ve davanın denetçiler tarafından açılmış olması gerekir. Ne var ki eldeki dava denetçiler tarafından açılmadığından mahkemeye davacıya süre verilerek karar alınması ve davanın denetçiler eliyle açılmasının sağlanması gerekir.... Bu hususlar üzerinde durulmadan dava şartı gerçekleşmediği halde işin esasını incelemek için davanın sonuçlandırılması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir”* (Yargıtay 15. HD, 02.04.2003 tarihli, E. 2003/1073, K. 2003/1709 sayılı kararı www.kazanci.com., erişim: 20.09.2020)

*“TTK'nun 341. maddesi hükmüne göre, böyle bir davanın açılabilmesi için öncelikle genel kurulda davanın açılması yolunda karar alınması ve bu davanın denetçiler tarafından açılması gerekir. Bu husus davanın ön koşuludur. .... bu davanın açılması yolunda Genel kurulda karar alınması için davacıya HUMK 39 ve 40 maddeleri uyarınca süre tanınmayı, dava önkoşulu olan bu hususlar yerine getirildikten sonra işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, karar bu nedenle davacı kooperatif lehine bozulmuştur”* (Yargıtay 11. HD, 09.10.2003 tarihli, E. 2003/2559, K. 2003/9087 sayılı kararı www.kazanci.com, erişim: 20.09.2020)

<sup>52</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise şirketin, yönetim kurulu üyelerine karşı açacağı sorumluluk davasında öncelikle genel kurul kararı alınması şartı belirtilmemiştir. Ancak TTK m.479/3-c hükmünde, ibra ve sorumluluk davası açılmasına ilişkin genel kurul kararlarında pay sahiplerinin oyda imtiyaz hakkının geçerli olmayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm ise sorumluluk davası açılmasına ilişkin bir genel kurul kararını ortaya koymaktadır ki bu hüküm doktrinde ciddi tartışmalara sebebiyet vermiştir.

Doktrinde, mülga Türk Ticaret Kanunu'nun uygulamasının aynen devam ettiğini ileri süren görüşler bulunduğu gibi [Bu görüşte bkz. KENDİGELEN, s. 454 vd; BAHTİYAR, (2016), s. 405-413; BAHTİYAR, (2017), s. 399], TTK m.479/3-c hükmünün unutulmuş kanunda bırakıldığını ileri süren görüşler (POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, N. 601-603) de bulunmaktadır.

Yargıtay, Mülga Türk Ticaret Kanunu uygulamasını aynen devam ettirmek şeklindeki doktrin görüşünü benimsemiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, 26. 02. 2015 tarihli, E. 2015/1754, K. 2015/2626 sayılı kararının ilgili kısmı şu şekildedir:

*“Mülga 6762 sayılı TTK'nın 556. maddesinde şirket yöneticilerinin sorumlulukları hakkında anonim şirketin bu hususlara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş olup, bu yollama ile uyumsuzluğa aynı Yasa'nın 341. maddesi uygulanacaktır. Bu maddeye göre sorumluluk davasının açılabilmesi için, bu yönde alınmış bir ortaklar kurulu kararı bulunması gerekmekte olup bu husus dava şartıdır. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uygulaması da aynı yöndedir. (m. 618/son) Dava konusu olayda sorumluluk davası açılması için alınmış bir genel kurul kararı bulunmadığından dava açma koşulu oluşmamış ise de bu husus yargılama sırasında tamamlanabilir. Bu durumda mahkemeye*

kuruldan bu yönde bir karar alınması gerektiği uygulamada bir dava şartı olarak kabul edilmektedir. Buna göre genel kuruldan karar alınmaksızın açılan davalarda bu eksikliğin giderilmesi için süre verilmekte ve eksikliğin giderilmemesi halinde dava usulden reddedilmektedir. Bu nedenle de iflas hali hariç olmak üzere, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılması için, Yargıtay’ca genel kurulda bu yönde bir karar alınması aranmaktadır.

Açılan davada davalı yönetim kurulu üyesinin tazminat ile sorumlu tutulabilmesi için, davalı yönetim kurulu üyesinin meydana gelen kesin ve doğmuş şirket zararına katkıda bulunduğu ispatlanması gereklidir. Bir diğer ifade ile, yönetim kurulu üyesinin davranışı ile şirketin uğradığı zarar arasındaki illiyet bağının bulunduğu ve yönetim kurulu üyesinin davranışının zarara etkisi kanıtlanmalıdır. Bunun sebebi, eski Kanun döneminde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda tam teselsül ilkesi kabul edilmekte iken, (6762 sayılı TTK m.336), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda farklılaştırılmış teselsül ilkesinin kabul edilmesidir (TTK m.557). Farklılaştırılmış teselsül ilkesinin kabulü ile sorumluluk doğurucu nitelikte kararların alınmasında daha az etkisi veya kusuru olan yönetim kurulu üyelerinin, zarara kusurları oranında katlanmaları imkânı getirilmiştir.

Kusurun tespitinde ise yönetim kurulu üyelerinin göstermesi gereken özen ve sadakat yükümlülüğü esas alınır. Yönetim kurulu üyesinden tedbirli bir yöneticininin göstermesi gereken özen beklenir. Business judgment rule

---

*genel kurul tarafından bu yönde bir karar alınması için davacı tarafa mehil ve gerektiğinde kesin mehil verildikten sonra sonucuna göre bir hüküm tesisi gerekirken . . .” (www. karara.com, erişim: 20.09.2020)*

Aynı doğrultuda Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, 12.03.2019 tarihli, E. 2017/3114, K. 2019/2030 sayılı kararı ise şöyledir:

*“1- Dava, davacı bankanın usulsüz kredi verilmesi nedeniyle zarara uğratıldığı iddiasına dayalı eski şube müdürleri aleyhine açılan tazminat davası olup, mahkemece yukarıda özetlenen gerekçe ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, dava tarihinde yürürlükte olan 6762 sayılı TTK’nın 342. maddesi uyarınca icrada görevli müdürler bakımından da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna dair hükümler uygulanacağından davacı banka tarafından aynı Yasa’nın 341. maddesi uyarınca böyle bir davanın açılabilmesi için genel kurulca dava açılması hususunda alınmış bir karar olmalıdır. Davacı tarafından ibraz edilen 04.05.2012 tarihli genel kurul kararı da somut uyumsuzluğu kapsamamaktadır. Bu durum karşısında, işbu dava yönünden alınmış böyle bir genel kurul kararının bulunmadığı anlaşılmış ise de, anılan eksiklik sonradan tamamlanabileceğinden davacı tarafa dava açılması yönünde genel kurul kararı alınması ve ibrazı için süre verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bu nedenle davalı ...vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bozulması gerekmiştir. ....davalı ... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın BOZULMASINA, 12/03/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”(www.kazanci.com, erişim: 20.09.2020)*

yaklaşımı olarak adlandırılan bu özen ölçüsü objektif bir ölçüt olarak kabul edilmektedir<sup>53</sup>.

Yine birden çok üyeden oluşan yönetim kurullarında, yetki devirleri, karara katılmama, kanuni düzenlemeler gereğince icrada görevli olmama gibi nedenlerle sorumluluk doğuran kararlarda etkisi bulunmayan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulmalarına imkân sağlanmıştır. Özellikle Kanun'un 553. maddesinin 2. ve 3. fıkrasındaki düzenleme ile yetki devri yapan yönetim kurulu üyelerinin dış ilişkide de sorumluluktan kurtulması imkanı bulunmaktadır.

### 1. Yetki Devri Halinde

Yetki devri, kural olarak, yetkisini devreden yönetim kurulu üyesini müteselsil sorumluluktan kurtaran bir durumdur<sup>54</sup>. Yönetim kurulu üyesinin tüm yetkilerini bir başka kişiye devretmesi, üyeliğini sona erdiren bir neden değildir. Kanundan ve ana sözleşmeden doğan ve devredilebilir nitelikte olan bir görev ve yetkinin, kanuna dayanılarak devri, devreden yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu ortadan kaldırır<sup>55</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nun 367. maddesinde yer alan koşullara uygun bir şekilde yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devredilen yetkilerin kullanılmasından dolayı yalnızca yetkiyi kullanan murahhaslar sorumlu olur.

Yetki devrinde, yetkisini devreden kişinin sorumluluktan kurtulması için, yetki devrinin kanuna, ana sözleşmeye, iç yönergeye uygun yapılması ve yetkinin devredildiği kişinin seçiminde gerekli özenin gösterilmesi gerekmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun "*Yönetimin devri*" başlıklı 367. maddesi gereğince yönetim kurulu üyesi, Kanun'un 375. maddesinde öngörülen istisnai haller dışında kalan tüm görev ve yetkilerini devredebilir. Görevin ve yetkinin devri halinde sorumluluk da devredilir. Görev ve yetkisini devreden sorumsuzlaşır, devralan ise sorumluluğu üstlenir.

<sup>53</sup> AYAN, (2011), s. 63 vd.; HELVACI, (2001), s. 222 vd.

<sup>54</sup> Yetki devri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDAMAR, s. 137-163; KIRCA, s.23-37; KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s.596; YANLI/OKUTAN NILSSON, s. 5-42; VON DER CRONE, s. 283 vd.; HONSELL/VOGT/WATTER, (GERİCKE/WALLER), s. 1555; BÜRGEN/TORSTEN, s. 373 vd.; KENDİGELEN, s. 258; TEKİNALP, N.12-75.

<sup>55</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, Nr. 437; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 385; AYAN, (2013), s. 118; DOĞAN, s. 277-279, aynı doğrultuda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.03.2014 tarihli, E. 2011/15, K. 2014/67 sayılı, 11. Hukuk Dairesi, 26.02.2018 tarihli, E. 2016/8320, K.2018/1396 sayılı ve 11. Hukuk Dairesi, 25.10.2018 tarihli, E. 2016/13587, K. 2018/6684 sayılı kararı (www.kazanci.com, erişim: 20.09.2020)

Görev ve yetkilerini devreden yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulabileceği hal, görev ve yetkilerini devredeceği kişinin seçiminde gerekli özeni göstermemesi halidir. Kanun'un 553. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca yetki ve görev devri yapan yönetim kurulu üyesinin, sadece bu görevi devrettiği kişiyi seçmede özenli davranmasının yeterli olacağına ilişkin hüküm bulunmakta ve gerekçede<sup>56</sup> de yetki devri halinde yetkisini devreden yönetim kurulu üyesinin gözetim görevi gerekçesiyle sorumlu tutulmaması gerektiği ifade edilmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin yetki ve görevlerini devretmeleri durumunda, devrettikleri kişiyi özenle seçmeleri halinde, devir kapsamındaki işlemlerden kaynaklanan zararlardan, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yoktur (TTK m.553/2).

Yetki devri yapan yönetim kurulu üyesi, yetki devri yaptığı kişinin seçiminde özenli davrandığını, bu kişinin eğitimi, mesleki tecrübesi bulunduğunu, görevin başarılı ve düzgün bir şekilde yürümesi için yetki devri yapıldığını ispatlamalıdır<sup>57</sup>.

## 2. Fiilen Yetki Kullanılmaması Halinde

Yönetim kurulu üyesinin pasifliği, açık bir yetki devri olmaksızın fiili olarak karar alma sürecine ve şirketin yönetimine katılmama şeklinde ortaya çıkabilir. Sorumluluk doğurucu kararın alınma sürecinde etkisi olmayan ve bu kararın icrasına katılmayan yönetim kurulu üyesinin bu karar nedeniyle

<sup>56</sup> Türk Ticaret Kanunu'nun 553. madde gerekçesi "...Hükümümüzde, aynı düşünce çizgisinde bulunan İsv. BK m. 754 (2)'den de farklar vardır. Anılan madde devri "bir görevin ifası"na bağlarken İsv. BK m. 716 b'nin ne kenar başlığını ne de metnini dikkate almıştır. İsviçre/Türk öğretisinde egemen olan "delegasyon/yetki devri" bugün de geçerli olup bu kavramı, 6762 sayılı Kanununun 342 nci maddesinin anlamında ifanın devri şeklinde yorumlamaya olanak yoktur. İsviçre öğretisinde de işaret edildiği üzere devredilen organsal işlev (fonksiyon)'dir. İsviçre hükmü seçimde özen yükümü yanında "talimat" ve "gözetim" özenine de yer verir. "Delegasyon"da gözetim görevinin devredende olduğu şüphesizdir. Ancak Tasarı bu görevi hükmün üçüncü fıkrasında değişik bir çözüme bağlamıştır. Anılan hüküm gözetim görevini (yükümünü) açıkça tanımakta, ancak buna İsviçre'de bulunmayan bir sınır getirmektedir. Devrin esas sözleşme veya 367 nci maddedeki örgütlenme yönetmeliği ile yapılması gerekir.

Üçüncü fıkra yönetim organının, organsal işlevi ister kanuna göre devredilmiş olsun, ister organın kendisinde kalsın üyelerin gözetim yükümlerini tanımakta, ancak bu yükümlerin kontrol dışında kalan olgu ve konularda bulunmadığını hükme bağlamaktadır. Bu hüküm yönetim ile görevli kişilerin bu arada yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu halinde, soyut bir gözetim (nezaret) görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla öngörülmüştür. Çünkü, uygulamada yönetim kurulu üyelerinin insan takatinin üstünde bir gözetim anlayışıyla şirketteki her türlü kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutuldukları gözlemlenmiştir".

<sup>57</sup> BİLGİLİ, s. 101; HELVACI, (2010), s. 109 vd.

ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmayacağı söylenebilir. Ancak pasif yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu, somut olaydaki özelliklere göre değerlendirilmelidir

Yönetim kurulu üyesinin katılmadığı bir toplantıda alınan kararlardan kural olarak sorumlu tutulmaması gerekir. Fakat yönetim kurulu üyesinin haklı bir mazereti olmaksızın yönetim kurulu toplantısına katılmaması ve bunu bir alışkanlık haline getirmesi özen yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurabilir. Yönetim kurulu üyesinin katılmadığı toplantıda alınan karar şirketi zarara uğratmışsa ve yönetim kurulu üyesinin yokluğu ile kararın alınması arasında uygun illiyet bağı varsa, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu söz konusu olabilir.

Yönetim kurulu üyesinin yeterli zamanının olmaması, hastalanması, yaşlanması gibi kişisel mazeretleri toplantıya katılmaması için haklı bir mazeret sayılamaz. Ancak geçerli bir mazereti nedeniyle yönetim kurulu toplantısına katılmayan ve imzası olmayan yönetim kurulu üyelerinin alınan kararlardan dolayı sorumluluğu bulunmamaktadır.

Ani veya geçici bir hastalığı nedeniyle yönetim kurulu toplantısına katılmama ise somut olayın diğer koşulları da değerlendirilerek haklı mazeret olarak kabul edilebilir. Ancak uzun süreli ve görevi yerine getirmeyi önemli derecede engelleyici hastalıklar durumunda artık yönetim kurulu üyesinin istifa etmesi beklenir. İstifa edilmemesi halinde ise, özen yükümlülüğünün ihlali söz konusu olabilir.

## **B. İCRADA GÖREVLİ OLMAYAN YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN SORUMLULUĞU**

Sermaye Piyasası mevzuatı gereğince icrada görevli olmayan yönetim kurulu olarak nitelendirilen yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kurumsal Yönetim Tebliği'nin 4.6.1 numaralı ilkesi şöyledir;

*“Yönetim kurulu, şirketin belirlenen ve kamuya açıklanan operasyonel ve finansal performans hedeflerine ulaşmasından sorumludur.*

*Şirketin kamuya açıklanan operasyonel ve finansal performans hedeflerine ulaşıp ulaşmadığına ilişkin değerlendirme ve ulaşamaması durumunda gerekçeleri yıllık faaliyet raporunda açıklanır. Yönetim kurulu, hem kurul hem üye hem de idari sorumluluğu bulunan yöneticiler bazında özeleştirisini ve performans değerlendirmesini yapar. Yönetim kurulu üyeleri*



*ve idari sorumluluğu bulunan yöneticiler bu değerlendirmeler dikkate alınarak ödüllendirilir veya azledilir.”*

Bu nedenle icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, niteliğine uygun düştüğü oranda Türk Ticaret Kanunu'nun yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin maddelerinin kıyasen uygulanması ile çözümlenmelidir. Bu üyelerin, şirketin işleyişinde aktif bir rolü olmadığı için işleyişten kaynaklı zararlara ilişkin sorumluluktan kurtulmaları mümkündür. Ancak icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerine yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız denetleme, aydınlatma ve önleme görevleri verilmiştir. Yine önemli işlemlerde olumsuz oy kullanarak kararın alınmasını önleyebilme yetkileri de vardır. Bu yetkilerin hiç veya gereği gibi kullanılmamasından kaynaklı sorumlulukları söz konusu olabilir.

Bir diğer ifade ile icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin; yetki devri yapmış veya karara katılmamış pasif üyeler gibi değil, daha çok Alman hukukunda yönetim kurulunun organizasyonunda benimsenen ikili yönetim sisteminde yer alan gözetim görevi üstlenen yönetim kurulu üyeleri (Aufsichtsrat) gibi sorumlu tutulmaları gerekir (AktG 111, 116). Gözetim görevi üstlenen üyeler, kanun gereği icra faaliyetinden uzak tutulan, esas görevleri icrada görevli yönetim kurulunu gözetim altında tutmak olan üyelerdir<sup>58</sup>. Bu üyeler, şirket menfaatini ön planda tutma ve bu doğrultuda hareket etme yükümlülüğü altındadırlar. İcracı olmayan yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğünün ve özen derecesinin tespitinde şirket menfaati doğrultusunda hareket esas alınmalıdır<sup>59</sup>. Bunun yanı sıra icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin komitelerde yer alma zorunluluğu ve komite kararlarının ve raporlarının yönetim kurulunu bilgilendirici ve yönlendirici işlevi de sorumluluğun belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. İcrada görevli olmayan üyenin sorumluluğunun belirlenmesinde sadece yönetim kurulundaki karara etkisi değil, aynı zamanda komitelerdeki işlevi ve katkısının birlikte değerlendirilmesi gerekir<sup>60</sup>.

### **C. BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN SORUMLULUĞU**

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile büyük benzerlik

---

<sup>58</sup> BİLGİLİ, s.122 vd; WILHELM, s. 418 vd.; SCHMİDT/MARCUS, (DRYGALA), §§ 95-116, s. 1085 vd.; ARARAT/EROĞLU, s.110 vd; AKSOY, s.54; DEMİREL, s.216.

<sup>59</sup> BİLGİLİ s. 123; PASLI, s. 328.

<sup>60</sup> BİLGİLİ s. 125.

göstermektedir. Bağımsız üyeler, şirketin işleyişinde, kararların icrasında yetkili değildirler. Bu nedenle sorumlulukları şirketin işleyişinden kaynaklı zararlarından değil, denetleme, gözetleme ve aydınlatma görevlerinin yerine getirilmesinden kaynaklanmaktadır<sup>61\*62</sup>.

Bununla birlikte, bağımsız yönetim kurulu üyelerine getirilen, olumsuz oy kullanarak kararın icrasını engelleme, kamuya açıklama yapılmasını sağlama ve başta denetleme komitesi olmak üzere diğer komitelerde başkan sıfatı başta olmak üzere görev alma yetkileri, bu işlemlerden kaynaklanan şirket zararlarında sorumluluklarının doğmasına yol açabilir. Bu nedenle bağımsız

<sup>61</sup> ÖZKORKUT, s. 196; BOSNALI/OKUTAN/BEKAR, s. 189.

<sup>62</sup> Yargıtay'ın aksi görüşteki kararı özetle şöyledir: “ *Dava, dava dışı şirketin yönetim kurulunda bağımsız yönetim kurulu üyesi olarak görev yapan davacının; bağımsız yönetim kurulu üyesinin icradan ve borçtan sorumluluğunun bulunmadığı, davacının temsil ve ilzam yetkisinin olmadığı, davacının ödemelerin yapılmadığından haberdar olmadığı için gecikme zammı ile sorumlu tutulamayacağı ve diğer hukuki nedenlere dayalı olarak Kuruma borcu bulunmadığının tespiti ile sekiz adet ödeme emrinin iptali istemine ilişkindir.*

*Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.*

*Davacının, 29.05.2012 tarihinden itibaren dava dışı şirketin genel kurullarında yönetim kurulunda bağımsız üye seçildiği ve Kurum alacaklarının 2012 yılının 8.ayı ile 2013 yılının 10.aylara ait olduğu anlaşılmaktadır. 5510 sayılı Kanun'un 99. maddesinin birinci fıkrasına göre; sosyal güvenlik hak ve yükümlülükleri ile ilgili yapılacak her türlü kanunî düzenlemeler bu Kanunda yapılır. 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinin yirminci fıkrasında yönetim kurulu üyesinin bağımsız olup olmaması yönünde herhangi bir ayırma gidilmemiş olup, Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise tüzel kişiliği haiz işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.*

*Türk Ticaret Kanunu'nun 360. maddesinde bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemelerin saklı tutulduğu belirtilmiş ise de maddede bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sosyal güvenlik hak ve yükümlülükleri ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.*

*5510 sayılı Kanun'un 99. ve 88. maddelerinde yapılan ve yukarıda açıklanan düzenlemelerde; bağımsız yönetim kurulu üyesinin sosyal güvenlik yükümlülüklerinden bağımsız olduğuna dair herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi Kanun ile getirilen yükümlülüğün de şirketlere yönelik tebliğ ve benzeri alt mevzuat ile kaldırılması mümkün değildir. O halde, bağımsız yönetim kurulu üyeleri de 5510 sayılı Kanun'un 88.maddesinin yirminci fıkrasına göre Kurumun sigorta primleri ve diğer alacaklarının haklı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmemesi halinde Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.*

*Yukarıda yer alan açıklamalar ışığında, bağımsız yönetim kurulu olan davacının Kurumun alacaklarından sorumlu olduğu kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 17.12.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.” (Bk. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 17.12.2015 tarihli, E. 2015/6522 K. 2015/22930 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim: 17.12.2020).*

yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulu kararlarında oy kullanmadan önce bilgi ve inceleme haklarını kullanmaları önemlidir. Yine kişisel ve mesleki özellikleri dikkate alınarak seçilen bağımsız üyelerin, göstermeleri gereken özen ölçütü de oldukça yüksektir.

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulunda tartışılan; özellikle önleme, aydınlatma yetkisinin olduğu konulardaki kararlara olumsuz oy vermeleri yahut ilgili işlemlere yönelik olarak muhalefet etmeleri halinde, gerekçelerini toplantı tutanağına geçirmeleri gerekmektedir. Bunun yanı sıra, komite üyesi olarak yer alan bağımsız üyenin, uzmanı olduğu konuda yönetim kurulunun yanlış bilgilendirilmesine sebebiyet vermesi halinde, özen yükümlülüğüne aykırılığı sebebiyle sorumluluğuna gidilmesi de mümkündür.

Kural olarak komiteler, ilgili alanlarda çalışma yapıp yönetim kuruluna tavsiyede bulunma işlevi üstlenirler. Komite üyelerinin icra edilebilir bir karar alma yetkisi bulunmadığı için, meydana gelen bir zarar nedeniyle komite üyesinin sorumluluğu doğmaz. Ancak, tüm üyelerinin bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşması zorunlu olan denetimden sorumlu komite, yönetim kurulunun en önemli komitelerinden de biridir. Bu komitenin sorumluluk alanı, muhasebe sistemi, finansal bilgilerinin kamuya açıklanması, bunun yanı sıra bağımsız denetim ve şirketin iç kontrol ve iç denetim sisteminin işleyişinin ve etkinliğinin gözetimidir. Bu komitenin yine şirketin işleyişi ve karlılığına katkısı bulunmaktadır. Tamamı bağımsız üyelerden oluşması zorunlu olan denetimden sorumlu komitedeki bağımsız üyelerin, şirketin bu nedenle uğradığı zarardan sorumlu tutulabileceği kabul edilebilir.

## SONUÇ

Anonim şirketi yönetme ve temsil yetkisi, yönetim kurulundadır. Yönetim kurulu üyeleri aldıkları kararlar ile şirketin işleyişine, geleceğine yön verirler. Yönetim kurulu üyeleri, kanunda aranan koşulları yerine getirmek suretiyle, yönetim ve temsil yetkilerini diğer yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere, kısmen veya tamamen devredebilirler (TTK m.367, 370).

Yönetim kurulunun yönetime ilişkin görev ve yetkilerini devredebilmesi için, şirket ana sözleşmesinde yönetim yetkisinin devrine izin veren bir hüküm bulunması gerekir (TTK m.367/1). Ana sözleşmedeki düzenlemenin yanı sıra, yönetim kurulunca hazırlanacak, şirketin yönetim şemasını, yönetim yetkisinin devir esaslarını içeren bir iç yönergenin de varlığı aranır. Bu koşulların varlığı halinde, yönetim kurulu yönetimin devri yönünde karar alabilir. Söz konusu

devrin sınırı, Kanun'nun 375. maddesinde düzenlenen yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkililerdir.

Temsil yetkisinin devri için ise, ana sözleşmede bu yönde açık bir hüküm olması ve iç yönerge gereklidir. Bu koşulların sağlanması halinde, tüm temsil yetkisinin tek bir yönetim kurulu üyesine bırakılmasına izin verilmiştir. Temsil yetkisi devredilen kişinin yönetim kurulu üyesi olmaması halinde ise, bunun yanında en az bir yönetim kurulu üyesinin atanması gereklidir (TTK m.370/2).

Yetki devri yapan yönetim kurulu üyelerinin şirketin uğradığı yönetsel zararlardan kaynaklı sorumluluktan kurtulabilmeleri için, devrin kanuna ve şirket ana sözleşmesine uygun olarak yapılmış olması gerekir. Yine yetki devri yapılacak kişinin seçiminde gerekli özen ve dikkatin gösterilmiş olması gerekir. Bu koşullara uygun yapılan bir yetki devri varsa, pasif yönetim kurulu üyeleri, devir kapsamındaki işlemlerden kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulamazlar.

Yönetim kurulu üyelerinin, şirket yönetiminde etkili olmamalarının, pasif bir rol üstlenmelerinin diğer bir yolu da, hak ve yetkilerini kullanmaktan kaçınmalarıdır. Herhangi bir yönetim veya temsil devri olmaksızın, şirketin işleyişine katkıda bulunmayan, ticari karar alma süreçlerine dahil olmayan, yönetim kurulu toplantılarına katılmayan üyeler, fiilen pasif yönetim kurulu üyesine dönüşebilirler.

Yetki devri olmaksızın, sorumluluk doğurucu kararın alınma sürecinde etkisi olmayan ve bu kararın icrasına katılmayan yönetim kurulu üyelerin de, söz konusu karar nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmayacağı söylenebilir. Ancak bu genel bir kural değildir. Fiili davranışlarıyla pasif bir rol alan yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunda somut olayın özelliklerine göre sonuca varılmalıdır. Yönetim kurulu üyesi ani bir hastalık hali gibi haklı bir nedenle karar alma sürecine katılmadığıyla bu karar nedeniyle sorumlu tutulamaz. Fakat yönetim kurulu üyesinin haklı bir mazereti olmaksızın sürekli olarak yönetim kurulu toplantılarına katılmaması özen yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurabilir. Yönetim kurulu üyesinin katılmadığı toplantıda alınan karar şirketi zarara uğratmışsa ve yönetim kurulu üyesinin yokluğu ile kararın alınması arasında uygun illiyet bağı varsa, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu doğabilir.

Sermaye Piyasası mevzuatında icracı olmayan yönetim kurulu üyesi olarak adlandırılan yönetim kurulu üyesi ile yetki devri veya fiilen yönetim yetkisini kullanmayan pasif yönetim kurulu üyeleri aynı anlama gelmemektedir.

Sermaye Piyasası mevzuatında icracı olmayan yönetim kurulu üyelerinin şirketin işleyişine aktif olarak katılmamaları yasal düzenleme gereğidir. Bu üyeler şirketin olağan ticari kararların alınmasında etkili olmasalarda, yönetim kurulunda karar alma süreçlerinde ve komitelerdeki varlıkları ile şirket içinde oldukça etkilidirler. İcracı olmayan yönetim kurulu üyelerinin, şirket yönetiminden uzak olmaları, şirket ile menfaat çatışması yaşamalarını önleyerek, alınacak kararlarda şirket menfaatini ve dolayısıyla şirket pay sahipleri ve azınlık haklarını koruyucu etki göstermektedir.

İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri bu özellikleri gereğince, yetki devri yapmış veya karara katılmamış pasif üyeler gibi değil, icracı yönetim kurulu üyeleri üzerinde gözetim görevi üstlenen yönetim kurulu üyeleri gibi sorumlu tutulmaktadırlar.

İcracı olmayan yönetim kurulu üyelerinin komitelerde yer alma zorunluluğu, komite kararlarının ve raporlarının yönetim kurulunu bilgilendirici ve yönlendirici işlevi de bu üyelerin sorumluluklarında dikkate alınmalıdır. İcrada görevli olmayan üyelerin sorumluluğunun tespitinde, sadece yönetim kurulunda alınan karara etkileri değil, aynı zamanda komitelerdeki işlevleri ve katkıları da değerlendirilmelidir.

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile büyük benzerlik göstermektedir. Bağımsız üyeler, şirketin işleyişinde, kararların icrasında yetkili değildirler. Bu nedenle sorumlulukları şirketin işleyişinden kaynaklı zararlarından değil, denetleme, gözetleme ve aydınlatma görevlerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin olumsuz oy kullanarak bazı kararların icrasını engelleme yetkilerinin bulunduğu unutulmamalıdır. Yine bağımsız yönetim kurulu üyelerine bazı konularda kamuya açıklama yapılmasını sağlama yetkisi verilmiştir. Şirketin mali yapısı üzerinde son derece etkili olan denetleme komitesi başta olmak üzere, bağımsız üyelerin diğer komitelerde görev alma yetkileri, bu işlemlerden kaynaklanan şirket zararlarında sorumluluklarının doğmasına yol açabilir.

Kişisel ve mesleki özellikleri dikkate alınarak seçilen bağımsız üyelerin, görevlerini yerine getirirken göstermeleri gereken özen ölçütü oldukça yüksektir. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulu kararlarında oy kullanmadan önce bilgi ve inceleme haklarını kullanmaları önemlidir. Bu üyelerin sorumluluktan kurtulabilmeleri için, yönetim kurulunda tartışılan;

özellikle önleme, aydınlatma yetkisinin olduğu konulardaki kararlara olumsuz oy vermeleri yahut ilgili işlemlere yönelik olarak muhalefet etmeleri halinde, gerekçelerini toplantı tutanağına geçirmeleri gerekmektedir.

Komite üyesi olarak yer alan bağımsız üyenin, uzmanı olduğu konuda yönetim kurulunun yanlış bilgilendirilmesine sebebiyet vermesi halinde, özen yükümlülüğüne aykırılığı sebebiyle sorumluluğuna gidilmesi mümkündür. Özellikle tüm üyelerinin bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşması zorunluluğu olan denetim komitesindeki görevlerinden kaynaklı şirketin uğradığı zararlarda, bağımsız üyelerin sorumluluklarının doğması söz konusu olabilir.

#### KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, Necla: **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016. (AKDAĞ GÜNEY, 2016)
- AKDAĞ GÜNEY, Necla: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. (AKDAĞ GÜNEY, 2010)
- AKSOY, Mehmet Ali: “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S.1-2, Ankara 2013, s.45-76.
- ALTAŞ, Soner: **Şirketler Hukukuna İlişkin Yüksek Yargı Kararları**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ALTAY, Sıtkı Anlam: **Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- ARARAT, Melsa/EROĞLU, Muzaffer: “Yönetişim (Kurumsal Yönetim) Kalitesi Açısından İcra ve Kontrol İşlevinin Ayrılığı”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S.1, İstanbul, 2017, s. 105-122.

- AYAN, Özge: “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yönetimle Görevli Üçüncü Kişilerin Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011/1-2, s. 63-89. (AYAN, 2011)
- AYAN, Özge: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013. (AYAN, 2013)
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- BAHTİYAR, Mehmet: “Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu”, **Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Bankacılık Enstitü Yayınları**, Ankara, 2016, s. 405-413. (BAHTİYAR, 2016)
- BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017. (BAHTİYAR, 2017)
- BİLGİLİ, Fatih: **Alman Hukukunda Anonim Ortakların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- BOSNALI, Özge/OKUTAN, Naz Çağıl/BEKAR, Elif: “Türk Hukukunda Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği”, **GSI**, 2016, s.177-194.
- BOZKURT, Tamer: **Şirketler Hukuku**, 11. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2020.
- BÜRGEN, Tobias/KÖRBES, Torsten: **Aktiengesetz**, 2. Auflage, C. F. Müller, Heiderberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2011.
- DEMİR, H. Erdal: **Sermaye Piyasası Kurulu’nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- DEMİREL, Duygu: “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 7 (2), Ankara 2017, s.211-250.
- DOĞAN, Beşir Fatih: **Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- EROĞLU, Muzaffer: “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurallarında Üye

Çeşitliliğinin Sağlanması İçin Belirli Nitelikte Üye Atanmasına İlişkin Zorunlu Kurallar”, **YÜHFD, Prof. Dr. Yaşar Gürbüz’e Armağan**, C. XI, S. 2, İstanbul, 2016, s. 575-631.

FORSTMOSER, Peter: **Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit**, 2. Auflage, Schullthess Verlag, Zürich, 1987.

HELVACI, Mehmet: “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanununun 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamı”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C. I, İstanbul, 2001, s. 219-232. (HELVACI, 2001)

HELVACI, Mehmet: **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. (HELVACI, 2010)

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WATTER, Rolf: Basler Kommentar, **Obligationenrecht II**, 4. Auflage, Heilbing Lichtenbahn Verlag, Basel, 2012.

KARAEĞE, Özge: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyelğine Seçilme Koşulları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, 2012, S. 3, s. 67-94.

KENDİGELEN, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

KIRCA, İsmail/ ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan/MANAVGAT, Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku**, C. I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.

KIRCA, İsmail: “TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme: AB’ye Üyelik Yolunda Geri Adım”, **Batider**, C. XXX, S. 3, s. 23-37.

KİSSLİNG, Mischa: **Der Mehrfachverwaltungsrat**, Zürich-Basel-Genf, 2006.

KOÇ, Himmet: “Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Benzer Hukuki Kurumlarla Olan İlişkisi”, **Medeniyet ve Toplum Dergisi**, 2017, C.1, S.2, s163-186.



- KORKUT, Ömer: **Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, M. Aslı: **Kurumsal Yönetim İlkeleri Bakımından Halka Açık Anonim Şirketlerde İcrada Görevli Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- MANAVGAT, Çağlar: “Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve Sahip Olması Gereken Nitelikler”, **Batider**, 2014, C. 30, S. 1, s. 35-75. (MANAVGAT, 2014)
- MANAVGAT, Çağlar: “Halka Açık Anonim Ortaklık Yöneticilerine Özgü Yükümler”, **TFM** 2016/2, s. 43-52. (MANAVGAT, 2016)
- MANAVGAT, Çağlar: “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurulunda Yetki Devri Zorunlu mudur?”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.14, S.151, Mart 2019, s. 31-37. (MANAVGAT, 2019)
- MEIER- HAYOZ, Artur/FORSTMOSER, Peter: **Schweizerisches Gesellschaftsrecht**, 10. Auflage, Bern, 2007.
- MEIER-WEHRLI, Jörg: **die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. Einer Bank gemäss Art 754 ff. OR/ 41 ff BkG.**, Zürich, 1968.
- ODMAN BOZTOSUN, N. Ayşe: **Hukuksal Açidan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- ÖZDAMAR, Mehmet: “6552 Sayılı Kanun İle TTK’da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketin Temsili”, **GÜFD**, C. XVIII, No. 3-4, 2014, s. 137-163.
- ÖZER, Işık: **Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- ÖZKORKUT, Korkut: **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007.
- PASLI, Ali: **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku** 1, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

- PULAŞLI, Hasan: **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi**, C. I, 2. Baskı, Ankara, 2014. (PULAŞLI, 2014)
- PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 6. Baskı, Ankara, 2020. (PULAŞLI, 2020)
- SCHMİDT, Karsten/LUTTER, Marcus: **Aktiengesetz Kommentar**, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2008.
- SCHUCANY, Emil: “Verantwortlichkeit wegen Absenz und Stimmenthaltung im Verwaltungsrat“, **SJZ**, 1964, s. 229-230.
- SOMMER, Christa Alexandra: **Die Treupflicht des Verwaltungsrats gemäss Art 717 Abs 1 OR**, Zürich, 2010.
- TEKİNALP, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Vedat Kitapçılık, B. 4, İstanbul, 2015.
- ÜNAL, Ahmet: **Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO’nun Hukuki Konumu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- USLUER GÜRBÜZ, Aslı E. : “İcra kurulu”, **TBB Dergisi**, 2019, S. 142, s. 257-381.
- VON DER CRONE, Hans Casper: **Aktienrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2014.
- WILHELM, Jan: **Kapitalgesellschaftsrecht**, 3. Auflage, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags- GmbH, Berlin, 2008.
- YANLI, Veliye/OKUTAN NILSSON, Gül, “Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini”, **Batider**, C. XXX, S. 4, 2014, s. 5-42.
- YANLI, Veliye: “Anonim Şirketlerin Vergi Borçlarından Kanuni Temsilcilerinin Sorumluluğuna İlişkin Bazı Hususlar” **Batider**, 2013, C. XXIX, S. 4, s. 75-84.

## BRİÇ KART OYUNU BİR SPOR DALI MIDIR? AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

**“O kadar harika bir oyun ki, briç oynayan üç kişi ile bir hücrede  
hapis yatabilirim.” Warren BUFFET**

**Tolga CANDAN\***

### ÖZ

Dünya’da ve Türkiye’de çok sevilerek oynanan “briç” kart oyununun spor olma niteliği, ilginç bir biçimde önkarar davası yoluyla Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (ABAD) önüne getirilmiştir. Söz konusu uyuşmazlık, Avrupa Birliği’nin Katma Değer Vergisi (KDV) Ortak Sistemine dair 2006/112/AT sayılı Konsey Yönergesinin 132. maddesi 1. fıkrası (m) bendinde yer alan vergi muafiyeti istisnasının yorumlanması hakkındadır. Dava konusu olayda, İngiliz Briç Birliği’nin (EBU) düzenlediği turnuvalara katılım ücretleri için talep ettiği vergi muafiyeti başvurusu, Birleşik Krallık Gelir ve Gümrük İdaresi (Gİ) tarafından reddedilmiştir. Bu karar aleyhine açılan idari ve sonrasındaki temyiz sürecindeki yetkili ulusal Yüksek Mahkeme, davacı bekletici sorun yaparak, ilgili yönerge hükmünün yorumlanması talebiyle davayı önkarar yoluyla ABAD’a göndermiştir. ABAD tarafından bakılan bu dava; satranç, briç veya go gibi fiziksel aktiviteden daha çok zihinsel faaliyet ağırlıklı oyunların, spor olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalarının, AB hukuku alanına bir yansımaları olarak da görülebilir. ABAD, anılan davada, yeteri ölçüde fiziksel aktivite içermediği temel gerekçesine dayanarak, briç kart oyununun, ilgili yönerge hükmü kapsamında spor olarak yorumlanamayacağı şeklinde karar vermiştir. Bu çalışmada, öncelikle genel anlamıyla spor kavramı ele alındıktan sonra, AB’nin spor politikası ve spor alanındaki yetkisinin tarihsel gelişimi ışığında, ABAD’ın C-90/16 sayılı Briç Kart Oyunu Kararı incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Spor Kavramı, Avrupa Birliğinde Spor, Katma Değer Vergisi Muafiyeti, Briç Kart Oyunu, Fiziksel Aktivite.

\* Doç. Dr., Türk-Alman Üniv. Hukuk Fak. İSTANBUL e-posta: candan@tau.edu.tr

ORCID ID: 0000-0003-0666-3027

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.870952

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 12/08/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 18/12/2020

**IS BRIDGE THE CARD GAME A SPORTS BRANCH? AN EVALUATION  
FROM THE VIEWPOINT OF EUROPEAN UNION LAW**

**ABSTRACT**

“Bridge”, the card game, which is played with pleasure in Turkey and around the world, has been brought before the European Court of Justice (ECJ), which is the highest judiciary organ of the EU, via an interesting preliminary ruling. The relevant dispute is about the interpretation of the tax exemption clause which is present in the article 132, paragraph 1, and point (m) of the Council Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax of the EU. English Bridge Association, which wanted to benefit from this exemption for the participation fees of the bridge tournament, had applied to the Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs (Tax Authority). After the rejection of the application, the Association filed a lawsuit. The court of first instance made this a prejudicial question and addressed two problems to the ECJ. The court decided that bridge the card game does not fit in the concept of “sport” in the sense of the applicable law, since it does not involve sufficient amount of physical activity. In this study, the evaluation of the bridge the card game, within the concept of sport, from the viewpoint of the EU Law will be examined based on the Decision No. C-90/16 of ECJ.

**Keywords:** Concept of Sport, Sport in European Union, Value Added Tax Exemption, Bridge the Card Game, Physical Activity.

**Giriş**

İlk defa 2019 yılının Aralık ayında Çin’in Wuhan şehrinde ortaya çıkan ve daha sonra hızla yayılarak tüm Dünyayı etkisi altına alan Koronavirüs (COVID-19) salgını, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından 11.03.2020 tarihinde Küresel Pandemi olarak nitelendirilmiştir<sup>1</sup>. Çok kısa sürede dünya çapında yayılan bu salgın, diğer tüm faaliyetler gibi spor dünyasını da olumsuz etkilemiş, alınan tedbirler nedeniyle birçok ulusal ve uluslararası spor organizasyonu ertelenmek durumunda kalmıştır<sup>2</sup>. Ertelenen bu organizasyonlar arasında, spor denilince ilk aklımıza gelen ve bu yıl Japonya’nın Tokyo

<sup>1</sup> <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>> Erişim Tarihi 23 Nisan 2020.

<sup>2</sup> Örneğin, UEFA tarafından EURO 2020 Avrupa Futbol Şampiyonası 1 sene ertelenmiştir. Profesyonel Tenisçiler Birliği (ATP), tüm tenis organizasyonlarının koronavirüs salgını nedeniyle 6 haftalığına dondurulduğunu açıklamıştır. Amerikan Basketbol Ligi (NBA), basketbolculardan birinde yeni tip koronavirüs tespit edilmesinin ardından tüm maçlarını süresiz olarak askıya alınmıştır.

şehrinde yapılması planlanan 2020 Olimpiyat Oyunları da bulunmaktadır<sup>3</sup>. Salgın nedeniyle Dünya çapında ortaya spor müsabakalarının ertelenmesi ve hatta iptal edilmesi gibi sıra dışı durumlar karşısında, sporun gündelik hayatımızda ne kadar önemli bir yer teşkil ettiği daha fazla anlaşmıştır.

Öte yandan, kendine özgü kuralları ve özerk spor federasyonları tarafından yönetilen kurumsal mekanizmaları olan spor faaliyetlerinin, toplumun büyük çoğunluğu tarafından yeteri ölçüde bilinmediği; ilgi çekici bir alan olan spor hukukunun ülkemizdeki hukuk eğitimi içinde sınırlı biçimde öğretildiği; uygulamada giderek artan biçimde ceza hukuku, rekabet hukuku, idare hukuku gibi farklı hukuk alanlarıyla kesişen spor uyuşmazlıklarının halen birçok hukukçu açısından yabancı bir alan olarak algılandığı, bu alandaki akademik çalışmaların beklenildiği ölçüde ilgi toplamadığı gözlemlenmektedir<sup>4</sup>. Yine, başta futbol, basketbol, tenis ve yüzme gibi daha geleneksel ve büyük kitlelere hitap eden dalların “spor” kavramı içinde yer aldığı tartışmasız herkesçe kabul edilirken; satranç, briç, go gibi zihin sporlarının durumu hala tartışmalıdır. Öte yandan, teknolojik gelişmeler ve internet kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte, kişisel bilgisayarlar, tabletler ya da akıllı telefonları aracılığıyla ortaya çıkararak yaygınlaşan, yeni dönemin trendi olan E-Spor gibi faaliyetleri de kapsayacak genişlikte yeknesak bir spor tanımının yapılamaması, spor faaliyetlerinin hukuki olarak düzenlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu durumun ulusal, uluslararası ve hatta AB düzeyinde mevcut spor düzenlemelerinin yorumlanması ve uygulanmasında yeni tartışmalara sebebiyet verdiği görülmektedir. Bu nedenle spor kavramının tanımı ve kapsamının belirlenmesine ilişkin tartışmalar, akademik olarak da önem taşımaktadır.

Bu tartışmalara katkı amacıyla, “spor” kavramının yorumlanmasına ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı’na (ABAD) yapılan bir önkarar başvurusunun değerlendirilmesi hazırlanan bu çalışmanın ana konusunu

---

<sup>3</sup> 2020 Tokyo Olimpiyat Oyunları 2021 yaz dönemine ertelenmiştir. Bkz. <<https://www.olympic.org/news/joint-statement-from-the-international-olympic-committee-and-the-tokyo-2020-organising-committee>> Erişim Tarihi 30 Mart 2020.

<sup>4</sup> Türkiye, bugüne kadar İstanbul şehri ile yaz olimpiyat oyunlarına ev sahipliği yapmak için beş kere aday olup hiç kazanamamıştır. Türkiye’nin yaz olimpiyat oyunlarına ev sahipliği yapamamasının nedenleri arasında spordaki başarısızlık, sporun topluma yayılmaması, doping, siyasi ortam, yanlış şehir seçimi, tesis ve altyapı eksikliği, ülkedeki ekonomik durum ve ülkenin tanıtım eksikliği gibi nedenler sayılmaktadır. Bu konuyla ilgili daha geniş bilgi için bkz. Sait Tarakçıoğlu/Safter Elmas, “Türkiye’ nin Olimpiyat Adaylıkları Üzerine Nitel Bir Araştırma”, 2019, 4(3), Gaziantep Üniversitesi Spor Bilimleri Dergisi, s. 304- 318.

oluşturmaktadır<sup>5</sup>. Bu önkarar başvurusu, Avrupa Birliği Konseyi'nin Ortak Katma Değer Vergisi Sistemine ilişkin 28 Kasım 2006 tarih ve 2006/112 sayılı AB Yönergesi'nin, 132. maddesi 1. fıkrası (m) bendinde düzenlenen KDV muafiyeti istisnası tanınan hükmünün yorumlanmasına ilişkin yapılmıştır<sup>6</sup>.

Bahsi geçen önkarar davasında ABAD, önemli ölçüde fiziksel aktivite içermeyen, ancak; mantık, hafıza ve muhakeme gibi beceri ve nitelikler gerektiren briç kart oyunu gibi zihinsel yönü ağır basan faaliyetlerin ilgili ikincil mevzuat kapsamında spor olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini yorumlamıştır. AB düzeyinde belirlenmiş ortak bir spor tanımının bulunmaması, Yönergenin tüm üye devletlerde farklı biçimde uygulanması riskine yol açmaktadır. Bu nedenle, İngiliz Briç Birliği (EBU) tarafından turnuva katılım ücretlerine ilişkin yaptığı KDV muafiyet talebinin, Birleşik Krallık Gelir ve Gümrük İdaresi (Gİ) tarafından reddedilmesi üzerine açtığı davada ulusal mahkemenin önkarar başvurusunda bulunması, AB hukukunun birliği açısından da önem taşımaktadır. Spor alanının kendine özgü yapısı ve özellikleri nedeniyle söz konusu kararın incelemesine geçmeden önce, genel olarak spor kavramının tanımına ilişkin genel bilgiler verilecek, konuyla ilgisi olduğu ölçüde AB'nin spor politikası ve bu alandaki yetkisine değinilecektir.

## I. Geniş Anlamıyla Spor Kavramı

### A. Spor Kavramının Tanımı

Spor kavramı, spor bilimcilerce henüz yaygın olarak kabul gören bir şekilde tanımlanmamıştır<sup>7</sup>. Doktrinde, çok farklı dallara sahip olması nedeniyle sporun tüm bu dalları kapsayan genel geçer bir tanımının yapılmasının mümkün olmadığı görüşü ileri sürülmektedir<sup>8</sup>. *Fişek*, sporun

<sup>5</sup> AB hukukunda yorum davası olarak da adlandırılan önkarar başvurusu usulü ve AB yargı düzeninin içindeki yeri hakkında daha geniş bilgi için bkz. Tolga Candan, "AB Yargı Düzeninde Önkarar Davası ve Önemi", in Bilgin Tiryakioğlu/ Gülin Güngör (Ed.), Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Yetkin Yayınevi, Şubat 2012, s. 271-288.

<sup>6</sup> Kararın tam metni için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0090>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2020.

<sup>7</sup> Felix Holzhäuser/Tim Bagger/Maximilian Schenk, "Ist E-Sport "echter" Sport?", 2016, 3, SpuRt- Zeitschrift für Sport und Recht, s. 94; kapsamlı bir spor tanımı önerisi için bkz. Claus Tiedemann, "Sport"- a suggested definition, <<http://www.sport-geschichte.de/tiedemann/documents/DefinitionSportEnglish.pdf>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2020.

<sup>8</sup> Simon Gardiner/John O'Leary/Roger Welch/ Simon Boyes/Urvasi Naidoo, Sports Law, 3. Aufl., Routledge London, 2006, s. 14 vd.; Merle Carina Heicapell, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des erwachsenen Sportlers, 1.Aufl., Göttingen, 2016. s. 5; Bernard Pfister/Udo Steiner, Sportrecht von A-Z, Dtv München, 1995. s. 185; Frank Holzke, Der Begriff

kökeni ve bundan kaynaklı sözlük anlamı dışında genel kabul gören bir tanımı olmadığını belirterek, yapılan tanımları beş ana kümede toplamıştır. Bu konuyla ilgili olarak Alman Spor Federasyonu'nun Bilimsel Danışma Kurulu'nun konuya hangi açıdan bakıldığına göre spor tanımının değişeceğine ilişkin görüşü dikkat çekmektedir<sup>9</sup>. Zira “spor” kavramının, spor bilimcilere, spor organizatörlerine, amatör veya profesyonel sporculara veya hukukçulara göre ifade ettiklerinin aynı olmadığı aşikârdır. Yine Federal Almanya'da yapılan kamuoyu araştırmasına katılanların, “spor denildiğinde ne anladıklarına” ilişkin verdikleri yanıtlara göre hazırlanan çalışmada toplamda 2600 farklı aktivite isminin sayıldığı görülmüştür<sup>10</sup>.

Bununla birlikte akademik olarak yapılan çalışmalarda kullanılan tanımlarda bazı ortak unsurlara da yer verildiği değerlendirilmektedir. Bu ortak unsurlar bir araya getirildiğinde, bir aktivitenin spor tanımı içinde değerlendirilmesi için; insanın, bireysel veya başka insanlarla karşılıklı olarak bedeni ve/veya zihni gücünü ve yeteneklerini kullanarak geliştirmesi gerektiği söylenebilecektir<sup>11</sup>. Öte yandan sosyal bilimler açısından bakıldığında ise sporun amacından yola çıkılarak bazı tanımlar yapıldığı görülmektedir. Bu tanımlara örnek olarak; sporu insan doğasında bulunan saldırganlık içgüdüsünün, barışçıl ve sağlıklı bir şekilde dışarı yansıtılmasını sağlayan bir emniyet supabı olarak tanımlanması gösterilebilir<sup>12</sup>.

## 1. Tarihsel Açıdan Spor Tanımı

İngilizce “*disport*” kelimesinden gelen spor kavramı, 11. Yüzyılda

---

des Sports im deutschen und europäischen Recht, 2001, s. 81, <<https://kups.ub.uni-koeln.de/989/1/11v4164.pdf>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2020; Kemal Filiz, “Sporun Tanımlanması ve Kapsamının Belirlenmesi Üzerine Bir Çalışma”, 2002, 22 (2), Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, s. 204; Wissenschaftlicher Parlamentsdienst, Gutachten über Voraussetzungen und Auswirkungen der Anerkennung von eSport als Sportart, Berlin 2016, s. 10, <[https://www.parlament-berlin.de/C1257B55002B290D/vwContentByKey/W2AUPK7B239WEBSDE/\\$File/2016-03-18\\_eSport\\_1.pdf](https://www.parlament-berlin.de/C1257B55002B290D/vwContentByKey/W2AUPK7B239WEBSDE/$File/2016-03-18_eSport_1.pdf)> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2020 ; Peter W. Heermann/Stephan Götze, Zivilrechtliche Haftung im Sport, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2002, s. 19; Kurthan Fişek, Devlet Politikası ve Toplumsal Yapıyla İlişkileri Açısından Spor Yönetimi: Dünya’da ve Türkiye’de, YGS Yay., 2003, s. 55-57.

<sup>9</sup> Wissenschaftlicher Beirat des DSB, “zur Definition des Sports”, Sportwissenschaft, Schorndorf, 10, 1980, 4, s. 437 - 439.

<sup>10</sup> Julius Stone, Lehrbuch der Rechtssoziologie 1, Rombach, 1976, s. 132.

<sup>11</sup> Nejdet Durak, “Gelenek ve Modernite Etkileşimi Bağlamında Spor Etiği”, 2011, 2(27), Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 44.

<sup>12</sup> Konrad Lorenz, On Aggression, Routledge, 2002, s. 271-272.

Normanların İngiltere’yi fethetmesiyle birlikte Fransızca “*se deporter*” kelimesinden türetilmiştir<sup>13</sup>. Etimolojik olarak incelendiğinde “spor” sözcüğü, Latince *deportare* fiilinden türemiş olup, kelime olarak “alıp götürmek” anlamına gelmektedir. Ancak aktarılan anlamı, eğlenmek, oynamak veya oyalanmaktır<sup>14</sup>.

Spor kavramının, tarihsel açıdan toplumların içinde bulunduğu dönemsel koşullara göre değişen ve şekillenen bir kavram olduğu dikkat çekmektedir<sup>15</sup>. Ancak en eski ve temel anlamıyla spor, kişinin bedensel bir faaliyette bulunması anlamına gelmektedir<sup>16</sup>. Bununla birlikte kavram olarak “spor” sözcüğünün kullanılması aslında oldukça yenidir<sup>17</sup>. Zira kişinin, herhangi belli bir amaca hizmet etmeksizin bedensel faaliyette bulunması, farklı dönemlerde ve yerlerde farklı isimlerle ifade edilmiştir. İnsanların toplum içinde yaşamaya başlamaları, sosyal bir varlık olmasından kaynaklı olarak geliştirdikleri

<sup>13</sup> Peter Röthig/ Robert Prohl, Sportwissenschaftliches Lexikon, Schorndorf 2003, s. 421, Carl Diem, Wesen und Lehre des Sports und der Leibeserziehung, 5. Aufl., Dublin – Zürich, 1969, s. 9.

<sup>14</sup> Röthig/Prohl, s. 493-495; Martin Kaiser, Sportrecht – Berücksichtigung der Interessen des Sports in der Rechtsordnung, Bern 2011, s. 3; Fişek, s. 55; Harper Online Etymological Dictionary, <<http://www.etymonline.com/index.php?search=sport&searchmode=none>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020.

<sup>15</sup> Spor kavramının anlamı, ilk Olimpiyat Oyunlarının yapıldığı Antik Çağlardan beri önemli değişikliğe uğramıştır. 14. Yüzyılda İngilizce ’de spor eğlence anlamına gelmektedir. Ancak sonraki dönemlerde, vücudun belli kurallar çerçevesinde egzersiz yapmasıyla birlikte fiziksel aktivite ile ilişkilendirilmiştir. Ancak bu tanım günümüzde bile evrensel olarak kabul edilmiş yaygın bir tanım değildir. Bkz. Fişek, s. 35 vd.

<sup>16</sup> Referans sözlüklerindeki tanımlarda belirgin biçimde fiziksel unsura ağırlık verilmektedir. Oxford Advanced Learner’s Sözlüğünde spor “Genellikle özel bir alanda, belirli bir kurallar çerçevesinde, fiziksel çaba veya beceri gerektiren keyif yapılan aktivite” olarak tanımlanmaktadır. <[http://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/sport\\_1?q=sport](http://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/sport_1?q=sport)> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020; Cambridge Sözlüğüne göre ise, “zevk ve/veya meslek olarak belirli kurallara göre oynanan veya yapılan fiziksel çaba ve beceri gerektiren oyun, yarışma veya etkinlik” şeklinde tanımlanmıştır. <<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/sport>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020; Fransız Larousse sözlüğünde, “Bir kişinin fiziksel kondisyonunu geliştirmeye yönelik fiziksel aktivite” denilmektedir. <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/sport/74327?q=sport#73493> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020; Alman Duden sözlüğünde de “belirli kurallar çerçevesinde rekabetçi biçimde ek eğlence amacıyla fiziksel egzersiz uygulanarak yapılan eğlence amaçlı fiziksel aktivite” olarak tanımlanmıştır. <http://www.duden.de/rechtschreibung/Sport> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020.

<sup>17</sup> Michael Krüger, “Sport – Begriff und Geschichte (Historische und internationale Sportbegriffe)”, in Arne Güllich/Michael Krüger (Ed.), Grundlagen von Sport und Sportwissenschaft: Handbuchs Sport und Sportwissenschaft, Springer Verlag, 2020, s. 2; Kaiser, s. 3.



karmaşık sosyal, ekonomik ve politik ilişkiler, zaman içerisinde bedensel aktivitelerin bazı kurallara bağlı ve belli bir disiplin içerisinde yapılmasına neden olmuştur. Bu bağlamda spor, sadece bireyin bedensel olarak hareket etmesinin ötesine geçmiş, rekabet unsurunu da içeren, başka insanlarla etkileşim içerisinde, bütünleştirici özelliğiyle sosyal bir ortamın oluşmasına imkan sağlayan, bir kültürel fenomen haline dönüşmüştür<sup>18</sup>.

## 2. Güncel Açıda Spor Tanımı

Modern anlamda spor, 20. yüzyılın başından bu yana yakın tarihli bir kültürel gelişmenin sonucu olarak, başarı ve rekabet içeren, ayrıca (Olimpik düzeyde) üst ve yüksek performans sergilenen fiziki aktiviteleri ifade etmektedir. *Krüger* bu dönüşümü, hem Batı Dünyasında yer alan ulus devletlerde ortaya çıkan sanayileşme süreci, hizmet sektörünün gelişmesi ve medya şirketleriyle bağlantılı olarak ilişkilendirilmiş, hem de yüksek performans gösteren en iyi sporcuların kariyerleriyle ilgili açıklamaya çalışmıştır<sup>19</sup>.

Modern spor kavramı; avcılık, ok atma, binicilik, hayvanların görünüşte eğlence amaçlı öldürülmesi gibi kimi aktiviteler yerine, farklı eyalet, bölge veya uluslardan sporcular ile bu amaçla kurulan takımlar arasında, oldukça zahmetli ve azımsanamayacak zor engellerin üstesinden gelmek üzerine kurulu rekabetçi yarışmalar düzenlenmesi biçiminde dönüşmeye başladığı görülmüştür<sup>20</sup>.

## B. Spor Tür ve Biçimleri

### 1. Dar Anlamıyla Spor/ Geniş Anlamıyla Spor

Sporun çok farklı biçimlerde tanımlanması, spor türlerinin sınıflandırılmasını da güçleştirmektedir. Bu nedenle spor bilimciler, bu sınıflandırmayı kolaylaştırmak amacıyla öncelikle sporun dar ve geniş anlamlarını göz önünde bulundurulmasının gerekli olduğunu ifade etmişlerdir. Bu amaçla dar anlamda spor denildiğinde, fiziki ve zihinsel sporun fizik ve/veya zihinsel her türlü yapılış ve görünüş biçimini kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir<sup>21</sup>. Bu tanıma göre kişinin aktif olarak

---

<sup>18</sup> Uğur Özer/Tekin Çolakoğlu, “Çağdaş Spor Bilincinin Oluşmasına İlişkin Spor Yöneticilerinin Görüşleri”, 2017, 1(2), Ulusal Spor Bilimleri Dergisi, s. 2.

<sup>19</sup> Krüger, s. 5.

<sup>20</sup> Çağdaş anlamda spora dair kriterler için bkz. Şeref Ertaş/Hasan Petek, Spor Hukuku, 2. Bası, 2011, s. 30.

<sup>21</sup> Karin Gerum, Die gesellschaftliche Bedeutung des Sports von der Antike bis zur Gegenwart,

ciddi bir fiziksel veya zihinsel performans gösterdiği durumlarda, dar anlamıyla sporun varlığı kabul edilmektedir.

Bu karşın geniş anlamıyla spor kavramı içine, kişinin doğrudan ciddi bir fiziksel veya zihinsel performans gösterme zorunluluğu olmadan, sırf eğlenmek veya zaman geçirmek için yaptığı her türlü aktivite girmektedir<sup>22</sup>. Bu geniş tanımlama beraberinde “pasif spor” kavramının da geliştirilmesine yol açmıştır. “Pasif spor” ile ifade edilmek istenen, kişinin spor etkinliklerini tüketmesidir. Bu durumda amatör balık avı, spor bahisleri, şans oyunları da spor olarak değerlendirilebilecektir.

## 2. Beden Sporları/ Zihin Sporları

Öte yandan spor kavramı tanımlanırken en önemli belirleyici unsurun bedensel aktivite olduğu kabul edilmektedir. Bu açıdan ele alındığında bilardo, motor sporları ve binicilik gibi fiziksel güç ve/veya kuvvet kullanımının daha geri planda kaldığı bazı spor dallarının nasıl değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu soruna cevap olarak, “fiziksel güç veya kuvvet kullanımının daha az olması, yapılan spor aktivitesinin bedensel olmadığı” sonucunu doğurmayacağı görüşü ileri sürülmüştür<sup>23</sup>. Nitekim bu tip spor faaliyetlerinde de, ulaşılacak istenen hedefin gerçekleştirilmesi için kişinin fiziksel kuvvetini belli bir yönde ve özellikle vücut hareketlerini belli bir koordinasyon içerisinde icra etmesi gerektiği bilinmektedir<sup>24</sup>.

Öte yandan fiziksel hareketin motor yarışları veya bilardoya göre çok daha ön planda olduğu dans, bale gibi sanat dallarının da spor türleri içinde kabul edilip edilemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. *Kaiser*, bu soruyla ilgili olarak “dans, bale gibi sanat türlerinin, bedensel hareket ve fiziksel aktiviteye dayanmakla birlikte, bu hareketlerin icrasında sanatsal ve estetik olma kaygısını ön plana çıkardığını” ifade etmektedir<sup>25</sup>. Bu görüşe göre bakıldığında, sanat ve sporun birbirine paralel olduğu söylenebilir. Hatta artistik buz pateni yarışmaları örneğinde olduğu gibi, icra edilen hareketlerin hem fiziksel yönü hem de estetik değeri birlikte göz önünde bulundurulduğunda bu sporların

Sport und Recht – 2. Tagungsband, s. 17; Franz Zeilner, Grundlagen des Sportrechts, Organisation des Sports, Taschenbuch, Linz 2005, s. 92; Kaiser, s. 6.

<sup>22</sup> Kaiser, s. 6.

<sup>23</sup> Holzke, s. 92.

<sup>24</sup> Gerd Ketteler, “Sport als Rechtsbegriff”, 1997, 3, SpuRt- Zeitschrift für Sport und Recht, s.74.

<sup>25</sup> Kaiser, s. 7.

sanatsal yönlü spor olarak nitelendirilmesi yanlış olmayacaktır.

Yine bu alanda diğer bir konuda; kişinin ağırlıklı olarak kendi zihinsel faaliyetine bağlı olan yaptığı zihin sporlarının ne değerlendirileceği meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sporlar kişinin, zihinsel kabiliyetini ciddi bir fiziksel harekete ihtiyaç olmaksızın düşünmeye ve stratejiye (zihinsel taktiklere) dönüştürdüğü sporlardır. Öte yandan şans oyunları gibi hedeflenen amaca ulaşmak için kişinin şahsi çabasından daha çok başarının rastlantılara ve şansa bağlı olduğu durumlarda zihinsel sporun varlığından bahsedilemez<sup>26</sup>. Zihin sporları içinde yer alan satranç, bu konuda en çok tartışmanın yapıldığı tür olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>27</sup>. Bilindiği üzere satrançta, çok cüzi de olsa bir bedensel faaliyet mevcuttur. Zira satranç oyununda da taşların satranç tahtası üzerinde hareket ettirilmesi, hamle yaptıktan sonra saatin tuşuna basılması gibi çok az da olsa fiziksel güç kullanımı gerektiren hareketler yapılmaktadır. Ancak bu fiziksel hareketler o kadar az, sınırlı ve önemsizdir ki, tam olarak bedensel bir aktivitenin gerçekleştiği söylenemez<sup>28</sup>. Her ne kadar doktrinde genel tartışmalar satranç üzerinden yapılsa da, zihinsel aktivitenin daha ön planda olduğu tavla ve kart oyunları gibi diğer oyunlar bakımından da benzer değerlendirmeler yapmak mümkündür. Bu nedenle doktrinde satrancın (ve türevi diğer oyunların) zihinsel bir spor olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu hala tartışmalıdır<sup>29</sup>.

Bu bağlamda son zamanlarda doktrinde sıkça tartışılan bir diğer husus ise kişisel bilgisayarların yaygınlaşmasıyla giderek popüler hale gelen e-spor oyunlarıdır. Spor kavramı gibi e-spor kavramının da henüz kanuni bir tanımı yoktur. Sporun en önemli unsurlarından birisi olan rekabet, teknolojinin gelişmesiyle birlikte bilgisayar ortamına taşınarak kişilerin, bilgisayara veya diğer kişilere karşı oynayabileceği oyunların ortaya çıkmasına imkân vermiştir. 1980'li yıllarda bilgisayar oyunları, daha çok atari salonları olarak adlandırılan mekânlarda oynanırken, teknolojideki yaşanan hızlı gelişme sonucunda

---

<sup>26</sup> Kaiser, s. 7.

<sup>27</sup> Satrancın "sınırdaki" bir spor türü olduğuna ilişkin bkz. Egon Steinkampf, Was ist eigentlich Sport? Ein Konzept zu seinem Verständnis, Wuppertal 1983, s. 21-23.

<sup>28</sup> Holzke, s. 94.

<sup>29</sup> Satrancı spor olarak kabul edenler; Diem, s. 10; Jörg Edling, Schach und Recht, Books on Demand Verlag, 2019, s. 27. Satrancın spor olmadığını görüşünü savunanlar, Richard Eichenberger, Zivilrechtliche Haftung des Veranstalters sportlicher Wettkämpfe, Diss. Zürich, 1973, s. 5; Friedrich Eppensteiner, Der Sport. Wesen und Ursprung, Wert und Gestalt, München–Basel, 1964, s. 25; Ronald Hitzler, "Ist Sport Kultur?", 1991, 20 (6), Zeitschrift für Soziologie, s. 482.

bilgisayar fiyatları ucuzlamış; bilgisayarların kişisel amaçla kullanılmasının yaygınlaşması ve oyun konsollarının geliştirilmesiyle birlikte bilgisayar oyunları daha çok evlere taşınmıştır<sup>30</sup>. Teknolojideki hızlı gelişmeler; çok daha karmaşık cihazların daha ucuza mal edilmesine imkân tanıdığı gibi bu cihazlara yazılan oyunların da, çok daha gerçeğe yakın olmasına imkân tanımaktadır. Bu nedenle özellikle son 15 yıllık süreçte dünya çapında e-spora ilişkin ciddi bir pazar oluşmuştur<sup>31</sup>. Yüz milyonlara varan oyuncu sayısı ve ilgili ekonomik pazarın büyüklüğünün yanı sıra, dünyanın farklı yerlerinde sayıları gittikçe artan turnuvalar düzenlenmesi, profesyonel oyuncu takımları kurulması ve oyun “kampları” düzenlenmesi gibi gelişmeler, e-sporları da rekabet unsuru ve yarışma ruhu bakımından diğer spor türlerine yaklaştırmıştır. Öte yandan e-sporların, ciddi bir el-göz koordinasyonu gerektirdiği bu nedenle yakın bir zamanda bir spor dalı olarak kabul edileceğine ilişkin öğretide görüşler mevcuttur<sup>32</sup>.

### 3. Bireysel Sporlar/ Takım Sporları

Spor türlerinin belirlenmesine ilişkin bazı başka alt ayrımlar da bulunmaktadır. Bu ayrımlara sadece kısaca değinilecektir. Bu alt ayrımlardan birisi; bireysel sporlar ve takım sporları ayrımıdır. Bireysel sporlar, kişinin başkalarına ihtiyacı olmaksızın kendi hareketleriyle gerçekleştirebildikleri spor türlerini ifade ederken takım sporları kişinin başkalarıyla bir araya gelerek, belli bir düzen, strateji ve uyum içerisinde başka takımlara karşı rekabet ettiği spor dallarını ifade etmektedir. Bireysel sporlarda ise kurallar gereği, kişinin şahsi olarak gösterdiği performans ön plana çıkmaktadır.

### 4. Dövüş Sporları

İki kişinin birbirleriyle veya birden fazla kişiden oluşan iki takımın, karşılıklı olarak vücutlarını ve/veya başka ekipmanları kullanarak fiziksel temasta ve çatışmada bulunmalarının olağan olduğu sporlara dövüş sporları denilmektedir. Judo, tekvando, eskrim veya serbest dövüş gibi sporlar iki sporcu arasında icra edilirken, buz hokeyi veya Amerikan futbolu gibi sporcuların birbirleriyle sert bir şekilde fiziksel olarak temasta oldukları sporlar ise takım

<sup>30</sup> Rüstem Mustafaoğlu, “E-Spor, Spor ve Fiziksel Aktivite”, 2018, 2 (2), Ulusal Bilim Spor Dergisi, s. 87.

<sup>31</sup> E-Spor pazarına ilişkin detaylı rakamlar için bkz. Dieter Frey/Jan Pommer, “Herausforderungen für die weitere Entwicklung des eSport- Überlegungen aus der Perspektive des Veranstalters”, MMR – Beilage 2018, s. 8 vd.

<sup>32</sup> Holzhäuser/Bagger/Schenk, s. 96-97.

halinde icra edilen dövüş sporları kategorisinde değerlendirilmektedir<sup>33</sup>. Bireysel sporlardan farklı olarak dövüş sporlarında, vücut bütünlüğü açısından tehlike arz eden bazı hareketlerin yapılmasına belli kurallara riayet şartıyla izin verilmektedir. Ayrıca dövüş sporlarının doğası gereği, kural olarak karşı taraf için tehlike yaratacak hareketler icra edildiğinden, diğer spor türlerine göre hangi hareketlere izin verildiği ve hangi hareketlerin kural dışı olduğu daha net bir biçimde bellidir<sup>34</sup>.

## 5. Amatör Sporlar/ Profesyonel Sporlar

Sporun geçirdiği gelişim süreci nedeniyle giderek gelir getiren bir meslek veya bir sektör haline dönüşmesiyle birlikte amatör/profesyonel sporcu ayrımı giderek önem kazanmıştır. Sporun kazanç elde etmek, bir para ödülü veya belirli bir gelir sağlanmak amacıyla yapılmaması şeklinde tanımlanabilecek olan amatör sporlar yanında<sup>35</sup>, icra edilen spora yapılan harcamadan daha fazla gelir elde edilmesi söz konusu olduğu veya hedeflendiği durumlarda, artık sporun profesyonel olarak yapıldığından bahsetmek gerekecektir<sup>36</sup>. Bu bağlamda sporcunun, en azından icra ettiği spordan elde ettiği kazançla geçiminin bir kısmını dahi sağlaması, o sporun profesyonel olarak icra edildiğini söylemek için yeterlidir<sup>37</sup>. Gelir elde etme unsurunun profesyonel/amatör ayrımında rol oynayan en önemli unsur olduğu konusunda Türk spor hukuk mevzuatı açısından, Türkiye Futbol Federasyonunun Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatname 'sinin 3. maddesine bakmak yeterli olacaktır<sup>38</sup>. Anılan düzenlemede profesyonel futbolcu, *“Bir kulüple yazılı sözleşme yapmış olan ve kendisine futbol faaliyetleri kapsamında*

---

<sup>33</sup> Jochen Fritzweiler/Bernhard Pfister/Thomas Summerer/Jörg Alvermann, Praxishandbuch Sportrecht, 4.Aufl., C.H.BECK Verlag, 2020, 5. Teil Nr. 21.

<sup>34</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer/Alvermann, 5. Teil Nr. 20.

<sup>35</sup> Murat Başaran, Türk Spor Hukukunda Çözilemeyen Sorun /Amatör-Profesyonel Sportif Faaliyet Ayrımının Sınırlarının Temeline Vergisel Bakış, <<http://www.Vergisorunlari.Com.Tr/Yazi/Murat-Basaran/Turk-Spor-Hukukunda-Cozulemeyen-Sorun--Amator-Profesyonel-Sportif-Faaliyet-Ayriminin-Sinirlarinin-Temeline-Vergisel-Bakis/234>> Erişim Tarihi 01 Temmuz 2020.

<sup>36</sup> Kaiser, s. 10.

<sup>37</sup> Elde edilen gelir, aylık ödemeler (maaş) şeklinde olabileceği gibi kazanılan ödül paralarından da oluşabilir; ayrıca sponsorluk veya reklam sözleşmeleri kapsamında kişinin ücretsiz olarak elde ettiği eşya veya hizmetler de gelir olarak değerlendirilmelidir.

<sup>38</sup> Türkiye Futbol Federasyonunun Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatnamesi için bkz. <<https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Profesyonel-Futbolcularin-Statusu-ve-Transferleri-Talimati.pdf>> Erişim Tarihi 01 Temmuz 2020.

yaptığı harcamalardan daha fazla miktarda ödeme yapılan sporcu” olarak tanımlanmıştır. Profesyonel sporcu olarak değerlendirme kriteri olarak spor faaliyetinden elde edilen gelirin, o spor faaliyeti için yapılan harcamalardan daha fazla olması şeklinde belirlenmiştir.

## II. Avrupa Birliği Hukukunda Spor

### A. Genel Olarak AB'nin Spor Politikası

Avrupa Birliği düzeyinde spora ilişkin düzenlemeler, uzun yıllar boyunca neredeyse tamamen spor federasyonları tarafından gerçekleştirilmiştir. Özellikle Kurucu Antlaşmalarda üye devletler tarafından AB'nin bağlayıcı karar alma yetkisine sahip organlarına spor alanında herhangi bir yetki verilmemiş olması, bu durumun temel nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Sınırlı yetki ilkesi çerçevesinde hareket eden bu organlar, ancak üye devletler tarafından yetkilendirildiği ölçüde farklı politika alanlarında harekete geçip düzenleme yapabilmektedir. Bu nedenle, spor alanında Avrupa Konseyi, zaman içinde giderek daha faal olurken, Avrupa Birliği organlarının bu alanda bağlayıcı düzenleme yapabilmesi için Lizbon Antlaşması'nı beklemesi gerekmiştir. 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'yla ilk defa kurucu Antlaşmalarda açıkça spor alanına ilişkin yetki maddesine yer verilmiştir<sup>39</sup>. Öte yandan sporun Avrupa Birliği kurumlarının gündemine girmesi farklı hukuki sorunlar nedeniyle daha önceki tarihlerde karşımıza çıktığını söylemek yanlış bir görüş olmayacaktır. Özellikle 1980'li yıllardan itibaren üye devletlerin ve dolaylı olarak AB kurumlarının sporun birleştirici etkisini üye devlet halklarının yaklaşması için kullanma hedefleri, başta futbol olmak üzere sporda artan şiddet olaylarıyla ortak mücadele edilmesi, doping vakalarının tespiti ve ortak yaptırım uygulamalarının belirlenmesi gibi özel durumlar karşısından beraber hareket edilmesi ve İç Pazar'da rekabetin ve serbest dolaşım özgürlüklerinin güvence altına alınmasında ortaya çıkan hukuki sorunlar, AB kurumlarının spor alanında dolaylı biçimde etki

<sup>39</sup> 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'nin gerek kurumsal yapısında, gerekse de işleyişine dair alanlarda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler içerisinde, Avrupa Birliğinde (AB) ilk defa kurucu antlaşmalarda spor alanında özel bir düzenlemeye yer verilmesi dikkat çekmektedir. Bu kapsamda, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma'nın (ABİHA) 165. maddesi uyarınca, AB'ye üye devletlere ait spor politikalarının desteklenmesi ve koordinasyonu yetkisi verilmiştir. Avrupa Birliği'nin Lizbon Antlaşması öncesinde spor alanına ilişkin düzenleme yapma yetkisi ve sınırlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tolga Candan, “Avrupa Birliği'nin Spor Alanında Düzenleme Yapma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları”, 2018, 9(2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 239-242.

göstermesine imkânını ortaya çıkarmıştır. Özellikle profesyonel sporcuların ulusal spor federasyon kararları ile serbest dolaşım haklarına yönelik kısıtlamaların AB yargı organı ABAD önüne getirilmesi ile birlikte spor alanındaki hukuki tartışmaların arttığı özellikle görülmektedir<sup>40</sup>. Özellikle çok sayıda sporcu tarafından, AB Hukuku tarafından güvence altına alınan serbest dolaşım hakkına ilişkin genel hükümlere dayanarak açılan davalarda, ABAD'ın özellikle ekonomik faaliyet olarak değerlendirilebilecek nitelik taşıyan spor aktivitelerine ilişkin olarak, Kurucu Antlaşmanın işçilerin serbest dolaşıma ilişkin hükümlerini yorumladığı kararlar, artan biçimde spor alanının AB gündemine taşınmasına yol açmıştır<sup>41</sup>. ABAD'ın 1995 yılında futbolda transfer kurallarına ilişkin olarak verdiği *Bosman Kararı'nın* bu açıdan özellikle zikredilmesi gereklidir. Bu kararla, AB içerisinde işçilerin serbest dolaşım hakkı kapsamında AB vatandaşı sporcular bakımından bonservis bedelinin kaldırılması, yabancı ve özel oyuncu kotalarının yeniden düzenlenmesi, spor faaliyetlerinin o zamanki ismiyle AT antlaşmasının 2. maddesi uyarınca ekonomik amaçlı yapılması halinde Topluluk hukukunun yetkisi içinde yer aldığını açıkça ifade edilmesi, AB kurumlarının, spor politikası bakımından faaliyetlerini arttırmışlardır<sup>42</sup>. AB hukukunun ekonomik temelli normlarının, spor faaliyetlerine de uygulanmasına ilişkin olarak verilen bu karar incelendiğinde, büyük ölçüde işçilerin serbest dolaşımı alanıyla başlayan gelişimin daha sonra daha sonraki dönemde ilginç biçimde malların serbest dolaşımı, hizmet sunma serbestisi, rekabet, devlet yardımları, vergilendirme ve hatta AB'nin dış ilişkileri alanlarını da kapsayacak şekilde genişlediği görülmektedir<sup>43</sup>.

Bu gelişmeler sonrasında 1997 yılında Avrupa Komisyonu tarafından Eğitim ve Kültür Genel Müdürlüğü bünyesinde “spor birimi” kurmuştur.

---

<sup>40</sup> Martin Grosse Hüttmann/Hans Georg Wehling, *Das Europalexikon*, 3. Auflage, Bonn 2020, s. 413.

<sup>41</sup> ABAD'ın spor alanındaki örnek kararları için bkz. C-36/74, Walrave/Koch, Slg.1974, I-01405; C- 51/96 ve C- 191/97, Deliège, Slg. 2000, I-2549; C- 176/96, Lehtonen, Slg. 2000, I-2681; C- 325/08, Barnard, Slg. 2010, I-2177.

<sup>42</sup> *Bosman Kararı* için bkz. EuGH, C- 415/93, *Bosman*, SpuRt 1996, s. 59. AB içinde uluslararası transfer sisteminin yeniden düzenlenmesine neden olan *Bosman Kararı* sonrası tartışmalar için bkz. Behiç Fidanoğlu “Sporting Exception In The European Union’s Sports Policy”, 2012, 2, *Ankara Bar Review*, s. 67-80; Simon Gardiner/Roger Welch, “Bosman- There and Back Again: The Legitimacy of Playing Quotas under European Union Sports Policy”, 2011, 17 (6), *European Law Journal*, s. 828- 849.

<sup>43</sup> Matthias Niedobitek, “AEUV Art. 165”, in Rudolf Streinz, *EUV/AEUV Kommentar*, 2. Aufl. 2012, Rn. 31.

Komisyon'un bu birimi tarafından daha sonraki dönemde yürütülen faaliyet ve çalışmaların hukuki dayanağını, o zaman yürürlükte bulunan Roma Antlaşması'nın eğitim ve kültür alanlarına ilişkin 149 ve 151. maddelerinde düzenlenen özel yetkiler oluşturmuştur<sup>44</sup>.

Yine bu alanda hukuki açıdan bağlayıcı olmamakla birlikte AB kurumları tarafından hazırlanan çalışma ve raporların hazırlandığı görülmektedir. Üye devletlerin spordan sorumlu bakanlarının 1990'lardan itibaren gayri resmi olarak temaslarda bulunduğu ve görüşmeler yaptığı bilinmektedir. Yine AB kurumlarının spor alanında yapılan bazı önemli çalışmaları arasında Bakanlar Konseyi'nin "*Independent Sport Review*"<sup>45</sup>, Avrupa Parlamentosu'nun *Belet-Raporu*<sup>46</sup>, Avrupa Komisyonu'nun "*Spor Hakkında Beyaz Kitabı*" yer almaktadır. 11 Temmuz 2007 tarihinde Komisyon tarafından hazırlanan Spor Beyaz Kitabı Lizbon Antlaşmasında ifadesini bulan düzenlenmenin temel hazırlıklarını oluşturması anlamında özellikle çok dikkat çekici bir metin olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>47</sup>. Söz konusu belgede, Avrupa toplumunda sporun karşılaştığı ticari baskılar, genç oyuncu istismarları, doping, ırkçılık, şiddet, yolsuzluk ve para aklama gibi konulara dikkat çekilerek, Avrupa'da sporun rolü konusunda stratejik bir yaklaşım oluşturacak, AB düzeyinde oluşturulan politikalarda sporun görünürlüğünün artması ve sektörün ihtiyaçlarının karşılanması için kamu bilincinin artırılmasına yönelik temel hedefler belirlenmiştir<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> AT Antlaşmasının 149. maddesi AB'ye, üye devletlerin yetki ve sorumluluklarına riayet etmek koşuluyla gerektiğinde öğretim, mesleki eğitim ve gençlik alanlarında üye devletlerarasında işbirliğini destekleyecek faaliyetlerde bulunma imkânı tanımaktadır. Yine benzer şekilde 151. madde de ise, AB'nin kültür alanında üye devletlerarasındaki işbirliğini teşvik etmek ve gerektirdiğinde destekleyici ve tamamlayıcı faaliyetlerde bulunmak yetkisini düzenlemektedir.

<sup>45</sup> <[http://eose.org/wp-content/uploads/2014/03/independant\\_european\\_sports\\_review1.pdf](http://eose.org/wp-content/uploads/2014/03/independant_european_sports_review1.pdf)> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2020.

<sup>46</sup> <<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0036+0+DOC+XML+V0//DE>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2020.

<sup>47</sup> Lizbon Antlaşması'yla Avrupa Birliği'ne verilen yetkiyle ilgili detaylı bilgi için bkz. Candan, "Avrupa Birliği'nin Spor...", s. 242 vd.

<sup>48</sup> Spor Beyaz Kitabı için bkz. Dok. KOM (2007) 391, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:52007DC0391>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020. Yine Komisyon'un Spor Hakkında Beyaz Kitabına ilişkin 11 Temmuz 2009 tarihli açıklamasında bu hususa dikkat çekilmektedir. S. 2 <<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?!=DE&f=ST%2011811%202007%20ADD%204>>, Erişim Tarihi 12 Şubat 2020.



## B. Avrupa Birliği Hukukunun Spor Alanındaki Etkileri

Spor, hukuki düzenlemelerden muaf bir alan değildir. Bu kapsamda Avrupa Birliği rekabet hukuku ve temel haklar açısından spor alanından kaynaklı uyuşmazlıklar sık sık ABAD'ı meşgul etmektedir. Avrupa Birliği hukuku ve özellikle ABAD'ın spor alanındaki içtihadının esasen 27 ye devlet açısından bağlayıcı hukuki sonuç doğurması beklenirken, bu kararların tüm dünyada ilgili spor federasyonları üzerinde ciddi etkiler doğurduğu görülmektedir. ABAD'ın *Bosman-Kararı*<sup>49</sup>, bu nedenle sadece ye devletlerin futbol federasyonları için değil, aynı zamanda UEFA ve FIFA için de geçerlidir<sup>50</sup>. Bu nedenle UEFA ve FIFA da saha içinde yer alacak yerli ve yabancı oyuncu sayılarını belirleyen 6+5-Kuralını rafa kaldırmıştır. Uluslararası Yüzme Federasyonu'nun doping kurallarının uygulanabilirliği de ABAD tarafından topluluk rekabet hukuku hükümlerine göre denetlenmiştir<sup>51</sup>. ABAD'ın yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>52</sup> kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin içtihatları, Avrupa Konseyi yesi 47 devlet açısından bağlayıcı olduğundan polis ve futbol seyircileri arasındaki çatışmanın etkin şekilde soruşturulmadığı bir olayda uygulama alanı bulmuştur<sup>53</sup>.

## C. Avrupa Birliği'nin Spor Politikasının Gelişimi

Spor kavramı, 1957 tarihli Roma Anlaşmalarında veya bunları tamamlayan veya değiştiren diğer birincil hukuki metinlerde açıkça anılan bir kavram değildir. AB'nin, ye devletler tarafından kendisine açıkça yetki verilmediği alanlarda bağlayıcı hukuki düzenleme yapma yetkisine sahip olmadığı için, sporla ilgili düzenlemeler ulusal düzeyde ve ilgili spor federasyonları tarafından yapılmaktaydı<sup>54</sup>.

AB tarafından Lizbon Antlaşması öncesinde sporla ilgili olarak hazırlanan ilk önemli belge olan 1985 tarihli *Adonnino* Raporunda sporun, birlik vatandaşlarını bir araya getirecek “ideal bir katalizator” olarak

---

<sup>49</sup> EuGH, C- 415/93, *Bosman*, SpuRt 1996, 59.

<sup>50</sup> Rudolph Streinz, “Bosman und kein Ende? – Die geplante „6+5“-Regel der FIFA im Lichte des Europarechts”, *Festschrift für Udo Steiner*, 2009, s. 857 vd.

<sup>51</sup> EuGH, C- 519/04 P, *Meca Medina*, SpuRt 2006, 195.

<sup>52</sup> RG, 19.03.1954, s. 8662.

<sup>53</sup> EGMR, Beschwerde Nr. 47274/15, *Henschel und Stark v. Deutschland*, SpuRt 2018, s. 25.

<sup>54</sup> *Fritzweiler/Pfister/Summerer/Alvermann*, 7. Teil Nr. 17.

tanımlanmıştır<sup>55</sup>. Bu yaklaşıma paralel biçimde, sonraki dönemlerde sporun üye devlet vatandaşlarında Avrupalılık ve Avrupa Birliği'ne aidiyet hissini perçinlenmesi için sıklıkla halka ilişkiler kampanyalarında kullanıldığı görülmektedir<sup>56</sup>.

1997 yılı Ekim ayında Amsterdam'da gerçekleştirilen Üye devlet Hükümet ve Devlet Başkanlarının katıldığı Hükümetlerarası Konferans'ta hazırlanan *Spor Bildirgesi*'nde; "Konferans, sporun sosyal önemini, özellikle sporun insanların kendi benliğini bulmalarında ve başka insanlarla tanışmalarında oynadığı rolü vurgulamaktadır. Bu nedenle konferans, Avrupa Birliği organlarını sporla ilgili önemli konularda spor dernekleriyle danışmaya çağırılmaktadır. Bu bağlamda, amatör sporların hususi özelliklerine özel önem verilmelidir." ifadeleri ile ilk defa spor alanının Kurucu Antlaşma metinlerinde dikkate alınması gerektiği önemle vurgulanmıştır<sup>57</sup>. Sporun ekonomik boyutu dışındaki toplumsal ve sosyal boyutlarına da dikkat çekilen Bildirge ile belirlenen bu amaçların gerçekleştirilmesi amacıyla Komisyon bünyesinde bir spor birimi kurulmasına karar verilmiştir.

Sonraki dönemde Bildirge doğrultusunda ilk adım AB'nin yürütme organı olan Komisyon tarafından atılmıştır. AB Konseyi'nin talebi üzerine Komisyon tarafından *Avrupa Spor Modeli* hakkında hazırlanan Raporla, spor yapılarının ve AB düzeyinde sporun sosyal işlevinin korunmasına yönelik öneriler yer almıştır. Birlik politikasını uygularken, sporun toplumsal işlevine de özellikle dikkat çekilerek sporun özelliklerinin dikkate alınması gerektiğinin vurgulandığı Rapor 1999 yılında Helsinki Zirvesi'nde sunulmuştur<sup>58</sup>. Raporun temel özelliklerinden birisi spor alanının bütünlüğü, özerkliği gibi temel ilkelerini dikkate alarak hazırlanmış olmasıdır. 2000 yılında yapılan Nice Zirvesi sonrası yapılan Kurucu Antlaşma değişikliği ile Nice Antlaşması'na eklenen Bildirge ile Kurucu Antlaşma metinlerinde bir kez daha spor kavramına yer verilmiş; spor alanının sosyal, eğitsel ve kültürel

<sup>55</sup> <[https://www.kontaktstelle-efbb.de/fileadmin/user\\_upload/4\\_infos-service/publikationen/Adoninobericht.pdf](https://www.kontaktstelle-efbb.de/fileadmin/user_upload/4_infos-service/publikationen/Adoninobericht.pdf)> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020.

<sup>56</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer/Alvermann, 7. Teil Nr. 18.

<sup>57</sup> Amsterdam Antlaşması'na ekli Spor Hakkındaki Bildirge için bkz. <<https://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-de.pdf> > Erişim Tarihi 12 Mayıs 2020.

<sup>58</sup> Bericht der EU-Kommission an den Europäischen Rat im Hinblick auf die Erhaltung der derzeitigen Sportstrukturen und die Wahrung der sozialen Funktion des Sports im Gemeinschaftsrahmen vom 10. Dezember 1999; KOM (1999) 644, <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0644:FIN:DE:PDF> > Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020.

fonksiyonlarına değinilerek spor alanının kendine özgü özelliklerinin tanındığı bir kere daha vurgulanmıştır<sup>59</sup>. Her ne kadar Amsterdam Bildirgesinden daha kapsamlı olsa da, Nice Antlaşması'na bağlı bu Bildirge de, hukuken bir bağlayıcılık taşımamaktadır.

Nice Zirvesi Sonuç Bildirgesi, Birleşik Krallık'ın AB Dönem Başkanlığını üstlendiği 2006 yılında hazırlanan *Arnaut Raporu*'yla geliştirilerek, Nice Bildirgesi'yle ortaya konan politik ilkelerin ve ABAD'ın spor alanıyla ilgili içtihadı da dikkate alınmak suretiyle Birlik içerisindeki başta futbol olmak üzere spor alanlarına yönelik istikrarlı bir yasal çerçeve sağlanması amaçlanmıştır<sup>60</sup>. İlgili çalışmada bu amaca yönelik olarak, sporun şahsına münhasır bazı özelliklerini gözetken, örneğin yayın haklarının merkezi olarak pazarlanmasına ilişkin grup muafiyetine yönelik tüzük çıkarılması gibi önerilerde de bulunulmuştur.

Spor alanına ilişkin Lizbon Antlaşması öncesi AB düzeyinde en önemli çalışma olan *Spor Hakkında Beyaz Kitap* 11 Temmuz 2007 tarihinde Komisyon tarafından yayınlamıştır<sup>61</sup>. Avrupa Birliği'nin spor politikası alanındaki bu ilk kapsamlı girişimi, spor federasyonları ve üye devletler arasında yapılan kapsamlı istişareler sonucu ortaya çıkan ve sporun ekonomik boyutunu da dikkate alan, spor organizasyonlarının ve liglerinin özerkliğini tanıyan bir metin olarak değerlendirilmektedir.<sup>62</sup> AB düzeyinde oluşturulan politikalarda sporun görünürlüğünün artması ve sektörün ihtiyaçlarının karşılanması için kamu bilincinin artırılmasına yönelik temel hedeflerin de belirlendiği çalışmada, iyi yönetim konusunda spor kuruluşlarının ve belli oranda üye devletlerin sorumluluğunu bulunduğu belirtilerek bu amaçla; halk sağlığı, eğitim, sosyal entegrasyon, fahri faaliyetler, dış ilişkiler ve spor finansmanı gibi alanlarda ayrıntılı bir eylem planı önermiştir<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> <[https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2\\_de.htm#an4](https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_de.htm#an4)> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020.

<sup>60</sup> <[www.independentfootballreview.com/doc/Full\\_Report\\_EN.pdf](http://www.independentfootballreview.com/doc/Full_Report_EN.pdf)> Erişim Tarihi 05 Mayıs 2020.

<sup>61</sup> <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0391&from=DE>> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020.

<sup>62</sup> Beyaz Kitap terimi, AB terminolojisinde, Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan ve belirli bir konudaki Birlik eylemine yönelik somut öneriler içeren belgeler anlamına gelmektedir. <[https://www.cep.eu/Analysen\\_KOM/KOM\\_2007\\_391\\_Weissbuch\\_Sport/cepAnalyse\\_KOM\\_2007\\_391\\_Weissbuch\\_Sport.pdf](https://www.cep.eu/Analysen_KOM/KOM_2007_391_Weissbuch_Sport/cepAnalyse_KOM_2007_391_Weissbuch_Sport.pdf)> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

<sup>63</sup> Spor Beyaz Kitabına ilişkin açıklamalar için bkz. Merkel Katrin, "Weißbuch Sport und Lissabon Vertrag: Der Sport in der EU auf neuen Wegen", in Gerald Sander/Andreas Sasdi

Lizbon öncesi spor alanının AB birincil hukukuna dâhil edilmesine ilişkin tartışmalar, Avrupa Anayasası için Oluşturulan Konvansiyon çalışmaları sırasında da devam etmiş; bu kapsamında ortaya atılan öneriler çerçevesinde spor alanının Anayasal Antlaşma Taslağı'nın “*Eğitim, Mesleki Eğitim, Gençlik ve Spor*” başlığı altında 5. bölümünde yer almasına karar verilmiştir. Anayasal Antlaşma Taslağında önerilen III-282. maddesinde spora ilişkin yetkinin düzenlendiği görülmektedir<sup>64</sup>. Her ne kadar Hollanda ve Fransa'da yapılan referandum sonuçları neticesinde yürürlüğe giremeden başarısızlığı uğrayan bu çabaların Lizbon Antlaşması'nın spora ilişkin düzenlemeyle büyük ölçüde örtüştüğü anlaşılmaktadır.<sup>65</sup>

#### D. Lizbon Antlaşması Sonrası AB'nin Spor Alanındaki Yetkisi

AB, bilindiği üzere kurucu antlaşmalarla belirlenen amaçlara ulaşmak için, yalnızca üye devletlerin, kurucu antlaşmalarla kendisine verdiği yetkileri kullanabilir. Bu nedenle sınırlı yetkiye sahip Avrupa Birliği'nin, hangi alanlarda ve hangi ölçüde düzenleme yapabileceği, Kurucu Antlaşmalarda düzenlenen yetkilendirme ilkesine göre belirlenmektedir<sup>66</sup>. Lizbon Antlaşması ile ilk defa, üye devletler ile Avrupa Birliği arasında yetkilerin ne şekilde paylaşılacağına ilişkin bir yetki kataloğu oluşturulmuştur. Bu çerçevede, Avrupa Birliği'nin yetkili olduğu alanlar; münhasır yetki, paylaşılan yetki, destekleyici, koordine edici ve tamamlayıcı yetki, ekonomi ve istihdam politikalarının koordinasyonu ve ortak dış politika ve güvenlik politikası olmak üzere 5 farklı kategoride sınıflandırılmıştır<sup>67</sup>.

(Ed), Sport im Spannungsfeld von Recht, Wirtschaft und europäischen Grundfreiheiten, Logos-Verlag, 2009, s. 179-192. <[https://www.cep.eu/Analysen\\_KOM/KOM\\_2007\\_391\\_Weissbuch\\_Sport/cepAnalyse\\_KOM\\_2007\\_391\\_Weissbuch\\_Sport.pdf](https://www.cep.eu/Analysen_KOM/KOM_2007_391_Weissbuch_Sport/cepAnalyse_KOM_2007_391_Weissbuch_Sport.pdf)> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

<sup>64</sup> Anayasal Antlaşma metni için Official Journal of the European Union, C 310, 16 December 2004, 16.12.2004 tarihli AB Resmi Gazetesi, C310/127, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=OJ%3AC%3A2004%3A310%3ATOC>> Erişim Tarihi 12 Mart 2020.

<sup>65</sup> Anayasal Antlaşma Taslağının md. III-282/1 (2)'de yer alan “Birlik, sporun toplumsal ve eğitici işlevini göz önünde bulundurarak, Avrupa'da sporla ilgili konulara katkıda bulunur” şeklindeki düzenleme, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA) md. 165/1 uyarınca, “Birlik, sporun kendine özgü niteliğini, gönüllülük esasına dayalı yapısını ve sosyal ve eğitsel işlevini göz önünde tutarak, sporda Avrupa boyutunun geliştirilmesine katkıda bulunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>66</sup> AB Antlaşması madde 5: “1. Birliğin yetkilerinin sınırları, yetkilendirilme ilkesine tabidir. Birlik yetkilerinin kullanılması, katmanlı yetki ve orantılılık ilkelerine tabidir. 2. Yetkilendirilme ilkesi gereğince Birlik, Antlaşmalar 'da belirlenen hedeflere ulaşmak için, ancak üye devletler tarafından Antlaşmalar 'da kendisine verilen yetkilerin sınırları dahilinde hareket eder. Antlaşmalar 'da Birliğe verilmemiş yetkiler üye devletlere aittir...”.

<sup>67</sup> Lizbon Antlaşmasıyla getirilen Yetki Kataloğuna ve yetki kategorilerine ilişkin olarak bkz.

Spor alanı da yine ilk defa Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşması'nın (ABİHA) 6. maddesinde düzenlenen destekleyici, koordine edici ve tamamlayıcı yetki kullanılabilir alanlar içinde sayılmıştır. Ayrıca, sporun Avrupa boyutunun desteklenmesi amacıyla, ilk defa kurucu antlaşmalarda özel düzenleme yapılmış, bu amaçla ABİHA'nın XII. Başlığını taşıyan Eğitim, Mesleki Eğitim, Gençlik ve Spor bölümünün 3. kısmında yer alan 165. maddesi ile spor alanına ilişkin bir düzenleme, Avrupa Birliği birincil hukuku içine yerleştirilmiştir. Bu sayede AB artık spor alanındaki faaliyetlere yönelik desteğini artık doğrudan yürütme imkânına kavuşmuştur<sup>68</sup>. Ayrıca Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte kurumsal olarak bazı adımlar atılmış ve bu çerçevede; Avrupa Birliği Spor Bakanlarından oluşan Bakanlar Konseyi bünyesinde oluşturulan Bakanlar Konseyi Spor Çalışma Grubu 16.07.2010 tarihinde görevine başlamıştır. Bu görevlendirmenin akabinde yapılan hazırlık çalışmaları sonucunda AB düzeyinde spor politikasının geliştirilmesi ve teşviki için Konsey tarafından iki çalışma planı kabul edilmiştir<sup>69</sup>.

### **III. ABAD'ın Briç Kart Oyununa İlişkin Güncel İçtihadı ve Değerlendirmesi**

Zihin ya da zekâ sporlarının spor olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmaları uzun zamandır yapılmaktadır. Özellikle satrancın, spor kabul edilip edilmeyeceği konusu bu tartışmaların başlangıcını oluşturmaktadır. Satrancın spor olduğunu savunan görüşler, büyük ölçüde onun beyin sporu olduğunu, beyin kaslarının da ancak beyin jimnastiğiyle sağlandığını ve beyin jimnastiğiyle düşünsel gücün fiziksel güce dönüştüğünü ileri sürmektedir<sup>70</sup>. Ayrıca tüm spor faaliyetlerinde uygulamadan önce o spor dalı hakkında teknik,

---

Rudolf Steinz/Christoph Ohler/Christoph Hermann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, C.H. Beck München, 2010, s.103- 110; Christian Calliess, Die Neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Mohr Siebeck Tübingen, 2010, s. 186-194; Servet Alyanak, Avrupa Birliği Hukukunda Yetki Sorunu, Yetkin Yay., Ankara 2015 s. 40 vd.

<sup>68</sup> Richard Parrish/Borja García/Samuli Miettinen/Robert Siekmann, "Der Vertrag von Lissabon und die Sportpolitik der Europäischen Union", Studie, Ausschuss für Kultur und Bildung des Europäischen Parlaments, 2010, s. 11.

<sup>69</sup> 2011-2014 yıllarını kapsayan ilk plan -Arbeitsplans der Europäischen Union für den Sport (2011-2014) Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nin 01.06.2011 tarihli ABl. C 162 sayısında yayınlanmıştır. 2014-2017 yıllarını kapsayan ikinci plan ise -EU-Arbeitsplan für den Sport (2014- 2017) Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin 14.06.2014 tarihli ABl. C 183 sayısında yayınlanmıştır.

<sup>70</sup> Ertan Kılıçgil, <[https://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/20705/Satranc\\_Uzerine\\_.html](https://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/20705/Satranc_Uzerine_.html)> Erişim Tarihi 07 Ağustos 2020.

teorik ve sistematik bilgilerin bilimsel ilkeler çerçevesinde verildiği; bu şekilde yapılan antrenmanlarla kasların ve aynı şekilde beynin de en verimli şekilde nasıl hareket ettirileceğinin öğretildiği, bu genel yaklaşımın tümüyle satranç içinde geçerli olduğu görüşü bir diğer temel argümanı oluşturmaktadır<sup>71</sup>.

Buna karşın, satrancın spor olmadığını ileri sürenlerin başlıca argümanı, satrancın atletik bir etkinlik olmadığı, fiziksel güç ve yetenek gerektiren hareketleri içermediği, hatta hiç hareket etmeden oynanabileceği şeklinde ileri sürülmektedir. Ancak, satranç turnuvalarının altı, yedi saatlik süren yoğun stres ve yorgunluk yaratan etkinlikler olduğu düşünülürse, sadece zihinsel bir faaliyet olmadığı, bedensel güç ve kondisyon da gerektirdiği sonucuna varmak çok yanlış olmayacaktır. Büyük satranç ustalarının satranç eğitiminin parçası olarak fiziksel egzersizlerin gerekli olduğunu söylemeleri de bu yaklaşımı desteklemektedir. Öte yandan Dünyanın en büyük spor organizasyonu olan Olimpiyat oyunları kapsamında satranç, briç gibi zihin sporlarına henüz yer verilmemektedir.<sup>72</sup> Hatta Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından, fiziksel unsur içermeyen satranç oyununa olimpik spor statüsünün tanınmadığı bilinmektedir<sup>73</sup>. Öte yandan satranç ile ilgili tartışmalar sürerken ilginç bir biçimde bir başka zihin sporu olan briç kart oyunu, çok farklı bir biçimde ABAD önüne taşınarak AB hukuku açısından değerlendirilmiştir<sup>74</sup>.

### A. Dava Konusu Olay

Dava konusu olay, İngiliz Briç Birliği'nin (EBU), düzenlediği turnuva katılım ücreti için ödenen katma değer vergisini, Avrupa Birliği'nin Katma Değer Vergisi (KDV) Ortak Sistemine dair 2006/112/AT sayılı Konsey Yönergesi'nin (İlgili Yönerge) 132. maddesi 1. fıkrası (m) bendinde yer alan vergi muafiyeti istisnası kapsamında iade edilmesi amacıyla yaptığı

<sup>71</sup> <<https://edremitsatranc.wordpress.com/2012/05/04/satranc-neden-sporur-ali-eskici/>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020.

<sup>72</sup> <<https://de.chessbase.com/post/kein-schach-bei-den-olympischen-spielen>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020.

<sup>73</sup> Olimpik spor alanları listesi için bkz. <<https://www.olympic.org/recognised-federations>> Erişim Tarihi 06 Temmuz 2020.

<sup>74</sup> Bu çalışmaya temel teşkil eden ABAD'ın "Briç Kart Oyununa" ilişkin verdiği kararın Almanca tam metni için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0090&from=DE>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020. ABAD, her ne kadar bu kararında, turnuva briç oyununu, ilgili ikincil mevzuat anlamında vergi muafiyetinden yararlanacak spor dalları içerisinde yorumlamamışsa da, üye devletlerin, turnuva briç oyununu "kültürel hizmet" kavramı içerisinde değerlendirmek suretiyle, vergi muafiyeti istisnasından yararlanmak için başka bir çözüm yolunun önünü kapatmamıştır.

başvurunun İdare tarafından reddedilmesi ile ortaya çıkmıştır. İngiltere’de yaygın biçimde oynanan turnuva briç sporu, kar amacı gütmeyen İngiliz Briç Birliği (EBU) isimli ulusal kuruluş tarafından organize edilmektedir. Üyeleri, yerel briç dernekleri ve bireysel briç oyuncularından oluşan bu kuruluş, Birleşik Krallık’ta ulusal düzeyde çeşitli briç turnuvaları düzenlemektedir. Bu turnuvalarda, her çiftin (ortak), kendisini takip eden diğer masalardaki çiftlere karşı aynı kartlarla oynadığı özel bir briç türü oynamaktadır<sup>75</sup>.

ABAD kararına konu uyuşmazlıkta, EBU, spor veya beden eğitimi ile yakından bağlantılı bazı hizmetlerin temini konusunda ilgili yönergede belirtilen vergi muafiyetinden kendisinin sunduğu turnuva düzenleme hizmetinin de yararlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak bu talep, ilgili Yönerge hükmü uyarınca, bu muafiyetten yararlanmak için sporla yakın bağlantılı hizmetlerin önemli ölçüde fiziksel bir unsur içermesi gerektiği gerekçesiyle Birleşik Krallık Gelir ve Gümrük İdaresi (Gİ) tarafından reddedilmiştir.

EBU tarafından bu olumsuz idari karar aleyhine açılan davada, İlk Derece Mahkemesi (Vergi Mahkemesi), davalı idareyi haklı bularak kanun yolu açık olmak üzere EBU’ nun başvurusunu reddedilmiştir. Bu karar aleyhine yapılan temyiz başvurusunda, EBU, 2006/112 sayılı Yönergenin 132/1-m maddesi anlamında vergi muafiyetinden yararlanma koşulu olarak belirlenen spor kavramı içinde değerlendirilmek için, yapılan faaliyetin mutlaka önemli ölçüde fiziksel aktivite içermesi zorunluluğunun bulunmadığını ileri sürmüştür. Ayrıca İlgili Yönerge hükmünün amacının, toplumun fiziksel veya zihinsel sağlığını güçlendiren sportif faaliyetlerin yaygınlaştırılması ve desteklenmesi olduğunu belirterek, spor veya beden eğitimi ile yakından ilgili belirli hizmetlere bu istisnanın bu amaçla tanındığını belirtmiştir. Bu istisnanın tıpkı fiziksel aktiviteler gibi insan sağlığına yararlı entelektüel aktiviteleri de kapsadığı, bu nedenle başarı ölçütünün şanstın çok mantık, analitik zekâ ve zihni muhakemeye yeteneklerine dayalı turnuva briç oyunun da bu anlamda spor olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davaya bakan Temyiz Mahkemesi, dava konusu olan turnuva briç oyunun; mantık, farklı açılardan stratejik düşünme ya da hafıza gibi yüksek düzeyde zihinsel yetenek gerektirdiğini, düzenli oynanması halinde kişinin hem zihinsel hem de fiziksel sağlığını desteklediğini belirtmekle birlikte, Üye devletler arasında ortak bir katma değer vergi sistemi oluşturmak amacıyla

---

<sup>75</sup> <<http://www.ethbridge.com/kitap/articles/whybridge.asp>> Erişim Tarihi 09 Ağustos 2020.

çıkarılan bu ikincil mevzuat hükmünün yorumlanma yetkisinin münhasıran ABAD'a ait olduğu gerekçesiyle davayı bekletici sorun yaparak, briç gibi "zihin sporları" olarak tabir edilen sporların ilgili Yönergenin 132/1-m maddesinin uyarınca "spor" teriminin kapsamında yer alıp almadığı hususuyla ilgili ABAD'a ön karar başvurusunda bulunmuştur.

## B. Ulusal Mahkeme'nin ABAD'a Yönelttiği Sorular

Avrupa Birliği'ni kuran antlaşmalarda belirlenen amaçlara ulaşmak amacıyla öngörülen politikaların yerine getirilmesi gerekliliği, AB hukuku norm ve düzenlemelerinin, tüm üye devletlerde yeknesak biçimde uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu amaçla, ulusal mahkemeler önünde görülmekte olan davalar sırasında, AB hukukunun yorumu ve/veya Birlik Organ tasarruflarının yorumu veya geçerliliği hakkında karar verilmesine ihtiyaç duyulması halinde, ulusal mahkemelerin, ABİHA md. 267 çerçevesinde düzenlenen önkarar davasıyla, ABAD'a başvurması AB hukukunun birliği açısından çok önemlidir<sup>76</sup>.

Somut uyuşmazlıkta, davaya bakmakta olan Üst Mahkeme (Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi Vergi ve Mali Hukuk Dairesi) dava konusu uyuşmazlığın çözümü için meseleyi bekletici sorun yaparak, ABAD'a ilgi yönerge hükmünün yorumlanması amacıyla aşağıdaki soruları yöneltmiştir:

1- "*Turnuva briç oyununun, 2006/112 sayılı Yönergenin 132/1-m maddesi anlamında bir "spor" sayılması için hangi temel özellikleri taşıması gerekmektedir? Özellikle, bir faaliyetin spor sayılması için o etkinliğinin sonucunu belirleyen önemli (veya önemsiz) bir fiziksel unsur gerekli midir, yoksa sonucuyla ilgili önemli bir zihinsel unsura sahip olması o faaliyetin spor sayılması için yeterli midir?*

2- "*Turnuva briç oyunu, 2006/112 sayılı Yönergenin 132/1-m maddesi anlamında bir "spor" faaliyeti olarak değerlendirilebilir mi?*"<sup>77</sup>.

## C. Uyuşmazlık Konusu ile İlgili AB Hukuku Mevzuatı

Bu başlık altında, sadece turnuva briç oyunu davasında değinilen ilgili AB düzenlemelerine ve bu düzenlemelerin özelliklerine değinilecektir. Söz konusu uyuşmazlıkta ABAD tarafından yorumlanması talep edilen düzenleme, AB hukukunun ikincil kaynakları arasında çok önemli bir yer teşkil eden ve

<sup>76</sup> Candan, "AB Yargı ...", s. 273 vd.

<sup>77</sup> C-90/16, parag. 13.



AB hukukuna özgü bir tasarruf türü olan bir yönergenin ilgili hükmüdür<sup>78</sup>. Üye devletlerin bir konudaki mevzuatlarının belirli amaç ve ilkeler doğrultusunda yaklaştırılması veya uyumlu hale getirilmesi gerektiği durumlarda çıkarılan yönergelerin, nitelikleri itibarıyla ulusal hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanması söz konusu değildir<sup>79</sup>. Düzenleme ile ilgili olarak öngörülen amaç, ilke ve süreler açısından üye devletler için bağlayıcı olan yönergeler, bu amaçların gerçekleştirilme araç ve yöntemlerinin seçimi konusunda yetkiyi üye devletlere bırakmıştır<sup>80</sup>. Üye devletler, yönerge ile belirlenen süre içinde kendi hukuk düzenlerinin gerekleri açısından uygun gördükleri ulusal düzenleme aracını tespit ve tercih ederek, yönergenin amacı ve ilkeleri doğrultusundaki düzenlemeleri iç hukuklarında gerçekleştirirler.

Tüzükler gibi üye devletlerin hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanabilirliği olmayan yönergelerin; yeterinde açık, kesin ve şarta bağlı olmayan hükümlerinin, yönergenin iç hukuka geçirilmesi için öngörülen sürenin dolmasının ardından doğrudan etki doğurabileceği ve bireyler için ulusal mahkemelerde ileri sürülebilecek haklar yaratabileceği, ABAD içtihadı ve doktrin tarafından kabul edilmiştir<sup>81</sup>.

## 1. Yorumu İstenen AB İkincil Mevzuat Hükmü

İlgili davada ABAD tarafından yorumlanması istenen ve sporla ilişkili bazı hizmetlere KDV muafiyeti öngörülen 2006/112 sayılı Ortak Katma Değer Vergisi Yönergesi, 411 ve 413. maddeleri uyarınca, 17 Mayıs 1977 tarih ve 77/388 sayılı “*Üye devletlerin işlem vergisine ilişkin hukuki düzenlemelerinin uyumlaştırılması*” konulu Topluluk 6. Yönergesini (Ortak Katma Değer Vergisi Sistemi: Yeknesak Vergi Mükellefiyetinin Hesaplama Esasları)

---

<sup>78</sup> 28.11 2006 tarih ve 2006/112/AT sayılı Ortak KDV Sistemine dair Yönerge, 77/388/AET sayılı Yönergenin yerine kabul edilmiştir. KDV'nin yapısı (ekonomik faaliyet, teslim yeri, vergi sorumlusu, vergi matrahı gibi) ile ilgili ortak düzenlemelerin yer aldığı Yönergenin 2. Bölüm IX. Kısmı, “Kamu Yararı nedeniyle Bazı Faaliyetlere Tanınan Vergi Muafiyeti” başlığını taşımaktadır.

<sup>79</sup> AB Yönergelerinin doğrudan uygulanabilirliği ve normlar hiyerarşisi içindeki yeri için bkz. İlke Göçmen/Sanem Baykal, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, 2013, s. 317 vd; Ahmet M. Güneş, “Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi”, 2009, 58(2), Ankara Üniversitesi Dergisi, s. 282-318.

<sup>80</sup> ABİHA md. 288 “...*Direktifler, muhatap alınan her üye devleti, ulaştırılması gerekli sonuçları itibarıyla bağlar, şekil ve yöntem seçimini ise ulusal otoritelere bırakır...*”.

<sup>81</sup> Güneş, s. 296 vd.

yürürlükten kaldırarak 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>82</sup>. Davada yorumlanması istenen 132. maddenin 1 fıkrası (m) bendi, yönergenin, vergi muafiyetlerinin düzenleyen IX No’lu başlığının “*Kamu Yararı Adına Yapılan Belirli Faaliyetlere Yönelik Vergi Muafiyetleri*” kısmı altında yer almaktadır. Bu madde uyarınca, üye devletlerin aşağıdaki durumlarda vergi muafiyetinde yararlanması öngörülmüştür:

“... ”

*m) Spor veya beden eğitimi alanındaki kişilere, kâr amacı gütmeyen kuruluşlar tarafından spor ve beden eğitimi konularıyla yakın ilişki içerisinde bulunan hizmetlerin sağlanması*

*n) Kamu hukuku kurumları veya adı geçen üye devletin bilinen kültürel kurumları tarafından belirli kültürel hizmetlerin ve bu hizmetlerle bağlı bulunan malların temininin gerçekleştirilmesi... ”*

## 2. Birleşik Krallık İlgili Ulusal Hukuk Mevzuatı

Uyuşmazlığın görüldüğü Birleşik Krallık ulusal mevzuatında da, yönergede yer alan istisnaya ilişkin maddenin içerik olarak benzeri bir düzenleme, 1994 tarihli İngiliz Katma Değer Vergisi Kanununda bulunmaktadır. Söz konusu Kanunun, istisnalara ilişkin 10. No’lu Listenin 9. Ekinde; “1- *Yarışmaya katılım ücreti olarak alınan paranın tamamının, yarışmanın sonunda verilecek ödüllere tahsis edildiği spor faaliyetleri veya fiziksel rekreasyon yarışması düzenlenmesi; 2- Spor veya fiziksel rekreasyon amacıyla oluşturulmuş kar amacı gütmeyen bir kuruluş tarafından böyle bir etkinlikte düzenlenen bir yarışmaya katılım hakkının verilmesi 3- uygun bir kuruluş tarafından spor veya beden eğitimi ile ilgilenen bir bireye bireyin bu alandaki katılımı ile sıkı bir bağlantı içinde olan ve bu katılım için gerekli olan hizmetlerin sağlanması*” şeklinde sporla bağlantılı hizmetlerin katma değer vergisinden muaf olduğunu düzenlemiştir<sup>83</sup>.

### D. Hukuk Sözcüsünün Görüşü

ABİHA md. 252(2) çerçevesinde, ABAD Statüsü uyarınca katılımının gerekli olduğu davalarda bağımsız biçimde hareket ederek gerekçeli görüş

<sup>82</sup> <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0112&from=DE>> Erişim Tarihi 20 Haziran 2020.

<sup>83</sup> <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/23/schedule/9>> Erişim Tarihi 07 Temmuz 2020.

hazırlamak ve bu görüşü aleni açık oturumda sunmakla görevli hukuk sözcüsü görev yapmaktadır. Kararla ilgili müzakerelere katılmayan hukuk sözcüsünün görüşü, bağlayıcı olmayıp karar ile ilgili müzakereleri yürütürken hâkimlere yardımcı olmaya yaramaktadır<sup>84</sup>.

Briç kart oyunu davasında Hukuk Sözcüsü uyuşmazlığa ilişkin görüşünü 15.06.2017 tarihinde ABAD'a sunmuştur<sup>85</sup>. Ulusal mahkemenin ilk sorusuna ilişkin olarak Hukuk Sözcüsü, öncelikle Avrupa Birliği düzeyinde ortak bir spor tanımına yer verilmediğini, İlgili Yönerge' de yer alan düzenlemede de, spor tanımının bulunmadığını, Yönergenin lafzından anlaşıldığı üzere, Kanun Koyucunun bu istisnayı kamu yararını göz önünde bulundurarak getirdiğini, bu nedenle de, üye devletlerin, kanuni tipe uygun belirli faaliyetlere muafiyeti uygulamak konusunda herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir<sup>86</sup>. Ayrıca, düzenlemede "spor veya beden eğitimi" şeklinde yer alan ifadelerden, bu iki kavramın birbirleriyle yakın ilişkili kavramlar olmakla birlikte farklı kavramlar olduğunu, bu kavramların birlikte kullanılmasının bir faaliyetin spor sayılması için fiziksel unsurun zorunlu olduğu sonucunun çıkartılamayacağı görüşünü ileri sürmüştür<sup>87</sup>. Hukuk Sözcüsü, AB yasa koyucusunun, kâr amacı gütmeyen kuruluşların spor veya beden eğitimine katılan kişileri desteklemek amacıyla sundukları belirli hizmetlere vergi muafiyeti tanınmasının aslında kamu yararını esas aldığını, bu muafiyet düzenlemesinin hukuki arka planında ise, ABİHA md. 165 1. fıkra (2). bendinde yer alan, "*Birlik, sporun kendine özgü niteliğini, gönüllülük esasına dayalı yapısını ve sosyal ve eğitsel işlevini göz önünde tutarak, sporda Avrupa boyutunun geliştirilmesine katkıda bulunur*" ifadesinin bulunduğunu belirtmiştir<sup>88</sup>.

Ancak üye ülkelerdeki genel uygulamaya bakılınca temel olarak fiziksel unsurlar içermeyen aktivitelerin spor olarak değerlendirilmesine ilişkin farklı uygulamaların bulunduğu görülmektedir. Bu açıdan en dikkat çekici örnek

---

<sup>84</sup> Lizbon sonrası ABAD'ın yeni yapılanması ve Hukuk Sözcüsü hakkında daha geniş bilgi için bkz. Servet Alyanak, "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Teşkilatlanması", 2014, 3, Ankara Barosu Dergisi, s. 254 vd.

<sup>85</sup> Hukuk Sözcüsü'nün (HS) görüşü için bkz. <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CC0090&lang1=en&type=TEXT&ancre=>> Erişim Tarihi 07 Temmuz 2020.

<sup>86</sup> HS Görüşü, parag. 14 vd.

<sup>87</sup> HS Görüşü, parag. 26 vd.

<sup>88</sup> AB Antlaşmalarının Türkçe çevirisi için bkz. <<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>> Erişim Tarihi 12 Şubat 2020.

olarak gösterilen satranç oyunu birçok ülkede spor olarak değerlendirilirken, Birleşik Krallıktaki uygulama aksi yöndedir<sup>89</sup>.

Öte yandan, briç oyunu AB düzeyinde Erasmus + Programı kapsamında spor olarak nitelendirilmektedir. Hukuk Sözcüsüne göre, ne Avrupa Konseyi, ne de AB'nin bağlayıcı karar alma yetkisine sahip siyasi organları, tüm hukuki işlemlerde kullanılacak tek bir spor tanımına yer vermeyerek, her hukuki işlemin amacına göre yorum yapılmasını esasen tercih etmektedir. Bu nedenle hukuk sözcüsü, ilk Olimpiyat Oyunlarının yapıldığı Antik Çağlardan günümüze kadar önemli değişikliğe uğrayan ve evrensel olarak kabul edilmiş yaygın bir tanımı bulunmayan spor kavramının, açıkça fiziksel unsur içermeyen zihin veya zekâ oyunlarını dışlayacak biçimde yorumlanmasının uygun olmadığı görüşünü belirtmiştir. Üstelik fiziksel unsurun zorunlu kabul edilmesi halinde atıcılık, okçuluk gibi çok eski dönemlerden beri yapılan sporlar da tartışmalı hale gelebilecektir. Hukuk sözcüsü ayrıca, Briç oyununun Birleşik Krallık, İrlanda ve İskoçya'da çok yaygın biçimde oynandığını, bu nedenle AB düzeyinde spor kavramı yorumlanırken yerel ve kültürel değer ve algılamaların da dikkate alınması gerektiğini vurgulayarak, turnuva briç oyununda galibiyet için şans faktörünün son derece az olmasının da dikkate alınarak, turnuva briç oyununun Yönerge anlamında spor kavramı içinde değerlendirilebileceği görüşünü taşıdığını belirtmiştir.

### E. ABAD'ın Kararı

ABAD, Temyiz Mahkemesi'nin kendisine yönelttiği soruları tartışmadan önce, ilk olarak dava konusu taleplerin bağlam ve kapsamı belirlemiştir. Bu kapsamda ABAD'a yöneltilen sorular, "spor" teriminin genel anlamının belirlenmesine ilişkin olmayıp, üye devletler arasında ortak bir katma değer sistemi oluşturmak amacıyla çıkarılan 2006/112 sayılı Yönergenin, kamu yararına yönelik belirli hizmetler için vergi muafiyeti öngören istisna hükmündeki spor teriminin, briç kart oyunu gibi temel olarak fiziksel bir unsura dayanmayan zihin oyunlarını da kapsayacak biçimde yorumlanıp yorumlanamayacağını belirlenmesine ilişkindir.

<sup>89</sup> HK, satranç oyununun Danimarka, Belçika, İtalya, Fransa ve Avusturya'da spor olarak değerlendirilmesine karşın, Almanya'da spor olarak nitelendirilmediği; ancak, Alman Vergi Kanunu'nun 52/2. maddesinde kültürel faaliyetlere tanınan vergi muafiyetinden yararlandığını belirtmektedir. Briç kart oyununa ilişkin benzer bir karar Köln Vergi Mahkemesi tarafından verilmiştir. Mahkeme, 17 Ekim 2013 tarih ve 13 K K3949/09 sayılı kararında, briç kart oyununu, "kültürel faaliyetlere" ilişkin olarak tanınan vergi muafiyeti istisnası kapsamında değerlendirilmiştir.

ABAD, söz konusu Yönergenin temel amacının, üye devletler arasında ortak bir KDV sistemi oluşturmak ve Yönergenin 132. maddesinde öngörülen muafiyetlerin üye devletler tarafından farklı biçimlerde uygulanmasını engellemek olduğunu belirterek; Yönerge’ de yer alan spor kavramının üye devletlerden bağımsız, yani özerk yapıda bir AB kavramı olduğunu olduğu yönündeki yerleşik içtihatlarına atıf yaparak dile getirmiştir<sup>90</sup>.

2006/112 sayılı Yönergede “spor” terimi tanımına yer verilmediği için, bu terimin anlamı ve kapsamı, Mahkeme’nin yerleşik içtihadı uyarınca gündelik dilde yer alan anlamına göre belirlenmelidir. Bu terim gündelik dildeki anlamına göre belirlenirken hangi bağlamda kullanıldığı, hangi amaçla, hangi düzenlemelerde yer aldığı dikkate alınacaktır. ABAD, günlük dilde “spor” terimini tanımlarken, görüş bildiren Hukuk Sözcüsü’ nün yazılı beyanının 23. paragrafına atıfta bulunarak, “spor” kavramının genellikle bir fiziksel aktivite veya başka bir deyişle, önemsiz olmayan bir fizikî aktivite içerdiğine dikkat çekmiştir.

Divan daha sonra 2006/112 sayılı Yönergenin sistematığıyla ilgili olarak, Mahkemenin yerleşik içtihadı uyarınca, Yönergenin 132. maddesinde bulunan vergi muafiyetlerini tanımlayan bu terimlerin, vergi mükelleflerinin ücret karşılığı gerçekleştirdiği her hizmetin KDV’ye tâbi olduğu ilkesinin istisnasını teşkil ettiğini, ancak; vergi muafiyetlerini tanımlamak için kullanılan terimlerin, muafiyetlerin etkisini ortadan kaldıracak biçimde yorumlanması gerektiği anlamına gelmediğini belirtmiştir<sup>91</sup>.

Divan ayrıca, ilgili bölümün taşıdığı başlığın da ifade ettiği üzere, Yönergede öngörülen vergi muafiyetinin, sadece kamu yararı taşıyan belirli faaliyetleri teşvik amacı taşıdığını, dolayısıyla bu istisna hükmünün dar yorumlanması gerektiğini belirterek<sup>92</sup>, bu nedenle ilgili spor teriminin, farklı bakış açılarına dayanarak bu terimle ilişkilendirilebilecek her türlü faaliyeti kapsamadığını, sadece spor kelimesinin olağan anlamına uygun, belirli ölçüde fiziksel bileşenle ön plana çıkan faaliyetlerle sınırlı bir yorumu desteklediğini vurgulamıştır<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> İlgili Kararlar için bkz. 16 Ekim 2008 tarihli C-253/07, Canterbury Hockey Club und Canterbury Ladies Hockey Club Kararı, EU:C:2008:571, Rn. 16, 26 Şubat 2015 tarihli C-144/13, C- 154/13 ve C-160/13, VDP Dental Laboratory u. a. , EU:C:2015:116, Rn. 44.

<sup>91</sup> C-90/16, parag. 20.

<sup>92</sup> AB ikincil kaynaklarının yorumlanmasına ilişkin ABAD Kararları için bkz. Karl Riesenhuber/Nurten İnce, “Avrupa Birliği Özel Hukukunda Yorum Problemi ve Avrupa Adalet Divanı’nın Kararları”, 2014, 12, Legal Hukuk Dergisi, s. 88 vd.

<sup>93</sup> C-90/16, parag. 22.

Öte yandan, EBU tarafından ileri sürülen, “*turnuva briç oyununun, mantık, hafıza kapasitesi, stratejik veya sıra dışı aykırı düşünme kabiliyeti gerektiren bir faaliyet olduğu, düzenli oynanması halinde oynayanların zihinsel ve fiziksel sağlığını desteklediği*” yönündeki görüşünü kabul eden Divan, ancak; sadece dinlenme ya da rahatlama amacıyla da yapılabilen bu gibi faaliyetlerin, sırf fiziksel ve/veya zihinsel sağlığı desteklemesinin ilgili hüküm kapsamında değerlendirilmesine yeterli gelmediğini belirtmiştir. Zira ABAD’a göre, bir faaliyetin fiziksel ve/veya zihinsel sağlığı teşvik ettiği yönündeki veriler, tek başına, söz konusu faaliyetin, anılan hüküm anlamında “spor” kavramı kapsamına girdiği sonucuna varmak için yeterli bir dayanak teşkil etmemektedir. Fiziksel ve zihinsel sağlığı teşvik eden bir faaliyetin, müsabakalarda icra edilmesi durumu da bu değerlendirmeyi değiştirmemektedir.

Mahkeme, 2006/112 sayılı Yönergenin 132. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinin uygulanabilirliğinin, spor faaliyetinin belirli bir seviyede, örneğin profesyonel düzeyde veya belirli bir şekilde, yani düzenli ya da örgütlü veya spor müsabakalarına katılım şeklinde icra edilmesi gibi şartlara tâbi olmadığı belirterek, önemli bir fiziksel bileşen içermeyen bir faaliyetin, sporun sadece rekabetçi karakterini yansıtan yarışmalar aracılığıyla da icra edilmesinden ötürü “spor” olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Son olarak ABAD kararında, Yönergenin 132. maddesinin birinci fıkrası (m) bendinin; kamu yararına hizmet eden belirli faaliyetlerin teşvik edilmesini amaçladığını, yani anılan hükmün, maddî bir amaç gütmeyen spor veya bedensel faaliyetleri nüfusun geniş kesiminde teşvik etmeyi hedefleyen kurumların, bu yöndeki hizmetlerinin desteklenmesi için düzenlendiğini, ilgili maddede açıkça sayılan ve kamu yararına hizmet ettiği kabul edilen bu faaliyetler için istisnai olarak vergi muafiyeti öngörüldüğünü, önemsiz derece fiziksel bileşen içeren faaliyetlerinde bu kapsamda yorumlanmasının istisnaların dar yorumlanması ilkesine aykırılık teşkil edeceğini; bu tür bir yorumun, KDV’den muaf tutma kuralının dar yorumlanmasına da, söz konusu vergi muafiyetinin dar sınırlar içinde tutulması amacına da aykırı olacağını vurgulayarak, sonuç olarak; dava konusunu oluşturan briç kart oyununun, 2006/112 sayılı Yönerge kapsamında düzenlenen “spor” faaliyetleri içerisinde yorumlanamayacağına hükmetmiştir.

## Değerlendirme ve Sonuç

Spor kavramı; pek çok farklı türü olması, içinde bulunulan toplum, dönem ve kültüre göre değişiklik göstermesi ve sürekli değişen ve gelişen bir kavram olması nedeniyle ne yazık ki kolaylıkla, tüm alt türlerini kapsayan, genel geçer şekilde tanımlanabilecek bir kavram değildir. Bedensel hareketten çok, zihinsel faaliyete dayalı aktivitelerin “spor” çatısı altında yer alıp almayacağı uzun zamandır doktrinde tartışmalı olmuştur. Özellikle bu tartışmalar, tüm Dünyada yaygın biçimde oynanan ve çok sevilen satranç oyunu üzerinden yürütülmektedir. Hangi oyunların spor olarak değerlendirileceğine ilişkin önerilen görüşlerden birisi de, o oyunun Olimpiyat sporu olarak kabul edilip edilmediğinin belirlenmesidir. Bilindiği üzere, bir sporun olimpiik nitelik kazanması için ulusal ve/veya uluslararası düzeyde federasyonlar aracılığıyla örgütlenmesi, çeşitli turnuvaların düzenlenmesi, yaygın biçimde her yaştan çok kişi tarafından yapılması yeterli değildir. Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından onaylanmayan aktiviteler olimpiik spor kategorisinde sayılmamaktadır.

Öte yandan, 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliğinde ilk defa kurucu antlaşmalarda spor alanında özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu kapsamda, artık Avrupa Birliği, ABİHA'nın 165. maddesi uyarınca üye devletlere ait spor politikalarının desteklenmesi ve koordinasyonu konusunda yetkilendirilmiştir. 165. Maddenin lafzı incelendiğinde açık biçimde “spor” kavramının tanımına yer verilmediği görülmektedir. Yine spor kavramının üye devletlerde farklı biçimlerde anlaşılması, Avrupa Birliği düzeyinde ortak bir spor tanımı yapılmasını güçleştirmektedir. Bu nedenle genellikle AB kurumlarının çeşitli rapor ve resmi açıklamalarında sporu daha çok işlevi, hedefleri ve sorunlu alanları açısından ele aldıklarını dikkat çekmektedir<sup>94</sup>.

Avrupa Birliği'nin yürütme organı olan AB Komisyonu'nun Spor Beyaz Kitabında esas olarak Avrupa Konseyi'nin 1992 yılında kabul ettiği Avrupa Spor Şartı'nda yer alan spor tanımını kullandığı görülmektedir. Komisyon'un tercihi olan bu tanıma göre; spor, fiziksel olarak formda olmayı ve ruhsal sağlığı ifade etmek veya iyileştirmek, sosyal ilişkiler oluşturmak veya her düzeydeki rekabette sonuç elde etmek amaçlarıyla, bireysel veya organize

---

<sup>94</sup> Bu yaklaşıma örnek olarak AB Komisyonu'nun 10.12.1999 tarihli Sporun Sosyal İşlevine Dair Helsinki Raporu ve AB Konseyi'nin 09.12.2000 tarihli Nice Zirve açıklamasını gösterebiliriz.

katılım yoluyla gerçekleşen her türlü fiziksel faaliyet olarak açıklanmaktadır<sup>95</sup>.

Bu tanım açısından dikkat çeken husus, spor faaliyetlerinin yoğun fiziksel aktivite olarak nitelendirilmesidir. Ancak bu tanım günümüzde satranç, bridge ve go gibi ağırlıklı olarak zihinsel faaliyetleri içeren oyunlarının da spor olarak tanınması gerektiği yönündeki tartışmaları arttırdığı görülmektedir. Hatta bu tartışmalar farklı bir konu kapsamında ilginç biçimde ABAD'ın önüne kadar taşınmıştır.

ABAD, Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi Vergi ve Mali Hukuk Dairesi tarafından yapılan ön karar başvurusu kapsamında 2006/112 sayılı Yönergenin 132. maddesinin birinci fıkrası bağlamında daha çok zihinsel faaliyete dayalı briç kart oyununun ilgili düzenleme bakımından “spor” kavramına dâhil edilip edilmemesi gerektiğine ilişkin değerlendirme yapma imkânı bulmuştur.

ABAD kararında, yorumu istenen Yönerge hükmünün kamu yararına olan belirli faaliyetleri düzenleyen kurumlara teşvik amacıyla vergi muafiyeti öngören istisnai bir hüküm olduğunu, bu nedenle dar yorumlanması gerektiği belirterek, söz konusu maddede yer alan “spor” teriminin kelimenin olağan anlamına uygun olarak önemsiz olmayan derecede fiziksel aktivite içeren faaliyetlerle sınırlı bir biçimde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. ABAD, briç oyunun düzenli olarak oynanması halinde, kişinin fiziksel ve/veya zihinsel sağlığına olumlu etkiler yapması argümanını da, spor kavramı kapsamında değerlendirilmesi için yeterli bir dayanak olarak kabul etmemiştir.

Ancak Karar incelendiğinde, ABAD'ın, briç kart oyununun temel kuralları, ulusal ve uluslararası düzeyde örgütlenişi, sportif yarışma ve turnuvaların düzenleniş şekilleri, rekabetçi yapısı gibi somut kriterler açısından yeteri ölçüde değerlendirilmediği dikkat çekmektedir. Zihinsel beceri, aşırı dikkat, mantık, fiziksel kondisyon ve dayanıklılık gerektiren turnuva briç oyununun, sadece önemli ölçüde bedensel/fiziksel hareket içermediği gerekçesine dayanarak ilgili Yönerge hükmü kapsamında “spor” olarak değerlendirilemeyeceği şeklindeki yoruma katılmak mümkün değildir. Ayrıca, ABAD'ın daha önceki kararlarında kullandığı, “plansız ve sistematik biçimde yapılmayan aktivitelerin” spor olarak sayılmayacağı yönündeki dayanağı da turnuva briç oyunu açısından geçerli değildir. Salt eğlence veya dinlenme amacıyla yapılan bir faaliyetlerden farklı nitelikler taşıyan turnuva briç oyununun, aynı zamanda rekabetçi bir nitelik taşıdığı da kabul edilen bir

<sup>95</sup> Avrupa Spor Şartı için bkz. <<https://rm.coe.int/16804c9dbb>> Erişim Tarihi 20 Ekim 2020.



olgudur. Günümüzde spor olarak kabul edilen birçok faaliyetin ortak özellikleri olarak; belirli bir engel veya zorluğun üstesinden gelmek için çaba harcamayı zorunlu kılması, bu fiziksel ve zihinsel çabanın bir rekabet içinde yapılması, spor yapan kişilerin böylece fiziksel ve ruhsal olarak bedenini güçlendirmesi ve tam anlamıyla ticari olmaması sayılabilir. Yine kurumsal olarak uluslararası tanınma ve kamuoyu algılaması da sporun varlığını belirlemek açısından bir diğer önemli kriter olarak değerlendirmeye eklenebilir. Bu açıardan bakıldığında, ABAD'ın kararı aksine, turnuva briç oyununun spor olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Nitekim Davanın Hukuk Sözcüsü Szupunar'da bu yönde görüşünü paylaşmıştır.

#### KAYNAKÇA

- Alyanak S, “Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Teşkilatlanması”, 2014, 3, s. 253- 281.
- Alyanak S, Avrupa Birliği Hukukunda Yetki Sorunu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.
- Başaran M, Türk Spor Hukukunda Çözülemeyen Sorun /Amatör-Profesyonel Sportif Faaliyet Ayrımının Sınırlarının Temeline Vergisel Bakış, <<http://www.Vergisorunlari.Com.Tr/Yazi/Murat-Basaran/Turk-Spor-Hukukunda-Cozulemeyen-Sorun--Amator-Profesyonel-Sportif-Faaliyet-Ayriminin-Sinirlarinin-Temeline-Vergisel-Bakis/234>> Erişim Tarihi 01 Temmuz 2020.
- Candan T, “Avrupa Birliği'nin Spor Alanında Düzenleme Yapma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları”, 2018, 9 (2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 237-258.
- Candan Tolga, “AB Yargı Düzeninde Önkarar Davası ve Önemi”, in Bilgin Tiryakioğlu/ Gülin Güngör (Ed.), Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Yetkin Yayınevi, Şubat 2012, s. 271-288.

- Calliess C, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Mohr Siebeck Tübingen, 2010.
- Diem C, Wesen und Lehre des Sports und der Leibeserziehung, 5. Aufl., Weidemann Dublin – Zürich, 1969.
- Digel H, Sport und nationale Repräsentation. Spitzensport im Dienste der Politik, BiSt 1975, s. 195-202.
- Durak N, “Gelenek ve Modernite Etkileşimi Bağlamında Spor Etiği”, 2011, 2 (27), Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 43-63.
- Edling J, Schach und Recht, Books on Demand Verlag, 2019.
- Eichenberger R, Zivilrechtliche Haftung des Veranstalters sportlicher Wettkämpfe, Diss. Zürich 1973.
- Eppensteiner F, Der Sport. Wesen und Ursprung, Wert und Gestalt, Reinhardt, München– Basel 1964.
- Ertay Ş/Petek H, Spor Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, İstanbul 2011.
- Fidanoğlu B, “Sporting Exception In The European Union’s Sports Policy”, 2012, 2, Ankara Bar Review, s. 67-80.
- Filiz K, “Sporun Tanımlanması ve Kapsamının Belirlenmesi Üzerine Bir Çalışma”, 2002, 22(2), Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, s. 203-211.
- Fişek K, Devlet Politikası ve Toplumsal Yapıyla İlişkileri Açısından Spor Yönetimi, YGS Yayınları, İstanbul 2003.
- Frey D/Pommer J, “Herausforderungen für die weitere Entwicklung des eSport- Überlegungen aus der Perspektive des Veranstalters”, MMR – Beilage 2018, s. 7-12.
- Fritzweiler J/Pfister B/Summerer T/Alvermann J, Praxishandbuch Sportrecht, 4.Aufl., C.H.BECK Verlag, 2020
- Gardiner S/O’Leary J/Welch R/Boyes S/Naidoo U, Sports Law, 3. Aufl., Routledge Cavendish, London 2006.
- Gardiner S/Welch R, “Bosman- There and Back Again: The Legitimacy of Playing Quotas under European Union Sports Policy”, 2011, 17 (6), European Law Journal, s. 828- 849.

- Gerum K, Die gesellschaftliche Bedeutung des Sports von der Antike bis zur Gegenwart, Sport und Recht – 2. Tagungsband, Bern 2005.
- Göçmen İ/Baykal S, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, Ankara Üniversitesi yayınları, 2013, s. 317- 365.
- Grosse Hüttmenn M/Wehling H G, Das Europalexikon: Begriffe. Namen. Institutionen, 3. Auflage, Bonn 2020.
- Gutachten über Voraussetzungen und Auswirkungen der Anerkennung von eSport als Sportart, Berlin 2016, <[https://www.parlament-berlin.de/C1257B55002B290D/vwContentByKey/W2AUPK7B239WEBSDE/\\$File/2016-03-18\\_eSport\\_1.pdf](https://www.parlament-berlin.de/C1257B55002B290D/vwContentByKey/W2AUPK7B239WEBSDE/$File/2016-03-18_eSport_1.pdf)> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2020.
- Güneş A M, “Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi”, 2009, 58 (2), Ankara Üniversitesi Dergisi, s. 281- 318.
- Haznedaroğlu C, Briç Terimleri Sözlüğü, <[https://www.academia.edu/7790864/ANS%C4%B0KLOPED%C4%B0K\\_BR%C4%B0%C3%87\\_S%C3%96ZL%C3%9C%C4%9E%C3%9C](https://www.academia.edu/7790864/ANS%C4%B0KLOPED%C4%B0K_BR%C4%B0%C3%87_S%C3%96ZL%C3%9C%C4%9E%C3%9C)> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020.
- Heermann P W/Götze S, Zivilrechtliche Haftung im Sport, Berliner Wissenschafts-Verlag, Baden-Baden 2002.
- Heicapell M C, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des erwachsenen Sportlers, Cuvillier Verlag, Göttingen 2016.
- Hitzler R, “Ist Sport Kultur?”, 1991, 20 (6), Zeitschrift für Soziologie, s. 479-487.
- Holzke Frank, Der Begriff des Sports im deutschen und europäischen Recht, 2001, <<https://kups.ub.uni-koeln.de/989/1/11v4164.pdf>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2020.
- Holzhäuser F/Bagger T/Schenk M, “Ist E-Sport “echter” Sport?”, 2016, 3, SpuRt- Zeitschrift für Sport und Recht, s. 94-98.
- Kaiser M, Sportrecht – Berücksichtigung der Interessen des Sports in der Rechtsordnung, Weblaw, Bern 2011.
- Katrin M, “Weißbuch Sport und Lissabon Vertrag: Der Sport in der EU auf neuen Wegen”, in Sander G/Sasdi A (Ed.), Sport im Spannungsfeld von

Recht, Wirtschaft und europäischen Grundfreiheiten, Logos-Verlag, Berlin 2009, s. 179-192.

Ketteler G, “Sport als Rechtsbegriff”, 1997, 3, SpuRt- Zeitschrift für Sport und Recht, s. 73-77.

Krüger M, “Sport – Begriff und Geschichte (Historische und internationale) Sportbegriffe”, in Güllich A/ Krüger M (Ed.), Grundlagen von Sport und Sportwissenschaft: Handbuchs Sport und Sportwissenschaft, Springer Verlag, 2020, s. 3-7.

Lorenz K, On Aggression, Londra 2002.

Mustafaoğlu R, “E-Spor, Spor ve Fiziksel Aktivite”, 2018, 2(2), Ulusal Bilim Spor Dergisi, s. 84-96.

Niedobitek M, “AEUV Art. 165”, in Streinz R (Ed.), EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl. 2012.

Özer U/Çolakoğlu T, “Çağdaş Spor Bilincinin Oluşmasına İlişkin Spor Yöneticilerinin Görüşleri”, 2017, 1(2), Ulusal Spor Bilimleri Dergisi, s. 1-11.

Parrish R/Garcia B/Miettinen S/Siekman R, “Der Vertrag Von Lissabon Und Die Sportpolitik Der Europäischen Union”, Studie, Ausschuss für Kultur und Bildung des Europäischen Parlaments, 2010.

Pfister B/Steiner U, Sportrecht von A-Z, München 1995.

Riesenhuber K/İnce N, “Avrupa Birliği Özel Hukukunda Yorum Problemi ve Avrupa Adalet Divanı'nın Kararları”, 2014, 12, Legal Hukuk Dergisi, s.85-143.

Röthig P/Prohl R, Sportwissenschaftliches Lexikon, Schorndorf 2003.

Steinkampf E, Was ist eigentlich Sport? Ein Konzept zu seinem Verständnis, Wuppertal 1983.

Stone J, Lehrbuch der Rechtssoziologie Bd. 1, Rombach, Freiburg 1976.

Streinz R, “Bosman und kein Ende? – Die geplante „6+5“-Regel der FIFA im Lichte des Europarechts”, in: Festschrift für Udo Steiner, 2009, s. 854-871.

Streinz R/Ohler C/Hermann C, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU,

C.H. Beck München. 2010.

Tarakçıoğlu S/ Elmas S, “Türkiye’ nin Olimpiyat Adaylıkları Üzerine Nitel Bir Araştırma”, 2019, 4(3), Gaziantep Üniversitesi Spor Bilimleri Dergisi, s. 304-318.

Tiedemann C, “Sport”- a suggested definition, <<http://www.sport-geschichte.de/tiedemann/documents/DefinitionSportEnglish.pdf>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2020.

Yaykın E, Sorularda Briç, <<http://www2.tbriçfed.org.tr/docs/BriçTeknik/sorulardabric.pdf>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.

Wissenschaftlicher Beirat des DSB, “zur Definition des Sports”, Sportwissenschaft, Schorndorf, 10, 1980, 4, s. 437 - 439.

Zeilner F, Grundlagen des Sportrechts, Organisation des Sports, Taschenbuch, Linz 2005.



# İNGİLİZ HUKUKUNA GÖRE BİR OBJEKTİF SORUMLULUK HALİ OLARAK HAYVAN BULUNDURANIN SORUMLULUĞU

İhsan HÜSEYİN\*

## ÖZ

*İngiliz hukukuna göre hayvan bulunduranın sorumluluğu, yargı içtihatlarına dayalı olan ortak hukuka (Common Law) ve 1971 tarihli Hayvan Yasasına (Animals Act 1971) tabidir. Yazılı nitelikte olmayan ortak hukuka göre hayvan eylemlerinden dolayı hayvan bulunduranın sorumluluğu, kusura dayalıdır. Burada sorumluluk ihmal, rahatsızlık verme ve saldırı esasına dayalıdır. Aslında bahsedilen hallerde, zarar; doğrudan doğruya hayvanın içgüdüsel bir hareketinden dolayı değil, dışarıdan gelen daha doğrusu hayvan bulunduranın bir olumlu veya olumsuz fiili sonucu meydana gelmektedir. Yukarıda sözü edilen 1971 tarihli yasada ise, hayvan bulunduran için bir kusursuz sorumluluk hali öngörülmüştür. Söz konusu yasada tehlikeli hayvanlar ve tehlikeli olmayan hayvanlar ayrımı yapılmıştır. Gerek tehlikeli olan ve gerekse tehlikeli olmayan hayvanı bulunduran, zarar gören kişiye karşı kusursuz olarak sorumlu tutulmuştur. Ne var ki, tehlikeli olmayan hayvan bulunduranın kusursuz sorumluluğuna gidilmesi için, bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Kusursuz sorumluluk, tehlikeli hayvanlardan dolayı sorumluluk, tehlikeli olmayan hayvanlardan dolayı sorumluluk, 1971 tarihli Hayvan Yasası, ufak zarar.

## THE RESPONSIBILITY OF ANIMAL OWNER AS A FORM OF STRICT LIABILITY IN ENGLISH LAW

### ABSTRACT

*Under British law, the responsibility of the animal owner is subject to common law and the Animal Law of 1971. According to the common law, which is based on case law, the liability of the animal owner because of animal actions is based on the fault. Liability here is based on negligence, nuisance, and trespass. In fact, in the specified cases, the harm is not directly caused by the animal's instinctive movement,*

\* **Dr. Öğr. Üyesi,** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ YALOVA

**E- Posta:** ihsanzeynel@yahoo.com

**ORCID:** 0000-0003-0785-4861

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.870956

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 14/07/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 25/01/2021

*but by the positive or negative action of the owner. In the Animal Law of 1971, a strict liability for the animal owner is envisaged. In this law, animals are distinguished into two groups as dangerous animals and non-dangerous animals. Both dangerous and non-dangerous animals' owner has strict liability to the injured person. However, in order to hold the non-dangerous animals' owner strictly responsible, some conditions must be met.*

**Keywords:** *Strict liability, liability for dangerous animals, liability for non-dangerous animals, Animals Act 1971, trivial damage*

## Giriş

Kara Avrupa'sı hukuk sisteminden farklı bir sistem benimsense de İngiliz hukukunda da haksız fiil sorumluluğu kuralı olarak kusura dayalıdır. Ne var ki İngiltere'de de zamanla bu kuralın katı bir şekilde uygulanmasının doğru bir sonuca götürmeyeceği anlaşılmıştır. Bu hukuk sisteminde objektif sorumluluğun doğuşunda 1868 yılında görülen Rylands&Fletcher davasının etkisi büyüktür<sup>1</sup>. Daha sonra sanayinin ve teknolojinin gelişmesi yeni enerji çeşitlerinin keşfi, bir haksız fiil sorumluluğu çeşidi olarak, objektif sorumluluğun ortaya çıkmasına yol açmıştır. Ancak diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi<sup>2</sup> İngiliz hukuk sisteminde de objektif sorumluluk halleri istisnadır. İstisnai olarak düzenlenen “hayvan bulunduranın sorumluluğu” bahsedilen objektif sorumluluk hallerinden biridir.

Modern hukuk sistemlerinde, hayvan bulunduranın veya hukuk doktrininde anılan diğer adıyla hayvan yönetenin sorumluluğu<sup>3</sup>, genel olarak özen yükümlülüğü esasına dayalı, objektif bir haksız fiil sorumluluğu hali olarak düzenlenmektedir. İctihada dayalı yazılı olmayan farklı bir hukuk sistemi uygulayan İngiliz hukukunda ise hayvan bulunduranın sorumluluğu,

<sup>1</sup> Rylands V. Fletcher, 1865, 3H&C774 1868 LR3HL.330 Hous of Lords (Bkz. Yunusf Selahaddin Ali, el Veciz Fi Şerhi Kanun'el Ahtaa el Medeniye'l İngilizî, 1. Baskı (et-Taba'l Ula), Menşurat Zeyn'el Hukukiye, Beyrut/ Lübnan, 2018, s. 479-480).

<sup>2</sup> İslam hukuk sistemi hariç, zira bu hukuk sisteminde sorumluluk esasen “zarar” unsuruna dayalıdır. Bu hukuk sisteminde haksız fiil alanında ‘nimet külfet’ (el gunmu bil gurum) kuralı uygulanır.

<sup>3</sup> İngiliz hukukunda, “hayvan bulunduran” yerine “hayvan korucusu” bazen de “hayvan sahibi” ya da “hayvanı kontrolünde bulunduran” tabirleri kullanılmaktadır. Sorumluluğun hükümleri bakımından bunlar arasında bir fark öngörülmediği için, çalışmada bu tabirlerin hepsini ifade etmek üzere “hayvan bulunduran” tabiri kullanılmıştır.



iki hukuki esasa dayanmaktadır. Bunlardan ilki yargı içtihatlarına dayanan ve yazılı olmayan ortak hukuk (Common Law) iken, diğeri ise 1971 tarihli Hayvan Yasası<sup>4</sup> (Animals Act 1971) olarak bilinen kanundur. Ortak hukuka göre, hayvan bulunduranın sorumluluğu, ihmâl, rahatsızlık verme ve kişilere saldırı sebepleri üzerine kurulu kusura dayalı bir haksız fiil sorumluluğudur. 1971 tarihli Hayvan Yasasına göre ise, hayvan bulunduranın (malik, koruyucu veya hayvanı kontrolü altında bulunduran) sorumluluğu, kusura dayanmayan objektif bir sebep sorumluluğu hali olarak değerlendirilmektedir. Bahsedilen yasa, hayvanları, tehlikeli olan ve tehlikeli olmayan hayvan olarak ikiye tasnif etmekte ve hayvan bulunduranın sorumluluğunu ve kapsamını, zarar veren hayvanın bahsedilen gruplardan hangisine dâhil olduğuna göre düzenlemektedir. Çalışmada, ilk olarak İngiliz hukukunda objektif sorumluluk kavramına ilişkin bazı bilgiler aktarıldıktan sonra, çalışmanın asıl konusu olan “hayvan bulunduranın sorumluluğu” incelenmiştir. İngiliz hukukunda hayvan bulunduranın sorumluluğu ortak hukuka ve 1971 tarihli Hayvan Yasasına dayanmaktadır. Buna göre, çalışmanın diğer kısımlarında ortak hukuka ve 1971 tarihli Hayvan Yasasının dayandığı esaslara değinilmiş olup, bahsedilen yasada hangi ölçüte göre, hayvanların tehlikeli olan ve tehlikeli olmayan hayvan olarak tasnif edildiği, hayvan bulunduranın sorumluluktan kurtulma imkânının olup olmadığı konuları iki başlık altında ele alınmıştır. İlk başlık altında, İngiliz hukukunda objektif sorumluluğun kavramı genel olarak incelenmiş olup, ikinci başlık altında ise, ortak hukuka göre, hayvan bulunduranın sorumluluğu ve daha sonra 1971 tarihli Hayvan Yasasına göre hayvan bulunduranın sorumluluğu incelenmiştir.

Bu çalışmada İngiliz hukukunda bir objektif sorumluluk hali olarak hayvan bulunduranın sorumluluğu incelenmiş olup yeri geldikçe Türk hukukundaki duruma dipnotlarda yer verilmiştir.

## **I. İngiliz Hukukunda Objektif Sorumluluk**

### **A. Genel Olarak**

İngiliz haksız fiil hukuku (law of tort), İngiliz yargı kararları üzerine kurulu yazılı olmayan kurallara dayanır. Genel olarak İngiliz hukukunda haksız fiil sorumluluğu kusura dayalıdır (fault-based tort). Ne var ki, daha sonra kusura dayalı bu sorumluluğa (fault-based liability) karşılık, kusura dayanmayan objektif sorumluluk (strict liability) denilen başka bir çeşit

---

<sup>4</sup> Yasa metni için bakınız; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/22> (E. T. 27. 06. 2020).

sorumluluk da vücut bulmuştur. İngiliz hukukunda haksız fiil sorumluluğu kural olarak kusura dayanır. Buna göre zararlı fiil, kast, ihmal veya kötü niyetle işlenmişse<sup>5</sup>, ortada kusura dayanan bir haksız fiil sorumluluğu vardır. Ancak istisnai olarak bazı hallerde, zararlı fiil kast, ihmal ya da kötü niyetle işlenmemiş olmasına rağmen, failin sorumluluğu söz konusu olur. Bu halde zarar görenin davalının fiili sonucu uğramış olduğu zararı ispat etmesi yeterlidir<sup>6</sup>. Ayrıca zarar görenin, failin kusurunu ispat etmesine gerek yoktur<sup>7</sup>.

İngiliz hukukunda genel anlamda objektif sorumluluğun doğuşunda Rylands&Fletcher davasının etkisi büyüktür. 1868 yılında görülen bu davaya esas teşkil eden olay, bir değirmencinin kendi özel mülkünde büyük bir su deposu inşa etmesidir. Değirmenci, su deposunu inşa ettiği yerin altında terk edilmiş maden galerisinin olduğunu bilmemektedir. Zamanla toprak, su deposu altında göçer ve sular kömür madenine nüfuz ederek, başta komşularına olmak üzere büyük zararlara yol açar. İlk bakıldığında ihmal nedeniyle ortaya çıkan bir zarar olarak görülse de, Lordlar Kamarası verdiği kararda bu ihmal üzerinde hiç durmamış, tehlikeli bir işletmesi olan kişilerin herhangi bir kusuru olmasa bile ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulacağını söylemiştir. Lordlar Kamarasının getirdiği bu yaklaşım, sadece İngiltere’de değil, ABD’de de emsal bir karar oluşturmuştur<sup>8</sup>.

İngiltere’de de sanayinin gelişmesi ve büyük önem arz eden yeni enerji kaynaklarının keşfi, birçok kişinin zarara uğramasına sebebiyet vermiştir. Bu hallerin çoğunda kusurun ispatı çok zor ve bazen de imkânsızdı.

<sup>5</sup> Türk hukuku açısından düşünüldüğünde fiilin kasıtlı ya da kötü niyetle işlenmiş olduğu arasında bir farkın varlığını ortaya koymak mümkün değildir. Ancak İngiliz hukukunda (ortak hukukta) muhtelif bir durum söz konusudur. İngiliz haksız fiil hukukunda, bütün fiillere uygulanan genel bir kural yoktur. Bu hukuk sisteminde bu hususta kendine özgü kazuistik bir usul uygulandığını söylemek mümkündür. Zira bahsedilen hukuk sisteminde üçlü bir tasnif benimsenmektedir. Buna göre bazı haksız fiiller ihmale, diğer bazı ise kasıt veya kötü niyete dayanmaktadır. Esasen İngiliz hukukunda, hukuka aykırılık ve kusur birbirinden bağımsız iki unsur olarak ele alınmamaktadır. Kusurun kendisinin maddi ve manevi olmak üzere iki unsurunun (yönünün) olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, . Maddi unsur, yapma veya yapmamadan ibarettir. Manevi unsur ise, üç görünümü vardır. Bunlar: ihmal, kötü niyet ve kasıttır. Objektif sorumlulukta, haksız fiilin diğer unsurlarına ilaveten sadece yapma ya da yapmamadan ibaret olan maddi unsur aranmaktadır.

<sup>6</sup> John Cooke, Law of Torts, Fourth Edition, Financial Times, Pitman Publishing 1999, s.4.

<sup>7</sup> Vera Bermingham, Nutshells Tort, sixth Edition, Sweet and Maxwell, 2003, s. 123.

<sup>8</sup> Ernst Caemmerer (Çev. Server, Tanilli), “Cansız Şeylerin Verdiği Zararlardan Sorumluluk ve Atom Tehlikesi”, 1960, 27 (1-4), İstanbul Üniversitesi Dergisi, s. 459, <<https://dergipark.org.tr/en/search?q=CAEMMERER%2C+Ernst&section=articles>> Erişim Tarihi 14. 06. 2020.

Fertlerin uğradığı zararlar doğrudan doğruya yeni keşfedilen enerjilerden olmasa da, dolaylı olarak bunlardan kaynaklanmaktaydı. Söz konusu enerji kaynaklarının kullanılması sonucu meydana gelen kimyasal ve radyasyon yayan atıklar belli bölgelere gömülmüştür<sup>9</sup>. Daha sonra söz konusu bölgeler, konutlara dönüştürülmüş ve büyük halk kitlesinin oturduğu yerleşim yerlerine dönüştürülmüştür. Zamanla bahsedilen atıklar, o bölgede oturan halk kitlesinin iyileşmesi imkânsız bazı hastalıklara yakalanmasına yol açmıştır. İngiliz halkı için büyük problem teşkil eden bahsedilen husus, yargıyı çözüm üretme hususunda adım atmaya itmiştir. Zira bahsedilen atıklardan olumsuz etkilenip hastalığa yakalanan kişiler, o bölgelerde konutların inşa edilmesine izin veren belediye meclislerine karşı tazminat davaları açmıştır<sup>10</sup>. Söz konusu davaları çözümlmek için İngiliz yargısının şu soruyu cevaplaması lazımdı: İhmal esasına dayanarak belediye meclislerinin zarara göre kişilere tazminat ödemeye mahkûm edilmeleri mümkün müdür? Bu hususta, belediye meclislerinin yukarıda bahsedilen atıkların insanın sağlık ve selametini olumsuz etkileyeceği ve tehlikeli sonuçlar doğuracağı hususunda kesin bir bilgisi olmadığının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Sonuç olarak bu olay, İngiliz hukukunu ve yargısını etkilemiş ve bu alanda bir dönüşüm sürecinin başlamasına yol açmıştır. Böylece İngiliz yargısının haksız fiil sorumluluğunun kusur unsuruna dayalı olduğu kanaati değişmiş ve bazı hallerle ilgili olarak zarar unsuruna dayalı sorumluluğu kabul etmiştir. Buna göre yargı, yukarıda bahsedilen davalarla ilgili olarak, artık zarara yol açabilecek bir tehlikenin varlığı hususunda bilgisi olmasa bile, davalının objektif sorumluluğunun söz konusu olabileceğine karar vermiştir. Hatta zararın meydana gelmesini engelleme imkânına sahip olmasa da yine de davalı sorumlu tutulabilir. Yargının burada bahsini ettiği sorumluluk çeşidi, objektif sorumluluk kavramı kapsamında ele alınan ve zarar unsuruna dayalı sorumluluktan başka bir şey değildir. Buna göre, İngiliz hukukunda objektif sorumluluğun ilk uygulama hali, tehlikeli nesnelere dolaylı sorumluluk halidir<sup>11</sup>.

## **B. İngiliz Hukukunda Objektif Sorumluluk Kavramı**

İngiliz doktrininde bir görüş<sup>12</sup> objektif sorumluluğu (strict liability), “ihmal, kasıt veya kötüniyetin ispatının gerekli olmadığı sorumluluk” olarak

---

<sup>9</sup> Caemmerer (Çev. Tanilli), s. 457-458.

<sup>10</sup> Linda Edwards/ Stanley Edwards/ Kirtley Patricia Wells, Tort Law, Fifth Edition, Delmar, 2012, s. 136.

<sup>11</sup> ALİ, s. 480.

<sup>12</sup> Bkz. Edwards Linda/ Edwards Stanley/ Wells, s. 239.

tanımlamaktadır. Fail zararlı fiili kasten, ihmal sonucu ya da kötüniyetle işlerse, ortada kusura dayalı bir haksız fiil sorumluluğu vardır. Burada haksız fiilin manevi unsuru olan kusur, bahsedilen görünümünden birine bürünmüşse, bir kusur sorumluluğunun varlığından söz edilir. Oysa objektif sorumlulukta, sorumluluğun söz konusu olduğundan bahsedebilmesi için, zararın ispatı yeterlidir. Diğer bir görüşe göre ise<sup>13</sup> objektif sorumluluk yalnızca zarara dayalı olan haksız fiil sorumluluğunun negatif yönünü temsil eden bir çeşit sorumluluk olarak tanımlanmaktadır. Bunlara göre kusura dayalı sorumluluk, kusurun ispatını gerektiren ve haksız fiil sorumluluğunun pozitif yönünü gösteren bir sorumluluktur. İngiliz doktrininde objektif sorumluluğu, mutlak sorumluluk olarak adlandıran İngiliz yargısının tutumu eleştirilmektedir<sup>14</sup>. Zira İngiliz yargısı objektif sorumluluğu (Strict Liability) ile mutlak sorumluluğu (Absolute Liability) eşanlamli kavramlar olarak kullanmaktadır. Oysa bunlar birbirinden farklı iki sorumluluk çeşididir. Objektif sorumlulukta, davalının, karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü güç (Unforeseen Intervening Cause) gibi dış müdahalenin meydana geldiğini ispat etmesi halinde, sorumluluktan kurtulması mümkün iken, mutlak sorumlulukta bu gibi savunmaları ileri sürüp sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Dolayısıyla, 1965 tarihli Nükleer İşletmeler Yasası (Nuclear Installation Act 1965) hariç, objektif sorumluluk halleri mutlak sorumluluk değildir. Bahsedilen yasaya göre, nükleer faaliyetlerden dolayı sorumluluk mutlak sorumluluktur. Zira bu halde herhangi bir savunmaya dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Oysa objektif sorumluluk hallerinde, davalının bazı savunmaları ileri sürüp sorumluluktan kurtulması mümkündür<sup>15</sup>.

Objektif sorumluluk, İngiliz haksız fiil hukukunda mevcut kusura dayalı haksız fiil sorumluluğuna bazı yönleriyle benzerdir. Bilindiği gibi, İngiliz hukukunda haksız fiil hukuku İngiliz yargısının koyduğu yazılı nitelikte olmayan hukuk kurallarından ibarettir.

Kusurun görünümünden biri olan ihmale dayalı haksız fiil hallerinde, zararlı fiil, dikkatsizlik, özensizlik ve tedbirsizlikle işlenmekte ve bir başkasının zarara uğramasını yol açmaktadır<sup>16</sup>. İhmale dayalı haksız fiil sorumluluğu

<sup>13</sup> Cooke, s. 11.

<sup>14</sup> Bkz. Edwards Linda/ Edwards Stanley/ Wells, s.. 326.

<sup>15</sup> Cooke, s. 11.

<sup>16</sup> John G. Fleming, An Introduction to the Law of Torts, Second Edition, Clarendon Law Series, Clarendon Press, 1985, s.11.

ve objektif sorumlulukta bazı savunmaları ileri sürüp sorumluluktan kurtulmak mümkündür. Mesela, zarar görenin ihmal şeklindeki ortak kusuru (contributorily negligence), zarar görenin rızasını (volenti non fit injuria) veya mücbir sebep gibi<sup>17</sup> harici bir sebepten kaynaklanan bir olayın vuku bulduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulmak mümkündür<sup>18</sup>. Objektif sorumlulukta da davalı aynı savunmaları ileri sürüp sorumluluktan kurtulabilir. İngiliz hukuk doktrininde aktarılan bilgilere göre, objektif sorumluluk ile ihmale dayanan sorumluluk arasında yukarıda bahsedilen benzerliğe karşın, her iki sorumluluk arasında önemli farklar vardır. Buna göre, objektif sorumluluktan söz edebilmek için, sadece zararın ispatı yeterlidir<sup>19</sup>. Oysa ihmale dayalı haksız fiil sorumluluğunda kusurun (ihmalin) ispatı da gerekmektedir. Zira objektif sorumluluk hallerinde objektif sorumluluk teorisine dayanan bir sorumluluk söz konusudur. Kusura (ihmale) dayalı sorumlulukta ise sorumluluk, sübjektif sorumluluk teorisine dayanmaktadır<sup>20</sup>.

İngiliz hukuk doktrininde, haksız fiil hukukunda düzenlenmiş bulunan ve kusura (kasta) dayalı olan “taşınmaza saldırıdan kaynaklanan sorumluluk”

---

<sup>17</sup> Bkz. Cathrine Elliot/ Frances Quinn, Tort Law, Eighth Edition, Longman, Pearson, 2011, s. 298-300; Edwards Linda/ Edwards Stanley/ Wells, s. 328.

<sup>18</sup> Anlaşıldığını göre, İngiliz hukukunda haksız fiilin birbirinden ayrı olan “hukuka aykırılık” ve “kusur” arasındaki sınır net bir şekilde çizilmemiştir. Zarar görenin rızası, şartları gerçekleşmişse, hukuka aykırılığı ortadan kaldırır ve kendisine ödenecek tazminatı etkiler; tazminattan indirim yapılmasını ya da tazminat hiç ödenmemesinin kararlaştırılmasına yol açar (TBK. m. 52/1). Ayrıca, zarar görenin kusuru ve karşı konulamayacak güç (mücbir sebep), bizim hukukumuzda göre, haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için, gerçekleşmesi gereken unsurlardan olan “illiyet bağı”nı kesen sebeplerdendir. Ne var ki Türk hukukunda zarar görenin herhangi bir kusuru değil, kasıt ya da ağır ihmal derecesindeki ağır kusuru ancak hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki illiyet bağını keser. Başka bir ifadeyle zarar görenin tam kusuru ancak illiyet bağını keser (Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2019, s. 588-591; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 305; Özcan Günergök/ Şaban Kayıhan, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, 1. Baskı, Umuttepe, Kocaeli, 2020, s. 475). Belki zarar görenin kusur derecesi, kendisine ödenecek tazminat miktarını etkiler; tazminattan indirim yapılmasına ya da tazminatın tamamen ortadan kaldırılmasına yol açar (TBK. m. 52/1). Zarar görenin kusuru illiyet bağını kesmemiş, sadece zararlı sonucun doğmasına diğer sebeplerle birlikte katkıda bulunmuşsa, ortak illiyetten bahsedilir. Bu durumda sorumluluktan kurtulma değil, tazminattan indirim söz konusu olur (Eren, s. 588).

<sup>19</sup> Zararın yanı sıra, objektif sorumluluğun maddi unsuru olan yapma veya yapmama fiilinin de vukuu bulunmuş olması gerekmektedir (Elliot/ Quinn, s. 5). Ayrıca yapma ve yapmama fiili ile zarar arasında illiyet bağı bulunması da gerekir.

<sup>20</sup> Bkz. Charles David, Baker, Tort (Concise college texts), Sweet and Maxwell, 1972, s. 151; Ayrıca Bkz. Cooke, s.8; Elliot/ Quinn, s. 4.

(trespass to land) ile objektif sorumluluk arasında bir karşılaştırma yapılmaktadır<sup>21</sup>. Aktarılan bilgilere göre, bir hal hariç bu iki çeşit sorumluluk dışında bir benzerlik yoktur. Zira taşınmaza saldırıdan kaynaklanan haksız fiil sorumluluğu adı üstünde bir saldırıya, bir kasta dayanmaktadır. Daha doğrusu haksız fiil hukukunda düzenlenen ve taşınmazlara saldırı fiilinden dolayı sorumluluk hali olarak bilinen sorumlulukta ise, kusurun görünümünden olan kast ve kötü niyet gerçekleşmektedir. Oysa objektif sorumlulukta haksız fiilin manevi unsuru olan kusur aranmamaktadır<sup>22</sup>; burada sorumluluk zarara dayanır. Zarar objektif sorumluluğun cevheri bir unsurdur. Taşınmaza saldırıya dayalı haksız fiil sorumluluğunun objektif sorumlulukla benzer olan hali ise, taşınmazların üzerinden geçen uçaklardan düşen cisimler sonucu zarara uğraması halidir. İstisnai olarak sadece bahsedilen bu iki çeşit sorumluluk birbirine benzerdir. Zira bahsedilen halde esasen kusura dayalı olan haksız fiil sorumluluğu hali zarara dayalı haksız fiil haline dönüşmektedir<sup>23</sup>.

Kısacası İngiliz hukukunda objektif sorumluluk, zarar unsuruna dayalı bir çeşit haksız fiil sorumluluğudur. Bu sorumluluktan bahsedebilmek için, kusurun görünümünden birinin (ihmal, kötüniyet veya kastın) ispat edilmesine gerek yoktur. İngiliz hukukunda objektif sorumluluk, sorumluluğa ilişkin objektif teori çerçevesinde ele alınmaktadır. Bahsedilen teori ise kusur esasına dayalı olmayan bir teoridir. Bu hukuk sisteminde objektif sorumluluğun bir diğer özelliği, bu çeşit sorumluluğun uygulama alanının darlığıdır. Sınırlı olarak düzenlenen objektif sorumluluk halleri: tehlikeli nesnelere dolayı sorumluluk (responsibility for dangerous things), ayıplı ürünlerden dolayı sorumluluk (liability for defective products), hayvan eyleminden dolayı sorumluluk (liability for animals/hayvan bulunduranın sorumluluğu), adam çalıştıranın sorumluluğu (employer's vicarious liability) ve rahatsızlık vermektan kaynaklanan sorumluluk (responsibility based on nuisance action) gibi hallerden ibarettir<sup>24</sup>. İngiliz hukukunda objektif

<sup>21</sup> İngiliz hukukunda, "Law of Torts"ta düzenlenmiş bulunan taşınmaza saldırı fiiline dayalı sorumluluk hali (trespass to land) olarak bilinen haksız fiil sorumluluğu hali şu şekilde tanımlanmaktadır: " kasıtlı olarak başkasının arazisine girme veya gerekçesiz olarak başkasının taşınmazı üzerindeki zilyetliğine saldırmadır" (Michael A. Jones, Law of Torts, Financial Times, Pitman Publishing, 1999, s. 215)

<sup>22</sup> İngiliz hukukunda kusurun üç görünümü vardır. Kusurdan söz edebilmek için en az bu görünümünden birinin gerçekleşmesi gerekir. Bu görünüm ise sırasıyla şöyledir: Kasıt (intention), kötüniyet (malice) ve ihmal (negligence) dir.

<sup>23</sup> Cooke, s. 217.

<sup>24</sup> Bkz. Edwards Linda/ Edwards Stanley/ Wells, s. 328.

sorumluluğun unsurları sırasıyla şöyledir: yapma veya yapmama fiili, zarar ve illiyet (causation) bağıdır. Kusura dayalı sorumluluk hali ise, maddi ve manevi unsurdan oluşan kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarından oluşmaktadır<sup>25</sup>. Bu çeşit sorumluluğun bir diğer özelliği, kural olarak mutlak bir sorumluluk (absolute liability) olmamasıdır<sup>26</sup>. Davalının İngiliz yargısının koyduğu bazı savunmaları ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkündür.

## II. İngiliz Hukukunda Havan Bulunduranın Sorumluluğu

### A. Sorumluluğun Tarihçesi

İngiliz hukukunda hayvan bulunduranın sorumluluğu hususunda halen yürürlükte olan kurallar “1971 Tarihli Hayvan Yasası” içerisinde yer almaktadır. Ancak bundan öncesine kısaca bakmak gerekirse, orta çağda hayvan bulunduranın sorumluluğu, kişinin sahip olduğu hayvanın tehlikeliliğini bilip bilmemesine göre belirlenmekteydi. Eğer hayvan sahibi, hayvanın zarar verme eğilimini biliyorsa ve bu durum kanıtlanırsa, hayvan ve hayvanın sahibi cezalandırılırdı<sup>27</sup>. İngiltere’de sonraki dönemlere baktığımızda ise, bu sefer karşımıza “scienter” kuralı çıkmaktadır. Hayvan bulunduranın sorumluluğu konusunda ortak hukukun dayandığı söz konusu kurala göre, sahip olduğu hayvanın tehlikeli bir türe ait olduğunu ya da hayvanın tehlikeliliğini bilen kişi, onun verdiği zararlardan sorumludur<sup>28</sup>. Bu anlayışla birlikte aslında hayvanlar tehlikeli olan ve olmayan şeklinde ikili ayırımı tabi tutulmuş oldu ve tehlikeli olmayan hayvanlar sorumluluk kapsamına alınmadı. Bu kuralı en iyi anlamamızı sağlayacak olan dava 1932 tarihli Farndon&Harcourt-Rivington davasıdır. Olayda davalı “airedale terrier” cinsi köpeğini hava sıcak olduğu

---

<sup>25</sup> İngiliz hukukunda Türk hukukundan farklı olarak hukuka aykırılık müstakil bir unsur olarak ele alınmamaktadır. Buna göre, kusur maddi unsur ve manevi unsur olarak iki unsurdan oluşur. Maddi unsur, yapma veya yapmama ibarettir. Manevi unsur ise, üç görünümü vardır. Bunlar: ihmal, kötü niyet ve kasıttır. Objektif sorumluluktan söz edebilmek için, zarar ve illiyet unsurunun yanında bir de yapma ya da yapmama şeklinde gerçekleşen manevi unsurun gerçekleşmesi gerekir. Kusura dayalı sorumluluğun unsurları ise: yapma ya da yapmama fiilinin kasten, kötüniyetle veya ihmal sonucu işlenmiş olması, ayrıca zarar ve illiyet bağı unsurlarının gerçekleşmesidir.

<sup>26</sup> Nükleer işletmelerden kaynaklanan sorumluluk, mutlak bir sorumluluktur. Zarar varsa sorumlulukta vardır. Davalının herhangi bir savunmayı ileri sürüp sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

<sup>27</sup> Juliet Chevalier-Watts “Civil liability for animals” Mountbatten Journal of Legal Studies, December 2007, 11 (1&2), s. 56 <<https://ssudl.solent.ac.uk/id/eprint/1314/>> Erişim Tarihi 15. 06. 2020.

<sup>28</sup> Chevalier-Watts, s. 61.

için arabanın içerisinde bırakıp markete girer. Bu esnada köpek arabanın camını kırarak dışarı çıkar. Kırılan camlardan bir parçası yolda yürüyen bir kişinin gözüne girer ve o kişinin gözünü kaybetmesine yol açar. Bu olayda mahkeme, bu cins köpeğin tehlikeli cinslerden sayılmadığını ve sahibinin de böyle bir önbilgisinin olamayacağını söyleyerek köpeğin sahibini zarardan sorumlu tutmamıştır<sup>29</sup>.

Zamanla İngiliz yargıçlar, mevcut bu hukuktan memnuniyetsizliklerini dile getirmeye başlar ve “scienter” kuralının modern yaşamla uyumlu olmadığı eleştirisi getirirler.<sup>30</sup> Bu görüşlerin sonucu olarak da İngiliz Hukuk Komisyonu’nun, hukuku modernize etme ve sadeleştirme amacıyla sunduğu rapor doğrultusunda “1971 Hayvan Yasası” çıkartılır<sup>31</sup>. Ne var ki İngiliz hukukunda var olan eski anlayış (hayvan bulunduranın sorumluluğu hususunda scienter kuralına dayalı ortak hukuk) bugün yürürlükte olan hayvan yasasında etkisini sürdürmektedir. Zira bu yasada da hayvanlar tehlikeli olan ve tehlikeli olmayan hayvanlar olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuş ve hayvanın bulunduranın sorumluluğu da buna göre belirlenmiştir.

## **B. Hayvan, Hayvan Bulunduran ve Zarar Kavramı**

1971 tarihli Hayvan Yasasında (Animals Act 1971), hayvan kavramı için bir tanım yer almamaktadır. Hayvan Refahı Yasası’na (Animal Welfare Act 2006) baktığımızda hayvanı, insan dışındaki diğer omurgalı canlılar olarak tanımlarken<sup>32</sup> Oxford Sözlüğü de organik maddeyle beslenen yaşayan organizma olarak tanımlamıştır<sup>33</sup>.

1971 tarihli Hayvan Yasasınının 6. maddesinin 3. bendinde hayvan bulunduranın kim olduğu belirlenmiştir. Hayvan bulunduran: hayvanın sahibi, hayvanın maliki veya hayvanı kontrolünde bulunduran kişidir. Bunlara

<sup>29</sup> Chevalier-Watts, s. 61-62.

<sup>30</sup> Chevalier-Watts, s. 61-68.

<sup>31</sup> Racheal Mulheron, Principles of Tort Law, Cambridge University Press, September 2016, s.76; Yasa metni için bakınız <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/22>> Erişim Tarihi 27. 06. 2020.

<sup>32</sup> Animal Welfare Act 2006, m.1/1; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/section/1>

<sup>33</sup> Türk hukuk doktrininde yer alan bilgilere göre, TBK. m. 67’ e hayvan bulunduranın objektif sorumluluğuna gidilebilmesi için, kişiler tarafından bakılabilen, yönetilebilen, kontrol edilebilen ve üzerinde hakimiyet kurulabilen bir hayvan olması gerekir. Burada (TBK. m. 67’ de) ifade edilen hayvan kavramı zoolojik manada hayvan değildir ( Eren, s. 658; Antalya, s. 293). Buna göre, bakteri ve virüs gibi mikroplar, bit pire gibi şeyler, hayvan kavramına girmez. Bunları bulaştırırlar TBK. m. 49’ a göre sorumlu olurlar (Eren, s. 658).



ilaveten ev başkanı, başkanlığına tabi 16 yaşından küçüklerin sahip olduğu hayvanların üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı, hayvan bulunduran olarak zarar gören kişiye karşı sorumludur.

Bahsedilen yasanın 11. maddesinde ise hayvan bulunduranın hangi zararlardan dolayı sorumlu olduğu belirlenmiştir. Buna göre zarar, ölümü, her türlü yaralanmayı, sakatlanmayı, hastalıkları ve fiziksel veya zihinsel her türlü noksanlığı kapsar. Keza hayvan bulunduran, hayvanın mala ya da başka bir hayvana verdiği zararlardan dolayı da sorumludur.

### **C. Ortak Hukuka (Common Law) Göre Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, İngiliz hukukunda hayvan bulunduranın sorumluluğu, iki ayrı hukuk kuralına tabidir. Bunlardan ilki, yargı içtihatlarına dayalı ortak hukuk ve diğeri ise, 1971 tarihli Hayvan Yasasıdır (Animals Act 1971)<sup>34</sup>. Yazılı nitelikte olmayan ortak hukukta hayvan bulunduranın sorumluluğu kusura dayalı bir çeşit haksız fiil sorumluluğudur. Ortak hukuka göre, kusura dayalı bir haksız fiil sorumluluğu olan hayvan bulunduranın ihmâl (negligence), rahatsızlık verme (nuisance)ve kişilere saldırı (trespass to the person) esasına dayanır<sup>35</sup>. Bu hukuka göre, kusurun (zararlı fiilin) kaynağı ya hayvan bulunduran kişidir ya da hayvanın hareketidir.

#### **1. Hayvan bulunduranın İhmâl (negligence) Dayalı Sorumluluğu**

İhmâl dayalı haksız fiil sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğunun en yaygın çeşididir. Ortak hukukta kabul edilen sabit kurallardan biri de, hayvan bulunduranın, hayvanın başkasının şahsına ya da mallarına verdiği zararlardan sorumlu olmasıdır. Ne var ki, hayvan bulunduranın sorumluluğuna gidilebilmesi için makul beklentinin veya makul öngörülebilirlik (reasonable foreseeability) şartının gerçekleşmesi gerekir. Buna dayanarak hayvan bulunduranın ihmâl dayalı sorumluluğuna gidilmesi için, hayvanın, vuku bulmuş zarar gibi bir zarara sebebiyet verebileceği beklentisinin olması gerekmektedir. Meydana gelen zararın beklenen bir zarar olup olmadığının takdirinde objektif bir kriter uygulanmaktadır<sup>36</sup>. Burada kriter mutad düzeydeki kişi kriteridir<sup>37</sup>. Buna göre, mutad ya da orta düzeydeki

---

<sup>34</sup> Cooke, s. 253.

<sup>35</sup> Bermingham, s. 131.

<sup>36</sup> Elliot/Quinn, s. 340.

<sup>37</sup> Bkz. Edward J. Kionka, Torts in a Nutshell, Fifth Edition, west, Thomson Reuters Business,

kişilere göre, hayvanın vuku bulmuş zarar gibi bir zararı verebileceği beklenmekteyse, hayvan bulunduran ihmali esasına dayalı olarak sorumlu tutulur ve zarar gören kişi tazminat ödemeye mahkûm edilir. Mesela, *Draper v. Holdder 1972* davasında hayvan sahibi, yukarıda bahsedilen esasa göre sorumlu tutulmuştur. Söz konusu davaya göre, davacı (çocuk), *Jack Russell* ırkı köpeklerin vahşice saldırısına uğramıştır. Köpekler davacının bulunduğu yerin yakınındaki bir binadan hareket ederek saldırmışlardır. Köpekler daha önce kimseye bu şekilde saldırmamışlardır. Ancak bu ırk köpeklerin toplu bir şekilde guruplar halinde koşma eğilimlerinin olduğu bilinen verilerdendir. Mahkemeye göre, malum köpeklerin sahibi uzman bir köpek yetiştiricisidir. Dolayısıyla o, bu ırka mensup köpeklerin guruplar halinde geldiklerinde, hareket eden kişi ve eşyalara saldırma eğilimlerinin olduğunu bilmelidir. Ayrıca davalı köpeklerin çocuğun bulunduğu binaya doğru her zaman hızla koştuklarını bilmektedir. Dolayısıyla bir gün bu köpeklerin başkalarına saldıracağı ihtimalini göz önünde bulundurup, saldırının gerçekleşmesini önlemek adına gerekli engel ve bariyerleri yapmalıydı. *pitcher v. Martin 1937* davasında da davalının sorumluluğu ihmale dayalıdır. Davaya konu olayda , davalının gezdirmeye çıkardığı köpek, davacının yürüyüş yaptığı platforma geçmiş ve daha sonra sahibinin kontrolünden çıkmıştır. Köpeğin kendisine yaklaştığı esnada davacı paniklemiş, ayağı takılarak düşmüş ve cismani zarara uğramıştır. Mahkeme, ihmale dayalı olarak davalının (köpeğin sahibini) sorumlu tutmuştur.

## 2. Hayvan Bulunduranın Rahtsızlık Verme (nuisance) Esasına Dayalı Sorumluluğu

Hayvanlar, yaydıkları gürültü ve kötü kokudan dolayı komşuları rahatsız edebilirler. Buna maruz kalanlar, rahatsızlık verme esasına dayanarak haksız fiil davası açıp sahiplerini ya da hayvanı kontrolünde bulunduran kişiyi sorumlu tutmaları mümkündür. Mesela, *Leeman v. Mantagu 1936* davasında rahatsızlık esasına dayanarak horozun sahibi sorumlu tutulmuştur. Buna göre, her gün sabah tam ikide öttüğü için horoz rahatsızlık verme kaynağı olarak değerlendirilmiş ve sahibi sorumlu tutulmuştur. *Weeler v. JJ Saunders 1996* davasında da domuzların yaydığı kötü kokunun rahatsızlık kaynağı

---

2010, s. 1; Cathy Okrent. Torts and Personal Injury Law. Fourth Edition. DELMAR, 2015; 34; Simon Deakin/ Angus Johnston/ Basil Markesinis, Markesinis and Deakin's Tort law, Seventh Edition .Clarendon Press, Oxford , 2013, s. 201; William Buckley/ Cathy Okrent, Torts & Personal Injury Law, Third Edition, THOMSON, DELMAR LEARNING, 2003, s.24.

olduğu kararı verilmiştir<sup>38</sup>. *Pitcher V. 1937* olarak bilinen davada da İngiliz yargısı ihmal (negligence) ve rahatsızlık verme (nuisance) esasına dayanarak sahibinin kontrolünden kurutulup başkalarına zarar veren köpeğin sahibinin sorumluluğuna karar vermiştir.

### **3. Hayvan Bulunduranın Başkasına Saldırı (trespass to the person) Esasına Dayalı Sorumluluğu**

Hayvan bulunduranın, hayvanı kullanarak başkasına saldırması mümkündür. Bu durumda hayvan bulunduranın kişiye saldırı esasına dayanarak sorumluluğu söz konusu olur. Bu da çoğu zaman doğrudan doğruya saldırı veya saldırı tehdidinde bulunma şeklinde olur. Mesela, hayvan sahibi, köpeğini kışkırtıp bir başkasının üzerine salar, köpek de onu ısırırsa, birinci halden bahsetmiş oluruz. Bu durumda köpeğin sahibi başkasına saldırmış gibi sorumlu olur. Diğer bir ifadeyle, bedeni şiddet fiilinden dolayı sorumluluğa benzer bir sorumluluk vardır. Ancak köpeği kışkırtıp bir başkasının üzerine salacağı tehdidinde bulunulursa, silah kullanarak bir başkasını tehdit eden kişi gibi, o kişiye karşı saldırı tehdidinde bulunma fiilinden dolayı sorumlu olunur<sup>39</sup>. Başka bir deyişle, bu halde, hayvan bulunduranın başkasına karşı silahını doğrultup bedensel tehditte bulunan kişi gibi bir sorumluluğu söz konusu olur. Bu iki halin yanı sıra hayvan bulunduran, kontrolündeki hayvanı kullanarak bir başkasına karşı sözlü saldırıda bulunabilir. Mesela bir kişi sözlü saldırıda bulunmak üzere papağanını eğitebilir. Bu halde de hayvan bulunduranın sorumluluğu, saldırı esasına dayalı bir sorumluluktur. Ancak

<sup>38</sup> Türk hukukunda, hayvan gürültüsü ve kokusu, hayvan bulunduranın sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 67'ye tabi değildir. Koku, gürültü vs. ile çevreye zarar veren etkiler meydana gelmişse, hayvan bulunduran, şartları varsa TMK. m. 730'a göre sorumlu olabilir (Eren, s. 659). Malum Türk hukukunda söz konusu madde, taşınmaz malikinin kusura dayanmayan (objektif) sorumluluğunu düzenlemektedir (Bu konuda bilgi edinmek için bakınız: M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul. 2014, s. 586-598; A. Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 7. Bası, Yetkin Basımevi, Ankara. 2019, s. 497-502.

<sup>39</sup> Türk hukukuna göre, TBK 67'ye göre, hayvan bulunduranın kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için, hayvanın zarara sebebiyet veren hareketinin içgüdüsel bir hareket olması gerekir. Zarar hayvanın içgüdüsel bir hareketi sonucu olmayıp dış etkenlerden (mesela, hayvanın üzerinde yürüdüğü zeminin çökmesi sonucu hayvan devrilmiş ve devrilirken bir kişiye çarpması hali) dolayı meydana gelmişse, TBK. m. 67 uygulanmaz (Kemal Oğuzman/ Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul. 2020, s. 159; Eren, s. 659; Gökhan, Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, C. II, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 295; Günerkök/ Kayıhan, s. 475). Yine doktrinde yer alan bilgilere göre, hayvan içgüdüseli ile hareket etmeyip, bir başkası tarafından tahrik edilmesi, eğitilmesi ya da yönlendirmesi sonucu hareket etmiş olsa bile, hayvan bulunduran meydana gelen zarardan dolayı sorumludur (Kılıçoğlu, s. 334; Antalya, s. 295).

burada, hayvan (papağan) bulunduranın, başkasının şeref ve haysiyetine saldırı ve hakaret etme fiilinden dolayı sorumluluğu söz konusu olur. Bahsedilen hallerin hepsi ortak hukuka tabi olup kusura dayalıdır<sup>40</sup>. İngiliz hukukunda bir objektif sorumluluk hali olarak, hayvan bulunduranın sorumluluğu ilk olarak 1971 tarihli Hayvan Yasası ile düzenlenmiştir. Söz konusu yasaya göre hayvan bulunduranın sorumluluğuna ilişkin detaylı bilgi aşağıda aktarılmıştır. Ancak burada vurgulanması gereken husus şudur ki, bahsedilen yasanın birinci maddesinde hayvan bulunduranın sorumluluğunun artık objektif bir sorumluluk olduğu ve ayrıca yasanın 2- 5 maddelerinin ortak hukuk yerine uygulanacağını düzenlenmiş olmasıdır. 1971 tarihli Hayvan Yasasının birinci maddesinde, yırtıcı hayvanların başkasına verdiği her türlü zarardan dolayı objektif sorumluluğun söz konusu olacağı hükmü yer almaktadır. Yasanın ikinci maddesinin birinci bendinde tehlikeli hayvan grubuna giren hayvanı bulunduranın, aksinin yasada öngörülmemiş olması halinde, hayvanın başkasına verdiği zararlardan dolayı objektif olarak sorumlu olduğu ifade edilmiştir. İngiliz doktrininde yer alan bilgilere göre, burada “aksinin öngörülmemiş olması” ifadesinden kasıt, yasada yer alan ve hayvan sahibinin sorumluluktan kurtulması için başvurabileceği savunmalar olduğu tespit edilmektedir<sup>41</sup>. Yasanın ikinci maddesinin ikinci bendinde, tehlikeli olmayan hayvanı bulunduranında hayvanın başkasına verdiği zararlardan dolayı sorumlu olduğu hükmü yer almaktadır. Bu durumda hayvan bulunduran gerekli özeni gösterdiğini kanıtlaya bile yine de sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Ne var ki, tehlikeli olmayan hayvanın başkasına verdiği zararlardan dolayı sahibinin sorumlu tutulabilmesi için, aşağıda ayrıntılı olarak incelenen bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

#### **D. İngiliz Hukukunda 1971 Tarihli Hayvan Yasasına Göre Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu**

Bu yasa gereğince hayvanlar, tehlikeli (yırtıcı) hayvanlar ve tehlikeli olmayan hayvanlar olarak iki gruba ayrılır<sup>42</sup>. Bu ikili ayırmada dikkat çeken husus, bir hayvanın tehlikeli hayvan olarak tasnifinin onun yırtıcı olmasına

<sup>40</sup> David Barnes/ Arthur Best, Basic Tort Law Case Status and Problems, Third Edition, Aspen Casebook Series, Walters Kluwer, 2010, s. 850.

<sup>41</sup> Peter Machin North, The Modern Law of Animals, Butterworths, London 1972, s. 25.

<sup>42</sup> Elliot/ Quinn, s. 341. Türk hukukuna göre, hayvan bulunduranın objektif sorumluluğuna gidilebilmesi için, zarara yol açan hayvanın cinsi önem taşımaz. Önemli olan kontrol altında bulunan bir hayvanın bulunmasıdır. Hayvan, tehlikeli olabileceği gibi, tehlikesiz de olabilir (Bkz. Eren, s. 658; Kılıçoğlu, s. 334; Antalya, s. 293-294). Hayvanın lüks, pahalı hayvan olmasıyla ucuz bir hayvan olması arasında bir fark yoktur (Eren, s. 658).

veya saldırıya uğrayan kişiyi yaralama kapasitesine sahip olmasına bağlı olmamasıdır. Söz konusu ikili ayırım, evcilleştirme imkânı oranı, hacminin büyüklüğü veya Britanya adalarında bilinen bir hayvan türü olup olmadığı gibi başka esaslara göre yapılmaktadır. Mesela, deve<sup>43</sup> Britanya adalarında bilinen bir hayvan türü olmadığı için, tehlikeli veya yırtıcı bir hayvan olarak tasnif edilmektedir. Hayvanın tehlikeli bir hayvan olarak tasnif edilmesi o hayvana yapılandırılmış değiştirilmez bir hafta değildir. Tehlikeli olmayan hayvan olarak tasnif edilen bir hayvanın veya hayvan grubunun daha sonra tehlikeli bir hayvan ya da hayvan grubu olarak tasnifinin değiştirilmesi mümkündür. Mesela Common Law'a göre, tehlikeli olmayan evcil, kontrol edilebilir ya da evcilleştirilebilir olarak tasnif edilen bir hayvan, daha sonra 1971 tarihli yasaya göre, tehlikeli bir hayvan olarak nitelendirilmiştir. Common Law'a göre evcil bir hayvan olarak kabul edilen deve, söz konusu yasaya göre, tehlikeli bir hayvan olarak tasnif edilmiştir. Aşağıda, 1971 tarihli yasanın sistematığıne uygun olarak havanlar, tehlikeli olan ve tehlikeli olmayan hayvanlar iki başlık altında incelenmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, 1971 tarihli Hayvan Yasasının birinci maddesi, hayvan bulunduranın sorumluluğunu bir objektif sorumluluk (strict liability) hali olarak düzenlemiştir. Bahsedilen maddede ayrıca yasanın 2-5. maddelerinin yeri uygulanacağı hükmü yer almaktadır. Yasa, daha önce de ifade edildiği üzere, hayvanları tehlikeli olan ve tehlikeli olmayan hayvanlar olarak ikiye ayırmıştır.

### **1. Tehlikeli Hayvanlardan Dolayı Sorumluluk**

1971 tarihli Hayvan Yasası, tehlikeli hayvanların sebebiyet verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu (liability for dangerous animals) düzenlemiştir. Bahsedilen yasa hayvanları, yırtıcı (fierce) ve kolay kontrol edilebilir (docile) olarak ikiye ayırmaktadır<sup>44</sup>. Yasanın altıncı maddesinde tehlikeli hayvanlar şöyle tanımlanmıştır: “*Britanya adalarında evcilleştirmesi yapılmayan her*

---

<sup>43</sup> Avustralya'da son zamanlarda çıkan yangınlarda, su kaynaklarını tüketiyor olması gerekçesiyle binlerce “deve” resmi makamlar tarafından helikopter ve çeşitli otomatik silahlar kullanılarak katledilmiştir. Bilindiği gibi develer, Avustralya'nın endemik canlı türlerinden değildir. 19. yüzyılda İngilizler tarafından Avustralya çölleri için kıtaya getirilen develerin nüfusu son yıllarda artış göstermeye başlamıştır. Kıta'da yaşayan “Koala” hayvanlarını yangından kurtaran kişiler kahraman olarak takdim edilirken, bahsedilen sebepten dolayı adaya daha sonra getirilen “develerin” resmi makamlar tarafından öldürülmeleri (yerli hayvan-yabancı hayvan!) düşündürücüdür. Bilineceği üzere Avustralya Anglo- Sakson (İngiliz) hukuk sistemini uygulayan ülkelerdendir.

<sup>44</sup> Cooke, John, s. 253.

*havan türü, dizginlenmez ve takyit edilmezse, doğası ve özellikleri gereği büyük zarar verebilen veya vermesi muhtemel her tür hayvan, tehlikeli hayvandır*". Başka bir ifadeyle, Birleşik Krallıkta genellikle evcil sayılmayan ve yetişkin haliyle ağır hasarlara sebep olabilecek ya da olması muhtemel bir karakteristiğe sahip hayvanlar tehlikeli hayvanlardır. Ağır hasarlara sebep olması muhtemel hayvan kategorisindeki en tipik örnek ise nadiren saldırganlık gösteren fillerdir<sup>45</sup>.Bahsedilen maddenin getirdiği tanıma göre iki tür tehlikeli hayvan vardır. Bunlardan ilki, Britanya adalarında evcilleştirilmeyen her türlü hayvan iken, diğeri takyit edilmedikleri halde, doğası gereği zarar verebilen veya zarar vermesi muhtemel olan her hayvan çeşididir. Buna göre, Britanya adalarında yetiştirilmeyen veya evcilleştirilmeyen hayvanlar tehlikeli hayvan olarak tasnif edilmektedir. Bu tür bir hayvanın tehlikeli hayvan olarak tasnif edilmesi için, iki ölçütün göz önünde bulundurulması gerekmektedir. İlk ölçüt, aslan ve kaplan gibi büyük zarar verme ihtimalinin varlığı ve ikinci ölçüt ise, aslında zararlı olmamakla birlikte, yine de büyük zararlara neden olabilmedir. Mesela, fil normalde zararlı bir hayvan değildir. Ama hacmi itibariyle çok iri olduğu için, bazen büyük zararlara sebebiyet verebilirler. Dolayısıyla tehlikeli hayvan grubu, evcil veya sevimli (pet) olmayan veya Britanya'da ya da orijinal yaşam yerinde çalışma hayvanı olarak kullanılmayan tüm hayvan çeşitlerini kapsar. Aslan ve kaplan gibi, orijinal yaşam alanı Britanya olmayan veya tilki ve kedi gibi Britanya coğrafyasında yaşayan yaban hayvanları da tehlikeli hayvan grubu kapsamında yer alır. Söz konusu yasa, bazı bölgelerde evcilleştirmesi gerçekleştirilen hayvanları, evcil hayvan olarak tasnif etmemiştir. Bu yasa, mesela Arap ülkelerinde evcilleştirilmesi gerçekleştirilmekte olmasına rağmen<sup>46</sup>, develeri evcil hayvan olarak kabul etmemiştir. Bunun tam aksine bahsedilen yasanın altıncı maddesinin ikinci bendi, develeri tehlikeli hayvan olarak tasnif etmiştir. Buna göre, bir hayvanın tehlikeli hayvan olarak tasnif edilmesi için, iki şart aranır. Bunlardan ilki, aslan ve kaplan gibi kontrol altına alınamayan ya da takyit edilmedikleri takdirde büyük zarara sebebiyet verme tehlikesinin olması ve diğeri, doğası itibariyle zararlı olmaması, ancak büyük zarara yol açmalarının muhtemel olmasıdır. Mesela *Behrens v. BertramMills* 1957 davasında, bahsedilen ikinci şart

<sup>45</sup> Behrens&Bertram Mills davasında, sirk hayvanı olan "bir inekten bile daha tehlikeli değil" diye anılan Bullu isimli fil, sirk alanına çıkmak için gişeden geçerken küçük bir köpekten korkar ve gişede bulunan diğer insanların üstüne basar. Örnekte olduğu gibi karakteristiği saldırganlık olmasa da,burada fil tehlikeli hayvan kategorisine girmiştir, çünkü sonuçları oldukça ağırdır <<https://lawexplores.com/liability-for-animals/>> Erişim Tarihi 15. 06. 2020).

<sup>46</sup> Elliot/ Quinn, s. 341.

veya ölçüt açık bir şekilde gerçekleşmiştir. Davaya konu olayda, davalıya ait bir Hint fili, davacının zarara uğramasına sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla İngiliz mahkemesi kararında şöyle bir hükme imza atmıştır “*bilindiği gibi, fil tehlikeli bir hayvan değildir. Hatta belki de tehlikeliliği inekten bile daha azdır. Kontrolde çıkmış olsa bile, büyük zarar verme ihtimali yoktur. Ancak hacmi itibarıyla büyük bir hayvan olması hasebiyle, bir zarara sebebiyet verirse, kesinlikle verdiği zarar büyük olacaktır. Dolayısıyla tehlikeli bir hayvan (feraenaturae) olarak tasnif edilir*”.

Hayvanların tehlikeli olan ve tehlikeli olmayan şeklinde ikiye ayrılımları, belli bir hayvana göre değil, o hayvanın dâhil olduğu grubun tamamını kapsar. Mesela *Behrens* davasında, filin sahibi mahkemede, filinin sessiz sakin bir fil olduğunu ve bir inekten daha fazla tehlikeli olmadığını ileri sürmüştür. Ancak mahkeme, filin kendi içinde tehlikeli bir hayvan olduğu, “*bu guruba giren bir filin sessiz ve sakin olup olmadığı nazara alınmaz*” gerekçesiyle fil sahibinin savunmasını reddetmiştir. 1971 tarihli hayvanlara ilişkin yasanın ikinci maddesinin birinci bendine göre, “*Bu yasada aksi kararlaştırılmamışsa, tehlikeli hayvan olarak tasnif edilen bir hayvanın zarara sebebiyet vermesi halinde, bahsedilen hayvanı bulunduran kişi, meydana gelen zarardan dolayı sorumludur*”. Söz konusu maddede yer alan “*bu yasada aksi kararlaştırılmamışsa veya aksini kararlaştıran bir kanun hükmü olmadığı sürece*” ibaresi, yabani veya tehlikeli hayvan bulunduranın, sorumluluktan kurtulabilmesi için, üç çeşit savunmada bulunacağına işaret etmektedir<sup>47</sup>. Bu üç savunmadan herhangi birine dayanamayan davalı, sorumlu olur. Bahsedilen savunma ise, zararlı fiil ile zarar arasında bulunan sebep sonuç ilişkisini kesen zarar görenin ortak kusuru (*contributorily negligence*), zarar görenin rızası (*volenti non fit injuria*) veya mücbir sebeptir. Buradaki sorumluluğunun çeşidi de zarar unsuruna dayalı objektif (strictliability) bir sorumluluktur<sup>48</sup>. Hayvan bulunduranın kusurunun olup olmaması bir önem arz etmez. Mahkeme, söz konusu kişinin bir ihmalinin olup olmasını veya zararın meydana gelmesini engellemek için gerekli özeni gösterip göstermediğini dikkate almaz. Davalı kişi, yukarıda bahsi geçen hükümde yer alan savunmalardan birini ileri süremez ya da söz konusu savunmalara dayanmakta başarısız olursa, hayvanın vermiş olduğu zarardan dolayı sorumlu olacaktır. Yukarıda bahsi geçen yasanın altıncı maddesinin üçüncü bendi ‘*hayvanı bulunduranın*’ kim olduğunu şu şekilde açıklamıştır: “*1. Hayvan üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan veya hayvanı*

---

<sup>47</sup> Elliot/ Quinn, s. 342.

<sup>48</sup> Bermingham, s. 132.

*zilyetliğinde bulunduran kişi, 2. On altı yaşından küçük olan hayvan malikinin veya zilyedinin tabii olduğu aile başkanı*". Yasanın altıncı maddesinin üçüncü bendinin "b" alt bendinde, küçüğün hayvan üzerinde mülkiyet veya zilyetlik hakkı olması hallerine ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu hallerde, aile başkanı olan baba veya vasi, küçüğe ait hayvanın başkasına vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumlu olur. Bahsedilen hükme göre, hayvanın sebebiyet verdiği zarar büyükse, söz konusu hayvan tehlikeli hayvan olarak tasnif edilmektedir. Buna rağmen, İngiliz mahkemeleri sorumluluğun söz konusu olması için, hayvanın sebebiyet verdiği zararın büyük olması şartını aramamaktadır. Buna göre, zarar gören kişi hayvanın eylemi sonucu ufak çapta (trivial damage) bir zarara uğramış olsa da tazminat davası açabilir. Ne var ki İngiliz yargısının bu tutumu doktrinde hukukçular tarafından eleştirilmektedir<sup>49</sup>. Buna göre, ufak zarar fiilen bir zararın vuku bulmamış olduğu anlamına gelir.

İngiliz hukukunda hayvan bulunduran kişi, eğer hayvanı tehlikeli türden ise doğacak her türlü zarardan sorumlu tutulmuştur. Bu sorumluluk, Mirvahedy&Henley davasına ilişkin Lord Nicholls of Birkenhead'in yaptığı yorumda, şu sözlerle anlatılmıştır: "*Eğer tehlikeli bir hayvan tutuluyorsa, hayvanın kaçmaması için her türlü önlem alınmış olsa bile sahibi bundan sorumlu tutulacaktır. Hayvanın tehlikeli olduğu önceden anlaşılmamış da olabilir. Burada sorumluluk sahibinin sorumluluğu hata yapıp yapılmamasından ya da hayvanın tehlikeli özelliklerini bilip bilmemesinden bağımsızdır*"<sup>50</sup>.

## 2. Tehlikeli Olmayan Hayvanlardan Dolayı Sorumluluk

1971 tarihli yasa, tehlikeli olmayan havanlardan (liability for non-dangerous animals) dolayı sorumluluğu da düzenlemiştir. Doğrusu, tehlikeli hayvan olarak tasnif edilmeyen geri kalan tüm hayvan çeşitleri, gerçekte tehlikeli hayvan değildirler. 1971 tarihli Hayvan Yasasının ikinci maddesinin ikinci bendi, tehlikeli olmayan hayvanlardan bahsetmektedir. Burada söylenmesi gereken husus, hayvanların tehlikeli olan ve tehlikeli olmayan hayvanlar olarak tasnifi münferit olarak belli bir hayvan bazında değil, bir bütün olarak hayvanın ait olduğu gruba veya sınıfa göre yapılmaktadır. Mesela, bir köpeğin vermiş olduğu zararlar, bahsedilen yasanın ikinci maddenin ikinci bendine göre değerlendirilir. Zira köpekler Britanya'da alelade evcilleştirilen

<sup>49</sup> Elliot/ Quinn, s. 342.

<sup>50</sup> <<https://publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030320/mirva-1.htm>> Erişim Tarihi 15. 06. 2020.



(eğitilen) hayvanlardandır. Dolayısıyla, köpekler, bir hukuki nitelendirme olan tehlikeli hayvanlar kategorine girmezler. Tehlikeli ve yırtıcı bir köpeğin, büyük bir zararın meydana gelmesine sebebiyet vermiş olması, köpeklerin tehlikeli olmayan hayvan kavramının dışına çıkarmaz. Mahkeme, bu tasnife tabi olan bir hayvanı münferit olarak veya özel bir durum olarak göz önünde bulundurmaz<sup>51</sup>. Yukarıda da ifade edildiği gibi, yasanın 2. maddesinin ikinci bendinde, bu tür hayvanlardan dolayı sorumluluk hali düzenlenmiştir. Buna göre hayvan bulunduran; aşağıdaki şartlardan sadece birinin gerçekleşmesi halinde, zarar gören kişiye karşı objektif olarak sorumlu olur:

a)Eğer zarar hayvanın sebep olabileceği türdence ya da hayvan ağır bir hasara sebep olabilecek türdence,

b)Zarar ya da ortaya çıkan ağır sonuçlar hayvanın karakteristiğinden kaynaklanmış ancak aynı türler arasında bu özelliğin olması olağan değilse ya da sadece bazı durumlarda mümkünse ve

c)Hayvanın bu karakteristiği, bulduran ya da bulduran adına hayvanı kontrol eden kişi tarafından bilinmekteyse veya hayvan bulduranın başkanı olduğu evde yaşayan 16 yaşından küçük olan kişinin hayvanın söz konusu karakteristik özelliğinin farkındaysa, hayvan bulduran zarar gören kişiye karşı sorumlu olur. Görüldüğü gibi, yasanın söz konusu hükmüne göre, tehlikeli hayvan kategorisi kapsamına girmeyen bir hayvan, bir zarara sebebiyet verirse, bu yasada aksi kararlaştırılmış değilse, söz konusu hayvanı bulduran sorumlu olacaktır. Buna göre, tehlikeli olmayan hayvan sahibinin sorumluluğundan söz edebilmek için, yukarıda sözü edilen şartlardan birinin gerçekleşmiş olması yeterlidir<sup>52</sup>. Bu yasaya göre, hayvan bulduranın sorumluluğu, zarar unsuruna dayalı objektif bir sorumluluktur (strict liability). Hayvan bulduranın bir kusur ya da ihmalinin bulunması aranmaz; hatta zararın vuku bulmasını engellemek adına elinden geleni yapmış olsa da yine de sorumlu olacaktır. Hayvan bulduranın sorumluluktan kurtulabilmesi için, yasada kendisine tanınan savunmalardan birini ileri sürmesi gerekir;

---

<sup>51</sup> Elliot/ Quinn, s. 342.

<sup>52</sup> Maddenin 'a' alt bendine baktığımızda, ilk kısımda bahsedilen “ hayvanın sebep olabileceği zarar” kavramı, “ihtimal dahilinde zarar verebilir” anlamında değil, “hayvandan yüksek oranda beklenebilir bir zarar” anlamında kullanılmıştır. Bu nedenle eğer hayvan daha önce bu yönde herhangi bir kötü özellik göstermemişse, davacının bu madde bendini ispatlaması oldukça zor olacaktır. Bendin ikinci kısmına baktığımızda ise, ilk kısmı ispatlayamayan davacı için ikinci bir yol gösterilmiştir ve genellikle cüsse olarak büyük hayvanların ağır hasarlar verebileceği kabul edilmektedir (Chevalier-Watts, s.72 ).

savunmalardan birine dayanmaz ya da ileri sürüp de başarılı olmazsa, sorumlu olur. Bu yasada, hayvan bulunduranın sorumluluğu, belli bazı hallerle sınırlı tutulmuştur. Bu hallerin hepsinde, hayvan bulunduranın gereken üst düzey özeni göstermiş olduğu farz edilmektedir veya beklenmektedir. İkinci maddenin ikinci bendinin 'a' alt bendine göre ise, hayvan bulunduranın sorumluluğuna gidilebilmesi için, hayvanın sebebiyet verdiği zararın, hayvanın mensup olduğu hayvan familyasından beklenen nitelikte bir zarar olması veya hayvanın mensup olduğu familyadan bu gibi zarara sebebiyet vermesi beklenmemekle birlikte, meydana gelen zararın büyük olması gerekir<sup>53</sup>. Mahkeme, *Curtis v. Betts 1990* davasında bahsedilen hükmü olduğu gibi uygulamıştır. Davaya konu olayda, davacı, maliki tarafından arabaya bindirilirken, büyük hacimli bir köpeğin saldırısına uğraması neticesinde zarara uğramıştır. Mahkemenin gerekçeli kararına göre, bu davada, 1971 tarihli Hayvan Yasasının ikinci maddesinin ikinci bendinin 'a' alt bendinde aranan şartlar gerçekleşmiştir. Zira zarara sebebiyet veren köpek büyük hacimlidir, saldırıp ısrarak büyük bir zararın meydana gelmesine sebep olabilir. Ancak mahkeme *Gloster v. chief constable of Greater Manchester Police 2000* davasında söz konusu hükmü uygulamamıştır. Davaya konu olayda, bir kişi kurt köpek cinsi bir köpeğin saldırısına uğramıştır. Mahkemeye göre, söz konusu davada, 1971 tarihli Hayvan Yasasının ikinci maddesinin ikinci bendinin 'a' alt bendinde aranan şartlar gerçekleşmemiştir. Zira söz konusu köpek çok iyi eğitilmiştir; tasmadan kurtulmuş olsa bile zarar vermesi muhtemel değildir.

1971 tarihli Hayvan Yasasının ikinci bendinin 'b' alt bendinde, iki farklı sorumluluk hali düzenlenmiştir<sup>54</sup>. Bunlardan ilki, ait olduğu familyaya mensup diğer hayvanlarda bulunmayan, zarar veren hayvanın kendi has (münferit) özelliğine ilişkindir. Bu da zarar veren hayvanın, ait olduğu familyaya mensup diğer hayvanlarda mevcudiyeti düşünülme (muhtemel olmayan),

<sup>53</sup> Bermingham, s. 133.

<sup>54</sup> Elliot/ Quinn, s. 343; söz konusu bentte, anormallikten, alışlageldik olmayan bir durumdan bahsedilir. Burada aslında tehlikeli olmayan hayvanların, bir şekilde tehlikeli hale geldiği ve bir zarara sebebiyet verdiği anlatılmak istenmiştir. Bendin ilk kısmında "aynı türler arasında bu özelliğin olması olağan değilse" denmektedir. Demek ki meydana gelen zararı veren hayvanın, kendi türünden farklı olarak, bu yönde bir eğilimi olması gerekir. O halde atların sıçraması ya da koşması olağandır, keza buzağısından ayrılan bir ineğin sınırlı olması da olağandır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda bir zarar meydana gelirse, sahibi bundan sorumlu olmayacaktır. Bendin ikinci kısmında ise o hayvan türünün belirli durum ve şartlar altında zarar verebilecek bir karakteri olmasından bahseder. Mckenny&Foster Davası <<https://www.brownejacobson.com/insurance/training-and-resources/legal-updates/2008/03/mckenny-v-fostercourt-of-appeal-6th-march-2008>> Erişim Tarihi 15.06. 2020.

süreklilik arz eden bir özelliğe sahip olması anlamına gelmektedir. *Kat v. Napp 1982* davasında, el çantası taşıyan kişilere saldırma özelliği olan bir köpeğin, bu kategoride olduğu açıkça saptanmıştır. Ancak böyle bir özelliğe sahip olması, kişilere saldırma eğiliminin olduğu anlamına gelmez. Zarara sebebiyet veren bu özellik sadece o hayvana (köpek) hastır. Hayvanın mensup olduğu hayvan familyasında böyle bir özellik olmayabilir. Dolayısıyla davaya konu olayda, hayvan bulunduran söz konusu maddenin 'b' alt bendine göre sorumlu tutulmuştur. Mahkeme, *Wallace v. Newton 1982* davasında da söz konusu hükme dayanmıştır. Bahsedilen davaya göre, davalının yanında, inatçı ve kontrolü zor atlardan sorumlu at seyisi olarak çalışan davacı, bir gün atları taşıma arabasına yüklerken, biranda huysuzlaşan ve arabadan atlayan atın saldırısına uğramış ve kolundan büyük bir yara almıştır. Mahkeme kararını, 1971 tarihli Hayvan Yasasının ikinci maddesinin ikinci bendi 'b' alt bendine dayandırmıştır. Mahkeme kararında, malikin sorumluluğuna karar vermek için, atın içgüdüsel olarak insanlara saldırma eğiliminin olması şartının mevcudiyeti aranmamıştır. Mahkemeye göre, at heyecanlanınca ya da huysuzlaşınca, farklı davranmaya ve insanlara saldırmaya meylettği için, 1971 tarihli Hayvan Yasasının ikinci maddesinin ikinci bendi 'b' alt bendinde bahsedilen şartlardan biri gerçekleşmiştir. Normalde, zarar veren atın bulunduğu familyaya mensup çoğu atlarda, bahsedilen anlamda bir özellik veya insanlara saldırma eğilimi yoktur. Bunun için, davacının, zarar veren atın, insanlara saldırmaya iten, saldırgan eğilim ve özelliğe sahip olduğunu ispat etmesi gerekmez. Davacının ispat etmesi gereken husus, genel olarak, normalde atlarda mevcut olmayan eğilimin varlığının ispatıdır.

Sorumluluğun ikinci hali ise, belli koşul veya zamanlar dışında, normalde hayvanda var olmayan özelliklere ilişkindir<sup>55</sup>. Buna göre, belli koşullar altında belli bir hayvan normalde yapmadığı ve mensup olduğu hayvan familyasında görülmesi alışık olmayan bazı tehlikeli hareketlerde bulunabilir. Başka bir anlatımla istisnai bazı şartlar ve zamanlar dışında normalde hayvanın bahsedilen zarar verici tehlikeli hareketlerde bulunma özelliği yoktur. *Mirvahedy v. Henley 2003* davasında, davacının sorumluluğu bu hale dayandırılmıştır. Mahkemenin söz konusu davaya ilişkin kararı *Lordlar Kamarası* tarafından da onaylanmıştır. Davaya konu olayda<sup>56</sup>, birisi elektrikli

---

<sup>55</sup> Bermingham, s. 133.

<sup>56</sup> Genel anlamda m.2/2 uygulamasının emsal davası *Mirvahedy&Henley* davasıdır. Bu davaya konu olayda Dr Andrew Henley ve eşi Susan Henley'e ait üç adet at, korkmaları sonucu ahşap bariyerleri ve elektrikli telleri aşarak kaçmaya başlar. Yola çıktıkları anda en büyük at bir araçla çarpışır, bunun sonucu at ölür ve sürücü ise ciddi şekilde yaralanır.

ve diğeri ahşap olmak üzere iki çeşit çitle etrafları çevrili bir mekânda tutulan ve mülkiyetleri davalıya ait olan atlardan biri olay gecesi tespit edilemeyen bir sebepten dolayı ürkmüş ve diğerlerinin de ürkmesine neden olmuştur. Bunun etkisinde mekânda bulunan atlar panik içinde koşmaya başlamış ve önlerindeki çit ve bariyerleri aşarak çok kalabalık olan bir caddeye dalmışlar, sonuç olarak davacı da söz konusu caddeden geçerken atlardan birine çarpmış ve bunun neticesinde ağır bir şekilde yaralanmış ve büyük zarara uğramıştır. Mahkemenin tespitlerine göre, atların yaptığı hareket alışılmış bir hareket değildir. Normalde atlar böyle hareketlerde bulunmazlar, ancak olumsuz bir etkenden dolayı paniklemişlerdir. Dolayısıyla mahkeme, söz konusu atların davranışlarını istisnai bazı koşul ve zamanlar dışında normalde yapmadıkları karakteristik (characteristic) bir davranış olarak nitelendirip 1971 tarihli Hayvan Yasasının ikinci maddesinin ikinci bendinin 'b' alt bendine dayandırarak davacının sorumluluğuna karar vermiştir. Ne var ki mahkemede karşıt görüş, bu gibi hallerde bahsedilen hükmün uygulanmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Buna göre, hayvanın zararlı hareketi mutad ve hayvandan beklenen bir hareketse, hayvan malikini objektif (strict liability) olarak sorumlu tutmak yanlıştır. Karşıt görüşte olanlara göre, malikin objektif sorumluluğuna karar verebilmek için, hayvanın mutad olmayan özelliğe sahip olması ve normal kişilerin, hayvan bulundurandan bir zararın meydana gelmesini engellemek üzere gerekli özeni göstermesi gerektiği ve kontrol altına almak için gerekli tedbirleri almış olması gerektiği beklentilerinin olması gerekmektedir. Ancak, *Lordlar Kamarası* karşıt görüşü reddederek, malikin objektif (kusursuz) sorumluluğunu öngören kararını onaylamıştır. Söz konusu meclise göre, ikinci maddenin ikinci bendinin 'b' alt bendinde bahsi geçen, hayvanın bir zarara sebebiyet vermesini engellemek üzere malikten göstermesi gereken özen ve gerekli tedbirleri almış olması beklentisi, sadece bazı hallere ilişkindir. Mahkemenin bu davadaki kararı, şöyle bir kuralın oluşmasına yol açmıştır: *“normalde hayvanın özelliğinde olmayan sadece belli koşullarda vuku bulan hayvan hareketleri neticesinde meydana gelen zararlardan dolayı 1971 tarihli düzenleyemeye göre hayvan bulunduranın objektif sorumluluğuna gidilebilir.*

---

M.2/2-b kapsamında baktığımızda, söz konusu hadise bendin ikinci kısmına uymaktadır. Yani atların korktuklarında kaçmaları, bu tür arasında yaygın görülen bir durumdur. Yapılan yargılama sonucunda, sadece bir yargıç atın sahiplerinin hiçbir ihmali olmadığını, çitlerin atları içerde tutmak için yeterli olduğunu söylemiştir. Ancak diğerleri bu fikre katılmamış ve atın sahipleri sorumlu tutulmuştur. Ayrıca bu davayla birlikte m.2/2-b bendi kapsamına, sadece bazı şartlar altında ortaya çıkan geçici karakteristik özellikler de alınmıştır <[https://en.wikipedia.org/wiki/Mirvahedy\\_v\\_Henley](https://en.wikipedia.org/wiki/Mirvahedy_v_Henley); <https://lawexplores.com/liability-for-animals/>> Erişim 15.06.2020)

*Hayvanın bu gibi koşullarda böyle davranmasının mutlak bir davranış olarak değerlendirilmesinin bir etkisi yoktur; hayvan bulunduran yine de objektif olarak sorumludur*". İngiliz yargısı bahsedilen hükmü, yukarıda bahsettiğimiz *Curtis v. Betts* davasında da uygulamıştır. Zira davada bahsedilen ve zarara sebebiyet veren köpeğin saldırgan bir özelliği yoktu, tam aksine sakin ve davacı ile samimi ilişkileri vardı. Ancak, davacı köpeğe yaklaşıp sahibinin arabasına bindirmeye çalışırken, kendisine saldırmıştır. Zira köpek, sahibinin arabasının kendi özel alanı olduğunu hissetmiştir. Bu gruba mensup köpeklerin, kendisine has alanın birileri tarafından ihlal edileceğini sezdiği veya hissettiğinde söz konusu kişiye saldıracakları bilinen bir husustur. Yani normalde ve her zaman değil, bahsedilen koşulda saldırıda bulunması bilinen bir husustur. Bundan dolayı mahkeme, söz konusu yasanın bahsedilen hükmünü *Curtis v. Betts* davasında uygulamıştır. Çünkü hayvanın söz konusu davranışı, her zaman değil, sadece belli koşulda bilinen bir husustur. Bu halde hayvan, kendisine özel alanı savunmak zorunda olduğunu hisseder.

İngiliz istinaf mahkemesi bu meseleyi (belli bir hayvan familyasına mensup hayvanların her zaman değil, bazı şartlar altında zararlı harekette bulunma ihtimalini) biraz daha derinliğine ele almıştır. İstinaf mahkemesinin bu tutumu, *Welsh v. Stokes 2007* davasında izlenmiştir. Davaya konu olayda davacı genç kız, bindiği atın şahlanması (*rearing-up*) sonucu düşmüş ve yaralanmıştır. İstinaf mahkemesi söz konusu davayla ilgili olarak, eyeri doğru bir şekilde kontrol edilmediği takdirde herhangi bir at belli koşul ve zamanlarda şahlanabilir tespitinde bulunmuştur. Bu özellik doğal bir özelliktir, ama her zaman vuku bulması bilinen bir özellik değildir. Bu özelliğin (şahlanma davranışı), normalde belli koşullarda vuku bulan bir özellik olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra normalde atın malikinin, belli koşullarda atın şahlanabileceğini bilmesi gerekmektedir. Davadaki verilerde malikin atın bu özelliğini bildiği yönündedir. Bu da davada, bahsedilen yasanın ikinci maddesinin ikinci bendinin 'c' alt bendinde aranan şartların gerçekleştiği anlamına gelir. Dolayısıyla atın malikinin sorumluluğu söz konusu hükme göre değerlendirilmelidir.

İngiliz İstinaf Mahkemesi, *Clark and Bowl 2006* davasında, 1971 tarihli Hayvan Yasasının ikinci maddesinin ikinci bendi 'a' ve 'b' alt bentlerinde aranan şartlar arasında bir bağlantının olduğuna işaret etmiştir. Bahsedilen davaya göre, bir kişinin yönetimindeki 'Chance' adlı at aniden sahibinin kontrolünden çıkıp, genel yolda yavaşça seyreden davacının arabasına çarpmıştır. Olayla ilgili olarak, İngiliz ilk derece mahkemesi, bahsedilen yasanın işaret edilen

maddesi 'a' alt bendinde yer alan şartların gerçekleştiğine hükmetmiştir. Zira söz konusu mahkemeye göre, 'Chance' adındaki atın ağırlığı (Lb 600) yani yaklaşık 272 Kg.'dir. Buna göre, bir zarara sebebiyet verirse, meydana gelen zarar muhtemelen büyük (cesim) bir zarar olacaktır. Mahkeme, aynı zamanda söz konusu maddenin 'b' alt bendinde aranan şartların gerçekleştiğine de hükmetmiştir. Zira atların özelliklerinden biri de belli şartlarda kendisini yönetenin emirlerine uymayıp ve kontrolünden çıkması ve keyfi hareket etmesidir. Ancak istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin söz konusu kararını reddetmiştir. Buna göre, atın birinci özelliğini ilk seçeneğe veya ölçüte göre, diğerini ise ikinci seçeneğe göre değerlendirmek mümkün değildir. Atın ağırlığı, birinci ölçütün uygulanması için gereken şartları sağlamaktaysa, ikinci seçenek veya ölçütün (yani ikinci maddenin ikinci bendi 'b' alt bendi) uygulanabilirliğinin değerlendirilmesinde de atın aynı özelliği (ağırlığı) esas alınmalıdır. Olaya sebebiyet veren atın ağırlığı da alışılmışın dışında olağanüstü nitelikte olmadığı ve atların ağırlıklarının zaman ve koşullara göre farklılık arz etmediği, ikinci maddenin ikinci bendi 'b' alt bendinde karşılaştırılan seçenek veya ölçütün uygulanabilmesi için şartların gerçekleşmemiş olduğu sonucuna varılmıştır. Kısacası, hayvanın aynı özelliği baz alınarak söz konusu hükmün her iki bendinin birlikte uygulanması mümkün değildir. Böylece, dava reddedilmiştir.

Yukarıda bahsedilen maddenin ikinci bendi 'c' alt bendinde yer alan hükme göre, hayvan bulduranın veya yanında çalışan hizmetli ya da küçüğün, hayvanın sebebiyet verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu hayvanın belli bir tehlike arz ettiği ihtimalinin farkında olması gerekmektedir<sup>57</sup>. Başka bir deyişle, hayvan bulduranın meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için, hayvanın bu karakteristik özelliğini biliyor olması gerekir. Zarara uğrayan kişinin bu durumu ispatlaması icap eder. Bunun sebebi, kanun koyucunun her zaman değil, belli şartlarda ancak hayvan bulduranın objektif olarak sorumlu (strict liability) tutulmalarını istemiştir. Buna göre bahsedilen kişilerin hayvanın sebebiyet verdiği zararlardan ötürü objektif olarak sorumlu tutulabilmeleri için, kendilerinden makul düzeyde özen ve tedbiri almaları gerektiği veya normal düzeydeki kişilerin, kendilerinden mutata ya da alışılmışın dışında bir özen gösterme, beklentisinin mevcut olması gerekmektedir. Hayvan daha önceden de bu şekilde davranmışsa, bu şartın ispatlanması kolaylaşır. McKaskie & Cameron

<sup>57</sup> Elliot/ Quinn, s. 343.

davasına konu olayda<sup>58</sup>, köpeğiyle yürüyüş yapan bir kişi, henüz yeni doğum yapmış bir inek tarafından saldırıya uğrar ve beyin hasarı geçirir. Mahkeme, ineğin sahibini, inek doğum yaptığında sınırlı olduğunu ve etrafa saldırdığını, böyle bir haldeyken köpekleri de tehlike olarak gördüğünü bildiği ve buna rağmen başıboş bıraktığı gerekçesiyle sorumlu tutmuştur. 1971 tarihli Hayvan Yasası bazı halleri özel hükümler öngörerek düzenlemiştir.

### **3. 1971 Tarihli Hayvan Yasasında Yer Alan Özel Hükümler**

#### **a. Köpeklerin Çiftlik Hayvanlarına Verdikleri Zarardan Sorumluluk**

Yasanın 3. maddesine göre, bir köpek, çiftlik hayvanlarını sakatlamış ya da öldürmüştü, aksi kanunda belirtilmedikçe, köpeğin sahibi meydana gelen zarardan sorumludur. Bahsedilen yasanın 11. maddesine göre, çiftlik hayvanından kasıt at, sığır, koyun, kümes hayvanları, domuz, keçi gibi hayvanlardır. Söz konusu yasanın 9. maddesinde ise, çiftlik hayvanını korumak isteyen veya hayvanları için endişelenen kişiye, hayvanlarını savunma hakkı tanınmıştır. Bu amaçla hareket eden hayvan sahibi, saldırıda bulunan köpeği etkisiz hale getirebilir; onu yaralayabilir ya da öldürebilir. Ancak sorumlu olmaması için, durumu 48 saat içinde polise bildirmek durumundadır. Ayrıca yasanın söz konusu maddesinin 3. bendine göre, yukarıda bahsedilen savunma hakkını kullanabilmesi için, iki şarttan birinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bunlardan ilki, köpeğin bir zarar yaratmış veya yaratmak üzere olması ve bunu önlemek için başka bir yolun olmamasıdır. Diğer ise, köpeğin hayvanların çevresinde dolaşıyor olması, bir zarar vermek üzere olması, köpeğin sahibinin kim olduğunun bilinmiyor ve araştırılmasının da o an mümkün olmamasıdır.

#### **b. Çiftlik Hayvanlarının İşgaliyle Meydana Gelen Zarardan Sorumluluk**

Yasanın 4. maddesinin birinci bendinin (a) ve (b) alt bentlerine göre; sahipli çiftlik hayvanları başıboş dolaşırken bir başkasına zarar verirse, hayvan bulunduran söz konusu zarardan dolayı sorumludur. Bahsedilen bendin (a) alt bendinde yer alan hükme göre, çiftlik hayvanı, bir başkasının arazisine ya da arazide bulunan yapı veya diğer muhdesata zarar verirse, hayvan bulunduranın sorumluluğu söz konusu olur. Sözü edilen bendin (b) alt bendinde yer alan hükme göre ise, başkasının taşınmazına giren çiftlik hayvanının sahibine

---

<sup>58</sup> <<https://www.raworths.co.uk/articles/cattle-v-ramblers-a-farmers-obligation/>>Erişim Tarihi 15. 06. 2020.

iade edilemediği, sahibinin araştırıldığı ya da alıkonuldukları sürede, yapılan masraflardan dolayı da hayvan bulunduran sorumludur.

### **c. Atların Verdiği Zarar ve Masraflarından Dolayı Sorumluluk**

Yasanın 2. bendinde yer alan hükme göre, atların, bir başkasının taşınmazına (arazisine veya arazide yer alan yapılara) ya da taşınmazda sakinlerine verdiği zarardan dolayı atın sahibi sorumludur. Bunun yanı sıra, atın sahibi, atın alıkonulduğu ya da sahibinin araştırıldığı sürede yapılan masraflardan veya verdiği zararlardan dolayı da sorumludur; söz konusu giderler de tazminat kapsamında yer alır. Ancak resmi makamlar tarafından İngiltere'nin her tarafında görevlendirilen atlar (polis atlı birliklerinin vs. kullandığı atlar kastediliyor olsa gerek) atlar söz konusu hükmün kapsamına alınmamıştır. Söz konusu atların verdiği zararlar yukarıda bahsedilen madde hükmüne tabi değildir.

### **4. Sorumluluğun İstisnaları**

Yasanın 5. maddesi, hayvan bulunduranın sorumlu tutulmayacağı bazı halleri düzenlemiştir. Bu hükme göre 2. Madde kapsamında sorumlu tutulan kişi, bazı hallerde zarardan sorumlu olmayacaktır. Buna göre zarar, zarara uğrayan kişinin tamamen kendi kusuru sonucu meydana gelmişse, hayvan bulunduranın sorumluluğuna gidilemez. Bunun yanı sıra zarara uğrayan kişi, meydana gelecek riski baştan itibaren gönüllü olarak kabul etmişse, artık hayvan bulunduran meydana gelen zarardan sorumlu olmaz. Ayrıca hayvan bulunduran, bir taşınmazında tuttuğu hayvanın, taşınmaza izinsiz giren kişilere verdiği zararlardan dolayı da sorumlu değildir.

Kanun koyucu 3. maddede öngörülen sorumluluğa ilişkin de bir sınırlandırma öngörmüştür. Buna göre köpek, taşınmaza girip başıboş dolaşan çiftlik hayvanını öldürür ya da onu yaralarsa, köpek sahibinin bir sorumluluğuna gidilemez.

### **Sonuç**

İngiliz hukuk sisteminde de Kara Avrupa'sı hukuk sisteminde olduğu gibi, sorumluluk "kusur" esasına dayanmaktadır. Ne var ki, daha sonra kökleri 1868 yılında görülen Rylands&Fletcher davasına dayanan bir yeni çeşit sorumluluk bilinmeye başlanmıştır. Bu davaya ilişkin olarak Lordlar Kamarası verdiği kararda ihmal üzerinde hiç durmamış, tehlikeli bir işletmesi olan kişilerin herhangi bir kusuru olmasa bile ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulacağını vurgulamıştır. Lordlar Kamarasının getirdiği bu yaklaşım, sadece İngiltere'de



değil, ABD’de de emsal oluşturmuştur. Daha sonra sanayinin ve teknolojinin gelişmesi ve yeni çeşit enerji kaynaklarının keşfi İngiliz kanun koyucusunu da zarar unsuruna dayanan yeni objektif sorumluluk halini düzenlemeye sevk etmiştir. Normalde yazılı hukuk sistemini benimsemeyen İngiliz hukukunda, 1965 tarihli Nükleer İşletmeler Yasası (Nuclear Installation Act 1965) ve hayvan bulunduranın sorumluluğunu düzenleyen 1971 tarihli yasa (Animals Act 1971) gibi bazı yasalar çıkarılmıştır. İngiliz hukukunda objektif sorumluluk halleri, tehlikeli nesnelere dolaylı sorumluluk (responsibility for dangerous things), ayıplı ürünlerden dolaylı sorumluluk (Liability for defective products), hayvan eyleminden dolaylı sorumluluk (liability for animals/hayvan bulunduranın sorumluluğu), adam çalıştıranın sorumluluğu (employer’s vicarious liability) ve rahatsızlık vermektan kaynaklanan sorumluluktan (responsibility based on nuisance action) ibarettir.

İngiliz hukuk sisteminde, hayvan bulunduranın sorumluluğu hususunda, iki ayrı hukuk kuralı uygulanmaktadır. Bunlardan ilki, yargı içtihatlarına dayalı ortak hukuk (common law) ve diğeri ise, 1971 tarihli Hayvan Yasasıdır. Yazılı nitelikte olmayan ortak hukukta hayvan bulunduranın sorumluluğu kusura dayalı bir çeşit haksız fiil sorumluluğudur. Ortak hukuka göre, kusura dayalı bir haksız fiil sorumluluğu olan hayvan bulunduranın sorumluluğu, ihmal (negligence), rahatsızlık verme (nuisance) ve kişilere saldırı (trespass to the person) esasına dayanır. Bu hukuka göre, kusurun (zararlı fiilin) kaynağı ya hayvan bulunduran kişidir ya da hayvanın hareketidir. Başka deyişle burada zarar hayvanın içgüdüsel bir hareketi sonucu değil, dıştan gelen bir etken neticesinde meydana gelmiştir.

Hayvan bulunduranın objektif sorumluluğu, 1971 tarihli Hayvan Yasasında düzenlenmiştir. Buna göre hayvanlar, tehlikeli hayvanlar ve tehlikeli olmayan hayvanlar olarak ikiye ayrılmıştır. Her ikisinde de hayvan bulunduranın sorumluluğu ağırlaştırılmış objektif sorumluluktur. Zira her iki halde de, hayvan bulunduran zararın meydana gelmemesi için, gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Her iki halde de hayvan bulunduran illiyet bağıını kesen zarar görenin ortak kusuru (*contributorily negligence*), zarar görenin rızasını (*volenti non fit injuria*) veya mücbir sebep ileri sürerek ancak sorumluluktan kurtulabilir. Tehlikeli hayvan bulunduran, her türlü zarardan sorumlu tutulurken, tehlikeli olmayan hayvan bulunduranın sorumluluğuna gidilebilmesi için meydana gelen zararının büyük olması gerekir. Daha doğrusu, tehlikeli olan hayvan bulunduranın sorumluluğuna gidilmesi için, hiçbir şartın ispatı gerekmezken, bazı şartların gerçekleşmesi

halinde ancak tehlikeli olmayan hayvan bulunduranın sorumluluğuna gidilebilir. Bu şartların gerçekleştiğinin ispatı bazen hayvan çeşitlerini çok yakından (mesela, bazı davalarda bazı hayvan çeşidinin hislerinden söz edilmektedir!) tanımak gerekirken, bazı hallerde ise, şartın gerçekleştiğinin ispatı, dolaylı olarak hayvan bulunduranın kusurunun ispatından başka bir şey değildir.

### KAYNAKÇA

- Ali Y. S, el Veciz Fi Şerhi Kanun'el Ahtaa el Medeniye'l İngilizî, 1. Baskı (et-Taba'l Ula), Menşurat Zeyn'el Hukukiye, Beyrut/ Lübnan, 2018.
- Antalya G, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, C. II, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Baker C. D, Tort (Concise college texts), Sweet and Maxwell, 1972.
- Barnes D/ Best A, Basic Tort Law Case Status and Problems, Third Edition, Aspen Casebook Series, Walters Kluwer, 2010.
- Bermingham V, Nutshells Tort, sixth Edition, Sweet and Maxwell, 2003.
- Buckley W/ Okrent C, Torts & Personal Injury Law, Third Edition, THOMSON, DELMAR LEARNING, 2003.
- Caemmerer E (Çev. Tanilli S), “Cansız Şeylerin Verdiği Zararlardan Sorumluluk ve Atom Tehlikesi”, 1960, 27 (1-4) İstanbul Üniversitesi Mecmuası, S.457 – 470, <<https://dergipark.org.tr/en/search?q=CAEMMERER%2C+Ernst&section=articles>> Erişim Tarihi 14. 06. 2020.
- Chevalier-Watts J, “Civil liability for animals”, December 2007, 11 (1&2), Mountbatten Journal of Legal Studies, S. 56-101 <<https://ssudl.solent.ac.uk/id/eprint/1314/>> Erişim Tarihi 15. 06. 2020.
- Cooke J, Law of Torts, Fourth Edition, Financial Times, Pitman Publishing 1999.
- Deakin S/ Johnston A/ Markesinis B, Markesinis and Deakin's Tort Law, Seventh Edition, Clarendon Press, Oxford, 2013.

- Edwards L/ Edwards S/ Wells K. P, Tort Law, Fifth Edition, DELMAR, 2012.
- Elliot C/ Quinn F, Tort Law, Eighth Edition, Longman, Pearson, 2011.
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2019.
- Fleming J. G, An Introduction to the Law of Torts, Second Edition, Clarendon Law Serias, Clarendon Press, 1985.
- Günerkök Ö/ Kayıhan Ş, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, 1. Baskı, Umuttepe, Kocaeli, 2020.
- Jones M. A, Law of Torts, Financial Times, Pitman Publishing, 1999.
- Kılıçoğlu A. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Kionka E. J, Torts in a Nutshell, Fifth Edition, West, Thomson Reuters Business, 2010.
- Mulheron R, Principles of Tort Law, Cambridge University Press, September 2016.
- North P. M, The Modern Law of Animals, Butterworths, London 1972.
- Oğuzman M. K/ Seliçi Ö/ Oktay-Özdemir S, Eşya Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul. 2014.
- Oğuzman K/ ÖZ T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul. 2020.
- Okrent C, Torts and Personal İnjury Law, Fourth Edition, DELMAR, 2015.
- Sirmen A. L, Eşya Hukuku, 7. Bası, Yetkin Basımevi, Ankara. 2019.



# LİMİTED ŞİRKETLERDE ÇIKMA, ÇIKARMA VE AYRILMA AKÇESİ

Burçak TATLI\*

## Öz

*Türk Ticaret Kanunu'nun 573 vd. maddelerinde düzenlenen limited şirketler, sermaye şirketi olarak tanımlanmakla birlikte şahıs şirketlerine has özellikler de barındırmaktadır. Bu anlamda, ortakların ortaklıktan çıkma ve çıkarılma halleri, ortak sıfatının sona ermesi neticesinde ayrılan ortağa ödenmesi gereken ayrılma akçesi kanun koyucu tarafından Kanun kapsamı içerisine dâhil edilmiştir. 6102 s. TTK, eski TTK hükümlerine kıyasla ayrılma akçesini daha kapsamlı bir şekilde düzenlemiştir. Bu anlamda, ayrılma akçesi için kullanılabilir kaynaklar emredici bir hükümle Kanun içine dâhil edilmiş ve ayrılma akçesinin muacceliyeti hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeyle, hem ayrılma akçesinin ödenmesine ilişkin belirsizliklerin ortadan kaldırılması hem de ayrılan ortak ile ortaklık ve ortaklık alacaklıları arasında menfaat dengesi kurulması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu çalışmanın amacı, taraflar arasında menfaat dengesinin mevcut olup olmadığını incelemek ve ayrılma akçesinin muacceliyet tarihine belirginlik kazandırmaktır.*

***Anahtar Kelimeler:** Limited şirket, çıkma, çıkarma, ayrılma akçesi, ayrılma akçesinin muacceliyeti.*

## **RESIGNATION, EXCLUSION FROM LIMITED LIABILITY COMPANIES AND FINANCIAL SETTLEMENT**

### **Abstract**

*Although limited liability companies that are regulated under Turkish Commercial Code are defined as capital companies, they have also characteristics specific to private companies. In this sense, the resignation of a partner and exclusion a partner from the partnership and the financial settlement that has to be paid as compensation are included within the scope of the Code. With the legislation of TCC*

\* **Dr. Öğr. Üyesi,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD/ANKARA e-posta: burcaktatli@gmail.com , burcak.tatli@hbv.edu.tr

\*\* Bu makale, 19.04.2019 tarihinde Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu'nda tebliğ olarak sunulmuştur.

**Orcid ID:** 0000-0002-4531-0147

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.871075

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 23/09/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 06/01/2021

*no. 6102, the sources which could be used for the payment of this compensation are regulated more widely to comparison the previous Commercial Code. The aim to be achieved by the Code no. 6102 is to balance the interests of the partner who resigns or is excluded, the partnership and the creditors. Another novelty of the Code no. 6102 is that the due date of the financial settlement is set according to the preferred source. The aim of this study is to examine if the goal to build a balance between the interests of the parties has been achieved as well as to clarify the due date of the financial settlement regarding the fund used for the payment.*

**Keywords:** *Limited liability companies, resignation, exclusion, financial settlement, the due date for the compensation*

## GİRİŞ

Limited şirketlerde ortakların ortaklıktan ayrılmaları, 6102 s. Türk Ticaret Kanunu'nun 638 ve 640. maddelerinde çıkma ve çıkarılma başlığı altında düzenlenmiştir. Çıkma ve çıkarılmanın sonuçlarından biri olan ayrılma akçesi ise 641 ve 642. maddelerde yer almaktadır. 6762 s. eski TTK'da ise çıkma, çıkarma ve ayrılma akçesi tek bir maddede düzenlenmekteydi. 6762 s. Kanunun 551. maddesine göre, şirket sözleşmesinde çıkma hakkı düzenlenebilir, haklı nedenle çıkma veya çıkarma davası açılabilirdi. Ayrıca madde sınırlı bir şekilde de olsa ayrılma akçesinin ödenmesine yer verilmekteydi, fakat özellikle ayrılma akçesinin muaccel olması ve ayrılma akçesinin ödenmesi için kullanılacak kaynaklara ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yer almamaktaydı. Bu anlamda, 6102 s. TTK ile çıkma, çıkarma ve ayrılma akçesiyle ilgili daha kapsamlı düzenlemelerin, mehzaz Kanun hükümleri olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 822 ila 825a maddeleri dikkate alınarak, hayata geçirildiği söylenebilir.

İsvBK'nın ilgili hükümleri, ayrılan ortak ile ortaklık ve ortaklık alacaklılarının menfaatlerini dengeleme sistematiği üzerine oturtulmuştur<sup>1</sup>. Zira sermaye şirketi olan limited şirketlerde, sermaye karşılığı olarak ortaya çıkan ayrılma akçesinin ödenmesi, özellikle alacaklıların tek güvencesi olan sermayenin, dolayısıyla da alacaklıların korunması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Bu anlamda, ayrılma akçesinin ödenmesinde kullanılacak kaynakların belirlenmesi, ayrılma akçesinin muacceliyetinin düzenlenmiş olması ve ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmının akıbetine, özellikle faizsiz

<sup>1</sup> Hans Rudolf Trüb, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister Und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR Und BEG, 2016, s. 238.

bir alacak olmasına, ilişkin düzenlemeler şirketi ve alacaklılarını koruma amacının somutlaşmış örnekleri olarak sayılabilir. Buna karşılık olarak, ayrılma akçesinin gerçek değere göre belirlenmesine ilişkin düzenleme, ayrılma akçesinin belirlenmesinde mahkemenin ve kullanılacak kaynakların tespitinde işlem denetçisinin rollerinin belirlenmiş olması, özellikle ayrılan ortağın denetim ve kontrol araçlarına sahip olması menfaat dengesinin sağlanmasının amaç edildiğinin göstergesidir.

6102 s. TTK ile getirilen yeniliklerle kanun koyucunun muradının taraflar arasındaki menfaati sağlamak olduğu ifade edilmekle birlikte<sup>2</sup>, bu dengenin gerçekten kurulabiliyor olmasına şüpheyle bakmak gerekmektedir. Bu şüphenin temelinde, ayrılma akçesinin bedeline ilişkin olarak verilen ilk derece mahkemesi kararının kesin karar olarak belirtilmesi, kullanılabilir öz kaynakların mevcut olup olmadığının tespitinin müdürlere bırakılması ve ayrılma akçesinin kısmen ifası halinde ayrılan ortağa haklarını koruyucu tedbirleri talep etme hakkının sağlanmamış olması yatmaktadır. Bu bağlamda bu çalışmanın amacı TTK'nın ayrılma akçesine ilişkin olarak düzenlenen maddelerinin gerçekten taraf menfaatlerini dengeleyip dengelemediğini incelemek ve ayrılma akçesinin muacceliyetine ilişkin belirginlik sağlamaktır. Bu amaca uygun olarak bu çalışma, öncelikle limited şirketlerde çıkma ve çıkarma müesseselerini incelemiş, sonrasında ayrılma akçesinin gerçek değeri, muacceliyeti, ayrılan ortağın kullanabileceği koruyucu tedbirleri ve en nihayetinde ayrılma akçesinde faiz konularını ele almıştır.

## I. LİMİTED ORTAKLIKLAR VE GENEL ÖZELLİKLERİ

Limited ortaklıklar, gerçek ya da tüzel kişiler tarafından ticaret unvanı altında tüzel kişiliği haiz olarak kurulan oluşumlardır. Limited ortaklıkların sermayesi bellidir ve bu sermaye ortakların sahip olduğu esas sermaye paylarının toplamından oluşmaktadır. Ortaklar, ortaklık borçlarından sorumlu değildir, ortakların sorumlulukları taahhüt ettikleri esas sermaye payları ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinden ibarettir<sup>3</sup>. Limited ortaklıkların kurulabilmesi için Kanunda belirtilen asgari sermaye miktarına sahip olmaları gerekmektedir<sup>4</sup>. Kanun koyucu tarafından sermaye şirketi olarak tanımlanan limited ortaklıklarda, ortaklık tüzel

---

<sup>2</sup> TTK 642. madde gerekçesi.

<sup>3</sup> TTK m. 573/2 ile limited şirketlerde anonim şirketlerde benimsenin tek borç ilkesinin (m. 480/1) esnetildiği ifade edilebilir.

<sup>4</sup> TTK'nın 580. maddesine göre bu limit 10.000-TL'dir.

kişiliğinin doğrudan ve birinci dereceden alacaklılara karşı sorumlu olması<sup>5</sup>, sermayesinin korunması ilkesinin önemini arttırmaktadır. Zira alacaklıların tek güvencesi ortaklık sermayesidir<sup>6</sup>. Bu nedenle, sermayenin ve dolayısıyla alacaklıların korunmasını sağlayacak pek çok düzenleme Kanun kapsamı içerisinde yer almaktadır<sup>7</sup>.

Limited ortaklıkların sermaye şirketi olmakla birlikte, şahıs şirketlerine benzer özelliklere de sahip olduklarını belirtmek gerekir. Örneğin, sadakat ve sır saklama yükümlülüğü, ortaklara ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri getirilebilmesi, ortaklık payının devrinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler, payların borsada işlem görmemesi gibi hususlar şahıs şirketlerinin sahip olduğu özellikler arasında sayılabilir. Limited ortaklıkların sermaye şirketleri ile şahıs şirketleri arasında melez bir yapıya sahip olması, bu ortaklıklarda, anonim şirketlere göre, ortakların kişisel özelliklerinin ön plana çıkmasına neden olmaktadır. Bu nedenle, limited ortaklıklara has unsurların ortaklıktan çıkma, çıkarma ve ayrılma akçesinin belirlenip ödenmesine ilişkin düzenlemelere şekil verdiği söylenebilir.

## II. LİMİTED ORTAKLIKLARDA ORTAKLIK SIFATININ SONA ERMESİ

Limited ortaklıklarda ortaklık sıfatının sona ermesi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Ortaklık payının ortaklara veya üçüncü kişilere devri<sup>8</sup>, miras yoluyla intikali, eşler arasında mal rejimi neticesinde veya icra yoluyla geçişi<sup>9</sup>, haklı nedenle fesih davası açan ortağın mahkeme tarafından şirketten çıkarılmasına karar verilmesi<sup>10</sup> gibi haller ortaklık sıfatının sona ermesine neden olabilir. Bunların dışında, özellikle ayrılma akçesinin muacceliyeti

<sup>5</sup> Ersin Çamoğlu, “İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri”, 1973, XXXVIII (1-4), İÜHFİM, s. 515.

<sup>6</sup> Ortakların sorumlulukları şirkete karşı ve taahhüt ettikleri esas sermaye payı kadardır. Ortakların söz konusu borçlarını ifa etmemeleri halinde dava ve takipleri başlatma şirket tüzel kişiliği tarafından gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla ortaklık alacaklılarının ortağın borcunu ifa etmese dahi ortak aleyhine başvurabileceği hukuki bir yol mevcut değildir.

<sup>7</sup> En az sermaye tutarı (m. 580), aynı sermaye (m. 581), kâr payı ve yedek akçeler (m. 608), faiz yasağı ve hazırlık dönemi faizi (m. 609), haksız alınan kâr paylarının geri verilmesi (m. 611), şirketin kendi esas sermaye paylarını iktisabı (m. 612) ile ilgili düzenlemeler örnek olarak sayılabilir.

<sup>8</sup> TTK m. 595.

<sup>9</sup> TTK m. 596.

<sup>10</sup> TTK m. 636/3.



açısından önem kazanan ortaklık sıfatının kaybı halleri çıkma ve çıkarma halleridir<sup>11</sup>.

## A. ÇIKMA VE ÇIKMAYA KATILMA

Çıkma, limited şirket ortağının, ortaklıktan çıkma isteğini iradi olarak ileri sürmesidir. Bu irade beyanı ile ortak, ortaklıktan çıkıp ortaklık sıfatını kaybetmektedir. Çıkma iradesinin kullanılması dışında, ortaklık payının üçüncü kişiye devri de aynı sonucu doğurmaktadır. Ancak, limited ortaklıklarda pay devri yasaklanmış olabilir veya genel kurul pay devrini onaylamayabilir<sup>12</sup>. Dolayısıyla pay devrinin gerçekleştirilemeyeceği hallerde ortağın başvurabileceği yol çıkma hakkının kullanılması olacaktır.

Çıkma hakkı TTK'nın 638. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, ortak, şirket sözleşmesinde yer bulan çıkma hakkını kullanarak veya haklı sebeplerin ileri sürülmesi suretiyle mahkeme kararına binaen ortaklık sıfatının sona erdirilmesini sağlayabilir. Başka bir deyişle çıkma, sözleşmeden doğan bir hakkın kullanılması veya mahkeme kararı ile doğabilir.

### 1. Sözleşmeden Doğan Çıkma Hakkı

Şirket sözleşmesi, ortakların çıkma hakkını kullanarak ortaklıktan ayrılmalarını düzenleyebilir<sup>13</sup>. Çıkma hakkı kuruluş sözleşmesinde düzenlenebileceği gibi, daha sonra şirket sözleşmesi değişikliği yoluyla sözleşmeye eklenebilir<sup>14</sup>. Önemli olan çıkma hakkının şirket sözleşmesinde

---

<sup>11</sup> Ayrılma akçesi sadece limited ortaklıklarda çıkma ve çıkarma halleri için öngörülen bir müessese değildir. Birleşme (m. 140, 141), hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması (m. 202), anonim şirketlerde haklı nedenle fesih (m. 531) hallerinde de ayrılma akçesi ödenmesi düzenlenmektedir. Bkz. Bilge Develi, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi", 2013, XVII (1-2), GÜHFD, s. 444.

<sup>12</sup> TTK m. 595/2. Ortaklık payının devrinin herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin genel kurul tarafından reddedilmesi mümkündür. Dolayısıyla payın devri yasaklanmasa bile fiili olarak devrin gerçekleşmesi mümkün kılınmayabilir. Bu halde, ortağın haklı nedenle şirketten çıkma hakkı saklı tutulmuştur (TTK m. 595/5). Halit Aker, "Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", 2016, XXXII (1), BATİDER, s. 66.

<sup>13</sup> Bu hakkın şirket sözleşmesinde ne şekilde oluşturulacağına dair Kanunda bir açıklama yer almamaktadır. Kanun, salt hakkın kullanımının koşula bağlı veya bağlı olmaksızın kullanılabileceğini belirtmektedir. Nihat Taşdelen, Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma Ve Fesih, Yetkin Yayınları, 2012, s.176.

<sup>14</sup> Çıkma hakkının sözleşme değişikliği ile getirilmesi konusunda ortaya çıkabilecek problemlere ilişkin olarak bkz. Taşdelen, s. 177; Oruç Hami Şener, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 876.

düzenlenmiş olmasıdır. Zira bu hakkın dayanağı ilgili şirket sözleşme hükmünün varlığıdır. TTK'nın 577. maddesinin birinci fıkrasının (k) bendi çıkmanın sözleşmede belirtilmesi halinde bağlayıcı bir etki doğuracağını göstermektedir<sup>15</sup>.

Çıkma hakkı herhangi bir koşula bağlanmaksızın kullanılabilmesi gibi, hakkın kullanımı emredici kurallara ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla bir takım koşulların gerçekleşmesi esasına da bağlanabilir. İlk halde çıkma hakkının mutlak olarak ortağın isteğine bırakılması<sup>16</sup>, ikinci halde ise koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak bir hakkın doğması ve kullanılması söz konusu olacaktır. Koşul, şekle ilişkin olabileceği gibi bir takım olguların gerçekleşmesine ilişkin de olabilir<sup>17</sup>. Koşulların objektif şekilde değerlendirilebilir veya denetlenebilir olması gerekmektedir<sup>18</sup>. Böylece çıkma hakkını kullanacak ortağın koşulların oluştuğunu belirtmesi açısından kolaylık sağlanmış olacaktır. Koşulların oluşup oluşmadığına dair ihtilaflara ilişkin taraflar dava yoluna başvurabilir<sup>19</sup>.

Sözleşmede belirtilen çıkma hakkının kullanılması için, çıkmak isteyen ortağın, ortaklığa yönelik olarak çıkma bildiriminde bulunması yeterlidir<sup>20</sup>. Eğer çıkma hakkının kullanımı koşula bağlandıysa koşulun gerçekleşmiş olması aranmakla birlikte bu koşulun haklı neden teşkil etmesi gerekmez<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Şener, s. 873.

<sup>16</sup> Bu halde çıkma hakkının kullanılması için herhangi bir koşulun varlık kazanması şartı aranmamaktadır. Koşula bağlı olmaksızın çıkma hakkının düzenlenmesi limited ortaklığın varlığını tehlikeye düşürme ihtimalini ortaya çıkarmasından dolayı eleştirilmiştir. Özellikle büyük pay sahibinin ortaklıktan çıkması ortaklığın geleceğini tehlikeye düşürecek sonuçlar doğurabilir. İrfan Baştuğ, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1966, s. 32.

<sup>17</sup> Örneğin, çıkma hakkının belirli süre ile sınırlandırılması veya hakkın kullanılmasından itibaren belirli bir süre sonra hüküm doğurması gibi koşullar öngörülebilir. Ayrıca yaş, ortaklık süresi, yabancılik unsuru, oturma izninin kaybı, ortaklık yapısının değişmesi gibi olgular çıkma hakkının kullanılmasına ilişkin koşullar olarak belirlenebilir. Bünyamin Gürpınar, "Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma", 2016, XX(2), GÜHFD, s. 83-84; Taşdelen, s. 175-179; Aker, s. 82.

<sup>18</sup> Aker, s. 82.

<sup>19</sup> Şener, s. 878.

<sup>20</sup> Kanun koyucu çıkma hakkının kullanılmasında şekil şartı öngörmemiştir. Bununla birlikte şirket sözleşmesinde bu hakkın kullanılması yazılı bildirim yapılmasına bağlanabilir. Bu halde, sözleşmede belirtilen şekil şartına uygun hareket edilmesi gerekmektedir. Şener, s. 878; Gürpınar, s. 84.

<sup>21</sup> Hanife Dirikkan, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Yetkin Yayınları, 2005, s. 33.

Ortak, koşulların oluşmasını takiben irade beyanını iletmek suretiyle şirketten çıkmış olur. Çıkma hakkı yenilik doğurucu bir hak olduğundan irade beyanının ortaklığa ulaşmasıyla birlikte hüküm ve sonuç doğacaktır<sup>22</sup>. Dolayısıyla, çıkma iradesinin muhatabı ortaklık tüzel kişiliğidir. Çıkma beyanının iletilmesi herhangi bir şekle tabi olmadığı gibi<sup>23</sup>, çıkma beyanının sonuç doğurması ortaklık yönetiminin kabulüne bağlı değildir<sup>24</sup>. Ortaklığın, çıkma iradesinin sonuç doğurmasına etkisi yoktur. Bununla birlikte, sözleşmeden doğan çıkma hakkı bir takım koşullara bağlanmışsa, bu koşulların oluşup oluşmadığına dair taraflar arasında uyuşmazlık doğabilir. Bu halde taraflardan biri uyuşmazlığı mahkemeye taşıyabilecektir. Bu halde mahkeme koşulun oluşup oluşmadığını karara bağlayacaktır<sup>25</sup>.

## 2. Mahkeme Yoluyla Çıkma Hakkı

6102 s. TTK'nın 638. maddesinin ikinci fıkrasına göre, her ortak, haklı nedenlerin varlığında şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava yoluna başvurabilir. Bu hüküm ile sağlanan hak mutlaktır ve şirket sözleşmesi ile kaldırılması veya zorlaştırılması söz konusu olamaz<sup>26</sup>. Ortaklar açısından haklı bir neden doğması halinde, ortaklar ortaklıktan çıkma kararı verilmesi için dava yoluna gidebileceklerdir. Burada sözü edilen haklı nedenin kusura dayalı olması şartı aranmaz; ancak çıkma talebini ileri süren ortağın kusuruyla oluşmamış bir haklı neden olması gerekir<sup>27</sup>. Aksi halde, TMK m.2'ye aykırılık doğuracaktır.

Haklı sebep, '*ortaklık ilişkisinin çekilmez hale gelmesine*'<sup>28</sup> veya '*ortak açısından dürüstlük kuralına göre bu ilişkinin devam ettirilmesinin*

<sup>22</sup> Çıkma beyanını almaya yetkili kişi müdür veya müdürlerdir. Şener, s. 877- 917; Taşdelen, s. 227; Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, N.1675e; Esra Cenççi, "Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağın Ayrılma Akçesinin Ödenmesi", 2018, 4 (1), Ankara Barosu Dergisi, s. 8 <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2018-4/1.pdf>> Erişim Tarihi 13.01.2020.

<sup>23</sup> Pulaşlı'ya göre, şekil şartı öngörülmemiş olsa bile ispat kolaylığı açısından bildirim yazılı ve bir nüshasının şirket tarafından alındığını gösteren bir belge ile yapılması yerinde olacaktır. Hasan Pulaşlı, 6102 s. Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Adalet Yayınevi, 2011, s. 2064.

<sup>24</sup> Hakkın kullanılması için şirket sözleşmesinde belirtilmesi şartıyla genel kurul kararı gerekebilir. Taşdelen, s. 175-179; Aker, s. 82.

<sup>25</sup> Şener, s. 877-878.

<sup>26</sup> Şener, s. 879; Cenççi, s. 8; Pulaşlı, s. 2065.

<sup>27</sup> Şener, s. 886; Baştuğ, s. 48; Dirikkan, s. 45; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1675o.

<sup>28</sup> Ersin Çamoğlu, Kollektif Ortağın Haklı Nedenle Feshi ve Ortağın Haklı Sebepçe Çıkarılması, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 55.

*imkânsız hale gelmesine*<sup>29</sup> neden olan sebeplerin varlık kazanmasıdır. Ortaklar arasındaki husumet<sup>30</sup>, aile birliğinin ortadan kalkması<sup>31</sup>, şirketin iyi yönetilmemesi, müdürlerin görevini kötüye kullanması veya haksız kazanç elde etmesi, şirketin amacının gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi, ortakların dışlanması ve şirket işleyişi ile ilgili bilgi verilmemesi<sup>32</sup> gibi gerekçeler öğreti ve yargı kararlarında haklı sebep olarak değerlendirilmiştir. Bunların dışında, 595. maddenin beşinci fıkrasında, şirket sözleşmesinde devrin yasaklanması veya genel kurulun devri onaylamaması nedeniyle ortaklık payını devredemeyen ortağın, haklı sebeple şirketten çıkma hakkının saklı olacağı belirtilmektedir<sup>33</sup>. Bu halde de ortak, mahkemeden ortaklıktan çıkmasının karara bağlanmasını talep edebilir.

Haklı sebeple çıkma talebi, ortaklıktan çıkmak isteyen ortak tarafından, ortaklık aleyhine<sup>34</sup>, ortaklığın bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde ileri sürülmelidir<sup>35</sup>. Haklı sebebin mevcut olduğunu gösteren ispat araçlarını mahkemeye sunma külfeti iddiada bulunan tarafa aittir<sup>36</sup>. Haklı sebebin mevcudiyeti ve gerekçelerin haklı olup olmadığı mahkeme tarafından karara bağlanacaktır<sup>37</sup>. Mahkeme kararının kesinleşmesiyle ortak, ortaklık sıfatını kaybedip ortaklıktan çıkmış olur<sup>38</sup>.

<sup>29</sup> Halil Arslanlı / Hayri Domaniç, Ticaret Kanunu Şerhi Cilt III, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 736.

<sup>30</sup> Yargıtay 11. HD., E. 2002/162, K. 2002/3015, 02.04.2002 (www.kazanci.com.tr, erişim 14.04.2020).

<sup>31</sup> Çok ortaklı, ortakların birbirlerini yakından tanımadığı, yönetimin bir ya da birkaç ortağa bırakıldığı, anonim şirketlere benzer yapıda kurulan ve işletilen limited şirketlerde şahsi sebeplerin haklı sebep olarak değerlendirilmeyeceği Baştuğ tarafından ileri sürülmüştür. Baştuğ, s. 49; Gürpınar, s. 87; Pulaşlı, s. 2066.

<sup>32</sup> Yargıtay 11. HD., E. 2015/9114, K. 2016/6883, 22.06.2016; Yargıtay 11. HD., E. 2014/8798, K. 2014/14978, 01.10.2014 (www.kazanci.com.tr, erişim 14.04.2020).

Yargıtay bir kararında davanın ortaklara yöneltilmesi gerektiğini belirtmiştir (Yargıtay 11. HD., E. 3088, K. 5437, 07.07.1997). Ancak bu karar öğretide çokça eleştiriye maruz kalmıştır (www.kazanci.com.tr, erişim 14.04.2020).

<sup>33</sup> Gürpınar, s. 90-91; Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 501.

<sup>34</sup> TTK m. 5 ve HMK m. 14.

<sup>35</sup> Şener, s. 881.

<sup>36</sup> Yargıtay 11. HD., E. 2015/9114, K. 2016/6883, 22.06.2016; Yargıtay 11. HD., E. 2019/2234, K. 2019/4569, 18.06.2019 (www.kazanci.com.tr, erişim 14.08.2020).

<sup>37</sup> Aker, s. 85; Taşdelen, s. 181; Yargıtay 11. HD., E. 2019/2234, K. 2019/4569, 18.06.2019 (www.kazanci.com.tr, erişim 14.04.2020).

<sup>38</sup> Şener, s. 917; Taşdelen s. 217; Cenkçi, s. 8; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.1675.

### 3. Çıkmaya Katılma

TTK'nın 639. maddesi 'çıkma katılma' başlığı altında, şirket ortaklarından birinin şirketten çıkmasını takiben diğer ortakların da kendileri için çıkma koşullarının oluşması halinde çıkma katılabileceğini, böyle bir halde çıkan tüm ortakların esas sermaye payları ile orantılı olarak eşit işleme tabi tutulacaklarını düzenlemektedir. Çıkma katılma hakkı, çıkma katılmak isteyen ortak açısından sözleşmede belirtilen çıkma şartlarının olgunlaşması<sup>39</sup> veya haklı sebeplerin vuku bulması halinde ileri sürülebilir. Başka bir deyişle, çıkma katılmak isteyen ortağın sözleşmeden doğan çıkma hakkını kullanma veya haklı sebeplerin varlığı gerekçesiyle mahkeme kararıyla ortaklıktan çıkma olanağının bulunması gerekir. Dolayısıyla kanaatimizce, çıkma katılma, sözleşmeden doğan çıkma veya mahkeme kararıyla çıkma hakkına alternatif olarak oluşturulmuş bir müessese değildir. Burada sadece kendisi için de çıkma koşulları oluşan ortağın kendisinden önce çıkma müessesini çalıştıran ortağa katılması durumu söz konusudur.

639. maddenin ikinci fıkrasının a bendinde yer alan ifade ve hükmün gerekçesi öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Gürpınar, Pulaşlı ve Yıldız'a göre, sözleşmede birden fazla koşul öngörülmüşse, çıkma katılabilmek için, çıkan ortak için oluşan koşulun çıkma katılacak ortak için de oluşması gerekir. Sözleşmede belirtilen başka bir koşul oluşmuş ise çıkma katılma söz konusu olamaz<sup>40</sup>. Şener ve Şahin'e göre ise, sözleşmeden doğan çıkma hakkına başvurulması halinde ortaklar açısından oluşan koşul aynı olmak zorunda değildir<sup>41</sup>. Bu halde, sözleşmede belirtilen X sebebine binaen çıkma hakkını kullanan ortağa, Y sebebine binaen çıkma hakkını kullanacak ortak katılabilir. Yazarların dayanağı mehaz İsvBK m. 822a ve çıkma hakkını kullanan ortaklara eşit işlem yapılması gerekliliğidir. Zira Kanun hükmünün amacı çıkma hakkını

<sup>39</sup> 639. maddenin ikinci fıkrasının a bendinin lafzından, sözleşmeden doğan çıkma hakkının kullanılabilmesi için sözleşmede belirlenen şartların haklı sebep oluşturması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Oysaki 638. maddenin birinci fıkrasında belirtildiği ve yukarıda tartışıldığı gibi sözleşmede çıkma şartı olarak belirtilen hususlar haklı sebep oluşturmak zorunda değildir. Bu sebeplerden birinin oluşması sözleşmeden doğan çıkma hakkının kullanılabilmesi için yeterli olacaktır. Bkz. Şener, s. 894-895.

<sup>40</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1675y; Gürpınar, s. 92; Pulaşlı, s. 2067-2068; Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler Hukuku, Arkan, 2007, s. 158.

<sup>41</sup> Şener, s. 893-896; Ayşe Şahin, "Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması Ve Çıkarılması", Marmara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, 2012, s. 854 <Http://Dspace.Marmara.Edu.Tr/Handle/11424/2140> Erişim Tarihi 05.02.2020.

kullanabilecek ortakların ayrılma akçesinin hesaplanması ve ödenmesi sürecinde eşit bir işleme tabi tutulmalarının sağlanmasıdır<sup>42</sup>. Kanaatimizce, kanun koyucunun amacının eşit işlem ilkesinin sağlanması olduğu göz önüne alındığında, ikinci görüşün uygulama alanı bulması gerektiği ileri sürülebilir.

Çıkmaya katılmanın gerçekleşebilmesi için, bir ortak tarafından sözleşmeden doğan çıkma hakkının kullanıldığı veya haklı sebeple çıkma davası açıldığı müdür tarafından diğer ortaklara vakit kaybedilmeden bildirilmesi gerekir. Çıkmaya katılacak ortağın, aldığı bildirimden itibaren bir ay içerisinde çıkmaya katılma iradesini beyan etmesi veya önceki tarihli davaya katılması gerekir<sup>43</sup>. Buradaki bir aylık süre hak düşürücü süredir<sup>44</sup>. Bir ayın geçmesi halinde ortak çıkmaya katılamaz, ancak şartlar mevcut ise önceki tarihli çıkmadan bağımsız olarak çıkma hakkını kullanabilir.

Çıkmaya katılma hükmünün amacı, ortaklıktan ayrılan ortaklar arasında ayrılma akçesinin ödenmesi açısından hakkaniyete aykırı bir uygulamanın doğmasının önüne geçmektir<sup>45</sup>. İlgili hüküm gereği, çıkan ve çıkmaya katılan ortaklar esas sermaye payları ile orantılı olmak üzere ayrılma akçesine sahip olacaklardır. Böylece ortaklar arasında eşit işlem ilkesi hayata geçirilmiş olacaktır. Ayrıca, bir aylık süre içerisinde ortaklıktan ayrılan ortak sayısı netleşeceği için, şirketin ayrılma akçesi ödemesini göz önünde bulundurarak mali planlama içerisine girmesi sağlanmış olacaktır<sup>46</sup>.

## B. ÇIKARMA

TTK'nın 640. maddesi, bir ortağın şirket sözleşmesinde belirtilen koşulların oluşması halinde genel kurul kararı ile ortaklıktan çıkarılabileceğini

<sup>42</sup> Rino Siffers / Marc Fisher / Martin Petrin, GmbH-Recht – Revidiertes Recht Der Gesellschaft Mit Beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), 2008, s. 331; Hans Rudolf Trüeb, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister Und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR Und BEG, 2016, s. 231-232.

<sup>43</sup> Kanunun lafzında geçen 'çıkma davasına katılmak' ibaresinin usul hukuku temelinde yorumlanması gerektiği Poroy/Tekinalp/Çamoğlu tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre, 'çıkma davasına katılmak' ibaresinden anlaşılması gereken, i) mevcut bir çıkma davasına başka ortakların asli müdahil olarak katılabileceği; ii) haklı sebebe dayalı olarak farklı ortaklarca açılmış çıkma davalarının, hâkim tarafından, davalar arasındaki ilişkinin araştırılmasına gerek olmaksızın davaların birleştirilebileceğine karar verilebilmesidir. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1675u.

<sup>44</sup> Soner Altaş, Türk Ticaret Kanununa göre Limited Şirketler, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 330.

<sup>45</sup> Siffers/Fisher/Petrin, s. 331; Trüeb, s. 231-232.

<sup>46</sup> Ünal Tekinalp, "Çıkmaya Katılma", Arslanlı Bilim Arşivi, s. 2-3 <www.arslanlibilimarsivi.com> Erişim Tarihi 25.04.2020.

belirtmektedir; ayrıca, aynı maddenin üçüncü fıkrası, haklı sebebe dayanılarak mahkeme kararı ile bir ortağın ortaklıktan çıkarılmasını düzenlemektedir. Başka bir deyişle, sözleşmede belirtilen sebeplerin oluşması halinde genel kurul kararıyla veya haklı nedenlerin oluşması halinde mahkeme kararıyla ortak ortaklıktan çıkarılabilir.

### ***1. Sözleşmeden Doğan Çıkarma***

TTK'nın 640. maddesinin birinci fıkrasına göre, şirket sözleşmesinde ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörülebilir. Buna göre, kuruluş aşamasında ya da daha sonra sözleşmede yapılacak bir değişiklikle<sup>47</sup> şirket sözleşmesinde belirli sebeplerin gerçekleşmesi halinde ortakların genel kurul kararıyla şirketten çıkarılabilecekleri düzenlenebilir<sup>48</sup>. Böylece, şirket açısından önemli kabul edilen noktaların sözleşmede vurgulanması; ortak açısından da hukuki güvenliğin sağlanması söz konusu olacaktır<sup>49</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sözleşmede belirlenen sebeplerin açık bir şekilde kaleme alınmasıdır. Yeterince açık yazılmayan haller veya muğlak ifadeler hakkın kötüye kullanılmasına neden olabilir. Bu nedenle açık olmayan sözleşme hükümlerinin dar yorumlanması gerekir<sup>50</sup>.

Sözleşmede belirtilen sebeplerden birinin gerçekleşmesi halinde ortaklardan birinin şirketten çıkarılabilmesi için genel kurul kararı alınması gerekir. Ayrıca karar ortağa noter aracılığıyla bildirilmelidir. Kararın bildirilmesinden itibaren üç ay içinde çıkarılan ortak iptal davası açabilir. Üç aylık süre hak düşürücü süredir, dolayısıyla sürenin dolmasıyla iptal davası açılmayacak ve çıkarma kararı kesinleşmiş olacaktır<sup>51</sup>.

Sözleşmede sayılan sebeplerin haklı neden oluşturması zorunluluğu söz konusu değildir. Bu anlamda, genel kurulun aldığı çıkarma kararına ilişkin

---

<sup>47</sup> TTK'nın 621. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, bir ortağın şirketten çıkarılma sebeplerinin sonradan şirket sözleşmesine konulabilmesine dair sözleşme değişikliği, şirket sermayesini temsil eden tüm ortakların genel kurul toplantısında oy birliği ile karar almasıyla mümkündür.

<sup>48</sup> Sözleşmeden doğan çıkma hakkından farklı olarak burada çıkarma sebeplerinin sözleşmede belirtilmesi gerekir. Hem maddenin lafzı hem de 577. maddenin birinci fıkrasının (I) bendi dikkate alındığında bu sonuca varmak mümkün olacaktır. Şirket sözleşmesinde çıkarmaya yönelik sebep öngörülmemiş ise ortaklık mahkeme yolu ile çıkarma müessesini işletebilir. Taşdelen, s. 216; Ayşe Şahin, "Yeni Türk Ticaret Kanununun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Yayıncılık, 2013, s. 191.

<sup>49</sup> TTK 640. madde gerekçesi.

<sup>50</sup> Şener, s. 900.

<sup>51</sup> Pulaşlı, s. 2072.

iptal davası açılması halinde, mahkeme sebeplerin haklı neden oluşturup oluşturmadığını değil, sözleşmede belirtilen koşulların oluşup oluşmadığını inceleyecektir<sup>52</sup>. Zira hükmün temelini, sebeplerin haklı neden oluşturması değil, ortaklar nezdinde şirketin devamı açısından önemli olarak kabul edilen sebeplerin tanımlanması oluşturmaktadır. Aynı şekilde mahkeme, söz konusu sebebin ortaklığın devamını etkiler nitelikte olup olmadığını inceleme yetkisine sahip değildir.

Sözleşmede belirtilen sebeplere bağlı olarak genel kurul kararıyla ortağın ortaklıktan çıkarılmasına ilişkin karar, kararın ortağa tebliği tarihinde hüküm doğurur<sup>53</sup>. Başka bir deyişle, genel kurul kararının tebliği tarihi ortağın ortaklık sıfatını kaybettiği tarihtir. Bununla birlikte, açılan iptal davası sonucunda davacı ortağın talebi haklı görülür ise genel kurulun çıkarma kararı iptal edilir ve ortak ortaklıktan hiç çıkarılmamış gibi sonuç doğar. Ortağın talebi reddedilir, başka bir deyişle mahkeme genel kurul kararını iptal etmezse, ortak genel kurul kararının kendisine tebliğ edildiği tarihte şirketten çıkmış olur<sup>54</sup>.

## 2. Mahkeme Kararıyla Çıkarma

Şirket sözleşmesinde belirtilen sebepler dışında, haklı nedenlerin oluşması halinde mahkeme kararıyla ortağın ortaklıktan çıkarılması 640. maddenin üçüncü fıkrası gereği mümkündür. Haklı nedenlerin oluşması halinde şirket çıkarma davası açıp bu durumun oluşmasına neden olan ortağın ortaklıktan çıkarılmasını sağlayabilir. Bu hüküm ile korunmak istenen varlık ortaklığın kendisidir. Zira ortaklığın devamlılığını tehlikeye düşüren haklı nedenlerin oluşmasına sebep olan ortak, genel kurul kararını<sup>55</sup> takiben açılacak bir dava ile ortaklıktan çıkarılabilecektir<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Pulaşlı, s. 2069; Gürpınar, s. 92.

<sup>53</sup> Şener, s. 917; Taşdelen, s. 217; Cenkçi, s. 8; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.1675.

<sup>54</sup> Ersin Çamoğlu, "Limited Ortaklıktan Çıkarılma", 2014, XXX(5), BATİDER, s. 8.

<sup>55</sup> Genel kurul kararına ilişkin olarak iptal ya da butlan davası açılması konusunda kanunda herhangi bir sınırlama olmadığından ortağın haklı nedenle çıkarma davasının açılmasına ilişkin olarak alınan genel kurul kararı hakkında kararın iptali ya da butlanı davası açılabilir. Bu halde çıkarma davasında hâkim, genel kurul kararına ilişkin olarak açılmış olan davayı beklentici sorun olarak değerlendirmelidir. Bkz. Aker, s. 103.

<sup>56</sup> 616. maddenin birinci fıkrasının (h) bendi gereği bir ortağın şirketten çıkarılması için mahkemeden istemde bulunma yetkisi genel kurulun devredilmez yetkilerindedir. Bu nedenle açılacak olan çıkarma davası için genel kurul kararı alınması şarttır. Doktrinde iki ortaklı limited şirketlerde, ortakların eşit sermaye payına hâkim olması hallerinde gerekli ağırlaştırılmış nisabın sağlanamaması nedeniyle çıkarma davası açılmaması haline ilişkin olan tartışmalara rastlamak mümkündür. Bu halde genel kurul kararı aranmaksızın



Çıkarma davası, ortaklık tarafından çıkarılmak istenen ortak aleyhine, ortaklığın merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılmalıdır<sup>57</sup>. Mahkeme kararıyla ortağın ortaklıktan çıkarılabilmesi için davacı tarafın haklı nedenleri iddia ve ispat etmesi gerekir. Mahkeme kararının kesinleşmesi ile çıkarma hüküm ve sonuçlarını doğurur<sup>58</sup>.

Kanun koyucu haklı neden olarak kabul edilebilecek halleri saymamıştır. Ancak kollektif şirketlere ilişkin 245 ve 255. maddeler limited ortaklıklar açısından dikkate alınabilir<sup>59</sup>. Genel olarak ifade etmek gerekirse, ortağın ortaklıktan çıkarılmasını adil veya hakkaniyete uygun gösteren nedenler haklı neden olarak kabul edilebilir<sup>60</sup>. Başka bir ifadeyle, ortaklığın amacının gerçekleştirilmesini engelleyen veya diğer ortaklar açısından ortaklığa devam edilmesini katlanılmaz hale getiren ortak, mahkeme kararıyla ortaklıktan çıkarılabilir<sup>61</sup>. Haklı nedenler ortağın kişiliğinden kaynaklanabileceği gibi, ortağın tutum ve davranışları da haklı neden oluşturabilir<sup>62</sup>. Haklı neden her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Haklı nedenin oluşmasında ortağın kusuru bulunmak zorunda değildir<sup>63</sup>. Bununla birlikte, kusurlu olarak haklı nedene sebep olan ortağın, aynı nedene

---

ortaklardan birinin çıkarma davası açabilmesi yönündeki görüşler için bkz. Aker, s. 104-107; Şener, s. 907.

<sup>57</sup> TTK m. 4 ve 5, HMK m. 14; Yargıtay 11. HD., E. 2016/1530, K. 2017/4591, 20.9.2017 (www.kazanci.com.tr, erişim 14.09.2020).

<sup>58</sup> Çamoğlu, Limited Ortaklıktan Çıkarılma, s. 15; Şener, s. 917; Taşdelen, s. 217; Cenkçi, s. 8; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.1675.

<sup>59</sup> Cenkçi, s. 9.

<sup>60</sup> Çamoğlu, Limited Ortaklıktan Çıkarılma, s. 8.

<sup>61</sup> Ayrıntılı örnekler için bkz. Aker, s. 99; Taşdelen, s. 224-226.

<sup>62</sup> ‘Bir ortağın davranışları şirket faaliyetlerine sekte vuracak ve ızrar edecek ve karşılıklı güveni ortadan kaldıracak nitelikte ise ortağın objektif iyi niyet kurallarına göre ortaklıktan çıkarılmasına karar verilmesi gerekir.’ Yargıtay 11. HD., E. 2001/3297, K. 2001/5291, 11.6.2001; ‘Haklı sebep, kanunda tanımlanmamıştır. Somut olayın özelliğine göre hâkim haklı sebebin varlığını takdir edecektir. Haklı sebep, şirketin devam etmesini çekilmez bir hale getiren veya şirket ilişkisini sona erdirmeyi gerektiren herhangi bir olgudur. Objektif veya sübjektif bir neden olabilir. Bir ortağın haklı sebeplerle şirketin fesih ve tasfiyesini isteyebilmesi için fesih ve tasfiyeyi gerektiren olaylarda kendi kusurunun bulunmaması gerekmektedir’. Yargıtay 11. HD., E. 2012/9121, K. 2014/728, 14.01.2014 (www.kazanci.com.tr, erişim 14.08.2020).

<sup>63</sup> Örneğin sağlık problemleri nedeniyle yükümlülüklerini yerine getiremeyecek ortak kusuru olmaksızın haklı nedenlerle çıkarma davası açılmak suretiyle ortaklıktan çıkarılabilir. Yargıtay 11. HD., E.1915, K. 3246, 11.5.1998 (www.kazanci.com.tr, erişim 14.08.2020).

dayanarak, başka bir ortağın ortaklıktan çıkarılmasını talep etmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır<sup>64</sup>.

### 3. Çıkarma Kararlarında Genel Kurul Karar Nisapları

Ortağın, şirket sözleşmesinde belirtilen sebeplerin gerçekleşmesi gerekçesi ile ortaklıktan çıkarılabilmesi ve ortak hakkında haklı nedenle çıkarma davası açılabilmesi için alınacak genel kurul kararında, 621. maddenin birinci fıkrasının (h) bendi gereği, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması gerekir. Çıkarılacak olan ortağın alınacak genel kurul kararında oy hakkına sahip olup olmayacağı öğretilde farklı şekilde yorumlanmaktadır.

Hakkında sözleşmeye veya haklı nedene dayanılarak çıkarma talebi bulunan ortağın, genel kurulda oy kullanma hakkının olduğunu ileri süren yazarlar<sup>65</sup> bu görüşlerini TTK'nın 619. maddesine dayandırmaktadır<sup>66</sup>. Zira ilgili madde oy hakkından yoksunluk hallerini düzenlemektedir<sup>67</sup>. Madde dikkate alındığında, sözleşmeye dayanan çıkarma hakkının kullanılması veya haklı nedenle çıkarma davası açılmasına ilişkin alınan genel kurul kararlarında, çıkarılan ortağın oy hakkı mevcut olmalıdır. İlgili ortağın genel kurulda oydan yoksun olacağını savunan yazarların<sup>68</sup> dayanağı ise Alman öğretisi<sup>69</sup> temelinde hiç kimsenin davasının hâkimi olamayacağı ilkesi ve anonim ortaklıklara ilişkin olarak TTK'nın 436. maddesinde oydan yoksunluk hallerinin daha geniş tanımlanmış olmasıdır. Dolayısıyla 436. maddenin

<sup>64</sup> Çamoğlu, Limited Ortaklıktan Çıkarılma, s.12.

<sup>65</sup> Taşdelen, s. 222; Şener, s. 901; Şahin, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 196; İsmail Kırca / Murat Gürel, "Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmaya Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu", BATİDER 60. Yıl Armağanı, 2015, s. 211-221.

<sup>66</sup> Mehaz İsvBK m. 823/2'ye göre, sözleşmeden doğan çıkarma hakkının kullanılması ve haklı nedenle çıkarma davasının açılması için gerekli olan genel kurul kararında ilgili ortağın oy hakkı bulunmaktadır. Trüeb s. 233; Siffers/Fischer/Petrin, s. 333.

<sup>67</sup> TTK m. 619' a göre; i) herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılmış bulunanlar, müdürlerin ibralarına ilişkin kararlarda oy kullanamazlar, ii) şirketin kendi esas sermaye payını iktisabına ilişkin kararlarda, esas sermaye payını devreden ortak oy kullanamaz, iii) ortağın bağlılık yükümlüne veya rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunmasını onaylayan kararlarda ilgili ortak oy kullanamaz.

<sup>68</sup> Çamoğlu, Limited Ortaklıktan Çıkarılma, s. 8; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.1678c.

<sup>69</sup> Alman Limited Şirketler Kanunu'na göre (GmbHG § 47/4), aleyhine dava açılacak ortak, kendisi hakkında verilecek genel kurul kararında oy hakkına sahip değildir. Ayrıca bkz. 01.04.1953 t. Alman Federal Mahkemesi kararı (NJW 1953) için Kırca/Gürel, s. 205.

kıyasen limited şirketler için de uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>70</sup>. Ayrıca, Çamoğlu'na göre, limited şirketler açısından TTK'nın kollektif şirketlere ilişkin 255. maddesine de başvurulabilir. İlgili hükme göre, bir ortağın kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı şirketin feshi istenebilecekse, o ortağın şirketten çıkarılmasına ve şirketin devamına diğer ortaklarca karar verilebilir. Bu hükme binaen, Çamoğlu, limited şirketlerde de çıkarma veya haklı sebebe bağlı çıkarma davası açma kararlarında ilgili ortağın oy kullanmaması gerektiğini savunmaktadır<sup>71</sup>.

Bilgili ve Cengil'e göre<sup>72</sup>, 619. maddenin düzenlenmesinde kanun koyucunun amacı göz önünde bulundurularak, oydan yoksunluk halleri şirket sözleşmesinde belirtmek suretiyle genişletilebilir. Bu halde, 619. madde kapsamına girmese bile oydan yoksunluk müessesesinin ruhuna uygun durumlarda da ortağın oydan yoksun bırakılması söz konusu olabilir. Bu durumlardan biri de hakkında çıkarma kararı veya haklı nedenle çıkarma davası açılması kararı verilecek ortağın oydan yoksun bırakılmasıdır. Kanaatimizce, söz konusu halde, özellikle çıkarılmak istenen ortağın ortak kalmak istemesi durumunda, ortak ile ortaklık menfaatlerinin çatıştığı çok açıktır. Yüksek

---

<sup>70</sup> Çamoğlu, Limited Ortaklıktan Çıkarılma, s. 8; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.1678c.

<sup>71</sup> Çamoğlu, Limited Ortaklıktan Çıkarılma, s. 8.

<sup>72</sup> Yazarlara göre, oy hakkından yoksunluk kurumunun varlık nedeni, pay sahiplerinin ve azınlığın korunmasını sağlamaktır. Bu korumanın doğal sonucu olarak şirketin menfaatlerinin korunması, hukuki ve ekonomik varlığının devamı da sağlanmış olacaktır. Bu temelde, ortak ile ortaklık arasında menfaat çatışmasının olduğu hallerde ortaklık menfaatleri ön plana çıkarılmış ve bu menfaatlerin korunması amacıyla ortağın oy hakkı elinden alınmıştır. Kanun koyucu 619. maddede menfaat çatışması olabilecek halleri düzenlemiş ve bu hallerde ortağın oy hakkını ortadan kaldırmıştır. Bununla birlikte 619. maddede sayılan hallerde benzer şekillerde ortak ile ortaklık menfaatlerinin çatışması durumunda oy hakkından yoksunluk halleri genişletilebilir. Genişletme ancak şirket sözleşmesinde belirtildiği müddetçe geçerli olacaktır. Bununla birlikte, TTK m. 579, şirket sözleşmelerinin emredici hükümlerden ancak kanunun izin verdiği ölçüde sapabileceğini belirtmektedir. 619. madde emredici nitelikte olduğundan bu genişletmenin 579. madde esasları göz önünde bulundurularak yapılması gerekmektedir. Bu noktada yazarlar, madde gerekçesinde yer alan "maddenin lafzından sapabilme imkanının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetken bir yorumla" ifadeleri temelinde 619. maddede sayılan hallerin şirket sözleşmesinde belirtmek suretiyle genişletilebileceğini ifade etmektedir (TTK 340. madde gerekçesi). Fatih Bilgili / Fatih Cengil, "Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu", 2017, 16(1), GÜHFD, s. 92-93.

İsviçre öğretisinde de aynı şekilde limited ortaklıklarda oydan yoksunluk hallerinin şirket sözleşmesi ile genişletilip genişletilemeyeceği tartışılmaktadır. Bkz. Siffers/Fischer/Petrin, s. 221; Kırca/Gürel, s. 216.

oranda paya sahip bir ortağın ortaklıktan çıkarılmama<sup>73</sup> ve ortaklığın hukuki ve iktisadi varlığını kaybetme riskinin bertaraf edilmesi amacıyla 619. maddenin yeniden gözden geçirilmesi ve anonim ve limited şirketlerde oydan yoksunluk hallerinin paralel şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. 619. maddede bu nevi bir değişiklik yapılmadan, hakkında çıkarma kararı veya haklı nedenle çıkarma davası açılması kararı verilecek ortağın genel kurulda oy kullanamayacağı ileri sürülemez.

### C. ÇIKMA VE ÇIKARMANIN PAYLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Çıkma veya çıkarma neticesinde ortaklıktan ayrılan ortağın, ortaklık ile ilişkisi sona erer. Buna bağlı olarak, ayrılan ortak artık ortak sıfatına sahip olmayacağı gibi, ayrılan ortağın ortaklık sıfatına bağlı olarak doğmuş olan hak ve yükümlülükleri de sona erecektir<sup>74</sup>.

Çıkan ya da çıkarılan ortağın paylarının akibetinin ne olacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Ayrılan ortağın ortaklık payı kime ait olacak veya hangi kurala tabi olacaktır? Öğretide kabul gören görüşe göre, ayrılma akçesi ödeninceye kadar ortaklık mevkiî açık kalır ve paya bağlı bütün haklar donar<sup>75</sup>. Şirket tüzel kişiliği, bu süre içerisinde paya ait ortaklık haklarından yararlanamaz. Bununla birlikte, pay üzerindeki hâkimiyet ortaklık tüzel kişiliğine ait olur<sup>76</sup>. Ayrılma akçesi için kaynak oluşturulabilmesi için, ortaklık, bu paylar üzerinde tasarrufta bulunacak ve söz konusu bu paylar (i) ya diğer ortaklar veya üçüncü kişiler tarafından devralınacak (ii) ya da şirket tarafından iktisap edilecektir. Son ihtimal ise, (iii) ayrılan ortağın pay oranı kadar esas sermayenin azaltılarak payın itfa edilmesi ve elde edilen kaynağın

<sup>73</sup> Arslanlı/Domaniç, s. 770.

<sup>74</sup> Güzin Üçışık, "Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması", Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, 2003, s. 203.

<sup>75</sup> Öğretideki tartışmalar ışığında, ortaklık sıfatının sona ermesi halinde, payın akıbeti ile ilgili üç ayrı olasılık özümsenmiştir. Ayrılan ortağın ortaklık payı ya ortaklık tarafından iktisap edilmeli, ya şekli olarak ortaklık sıfatına sahip olsa da tasarruf hakkı ortaklıkta olmalı ya da paylar sahipten kalmalı ve tasarruf yetkisi ortaklıkta olmalıdır. İlk iki olasılık, iktisabın sınırlı oranda olması, ayrılmanın topyekûn sonuç doğurması gerekliliği gibi çeşitli noktalarda eleştiriye açıktır. Bu anlamda, benimsenmesi gereken uygulama son senaryodur. Zira bu halde hem ayrılan ortak ile pay arasındaki ilişki tamamen ortadan kalkmış olacak hem de mevkiî olarak varlığını devam ettiren ortaklık payı şartların oluşması halinde diğer ortaklık, üçüncü kişiler veya ortaklık tarafından iktisap edilebilecek ya da bu paylar sermayenin azaltılması yoluyla itfa edilebilecektir. Bkz. Ali Haydar Yıldırım, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, Dora Yayıncılık, 2013, s. 284-290.

<sup>76</sup> Baştuğ, s. 92; Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 284-290.

ayrılma akçesinin ödenmesinde kullanılmasıdır. Kısaca, ayrılan ortağa ait paylar, ayrılma tarihinden itibaren ne ayrılan ortağa ne de ortaklığın kendisine ortaklıktan doğan hakları kullanma yetkisi tanımaktadır. Bununla birlikte, söz konusu payların ne tür işlemlere tabi olacağı 642. madde esaslarına göre ortaklık tarafından tayin edilecektir.

### III. LİMİTED ORTAKLIKLARDA ORTAKLIK SIFATININ SONA ERMESİNİN MALİ SONUCU: AYRILMA AKÇESİ

Ortağın, ortaklıktan ayrılmasının en doğal sonucu ortaklık sıfatının sona ermesidir. Ortaklık sıfatının kaybedilmesi neticesinde ayrılan ortak, ayrılma tarihinden itibaren ortak olmaktan kaynaklanan ve kendi nezdinde doğan hak<sup>77</sup> ve yükümlülükler<sup>78</sup> sahip olmayacaktır. Ayrılan ortağın, ortaklıktan doğan haklarını yitirmesi ve yükümlülüklerinden kurtulmasının yanında, ayrıca Kanundan doğan emredici bir mali hakkı ortaya çıkmaktadır. Bu hak, ortaklık payının ve sıfatının kaybedilmesi neticesinde şirket tarafından ayrılan ortağa ödenmesi gereken ayrılma akçesidir<sup>79</sup>. Ayrılma akçesi, ayrılan ortağın şirket malvarlığından kendi payına düşen kısmıdır<sup>80</sup>. Ayrılan ortak, ortaklık ilişkisi kurulurken şirkete sermaye olarak getirdiği değeri şirketten geri almamakta; onun yerine, şirkete sağlanan katkının karşılığı olarak ayrılma akçesine hak kazanmaktadır<sup>81</sup>.

TTK'nın 641. maddesinin birinci fıkrasına göre, '*ortak şirketten ayrıldığı takdirde, esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini istem hakkını haizdir*'. Bahsi geçen hüküm emredici nitelikte olduğundan taraflar şirket sözleşmesi ile ayrılma akçesinin ortadan kaldırılmasını veya aynı sonucu

---

<sup>77</sup> Ayrılmanın hukuki olarak ortaya çıkmasıyla birlikte; ortak, kâr veya tasfiye payına katılma, rüçhan hakkı kullanma gibi malvarlığına ilişkin haklardan yararlanamayacaktır. Ayrıca genel kurula katılma, oy kullanma, görüş bildirme, paya tanınan imtiyazlara sahip olma gibi haklar da sona erecektir. Baştuğ, s. 91-92, 246; Taşdelen, s. 199; Ayan, s. 2251; Yıldırım, Hakkı Nedenle Fesih, s. 290-291.

<sup>78</sup> Sadakat yükümlülüğü ortaklık ilişkisi sona erse dahi devam etmektedir. Ayrılan ortak ortaklıkla ilgili bildiği sırları başka kimselerle paylaşmamakla yükümlüdür. Baştuğ, s. 76-77; Yıldırım, Hakkı Nedenle Fesih, s. 293.

Ayrıca, şirket sözleşmesinde belirtilmiş ise, ayrılan ortağın ayrıldıktan sonra bir süre daha rekabet yasağına tabi olması söz konusu olabilir. Rauf Karasu, "Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme İle Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı", 2004, XXII(4), BATİDER, s. 83.

<sup>79</sup> Dirikkan, s. 105.

<sup>80</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.1680c.

<sup>81</sup> Şener, s. 921.

doğuracak benzer bir hükmün sözleşmede yer almasını sağlayamazlar. Ayrıca, ayrılma akçesi mahkeme kararı olmaksızın talep ve ifa edilebilir nitelikte bir haktır<sup>82</sup>.

## A. AYRILMA AKÇESİNİN GERÇEK DEĞERİNİN BELİRLENMESİ

Ayrılma akçesinin, esas sermaye payının gerçek değerine uygun olarak hesaplanması gerektiği 641. maddede belirtilmiştir. Kanun koyucu, gerçek değere uyan ayrılma akçesinden bahsetse de gerçek değer ne olduğu Kanunda belirtilmemiş, ifadenin yorumlanması öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır<sup>83</sup>.

Öğretide kabul gören görüş<sup>84</sup>, gerçek değer, şirketin yaşayan işletme içindeki piyasa değerine göre hesaplanması gerektiğidir<sup>85</sup>. İşletmenin gerçek

<sup>82</sup> Ayrılma akçesi, ayrılan ortak lehine şirket aleyhine doğan bir hak. Bu hak, ortaklık ilişkisinden doğduğu, bununla birlikte ortaklık sıfatının sona ermesiyle birlikte ortaya çıktığından yarı borçlar yarı ortaklıklar hukuku temellidir. Cenççi, s. 12. Borçlar hukuku temelli olduğuna ilişkin olarak bkz. Şener, s. 922.

<sup>83</sup> TTK 641. madde gerekçesi.

<sup>84</sup> Şirketin gerçek değerinin tespit edilmesi için kullanılacak çeşitli metotlar mevcuttur. Bu metotlardan sadece birini tercih etmek yaşayan bir varlık olan şirketlerin gerçek değerinin hesaplanmasına hataya düşülmesine sebep olabilir. Zira bu metotların her biri farklı temele dayanmakta ve şirketlerin kendi yapısına göre farklı metotların uygulanması söz konusu olabilmektedir. Bu metotlar aşağıdaki gibi gruplandırılabilir: i) şirketin mevcut mal ve haklarının tamamı dikkate alınarak oluşturulan toplam mal varlığı metodu, ii) şirketin potansiyel gelirleri dikkate alınarak oluşturulan kazanç değeri metodu, iii) mal varlığı değerleri ile kazanç değerini bir araya getiren ortalama değer metodu, iv) defter değeri metodu, v) şirketin tüm varlıklarının satılması neticesinde elde edilecek tasfiye değeri metodu. Bkz. Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 311-312.

Ayrıca bkz. Dirikkan s. 113-114; Nuri Erdem, Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 301-302; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.1680e; Pulaşlı, s. 2076; Siffers/Fischer/Petrin, s. 338; Engin Erdil, Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 2. Bası, Vedat Kitap, 2010, s. 98; Vito Roberto / Hans Rudolf Trüeb, Gmbh, Genossenschaft, Handelsregister Und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR Und BEG, 2016, s. 100; Lutz Michalski, Kommentar Zum Gesetz Betreffend Die Gesellschaften Mit Beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 2010, Rn. 46-55; Lukas Handschin/ Christof Truniger, Die GmbH, 2019, s. 253; Holger Fleischer / Wulf Goethe, Münchener Kommentar zum GmbHG, 2018, Rn. 208-214.

<sup>85</sup> “Ayrılmanın gerçekleştiği şirketin yaşayan bir şirket olduğu dikkate alınarak, ayrılma akçesinin hesaplanması esnasında göz önünde bulundurulacak olgular şirketin faaliyet alanı, müşteri portföyü, marka değeri, gelecekte yapacağı iş potansiyeli gibi parametrelerdir.” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 14. HD, E. 2018/664, K. 2019/302, 28.2.2019 (www.kazanci.com.tr; erişim 30.01.2020).

İsviçre Federal Mahkemesi Kararı BGE 89 II 133, 06/11/1963, s. 133-135; İsviçre Federal

değeri hesaplandıktan sonra yapılması gereken, ayrılan ortağın payının nominal değeri esas alınarak ayrılma akçesinin hesaplanmasıdır<sup>86</sup>. Böylece, ayrılma akçesinin gerçek değeri belirlenmiş olacaktır.

Ayrılma akçesinin gerçek değeri yansıtmasına ilişkin hükmün amacı hem ayrılan ortağın ve şirket alacaklılarının menfaatini hem de şirket malvarlığını korumaktır. Böylece ne ayrılan ortak hak ettiği bedelden az ayrılma akçesi alacak ne de şirket alacaklıları ve şirket malvarlığı yüksek ayrılma akçesi bedeli nedeniyle zarara uğrayacaktır<sup>87</sup>.

Söz konusu bu alacak hakkının bir ara bilanço ile hesaplanması gerekir; zira ayrılan ortağın, ortaklık sıfatının kaybı şirketin varlığını etkilememekte, şirket faaliyetleri, geride kalan ortaklar tarafından yürütülmeye devam etmektedir<sup>88</sup>. Bu nedenle, tasfiye bilançosu<sup>89</sup> oluşturulmayacak, onun yerine ara bilanço oluşturulması yolu tercih edilecektir<sup>90</sup>. Bu bilanço, ayrılmanın gerçekleştiği tarihe göre oluşturulmalıdır<sup>91</sup>. Ancak burada dikkate alınacak tarih, ayrılan ortağın ne şekilde ayrıldığı göz önüne alınarak belirlenmelidir. Ayrılma, çıkma hakkının kullanılması sonucu gerçekleşmişse, çıkma beyanının şirket tüzel kişiliğine ulaştığı tarih; çıkarma sonucu gerçekleşmişse, çıkarmaya yönelik alınan genel kurul kararının çıkarılan ortağa tebliğ edildiği tarih; haklı nedene dayanılarak çıkma ya da çıkarma davası açılmışsa, mahkeme kararına en yakın tarih dikkate alınarak gerçek değer hesaplanmalıdır<sup>92</sup>. Şirketin

---

Mahkemesi Kararı BGE 120 II 259, 26.07.1994, s. 259-266 (Swisslex; erişim: 30.07.2020)

<sup>86</sup> Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 310.

<sup>87</sup> Şener, s. 921; Yıldırım, s. 308.

<sup>88</sup> Baştuğ, s. 81; Jolanta Kren Kostkiewicz / Stephan Wolf / Marc Amstutz / Roland Fankhauser, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Bası, Orell Füssli Verlag AG, 2016, s. 2182.

<sup>89</sup> Tasfiye bilançosu, şirketin yaşayan gerçek değerini yansıtmayacaktır. Bkz. Şahin, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 198.

<sup>90</sup> Erdil, s. 97.

<sup>91</sup> Erdil, s. 98; Baştuğ, s. 81; Taşdelen, s. 203.

<sup>92</sup> Haklı nedenle çıkma ve çıkarma davasına ilişkin olarak bir düzenleme olmamakla birlikte TTK 202/2 ve 531 maddeleri dikkate alınarak, mahkemenin karar tarihine en yakın tarihteki bilançoya göre ayrılma akçesinin hesaplanması gerektiği öğretilmiş ve ağırlıklı olarak kabul edilen görüştür. Eriş Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, C. III, Seçkin Kitabevi, 2013, s. 3967; Taşdelen, s. 203; Cenççi, s. 14.

Yargıtay kararlarına baktığımızda dava tarihi ve karar tarihi olmak üzere iki tarih üzerinden kararlar verildiğini görmek mümkündür. Ancak yeni tarihli kararlarda ağırlıklı olarak karar tarihine göre hesaplama yapılması gerektiğine ilişkin içtihatlar önem kazanmaktadır. Yargıtay 11. HD., E. 2003/3919, K. 2003/10687 10.11.2003; Yargıtay 11. HD., E. 1998/7595,

yaşayan gerçek değerinin paylara karşılık gelen kısmının hesaplanması ile ayrılma akçesi belirlenmiş olacaktır<sup>93</sup>.

TTK'nın 641. maddesinin ikinci fıkrasına göre, '*şirket sözleşmesinde öngörülen ayrılma hakkı dolayısıyla, şirket sözleşmeleri ayrılma akçesini farklı bir şekilde düzenleyebilir*'. Başka bir ifadeyle, şirket sözleşmesinde ortaklara çıkma hakkı tanınmış ise<sup>94</sup> ayrılma akçesinin nasıl ödeneceği de belirtilebilir, örneğin şirket sözleşmesinde gerçek değer yerine nominal değere göre ayrılma akçesinin ödeneceği, aynı ödeme yapılacağı, indirim veya taksit uygulanacağı gibi düzenlemeler yapılabilir<sup>95</sup>. Ancak, ayrılma akçesinin her koşulda ortaklar tarafından istedikleri şekilde düzenlenebileceği fikri ayrılma akçesinin amacına aykırıdır. Buradaki serbesti, keyfi ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde veya ayrılan ortağı cezalandırma amacıyla kullanılmamalı, taraf menfaatlerini dengeleyici nitelikte olmalıdır<sup>96</sup>. Ayrılma akçesini önemli ölçüde sınırlandıran ya da ortadan kaldıran, ortağın çıkma hakkını kullanamamasına neden olan sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilmelidir<sup>97</sup>.

Sözleşmeden doğan çıkma veya çıkarma hakkının kullanılması halinde, taraflar arasında ayrılma akçesinin gerçek değerine ilişkin uyuşmazlık çıkması mümkündür. 7155 s. Kanun<sup>98</sup> ile TTK'ya 5/A maddesi olarak

---

K. 1998/9320 24.12.1998; Yargıtay 11. HD., E. 2003/492, K. 2003/5870 3.6.2003 (www.kazanci.com.tr, erişim 17.09.2020).

<sup>93</sup> Şahin, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 198-199; Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 312-315.

<sup>94</sup> İlgili maddenin mehzazı olan İsvBK'nın 825. maddesine göre, çıkma hakkının verildiği hallerde, şirket sözleşmesi ayrılma akçesine ilişkin olarak farklı düzenlemeler getirebilir. Dolayısıyla TTK'nın lafzında 'ayrılma hakkı' ifadesi çıkma hakkı olarak düşünülmelidir. Bkz. Şener, s. 923; ayrıca, TTK'nın 577. maddesinin (k) bendi, çıkma hakkının tanınması, bu hallerde ödenecek olan ayrılma akçesinin türü ve tutarı, (l) bendi ise, ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin özel sebepler olarak kaleme alınmıştır. Kanun koyucu çıkarma halinde de ayrılma akçesinin farklı şekilde düzenlenebileceğini sağlamak isteseydi (l) bendinde de bu yönde açıklayıcı bir ibare olması gerekirdi. Bkz. Taşdelen, s. 203.

<sup>95</sup> Şener, s. 923; Taşdelen, s. 204; Cenkçi, s. 14; Dirikkan, s. 132; Trüeb, s. 238.

<sup>96</sup> TTK 641. madde gerekçesi.

<sup>97</sup> Gerçek değer çok altında belirlenen ayrılma akçesi, ayrılan ortağın ayrılma akçesinden elde edeceği iktisadi menfaati ortadan kaldıran ölçüde konulan vade gibi sözleşme hükümleri geçersiz olmalıdır. Bununla birlikte, uygun hallerde bu sözleşme hükümlerinin geçersiz olması yerine, sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına göre yorumlanıp uygulanması da söz konusu olabilir. Bkz. Dirikkan, s. 140. Aksi görüş için bkz. Şahin, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 202.

<sup>98</sup> 6/12/2018 t. 7155 s. Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile TTK'nın 5/A maddesi 01/01/2019 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.



eklenen hüküm gereği, ayrılma akçesinin belirlenmesi için öncelikli olarak arabuluculuk müessesinin çalıştırılması gerekmektedir<sup>99</sup>. Ayrılma akçesine ilişkin davalar TTK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre mutlak ticari davalardandır<sup>100</sup> ve ayrılma akçesi bir alacak hakkıdır<sup>101</sup>. Bu temelde, ayrılma akçesine ilişkin alacak talepleri öncelikli olarak arabuluculuk faaliyetlerinin işletilmesi şartıyla dava konusu yapılabilir. TTK 5/A maddesi gereği, arabuluculuk faaliyetinin yürütüldüğü ancak taraflarca bir anlaşmaya varılmadığı hallerde, ayrılma akçesinin ödenmesine veya gerçek değerinin belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıklar mahkemeye taşınabilir. Uyuşmazlık, taraflardan birinin talebi üzerine, şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi tarafından ele alınıp karara bağlanır<sup>102</sup>. Ayrıca, haklı sebebe bağlı çıkma ve çıkarma davalarında da mahkeme ayrılmanın sonucu olarak ortaya çıkan ayrılma akçesinin gerçek değerini bilirkişi marifetiyle

---

<sup>99</sup> Mustafa İsmail Kaya / Burçak TATLI, Ticaret Hukuk I, 3. Bası, Seçkin Kitabevi, 2020, s. 89.

<sup>100</sup> Ticari davaları mutlak ve nispi olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Mutlak ticari davalar, tarafların tacir olup olmadığına ve işin bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmeyeğine bakılmaksızın ticari sayılan davalardır. Mutlak ticari davalar, TTK'nın 4/1. maddesinde bentler halinde sayılmıştır. Nispi ticari davalar, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması halinde ticari nitelikte sayılan davalardır. TTK'nın 4/1. maddesine göre, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan ve iki tarafı da tacir olan hukuk davaları ticari dava sayılır. Bu hükme göre bir davanın ticari dava sayılabilmesi için, hem iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi hem de iki tarafın tacir olması gereklidir. Bu şartlar birlikte bulunmadıkça, uyuşmazlık konusunun ticari iş niteliğinde olması veya ticari iş karinesi (TTK m. 19/2) sebebiyle diğer taraf için de ticari iş sayılması davanın ticari dava olması için yeterli değildir. Üçüncü grup ticari davalar, yalnızca bir tarafın ticari işletmesini ilgilendiren havale, vedia ve fikri haklara ilişkin davalardır. Kısaca, bir davanın ticari dava sayılması için kural olarak ya mutlak ticari davalar arasında yer alması ya da her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili bulunması gerekirken havale, vedia ve fikri haklara ilişkin davaların ticari nitelikte sayılması için yalnızca bir yanın ticari işletmesiyle ilgili olması TTK'da yeterli görülmüştür. Yargıtay HGK, T. 10.2.2016, E. 2014/17-2389, K. 2016/129 (www.kazanci.com.tr, erişim 18.03.2020).

<sup>101</sup> İlker Koçyiğit / Alper Bulur, Ticari Uyuşmazlıklar Dava Şartı Arabuluculuk, Arabuluculuk Dairse Başkanlığı, 2019, s. 94.

<sup>102</sup> İsvBK m. 789, sermayeye katılımın gerçek değerinin mahkeme tarafından tespit edilebileceğini düzenlemektedir. Trüeb, s. 238.

belirleyecektir<sup>103, 104</sup>.

Ayrılma akçesinin değerine ilişkin verilen mahkeme kararı 597. maddenin ikinci fıkrasına göre kesindir. Haklı nedenle çıkma veya çıkarma davasında ayrılma akçesi bedelinin mahkeme tarafından kesin olarak belirlenmesi, bununla birlikte çıkma veya çıkarma kararının üst mahkeme marifetiyle incelenme kabiliyetinin bulunması, pratikte bir takım problemlere gebe dir. Ayrılma akçesi bedeli kesinleştikten sonra, çıkma ya da çıkarma kararının istinaf mahkemesine taşındığını, oradan da Yargıtay'a başvurulduğunu ve en nihayetinde yargılama sürecinden sonra ayrılma kararının kesinleştiğini düşünelim. Bu durumun ayrılma akçesinin ödenmesi açısından en önemli sonucu hiç şüphesiz şirketin güncel olmayan mali durumuna göre ayrılma akçesinin belirlenmiş olmasıdır. Bu durum hem alacaklı ayrılan ortak hem de borçlu ortaklık açısından sorunlar doğurabilir.

Ortaklığın iktisadi açıdan büyüdüğü, daha önceki tarihte belirlenen ayrılma akçesinin bu büyüme ve/veya enflasyon karşısında değersizleştiği durumda ayrılan ortak; ortaklığın iktisadi açıdan küçüldüğü, daha önceki tarihte belirlenen ayrılma akçesinin ise şirketin gerçek yaşayan değerine göre fahiş kaldığı hallerde ortaklık açısından haksız bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu sorunun çözümü, 597. maddenin me haz Kanun hükmü olan İsvBK m. 789'a uygun hale getirilerek mahkeme kararının kesin olduğunu belirten ibarenin Kanun kapsamından çıkarılmasıdır<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Öğretide ayrılma akçesinin mahkeme tarafından belirlenmesine ilişkin farklı görüşler yer almaktadır. Aker'e göre, çıkma veya çıkarma davası ile birlikte mahkemeden ayrılma akçesinin hesaplanması talep edilebileceği gibi, ayrılma akçesine ilişkin müstakil bir dava da açılabilir. Şener'e göre ise, ayrılma akçesine ilişkin dava, inşai karar olan çıkma veya çıkarma kararının kesinleşmesinden sonra açılmalıdır. Çünkü çıkma veya çıkarma kararı bozulursa ayrılma akçesi boşu boşuna kararlaştırılmış olacaktır. Ayrıca, ayrılma akçesinin gerçek değerine ilişkin karar kesin karar olduğundan, aynı davada kesin olmayan çıkma veya çıkarma kararına karşı dava yolu açıkken ayrılma akçesine ilişkin kararda dava yolu açık olmayacaktır. Bu anlamda usule ilişkin problemler doğabilecektir. Bkz. Aker, s. 106-107; Şener, s. 925-928.

<sup>104</sup> Ayrılma akçesinin gerçek değerinin uzman bilirkişiler tarafından hesaplanması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararı, 11. HD., 03.04.2008, E. 8304, K. 4378. Karar için Şener, s. 927.

<sup>105</sup> İsvBK m. 789 mahkeme kararının kesin olmasına ilişkin hüküm içermemektedir. Başka bir ifadeyle, mahkemenin belirlemiş olduğu ayrılma akçesi tutarına yönelik karar üst derece mahkemesine taşınabilmektedir. Şener, s. 352, 926; Trüeb, s. 98-100; Siffers/Fischer/Petrin, s. 110-112.

## B. AYRILMA AKÇESİNİN MUACCELİYETİ

Genel hükümlere göre, borç ilişkisi kurulduğu anda borç doğmakta<sup>106</sup>; ancak borcun doğması hemen ifa edilmesi gerektiği sonucunu doğurmamaktadır<sup>107</sup>. Borç hukuki işlemle birlikte ortaya çıksa da borcun ifa edilmesi gereken tarih, borcun muaccel olduğu tarihtir. Kural olarak borç doğduğu an muaccel hale gelir; ancak işin niteliği gereği, hukuki düzenlemeler veya taraf iradeleriyle borcun muaccel olma tarihi ötelenebilir. Genel kurallara uygun olarak, 641. maddenin birinci fıkrasına göre, ortak, ortaklıktan ayrıldığı an ayrılma akçesi de doğar ve muaccel hale gelir. Bununla birlikte, 642. maddenin birinci fıkrası bu kuralı şirket sermayesi ve alacaklıları lehine yumuşatmıştır<sup>108</sup>. Bahsi geçen madde hem ayrılma akçesinin ödenmesi için kullanılacak kaynakları, hem de kaynakların mevcut olması şartına bağlı olarak ayrılma akçesinin muacceliyet tarihini belirlemektedir. Başka bir ifadeyle, şirketin kullanılabilir öz kaynağı varsa veya ayrılan ortağın esas sermaye payları devrediliyor ya da esas sermaye azaltılabiliyor ise ayrılma akçesi ayrılık ile muaccel hale gelir. Aksi halde bu koşulların gerçekleştiği an ayrılma akçesi muaccel olacaktır<sup>109</sup>.

Bu düzenlemeyle elde edilmek istenen amaç, şirketin, kalan ortakların ve şirket alacaklılarının menfaatini gözetmek, bu menfaati ayrılan ortağın menfaatiyle dengelemektir<sup>110</sup>. Bu hüküm ile ayrılma akçesinin şirket açısından uygun olmayan bir zamanda ödenmesi ve şirketin mali olarak zor duruma düşmesi engellenmiş olacaktır<sup>111</sup>. Böylece, hem ayrılan ortağın alacak hakkı koruma altına alınmış hem de bu hakkın kullanılması neticesinde şirket bünyesinde oluşabilecek zararlar bertaraf edilmiştir. Ayrılma akçesinin ödenmesinde kullanılacak kaynaklar arasında şirket sermayesi sayılmadığından, kanun koyucu tarafından korumaya alınmış unsurlar arasında şirket sermayesi de sayılabilir<sup>112</sup>. Bununla birlikte, esas sözleşmede çıkma hakkının düzenlenmesi halinde, ayrılma akçesinin hesaplanma yöntemi, ödeme şekli ve zamanı da

<sup>106</sup> TBK m. 90.

<sup>107</sup> İhsan Erdoğan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Gazi Kitapevi, 2019, s. 206; Abdülkadir Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Esasları, 10. Bası, Monopol Yayınları, 2019, s. 251; Fikren Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin Kitabevi, 2020, s. 973-975.

<sup>108</sup> Pulaşlı, s. 2076.

<sup>109</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.1680h.

<sup>110</sup> Altaş, s. 335.

<sup>111</sup> TTK 642. madde gerekçesi.

<sup>112</sup> Cenkçi, s. 15.

düzenlenebilir<sup>113</sup>. Yukarıda bahsedildiği gibi, bu durumda dürüstlük kuralına uygun düzenleme yapılması gerekmektedir. Şirketin mahvına veya ayrılma akçesinin ortadan kalkmasına neden olacak boyuttaki sözleşme hükümleri geçersiz olarak değerlendirilmelidir. Burada sorulması gereken soru, ayrılan ortağın, ayrılma gerçekleşikten sonra, ayrılma akçesinden ve 641 ile 642. maddelerin sağladığı korumadan vazgeçip geçemeyeceğidir. İlgili maddelerin amacına uygun bir şekilde taraflar arasında ayrılma akçesinin ödenmesine ilişkin anlaşmalar geçerli olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, ödeme yapılacak kaynağın belirlenmesi suretiyle ayrılma akçesinin muacceliyet tarihinin ötelenmesi<sup>114</sup> veya ödemenin taksitler halinde yapılması gibi konular taraflarca kararlaştırılabilir. Bu durumda ayrılan ortak bahsi geçen hükümlerin sağladığı korumadan kısmen de olsa vazgeçmiş olacaktır<sup>115</sup>.

Kanunda, ayrılma akçesinin ödenmesinde kullanılacak kaynakların sırasına ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Öğretide kabul gören sıralama; i) 612. maddeye bağlı kalmak şartıyla, ayrılan ortağın paylarının devriyle ayrılma akçesinin ödenmesi, ii) devir söz konusu değilse, kullanılabilir öz kaynakların kullanılması suretiyle ayrılma akçesinin ödenmesi, iii) son ihtimalde ise sermayenin azaltılması yoluyla ayrılma akçesinin ödenmesidir<sup>116</sup>. Zira bu şekilde ortaklığın kullanılabilir sermayesine dokunulmaksızın ayrılma akçesinin ödenmesi söz konusu olacaktır.

## C. AYRILMA AKÇESİNİN İFASINDA KULLANILACAK KAYNAKLAR

### 1. Kullanılabilir Öz Kaynaklar

642. maddenin birinci fıkrasının (a) bendine göre, şirket kullanılabilir öz kaynakları üzerinde tasarruf edebiliyorsa, ayrılma akçesi ayrılma anında muaccel hale gelir. Şirket, kullanılabilir öz kaynaklar ile ayrılma akçesini ödeyerek ayrılan ortağın sahip olduğu payları 612. madde esaslarına göre iktisap etmiş olacaktır. Kanun koyucunun 642. maddede, 612. maddenin birinci fıkrasındaki “*serbestçe kullanılabilir öz kaynak*” ifadesinden farklı olarak “*kullanılabilir öz kaynak*” ifadesini kullanması eksiklik değildir<sup>117</sup>.

<sup>113</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.1680k.

<sup>114</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.1680k.

<sup>115</sup> Cenççi, s. 16.

<sup>116</sup> Baştuğ, s. 92-93; Taşdelen, s. 200; Dirikkan, s. 155-158.

<sup>117</sup> Mehaz İsvBK. m. 825a hükmü de aynı şekilde düzenlenmiştir. Handschin/Truniger, s. 254.

Kullanılabilir öz kaynak, esas sermaye, genel kanuni yedek akçenin kısıtlı kısmı<sup>118</sup> ve ortaklığın iktisap ettiği paylar karşılığı ayırdığı yedek akçeler hariç öz sermayenin tamamıdır<sup>119</sup>. Burada kanun koyucu, bir yandan şirketin esas sermayesini diğer yandan ayrılan ortağın alacak hakkını koruma amacına uygun olarak bir düzenleme gerçekleştirmiştir. Zira kanun koyucu, ortakların ihtiyari şekilde ayırdıkları yedek akçelerle ayrılma akçesinin ödenmesini engellemeleri yolunu kapatmaktadır<sup>120</sup>.

Şirket bünyesinde kullanılabilir öz kaynakların mevcut olup olmadığı kim tarafından belirlenecektir? 6335 s. Kanun ile yapılan değişiklikten önce, kullanılabilir öz kaynağın işlem denetçileri tarafından belirlenmesi gerektiği düzenlenmişti. 2012 yılı değişikliğiyle ilgili fıkra kaldırıldığından şu an bu belirlemenin müdürler tarafından yapılması gerekmektedir (m. 623). Ancak bu durum, ayrılan ortak açısından güvensizlik oluşturacak niteliktedir. Bu nedenle, ayrılma, haklı sebeple çıkma veya çıkarma davasına dayanıyorsa, mahkeme, bilirkişi marifetiyle, ayrılma akçesinin gerçek değeriyle birlikte ortaklığın kullanılabilir öz kaynağının mevcut olup olmadığını tespit ettirmelidir<sup>121</sup>. Sözleşmeden doğan çıkma veya çıkarma hakkı kullanılıyor olsa bile, tarafların ayrılma akçesinin gerçek değeri konusunda anlaşamaması veya anlaşması halinde dahi öz kaynakların tespitine ilişkin olarak mahkeme yoluna gitmeleri söz konusu olmalıdır<sup>122</sup>. Mahkeme bilirkişi marifetiyle kullanılabilir öz kaynağın mevcudiyetine hükmederse, ayrılma akçesi ayrılma ile muaccel hale gelecektir. Aksi halde, Kanunda sayılan diğer kaynaklara başvurulacaktır.

Kullanılabilir öz kaynaklar ile ayrılma akçesinin ödenmesi halinde, ayrılan ortağın paylarının şirket tarafından 612. madde esaslarına göre iktisap edilmesi gerekmektedir. Şirket ancak iktisap edeceği payların itibari değerlerinin toplamı esas sermayenin yüzde onunu aşmıyorsa söz konusu payları iktisap edebilir (m. 612/1). Bununla birlikte, 612. maddenin ikinci fıkrası ayrılma halinde doğan iktisap hallerini birinci fıkra hükümlerinden istisna tutmuştur. Buna göre, iktisap edilecek payların itibari değerinin toplamı esas sermayenin yüzde yirmisine kadar çıkabilir. Yüzde onu aşan kısım ise iki yıl içerisinde devredilmeli veya sermayenin azaltılması yoluyla

---

<sup>118</sup> TTK m. 519. Altaş, s. 365-381.

<sup>119</sup> Siffers/Fischer/Petrin, s. 342.

<sup>120</sup> Şener, s. 930.

<sup>121</sup> Şener, s. 930; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, 2019, s. 466.

<sup>122</sup> Şener, s. 930; Yıldırım, s. 321.

itfa edilmelidir (m. 612/2). Ayrılan ortağın payları sermayenin yüzde yirmisini aşıyorsa, artan paylar şirket tarafından iktisap edilemeyeceği için ödenmeyen ayrılma akçesi değeri borç olarak kaydedilecek veya diğer kaynaklarla ifası gerçekleştirilecektir. Benzer durum, şirketin hali hazırda pay sahibi olması halinde de görülebilir. Bu halde şirket, yüzde yirmiye gelen kısım kadar ayrılma akçesini iktisap edebilecektir<sup>123</sup>.

Ayrılan ortağın paylarının ortaklıkça iktisabına ilişkin olarak iki konunun açıklığı kavuşturulması gerekmektedir. Birinci konu, iktisap işlemleri ile ilgilidir. TTK'nın 379. maddesi anonim şirketlerin, kendi paylarını iktisabını düzenlemektedir. Bu hükme göre, bir şirket kendi paylarını esas veya çıkarılmış sermayenin onda birini aşan miktarda ivazlı olarak iktisap edemez (m. 379/1). Payların iktisabı için genel kurulun yönetim kurulunu yetkilendirmesi şarttır (m. 379/2). Ayrıca, sadece bedellerinin tümü ödenmiş bulunan paylar iktisap edilebilir (m. 379/4). 382. madde ise, 379. maddeye istisna getirmektedir. Buna göre, iktisap, kanuni satın alma yükümünden doğuyorsa 379. madde uygulanmaz (m. 382/1,c). Başka bir deyişle, kanundan doğan iktisap hallerinde, genel kurulun yönetim kurulunu yetkilendirmesi ve pay bedellerinin ödenmiş olması şartları aranmayacaktır. Bunlara ilave olarak, “şirketin kendi paylarını iktisabı halinde paylar için iktisap değerini karşılayan tutarda yedek akçe ayrılması gerekir (m. 520/1)” hükmü, kanundan doğan iktisap hallerinde uygulanmayacaktır. Buradan yola çıkarak, limited ortaklıklarda ayrılma akçesi, kullanılabilir öz kaynaklar ile ödenecek ve buna bağlı olarak da paylar ortaklık tarafından iktisap edilecekse, 612. maddede sayılan yükümlülükler ortadan kalkacak denilebilir. Böylece, iktisap için genel kurul kararı alınması ve pay karşılığı yedek akçe ayrılması gerekliliği söz konusu olmayacaktır (m. 616/1,ı). Ayrıca, 379/4'te belirtilen şirketçe iktisap edilecek payların bedellerinin ödenmiş olması koşulu burada uygulanmayacaktır<sup>124</sup>.

Açıklığa kavuşturulması gereken ikinci konu ise, payların şirketçe iktisabı işlemlerinin pay devirlerine ilişkin aranan şartlardan istisna tutulmuş olmasıdır. Pay devrine ilişkin kuralları düzenleyen TTK m. 593/1'e göre, *‘esas*

<sup>123</sup> Ahmet Türk, Yeni Türk Ticaret Kanunu Ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Adalet Yayınevi, 2016, s. 270-271; Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 322-324.

<sup>124</sup> Cenççi, s. 20; Şener, s. 152; Mehmet Sadık Çapa, Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabı, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 124-125; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, “Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu”, 2017, 16(1), GÜHFD, s. 494.

*sermaye payının şirketçe iktisabına ilişkin 612. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen haller dışında, esas sermaye payı, ortaklar arasındaki devirler de dâhil olmak üzere sadece aşağıdaki hükümler uyarınca devredilebilir ve miras yoluyla geçer.* Maddenin lafzından anlaşılacağı üzere, ayrılan ortağın paylarının ortaklıkça iktisap edilmesi hallerinde, 595. maddede sayılan şekil şartları aranmamaktadır<sup>125</sup>. Burada üzerinde durulması gereken diğer bir nokta, ortaklığın iktisap ettiği ve fakat %10'luk sınırı aşan payların iki yıl içerisinde devredilmesi gerektiği durumdur. 593. maddenin ifadesi, 612. maddenin ikinci fıkrasının tamamını istisna kapsamı içerisine alıyor gibi anlaşılabilir. Ancak, üst sınırı aşan payların iki yıl içerisinde elden çıkarılmasını sağlayacak devir işlemleri pek tabii 595. maddede sayılan koşullara tabi olacaktır.

Kanunda bahsi geçen iki yıllık süre, payların iktisap tarihi ile başlar. Bu iki yıllık süre içerisinde müdürler şirket açısından en uygun zamanda Kanunda belirtilen sınırı aşan payların devrini veya itfasını gerçekleştirmelidir (TTK m. 592)<sup>126</sup>. İşlemlerin müdürlerce yürütülmemesi halinde müdürlerin sorumluluğu doğacaktır (TTK m. 644; 553).

## **2. Ayrılan Ortağın Esas Sermaye Paylarının Devri**

6102 s. TTK'nın 642. maddesindeki ifadeye göre, ayrılma akçesi, ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyor ise ayrılma ile muaccel hale gelir. Payların devriyle elde edilen kaynak, ayrılma akçesinin ödenmesinde kullanılacağından bu yöntem, şirket mal varlığında eksilmeye neden olmayacak; böylece hem sermayenin hem de alacaklıların korunmasına en çok hizmet eden seçenek olarak değerlendirilebilecektir.

Hükme ilişkin olarak öncelikle tartışılması gereken nokta maddenin lafzındaki '*devredilme*' ifadesidir. Madde 642/1,b'nin, Kanunun 595. maddesinde yer alan esas sermaye payının devri koşullarının gerçekleşme ihtimaline gönderme olarak değerlendirilmelidir<sup>127</sup>. Başka bir deyişle, pay üzerinde bağlam mevcut değil ise ve pay 595. maddede belirtilen esaslara uygun bir şekilde devredilebiliyor ise ayrılma akçesi ayrılma ile muaccel hale gelir.

Tartışılması gereken ikinci unsur pay devrinin kim tarafından gerçekleştirileceğidir. Ayrılma neticesinde ayrılan ortak, artık şirketin ortağı veya pay sahibi sıfatına sahip değildir. Dolayısıyla, ayrılan ortağın sahip

<sup>125</sup> Devir sözleşmesinin şekli, sözleşmenin kapsamı, genel kurulun onayı, sözleşmeden doğan bağlam, genel kurulun devri reddetme süresi gibi hususlar 595. maddede düzenlenmiştir.

<sup>126</sup> Çapa, s. 129-130.

<sup>127</sup> Cenkçi, s. 23-24; Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 327.

olmadığı ortaklık payını devretmesi de söz konusu olamayacaktır. Bu bakış açısıyla paylar üzerinde tasarrufta bulunacak olan kişi, ortaklık tüzel kişiliği olacak ve devir ortaklık tarafından gerçekleştirilecektir<sup>128</sup>. Ayrılan ortağın payının ortaklık tarafından devri halinde, 595. maddede öngörülen şartlara uygun bir şekilde devrin gerçekleştirilmesi gerekir. Hüküm gereği, devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalı ve taraf imzaları noterce onaylanmalıdır (m. 595/1). Ayrıca, devir sözleşmesi genel kurulda onaylanmalıdır. Ancak oylamada devre konu olan paylara ilişkin ortaklık ilişkisi söz konusu olmadığından, ayrılan ortağın oy hakkı bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak, genel kurul karar nisabı hesaplanırken söz konusu paylara ilişkin oylar dikkate alınmayacaktır.

Öğretide payların devri halinde ayrılma akçesinin muaccel hale gelebilmesine ilişkin olarak farklı görüşler yer almaktadır. Şener'e göre, devrin fiilen gerçekleşmesi gerekli değildir. Ayrılma akçesinin muaccel olması için somut ve ciddi bir devir fırsatının olması yeterlidir<sup>129</sup>. Bu görüş, hem muacceliyet tarihinin net olarak belirlenememesi hem de ayrılma akçesi için fiili olarak kaynak yaratılmamış olacağı göz önünde bulundurularak eleştirilebilir. Yıldırım'a göre ise, devir bedelinin tahsil edilmesi ile ayrılma payı muaccel olacaktır<sup>130</sup>. Bu görüş ise, devralanın, devir bedelini ödememesi riskini ayrılan ortağa yüklemesi sebebiyle eleştiriye açıktır. Şahin'e göre, ayrılma payının muacceliyet kazanması için, devir sözleşmesinin imzalanması, noterce onaylanması ve genel kurulca kabul edilmesi gerekmektedir<sup>131</sup>. Cenkçi'ye göre ise, devir bedelinin muaccel olduğu tarih, ayrılma akçesinin de muaccel olduğu tarihtir<sup>132</sup>. Kanaatimce, devrin Kanunun esaslarına uygun olarak gerçekleştiği an ayrılma akçesi muaccel olmalıdır.

Devir bedeli ile ayrılma akçesi arasında fark varsa, farkın pozitif veya negatif olmasına göre farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Devir bedeli ayrılma akçesinden fazla ise fark, ortaklık malvarlığına dâhil olacaktır. Zira ayrılan ortak payın devri neticesinde şirketten ayrılmış değildir; aksine, ortaklık sıfatını kaybetmesi nedeniyle sahipsiz kalan payların devri söz konusudur. Bu

<sup>128</sup> Baştuğ, s. 93; Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih s. 327; Tuğba Özdoğan Daloğlu, Limited Şirketlerde Çıkma Ve Çıkarılma, On İki Levha, 2020, s. 153.

<sup>129</sup> Şener, s. 931.

<sup>130</sup> Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 327.

<sup>131</sup> Şahin, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 2.06.

<sup>132</sup> Cenkçi, s. 24



nedenle, pozitif değerler ortaklık bünyesinde kalacaktır. Devir bedeli ayrılma akçesinden az olursa, ödenmeyen kısım diğer kaynaklardan karşılanmalıdır<sup>133</sup>. Sermaye azaltılmıyor veya azaltma sonucunda elde edilen değer de ayrılma akçesinin tamamını karşılamaya yetmiyor ise m. 643/3 gereği ödenmeyen kısım şirkete karşı borç olarak kaydedilecektir.

### **3. Esas Sermayenin Azaltılması**

TTK m. 642/1, a ve b bentlerinde sayılan diğer kaynakların mevcut olmaması halinde ortaklığın son tercih olarak başvurabileceği yöntem, sermayenin azaltılması yöntemidir<sup>134</sup>. Kanuni hükümlere uygun olarak yapılan sermayenin azaltılması<sup>135</sup> neticesinde, ayrılan ortağın payları ifta edilmiş olacak<sup>136</sup> ve bu sayede elde edilen kaynak, ayrılma akçesinin ödenmesinde kullanılacaktır.

Limited ortaklıklarda sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümler, limited ortaklığı düzenleyen altıncı kısmın ikinci bölümünde ‘şirket sözleşmesinin değiştirilmesi’ başlığı altında yer almaktadır. TTK’nın 592. maddesine göre, anonim şirketlerin esas sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümleri limited şirketlere kıyas yoluyla uygulanır. Anonim şirketlerde sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümler ise 473 ila 475. maddeler arasında yer almaktadır.

İlgili Kanun hükümlerince, ayrılma akçesinin ödenmesi amacıyla yapılacak olan sermayenin azaltılmasına yönelik işlemler, müdür veya müdürlerin bu yönde atacağı adımla başlayacaktır. Müdür ya da müdürler, sermaye azaltılmasına gidilmesinin sebepleri ile azaltmanın amacı ve azaltmanın ne şekilde yapılacağına ilişkin bir rapor hazırlayıp genel kurula sunar (TTK m. 473/1). Ayrıca, sermayenin azaltılabilmesi için azaltmaya rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin bulunduğu belirlenmiş olmalıdır (TTK. 473/2). Bu belirleme, TSY’nin 96.

---

<sup>133</sup> Baştuğ, s. 266; Erdil, s. 103; Sifter/Fischer/Petrin, s. 338.

<sup>134</sup> Üçışık, s. 205.

<sup>135</sup> Hayrettin Çağlar, Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Turhan Kitabevi, 2010, s. 37.

<sup>136</sup> Limited ortaklıklarda sermayenin azaltılması, esas sermaye paylarının itibari değerlerinin indirilmesi, esas sermaye paylarının ortadan kaldırılması veya payların birleştirilmesi şeklinde gerçekleştirilebilir. Şener, s. 240; Anonim ortaklıklar için bkz. Rıza Ayhan / Hayrettin Çağlar / Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esasları, Yetkin Kitabevi, 2019, s. 404-406.

maddesinin birinci fıkrasının c bendi uyarınca, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir ya da denetime tabi şirketlerde denetçi tarafından oluşturulacak bir rapor ile ortaya konulmalıdır<sup>137</sup>. Söz konusu rapor olmaksızın, genel kurul tarafından sermayenin azaltılmasına ilişkin karar alınamayacaktır.

Sermayenin azaltılması şirket sözleşmesi değişikliği olarak nitelendirildiğinden bu konuya ilişkin genel kurul kararı alınması gerekir. Genel kurul kararı için aranan çoğunluk 589. maddeye göre belirleneceğinden, esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların oylarıyla sermayenin azaltılmasına karar verilebilir<sup>138</sup>. Bununla birlikte, ortağın ortaklıktan ayrılması mahkeme kararına dayanıyorsa, başka bir deyişle haklı nedenle çıkma veya çıkarma davası neticesinde ayrılma gerçekleşiyorsa, öğreti, genel kurul kararına ihtiyaç duyulmayacağını, mahkeme kararının genel kurul kararı yerine geçeceğini belirtmektedir<sup>139</sup>. Bu görüş, haklı nedenle fesih davası açılması halinde hâkime verilen takdir yetkisi neticesinde mahkemenin fesih yerine davacı ortağın ortaklıktan çıkarılması ve gerçek değere uygun ayrılma akçesi ödenmesi kararı temelinde oluşturulmuş bir görüştür<sup>140</sup>. Limited ortağın ortaklıktan mahkeme kararı sonucu ayrılması halinde benzer şekilde mahkeme, hem ortağın çıkma veya çıkarılmasına hem de ayrılma akçesinin ödenmesine hükmedecektir. Böylece, ayrılma, mahkeme kararı ile gerçekleşmiş ise azaltmaya ilişkin işlemlere bir istisna getirilmek suretiyle genel kurul kararı olmaksızın sermayenin azaltılması yoluna gidilebilecektir. Ancak bu istisna sözleşmeden doğan çıkma veya çıkarma hakkının kullanılması halinde uygulama alanı bulmamalıdır<sup>141</sup>. Aksi halde, genel kurulun devredilmez

<sup>137</sup> Burada bahsi geçen yetkili isimler ortaklık tarafından tayin edilmektedir. Bu durum tarafsızlığı ortadan kaldırma ihtimali bulunması sebebiyle Şener tarafından eleştirilmiştir. Bkz. Şener, s. 237.

<sup>138</sup> Limited şirketlerde genel kurul kararları için aranan çoğunluk 620. maddede düzenlenmiştir. 621. madde ise önemli kararlarda aranan ağırlaştırılmış nisabı düzenler. Bahsi geçen maddeler dışında 589. madde şirket sözleşmesi değişikliklerinde aranması gereken çoğunluğu düzenlemektedir. Esas sermayenin azaltılması hükümleri şirket sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin hükümler arasında yer aldığından, 592. madde anonim şirket hükümlerine atıf yapsa bile, esas sermayenin azaltılması halinde alınması gereken genel kurul kararı için aranan çoğunluk 589. maddeye göre belirlenmelidir. Zira bahsi geçen atıf nisaplar açısından değil uygulanacak işlemler açısından dikkate alınmalıdır. Bkz. Pulaşlı, s. 2077.

<sup>139</sup> Üçışık, s. 204; Cenkçi, s. 27.

<sup>140</sup> Oruç, s. 230; Ayan, s. 2256; Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 332.

<sup>141</sup> Aksi görüş için bkz. Cenkçi, s. 27-28; 6762 s. Kanun dönemine ilişkin aksi görüş için bkz.

yetkileri arasında sayılan şirket sözleşmesinin değiştirilmesi yetkisi müdürlere devredilmiş olacaktır (m. 616/1). Öğretide genel kurul kararının alınmaması gerektiği görüşü, gerekli sermaye çoğunluğunun sağlanamaması endişesinden kaynaklanmaktadır. Ancak, yukarıda izah edildiği üzere, ayrılan ortağın payları mevki olarak varlığını korumakla birlikte paylara bağlı bulunan ortaklık hakları donmaktadır. Dolayısıyla ayrılan ortağın payları genel kurul kararlarında dikkate alınmaksızın nisap hesaplaması yapılmalıdır<sup>142</sup>. Böylece, ayrılan ortağın ortaklık payı istenen nisabın oluşturulmasında bir engel doğurmayacak ve ayrılan ortak dışındaki diğer ortakların katılımı ile sermayenin azaltılmasına ilişkin genel kurul kararı alınmış olacaktır.

Ayrıma akçesinin ödenmesi amacıyla yapılan sermayenin azaltılmasında kritik noktalardan bir diğeri ise azaltma oranının şirket tarafından belirlenmesidir. Bu hususa, yani hangi oranda sermayenin azaltılması gerektiğine ilişkin olarak iki ihtimal üzerinde durulabilir. İlk ihtimal, ayrıma akçesinin diğer iki yöntemle başvurulmaksızın doğrudan sermayenin azaltılması yoluyla ödenmesi halidir. Bu halde, ayrılan ortağın esas sermayeye karşılık gelen sermaye payı oranında azaltma gerçekleştirilmelidir. İkinci ihtimal ise, ayrıma akçesinin bir kısmının diğer kaynaklardan ödenmiş olması halidir. Bu durumda, ödenmeyen kısma karşılık gelecek kadar sermayenin azaltılması gerekmektedir. 6335 s. Kanun ile yapılan değişiklikten önce, m. 642/2'ye göre, sermayenin hangi oranda azaltılması gerektiği işlem denetçileri tarafından hesaplanıyordu. 642. maddenin ikinci fıkrasının ilga edilmesiyle birlikte bu görevin müdürlere bırakıldığını söylemek mümkündür. Ancak müdürlerin tarafsız ve güvenilir bir şekilde sermaye azaltma oranı belirleyeceği tartışmaya açıktır. Cenkçi'ye göre bu durumun daha şeffaf bir yöntemle çözüme kavuşturulabilmesi için burada da TSY'nin 96. maddesinin birinci fıkrasının c bendine başvurulabilir. Buna göre, sermayenin hangi oranda azaltılacağına yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali

---

Arslanlı/Domaniç, s. 771.

<sup>142</sup> Benzer bir durum, TTK'nın 389 ve 612/4 maddelerine göre, anonim ve limited şirketlerin kendi paylarını iktisap etmesi halinde de ortaya çıkmaktadır. Bu paylara ilişkin katılım hakları kullanılmadığından, şirketin iktisap ettiği kendi payları genel kurulun toplantı nisabında dikkate alınmamaktadır. Çapa, s. 106; Türk, s. 291-294; Mehmet Özdamar, Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Yetkin Yayınları, 2005, s. 217; Hayrettin Çağlar, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre Anonim Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi", 2010, S. 75-76, Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, s. 94; İlyas Çelikleş, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, Arıkan, 2006, s. 207-220; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık, 1989, s. 279.

müşavir ya da denetime tabi şirketlerde denetçi tarafından karar verilmelidir<sup>143</sup>. Böylece şirketin ve ayrılan ortağın menfaatlerini dengeleyebilecek üçüncü bir kişi tarafından sermayenin azaltılma oranı belirlenecektir. Kanaatimce, hem sermayenin azaltılması oranının hem de alacaklıların menfaatini koruyacak aktifin bulunduğu şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından görevlendirilecek bir yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir tarafından belirlenmesi objektif bir yöntem olarak benimsenebilir. Böylece, müdürlerce görevlendirilecek bir yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir yerine mahkeme tarafından görevlendirilecek bir mali müşavirin belirleme yapması neticesinde tarafların güveni korunmuş olacaktır.

Ayrılma akçesinin sermayenin azaltılması yöntemiyle elde edilecek kaynaktan ödenebilmesi için limited şirketin sermayesinin kanuni alt limit olan 10.000 TL sınırında olmaması gerekir. TTK'nın 580. maddesinin birinci fıkrası uyarınca 10.000 TL altı sermayenin altında limited ortaklıkların kurulması söz konusu olamayacaktır<sup>144</sup>. Bu hüküm kapsamında limited ortaklıklarda sermaye, yasal sınırın altında kalacak şekilde azaltılamaz. Böyle bir halde, sermayenin azaltılması yoluyla ayrılma akçesi için kaynak yaratılması söz konusu olamayacaktır.

Genel kurulca sermayenin azaltılması kararı verildikten sonra, karar, müdürlerce internet sitesine konulmalı ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ayrıca şirket sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde yedişer gün arayla üç defa ilan edilmelidir. İlanda alacaklılara, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesindeki son ilandan itibaren iki ay içerisinde alacaklılarını bildirerek, bunların ödenmesini veya teminat altına alınmasını isteyebilecekleri belirtilir. Ayrıca şirketçe bilinen alacaklılara çağrı mektubu gönderilir (TTK m 474). Sermayenin azaltılmasının tescil ve ilanı ancak iki aylık sürenin dolması, borçların ödenmesi veya alacaklılara teminat verilmesinden sonra gerçekleştirilebilir. Ticaret siciline tescil ve ilan ile birlikte sermaye azaltılmış olur. Tescil ve ilan ile birlikte ayrılma akçesi de muaccel hale gelecektir.

Bu aşamada sermayenin ne zaman azaltılması gerektiği gündeme gelmektedir. Limited şirketlere ilişkin olarak bu konuda bir hüküm yer almadığından, kolektif şirketlere özgü 262. maddenin birinci fıkrasına göre, sermayenin şirket sözleşmesinde gösterilen tarihte, böyle bir sözleşme hükmü

<sup>143</sup> Cenççi, s. 27.

<sup>144</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1442, 1442a.

yoksa ayrılmadan sonra çıkarılacak ilk bilanço tarihinde azaltılması gerektiği ileri sürülebilir<sup>145</sup>.

#### D. AYRILMA AKÇESİNDE KISMÎ MUACCELİYET

TTK'nın 642. maddesinin üçüncü fıkrası, birinci fıkrada belirtilen kaynakların, ayrılma akçesinin tamamını karşılamaya yetmemesi halinde, yani kısmî ifa halinde, ödenmeyen tutarın hangi durumda muaccel hale geleceğini düzenlemektedir. Bahsi geçen fıkranın ifadesine göre, “*ayrılan ortağın ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı, şirkete karşı, bütün alacaklılardan sonra gelen bir alacak oluşturur. Bu husus yıllık raporda kullanılabilir öz kaynak tutarının tespiti ile muaccel hale gelir*”. Başka bir ifadeyle, TTK m. 642/1’de belirtilen kaynakların yetersiz kalması veya kaynak yaratmanın kanuni sınırlamalara takılması halinde, ayrılma akçesinin ödenmemiş olan kısmı, müdür veya müdürlerce oluşturulan yıllık rapor<sup>146</sup> neticesinde ortaya konan kullanılabilir öz kaynağın tespiti ile muaccel hale gelir<sup>147</sup>. Bununla birlikte, bu fıkra ayrılma akçesinin tek seferde tek bir kaynakla ödenmesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Ayrılma akçesi, m. 642/1’de sayılan kaynakların biri, bir kısmı veya tamamı işletilerek ödenebilir. Her kaynak yaratımında, kaynağa eş gelen değer kadar ayrılma akçesi muaccel hale gelir<sup>148</sup>. Başka bir deyişle, kısmen ifa edilen ayrılma akçesi, yıllık raporda kullanılabilir öz sermayenin tespiti olmaksızın, m. 642/1’de sayılan kaynakların oluşması hallerinde de muaccel hale gelecektir<sup>149</sup>. Benzer şekilde, iktisadi açıdan zor durumdaki bir ortaklığın, ayrılma akçesini kısmen dahi m. 642/1’de belirtilen kaynaklarla ödeyememesi halinde, kaynakların oluşması veya kullanılabilir

<sup>145</sup> Cenççi, s. 29; Arslanlı/Domaniç, s. 773.

<sup>146</sup> Maddede bahsi geçen rapor, TTK'nın 625. maddesinin birinci fıkrasının f bendinde belirtilmektedir. İlgili bende göre, şirket finansal tablolarının, yıllık faaliyet raporunun ve gerekli olduğu takdirde topluluk finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun düzenlenmesi müdür veya müdürlere ait devredilmez ve vazgeçilmez görevlerdendir.

<sup>147</sup> 642. maddenin üçüncü fıkrası yeteri kadar açık ifade edilmemiş gibi gözükse de bu noksanlık esasında ikinci fıkranın ilga edilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira üçüncü fıkra ikinci fıkra ile anlam bütünlüğü doğurmaktaydı. Şöyle ki, ikinci fıkra işlem denetçilerini öz kaynak tutarının belirlenmesi, öz kaynak tutarı yeterli değil ise hangi oranda sermayenin azaltılacağına ilişkin tespiti görevleriyle donatmaktaydı. İkinci fıkrada belirtilen işlemler neticesinde hala ayrılma akçesinin bir kısmının karşılanamama ihtimali göz önünde bulundurularak üçüncü fıkra sisteme dâhil edilmiştir. Ancak ikinci fıkranın kanun kapsamından çıkarılması neticesinde üçüncü fıkra açıklanmaya muhtaç hale gelmiştir.

<sup>148</sup> Şener, s. 934.

<sup>149</sup> Trüeb, s. 242.

öz kaynağın yıllık rapor ile tespit edilmesi neticesinde ayrılma akçesi muaccel hale gelecektir<sup>150</sup>.

Bu noktada, 642. maddenin üçüncü fıkrasının oluşturulması amacı tartışmaya açılabilir. Zira m. 642/1’de sayılan kaynakların oluşması da ayrılma akçesini muaccel kılacaktır. Bu bağlamda bu fıkranın amacı, ayrılma akçesini ödeme niyeti olmayan ortaklığın, yıllık raporda ortaya çıkan somut değerlendirmeler neticesinde ayrılma akçesini ifa etme mecburiyetine düşmesini sağlamaktır. Ortaklığı motive edici bir diğer unsur ise öğretide kabul edilen yaklaşıma göre, yıllık rapor sonucu muaccel hale gelen ayrılma akçesinin, kâr payı dağıtılmadan önce ifa edilmesi gereken borç özelliğine sahip olmasıdır<sup>151</sup>. Bu hükümle ayrılma akçesinin hızlı bir şekilde ödenmesinin sağlanması hedeflenmiştir.

Madde hükmünde belirtilen “*bütün alacaklılardan sonra gelen*” ifadesi, açıklamaya muhtaç bir ifadedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu ifade, şirketin iflası veya tasfiyesi sırasında önem kazanmaktadır. Başka bir deyişle, ortaklığın iflası halinde veya tasfiyesi aşamasında, şirketin diğer alacaklılarının alacakları ifa edilmeden ayrılan ortağın ayrılma akçesi ödenmeyecektir<sup>152</sup>. Burada amaç, sermayenin bir karşılığı olarak ödenen ayrılma akçesinin öncelikli ödenmesinin engellenmesiyle alacaklıların menfaatinin gözetilmesidir<sup>153</sup>. Ayrıca bütün alacaklılardan kasıt ise ortaklar dışındaki alacaklılardır. O halde, tersten ifadeyle, varlığı devam eden şirketlerde ayrılma akçesi tüm alacaklarla birlikte ödenebilecek bir alacak hakkıdır<sup>154</sup>.

## E. DENETİM YETKİSİ VE KORUYUCU TEDBİRLER

TTK, ayrılma akçesine ilişkin düzenlemelerinde ayrılan ortak ile ortaklık ve ortaklık alacaklıları arasında menfaat dengesi sağlamayı hedeflemekle birlikte, ayrılma akçesinin kısmî ifası halinde, ödenmeyen kısmın muaccel hale gelmesini müdürlerce tutulacak ve gerçeği yansıtacak yıllık raporun varlığına bağlamaktadır. Ayrılma akçesinin kalan kısmının ödenmesine ilişkin

<sup>150</sup> Tekinalp, Anonim ve Limited Ortaklıklar, s. 389.

<sup>151</sup> Şener, s. 934; Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 336; Şahin, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 207; Trüeb s, 242; Siffers/Fischer/Petrin, s. 343.

<sup>152</sup> Siffers/Fischer/Petrin, s. 343; Şener, s. 932.

<sup>153</sup> Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser, s. 2183; Cenkçi, s. 33.

<sup>154</sup> Erdoğan Moroğlu, 6102 s. Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme Ve Öneriler, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 395-396; Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 339-340; Şahin, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 206; Şener, s. 932; Kendigelen, s. 558.

bu durumun, ayrılan ortak açısından olumsuz bir sonuç doğurmasını önlemek adına, TTK'da herhangi bir hüküm yer almazken, mehz İsvBK'nın 825a maddesinin dördüncü fıkrası ayrılan ortağa bir takım yetkiler tanımıştır. İlgili maddeye göre, ayrılma akçesinin tamamen ödenmemesi halinde, ayrılan ortak, denetçi tayin edilmesini ve yıllık bilançonun denetlenmesini talep edebilir<sup>155</sup>. Ayrıca, öğretide ayrılan ortağın, bilgi alma ve inceleme hakkı olduğu görüşü ağırlıklı olarak kabul edilmiştir<sup>156</sup>. Ayrılan ortağa verilen bu hak, ortaklığa tanınan inisiyatifi ve yılsonuna kadar verilen vadeyi dengeleme aracı olarak nitelendirilebilir<sup>157</sup>. Böylece, ayrılan ortak, hem şirketin mali durumu hakkında bilgi alma hem de öz kaynağın artışına rağmen ayrılma akçesinin ödenmesinden kaçınılmasına engel olma imkânına sahip olacaktır<sup>158</sup>.

TTK'nın ilgili maddeleri arasında İsvBK m. 825a/4 hükmüne benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Böylece, ayrılan ortak ne şirketin gidişatıyla ilgili bilgi talep edebilir ne de şirketin denetçi tayin etmesini sağlayabilir. Bu halde, şirket, yıllık raporda mevcut kullanılabilir öz kaynakları gizleme ve ayrılma akçesinin kalan kısmını ödemekten kaçınma fırsatına sahip olabilecektir<sup>159</sup>. İsvBK'nın 825a/4 maddesine benzer bir düzenlemenin TTK'da yer almamasından dolayı, yıllık raporda belirtilmeyen öz kaynak artışının, denetime tabi limited şirketlerde, denetçi raporunda tespitiyle birlikte ayrılma akçesi muaccel hale gelecektir<sup>160</sup>. Bununla birlikte, bağımsız denetime tabi olmayan limited ortaklıklarda ise durumun tespiti neredeyse imkânsızdır<sup>161</sup>. Zira bağımsız denetime tabi olmayan limited ortaklıklarda, ortaklık iradi olarak denetçi tayin edilmesine karar vermiyorsa, denetim m. 614 kapsamında

<sup>155</sup> Trüeb, s. 242; Handschin/Truniger, s. 255; Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser, s. 2183; Siffers/Fischer/Petrin, s. 343; Şahin, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 207.

<sup>156</sup> Trüeb, s. 242, 243; Siffers/Fisher/Petrin s. 344; Handschin/Truniger, s. 255; Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser, s. 2183.

<sup>157</sup> Şahin, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 207.

<sup>158</sup> Şahin, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 207.

<sup>159</sup> Şirket malvarlığını azaltıcı işlemler, devirler ve borçlanmalar gerçekleştirilebilir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.16801.

<sup>160</sup> TTK m. 635; 397/1, 398/1. Tekinalp, Çıkmaya Katılma, s. 3

<sup>161</sup> TTK'nın 635. maddesine göre, Kanunun anonim şirketlerde denetimi düzenleyen 397. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları dışında kalan, anonim şirketin denetçiye denetime ve özel denetime ilişkin hükümleri limited şirketlere de uygulanır. Bu madde değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonuç şudur: Bağımsız denetime tabi limited şirketler, anonim şirket esaslarına göre denetime tabi tutulurken; bağımsız denetime tabi olmayan limited şirketler özel denetim ve 614. maddede belirtilen inceleme ve bilgi alma çerçevesi dışında denetime tabi değildir. Bkz. Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 537; Şener, s. 812.

ortakların bilgi alma ve inceleme hakkıyla ve pay sahiplerinin veya azınlığın özel denetim talebiyle sınırlıdır. Dolayısıyla bağımsız denetime tabi olmayan limited şirketlerde ayrılan ortağın alacak hakkını koruyacak bir araç mevcut değildir.

Ayrılan ortağa TTK'nın ilgili hükümlerince bilgi alma ve denetim yetkisinin verilmemesi, öğretilde, TTK m. 638/2'nin benzer amaçla kullanılması gerektiği görüşünün ileri sürülmesine neden olmuştur<sup>162</sup>. Öğretinin çabası yerinde olmakla birlikte, bu çaba, başka bir deyişle m. 638/2'nin uygulanması, İsvBK'nın 825a/4 maddesinin ayrılan ortağa sağladığı güvence ve gücü sağlamaktan uzaktır. Bunun sebebi birkaç gerekçeyle ileri sürülebilir. Öncelikle TTK'nın 638. maddenin ikinci fıkrası, ortak tarafından haklı nedenle çıkma davası açılması halinde, talep üzerine, mahkemenin, dava süresince, davacının ortaklıktan doğan hak ve borçlarından bazılarının veya tümünün dondurulmasına veya ortağın durumunu teminat altına alınması için gerekli önlemlere (ihtiyati tedbir) karar verebileceğini düzenlemektedir<sup>163</sup>. Dolayısıyla bu maddeye göre, ihtiyati tedbirler ancak mahkeme kararı neticesinde alınabilir<sup>164</sup>; ayrıca, tedbirler en fazla mahkeme kararı kesinleşene kadar uygulanabilir<sup>165</sup>. Buna ek olarak, 638. maddenin amacı, ayrılma henüz gerçekleşmemişken ortaklık sıfatının devam etmesi nedeniyle doğabilecek zararların önüne geçmektir. Oysa ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmının muacceliyetine ilişkin durum, mahkeme kararı olsun ya da olmasın, ayrılmanın sonucu olarak ortaya çıkan bir durumdur. Sonuç olarak, 638. maddenin ikinci fıkrası, ne mahkeme kararına dayanan ne de mahkeme kararı olmaksızın ortaya çıkan ayrılma hallerinde, ödenmeyen ayrılma akçesi kısmı için koruma aracı olma özelliğine sahiptir.

Öğreti, ayrıca, ayrılan ortağın bilgi alma hakkının söz konusu olacağını ileri sürmektedir<sup>166</sup>. Bu görüş TTK'nın 263. maddesine dayandırılmaktadır. İlgili maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, kollektif şirketten

<sup>162</sup> Cenkçi, s. 42.

<sup>163</sup> Öğreti bu hükmün haklı nedenle çıkarma ve hatta fesih davalarında dahi uygulanması görüşündedir. Zira hükmün mehazi olan İsvBK m. 824 daha kapsayıcı bir şekilde gerekli önlemlerin hem haklı nedenle çıkma hem de çıkarma davalarında uygulanacağını düzenlemektedir. Bkz Şener, s. 912; Çamoğlu, Limited Ortaklıkta Çıkarılma, s. 20.

<sup>164</sup> Cengiz Serhan Konuralp, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler", 2013, LXXI (2), İÜHFİM, s. 228.

<sup>165</sup> Konuralp, s. 252.

<sup>166</sup> Tekinalp, Anonim ve Limited Ortaklıklar, s. 389; Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 342.



çıkan ya da çıkarılan ortak, her faaliyet dönemi sonunda, o yıl içinde bitirilen işlerin hesaplarını ve devam etmekte olan işlerin o tarihteki durumu hakkında bilgi verilmesini isteyebilir<sup>167</sup>. Bahsi geçen madde hükmü gereğince, limited şirketlerde de çıkan veya çıkarılan ortak, ayrılma akçesinden doğan kısmî alacak hakkını koruma altına alabilmek için, ayrılma gerçekleşikten sonra ortaklığın işleri hakkında bilgi alabilmelidir. TTK'nın 263. maddesi temelinde, ayrılan ortağın bilgi edinmesi olanağı bulunmakla birlikte, ayrılan ortağın ayrılma akçesinden doğan alacak hakkının daha kapsamlı bir şekilde korunmasını sağlayacak olan denetim hakkı kendisine verilmemiş olacaktır.

Öğretide, TTK'nın yukarıda bahsi geçen hükümlerinin, ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmına ilişkin olarak, ayrılan ortağa bir takım koruyucu tedbirler sağlamak amacıyla kullanılabileceği ifade edilse bile; ayrılan ortağın ortaklık karşısında korunmasını sağlayacak en etkili yöntemin, dava yoluna gidilmeksizin doğrudan şirketten bilgi almasını, denetçi tayin edilmesini ve denetim yapılmasını sağlayacak mekanizmaların kendisine sunulması olduğu unutulmamalıdır. Bu anlamda, TTK'nın kimi hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması yerine ayrılan ortağın ayrılma akçesi tamamen ifa edilinceye kadar, şirketin yıllık faaliyet raporunun denetlenmesini sağlamak adına, şirket bağımsız denetime tabi olsun ya da olmasın, bilgi alma ve denetçi tayin edilmesini talep etme hakkı kanun kapsamı içerisinde düzenlenmelidir.

## F. AYRILMA AKÇESİNDE FAİZ

Limited şirketlerde ayrılma akçesini düzenleyen TTK'nın 641 ve 642. maddelerinde, ayrılma akçesine anapara faizi işletilip işletilmeyeceği konusunda açık bir hüküm yer almamaktadır<sup>168</sup>. Bununla birlikte, gerekçede ayrılma akçesinin ayrılan ortak için faizsiz bir alacak hakkı olduğu belirtilmiştir<sup>169</sup>. Mevzuatın 825a/3 hükmü ise açıkça ayrılma akçesine faiz yürütülemeyeceğini ifade etmektedir<sup>170</sup>. Öğretide çoğunlukla kabul gören

---

<sup>167</sup> Ayrıca yazar TBK'nın 636. maddesinin ikinci fıkrası temelinde de ortağın bilgi alma hakkının olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Yıldırım, Hakkı Nedenle Fesih, s. 342.

<sup>168</sup> Türk Ticaret Kanunu teklif metninde ayrılma akçesinin faizsiz bir alacak olduğu belirtilmişti. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S: 96, s. 720. Ancak, teklifteki bu ifade Adalet Komisyonu tarafından metinden çıkarılmıştır. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S: 96, s. 1119.

<sup>169</sup> TTK 642. madde gerekçesi.

<sup>170</sup> Siffers/Fisher/Petrin s. 343.

görüş, TTK gerekçesi ve mehaz Kanun hükmüne paraleldir<sup>171</sup>. 642. maddenin amacının ayrılan ortak ile şirket ve şirket alacaklıları arasındaki menfaat dengesinin korunması olduğu, ayrılma akçesinin esasında ortağın sermaye payına denk gelen karşılığı olarak tanımlandığı ve esas sermayeye anapara faizi uygulanamayacağı esasları öğretinin benimsediği görüşün temelini oluşturmaktadır<sup>172</sup>. Bununla birlikte, anapara faizinden farklı olarak temerrüt faizinin uygulanabileceği konusunda herhangi bir çekince yoktur. Ayrılma akçesinin borçlusu olan ortaklığın temerrüde düşmesiyle birlikte temerrüt faizi işlemeye başlayacaktır (TBK m. 117/1)<sup>173</sup>.

### G. ZAMANAŞIMI

Ayrılma akçesi için zamanaşımı süresi TTK'nın 642. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen muacceliyet halinin meydana gelmesi ile işlemeye başlayacaktır. Ayrılma akçesine ilişkin zaman aşımı süresi için Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilen süreler dikkate alınacaktır. Ayrılma akçesi ortaklık ilişkisinin sona ermesi neticesinde doğduğu için TBK m. 147/1,4 gereği beş yıllık zaman aşımı süresine tabi olmalıdır<sup>174</sup>.

### SONUÇ

1. Limited ortaklık sermaye şirketleri ile şahıs şirketleri arasında yer alan melez bir yapıya sahiptir. Hem sermaye şirketlerine hem de şahıs şirketlerine dair unsurların bir kısmını limited ortaklıklarda görmek mümkündür. Limited ortaklıklarda ortakların şahsı anonim şirketlere nazaran daha önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle, ortaklık payının devri, ortaklıktan ayrılma daha sıkı şartlara bağlı olarak düzenlenmiştir.
2. Ortaklıktan ayrılmak isteyen ortaklar veya ortağı pay sahipliğinden çıkarmak isteyen ortaklık, çıkma veya çıkarma müesseselerine

<sup>171</sup> Şener, s. 932; Çamoğlu, Limited Ortaklıktan Çıkarılma, s. 8; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.1680; Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 337.

<sup>172</sup> Burada kanun hükmü bulunmamasına rağmen faiz işletilemeyeceği yönündeki görüş, amaçsal yorum kapsamında değerlendirilebilir. Zira kanun koyucunun amacı, ayrılma akçesinin tarafların menfaatini dengeleyecek şekilde oluşturulmasıdır. Bu dengenin aktörlerinden biri de faizdir. Ayrılma akçesine anapara faizi işletilmemesi neticesinde şirket alacaklılarının menfaatinin korunması amaçlanmaktadır.

<sup>173</sup> Şener, s. 932; Çamoğlu, Limited Ortaklıktan Çıkarılma, s. 8; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.1680; Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 338; Trüeb, s. 242.

<sup>174</sup> Şener, s. 934; Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih, s. 341. Aksi görüş için bkz. Develi, s. 485; Dirikkan, s. 159.

başvurabilecektir. Çıkma, herhangi bir koşul bulunmaksızın veya koşullara bağlı olarak; çıkarma ise bir takım koşullar çerçevesinde şirket sözleşmesinde düzenlenebilir. Sözleşmeden doğan çıkma ya da çıkarma hakkı yenilik doğuran haklardandır. Hakkın kullanıldığını beyan eden iradenin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte hüküm doğmaktadır. Bu anlamda, çıkma hakkını kullanan ortağın bu iradesi şirket tüzel kişiliğine ulaştığı anda ortak şirketten ayrılmış olur. Aynı esas, sözleşmeden doğan çıkarma halinde de geçerlidir. Genel kurul tarafından alınan çıkarma kararının çıkarılan ortağa tebliği ile ortağın ortaklıktan ayrılması gerçekleşmiş olur. Haklı nedene dayanan çıkma ve çıkarma hallerinde ise çıkma ve çıkarmanın hüküm doğurması mahkeme kararına bağlıdır. Zira haklı nedenle çıkma veya çıkarma, ilgili ortak veya ortaklığın mahkemeye başvurusu ile gerçekleşecektir. Her iki durumda da mahkeme kararının kesinleşmesi ile ortağın ortaklıktan ayrılması söz konusu olacaktır.

3. Ayrılmanın gerçekleşmesiyle, çıkan ya da çıkarılan ortağın payları mevcudiyetini korumakla birlikte, paylara bağlı hak ve yükümlülükler donar. Pay üzerinde tasarruf etme hak ve yetkisi şirket tüzel kişiliğine ait olur. Zira ayrılan ortağın ayrılmayla birlikte ortak sıfatı sona ermiş ve pay sahibi olma durumundan doğan hakları da ortadan kalkmıştır.
4. Ayrılma akçesi, çıkan veya çıkarılan ortağın Kanundan doğan ve sermaye payına karşılık gelen alacak hakkıdır. Ayrılma akçesi bedeli şirketin yaşayan gerçek değerine göre hesaplanmalıdır. Hesaplamanın sağlanabilmesi için bir ara bilanço çıkarılması gerekmektedir. Ayrılma akçesinin hesaplanacağı tarih ayrılmanın nasıl gerçekleştiğine bağlı olarak değişmektedir. Ayrılma, sözleşmeden doğan çıkma veya çıkarma hakkının kullanılması sonucu gerçekleşmişse, ilk halde çıkma iradesinin şirket tüzel kişiliğine ulaştığı tarih; ikinci halde, genel kurul kararının ilgili ortağa tebliğ tarihi dikkate alınarak ayrılma akçesi gerçek değere göre hesaplanmalıdır. Ayrılma, mahkeme kararı neticesinde gerçekleşmiş ise mahkeme kararına en yakın tarih dikkate alınarak ayrılma akçesi bedeli belirlenmelidir.
5. Ayrılma mahkeme kararına dayanmıyorsa, ayrılma akçesinin hesaplanması müdürlerin görevleri arasındadır. Ancak taraflar ayrılma akçesi bedeli konusunda anlaşamazlarsa ayrılma akçesi bedelinin belirlenmesi için arabulucuya, anlaşma sağlanamaması halinde mahkemeye başvurabilir. Bu halde ve ayrılmanın mahkeme kararına dayanması haline, ayrılma akçesinin gerçek değeri, uzman bilirkişilerin

raporları temelinde mahkeme tarafından belirlenecektir. Ayrıca mahkeme, kullanılabilir öz sermayenin mevcut olup olmadığını, kullanılabilir öz sermaye yetersiz ise hangi oranda sermaye azaltılmasının gerektiğini karara bağlamalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur; ayrılma akçesi bedeline ilişkin karar kesin karardır. Dolayısıyla kararın üst derece mahkemesi tarafından yeniden incelenmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte, haklı nedenle çıkma veya çıkarma kararı ise taraflarca istinaf ve/veya temyiz yoluna götürülebilir. Sonuç olarak, ayrılma akçesi bedeli kesinleşirken ayrılma kararı kesinleşmemiş ve ayrılmanın hüküm doğurması ileriki bir tarihe ertelenmiş olacaktır. Bu durum ortaklığın veya ayrılan ortağın mali açıdan zarara uğramasına ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin bozulmasına neden olabilir. Bu nedenle, ayrılma akçesi bedeline ilişkin kararın kesin karar niteliğinde olduğunu düzenleyen TTK m. 597 hükmünde değişiklik yapılması gerekmektedir.

6. TTK'nın 642. maddesi gerçek değere göre hesaplanan ayrılma akçesinin ödenmesi için kullanılacak kaynakları emredici bir şekilde düzenlemektedir. İlgili hükme göre ayrılma akçesi (i) kullanılabilir öz kaynak ile, (ii) ayrılan ortağın payının devri ile, (iii) sermayenin azaltılması ile ödenebilir. Şirket sözleşmesi çıkma hakkını kapsıyorsa, ayrılma akçesinin ödeme zamanı, ödeme şekli, ayrılma akçesinin hesaplanma yöntemi gibi unsurlar şirket sözleşmesiyle düzenlenebilir. Bununla birlikte, ayrılma akçesini tamamen ortadan kaldıran veya 642. maddede belirtilen kaynaklardan başka bir kaynak ile ayrılma akçesinin ödenmesini öngören sözleşme hükümleri geçersizdir. Ayrılma akçesinin ödeneceği kaynağın belirlenmesi aynı zamanda muacceliyet tarihinin belirlenmesi anlamına gelmektedir. Şöyle ki;
  - a. Bu kaynaklardan herhangi biri ayrılma esnasında mevcut ise, başka bir deyişle şirketin kullanılabilir öz sermayesi var ise, ayrılan ortağın payı devrediliyor ise veya sermaye azaltılıyor ise, ayrılma akçesi ayrılma ile muaccel hale gelir.
  - b. Kaynaklardan herhangi birinin mevcut olmaması halinde ise, bu kaynaklardan birinin sağlanması ile ayrılma akçesi muaccel hale gelecektir.
7. Çıkma veya çıkarma hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde, Kanunda açıkça kaynaklar arasında bir sıra belirtilmemiş olmakla birlikte, ayrılma akçesinin ödenmesinde kullanılacak sıralama öğretide şu şekilde ifade

edilmektedir: Ayrılma akçesi öncelikle payın devredilmesiyle, sonra kullanılabilir öz sermayeyle, son çare olarak ise sermayenin azaltılmasıyla ödenmelidir.

8. Ayrılma akçesinin kullanılabilir öz sermayeyle ödenmesi halinde, ayrılan ortağa ait payların şirket tarafından 612. madde hükümlerine uygun olarak iktisap edilmesi gerekmektedir. İlgili madde hükmüne göre, esas sermayenin en fazla yüzde yirmisine karşılık gelen paylar iktisap edilebilir. Esas sermayenin yüzde onunu aşacak oranda iktisap edilen paylar, iki yıl içerisinde elden çıkarılmalı veya sermayenin azaltılması suretiyle itfa edilmelidir.
9. Ayrılma akçesi, ayrılan ortağın payının devri neticesinde ödenecek ise devir işlemleri 595. maddeye uygun olarak yapılmalıdır. Bu halde, esas sözleşmede devir yasaklanmamış, genel kurul devri reddetmemiş veya devir genel kurul tarafından onaylanmış olmalıdır. Devrin Kanunun esaslarına uygun olarak gerçekleştiği an ayrılma akçesi muaccel olacaktır.
10. Ayrılma akçesi son çare olan sermayenin azaltılması yoluyla devredilecek ise Kanunda belirtilen esaslara uygun olarak sermayenin azaltılması gerekir.
  - a. Bu esasların ilki, sermayenin azaltılmasına rağmen alacaklıların haklarını karşılayacak miktarda malvarlığının mevcut olduğunu gösteren raporun yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir veya denetçi tarafından oluşturulmasıdır.
  - b. Raporun genel kurula sunulmasıyla birlikte, sermayenin azaltılmasına ilişkin genel kurul kararının alınması gerekmektedir. Öğretide, ayrılmanın mahkeme kararına dayanması halinde, genel kurul kararının alınmasının gerek olmadığına dair bir kanaat oluşmuş olsa da sözleşmeden doğan çıkma veya çıkarma haklarının kullanılması halinde genel kurul kararı alınması lüzumludur. Bu halde, çıkan veya çıkarılan ortağın sermaye payına bağlı oy haklarının donması söz konusu olduğundan genel kurulda aranacak çoğunluk ayrılan ortağın payı dikkate alınmaksızın hesaplanmalıdır.
  - c. Sermayenin azaltma oranının müdürlerce belirlenmesi ayrılan ortak açısından güven problemi yaratabilir. Bu durumun tarafsız ve şeffaf bir şekilde çözülebilmesi için hem alacaklıların haklarının korunduğunun hem de sermayenin hangi oranda azaltılması gerektiğinin belirlenmesi

için, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavirin asliye ticaret mahkemesi tarafından görevlendirilmesi yerinde olacaktır.

- d. Sermayenin zamansal olarak ne zaman azaltılacağına ilişkin bir hüküm bulunmaması nedeniyle kollektif şirketlere özgü 262. maddenin limited şirketler için de uygulanması söz konusu olabilir. Bu halde, sermayenin şirket sözleşmesinde gösterilen tarihte, böyle bir sözleşme hükmü yoksa ayrılmadan sonra çıkarılacak ilk bilanço tarihinde azaltılması kararlaştırılabilir.
11. TTK m. 642/1’de sayılan kaynakların tüketilmesine rağmen hala ödenmeyen kısım mevcut ise kalan kısım, ortaklığa tüm alacak haklarından sonra gelen bakiye olarak kaydedilir ve yıllık raporda kullanılabilir öz kaynağın tespit edilmesiyle birlikte muaccel hale gelir. Limited şirketlerde ayrılma akçesine ilişkin Kanun hükümlerinin mehazi olan İsvBK’nın ilgili hükmü (m. 825a/4), ayrılma akçesinin kısmen ifa edilmesi halinde, ayrılan ortağa, denetçi tayin edilmesini ve yıllık raporun denetlenmesini talep etme imkânı tanımaktadır. Burada amaç, ifa edilmemiş olan ayrılma akçesinin akıbetini tamamen ortaklığa bırakmış olmaktan kaçınmak ve ayrılan ortağın alacak hakkının korunmasını sağlamaktır. Bununla birlikte, öğreti, ayrılma akçesi tamamen ifa edilinceye kadar ortaklara kâr payı dağıtılmaması gerektiği görüşünü de savunmaktadır. TTK, İsvBK m. 825a/4’e benzer bir düzenlemeye sahip değildir. Bu anlamda ayrılan ortak, müdürlerce oluşturulan yıllık raporda yer alan bilgilere güvenmek zorundadır. Bununla birlikte, denetime tabi limited şirketlerde, yıllık raporda belirtilmeyen öz kaynak artışı tespit edildiği takdirde, ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı muaccel hale gelecektir. Öğreti, ayrılan ortağın alacak hakkının korunabilmesi adına, TTK m. 638/2 veya m. 263’ün uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bahsi geçen maddelerin uygulanması fikri, İsvBK’nın sağladığı kolaylığı ve güvenceyi ortaya koyamayacak olmalarından dolayı eleştiriye açıktır. Bu noktada, ayrılan ortak ile ortaklık menfaatlerinin dengelenmesini sağlayacak en nitelikli yaklaşım, ayrılan ortağa, ayrılma akçesi tamamen ödenene kadar, yıllık raporun denetlenmesini sağlayacak araçların sunulmasını Kanun kapsamına almaktır.
12. Ayrılma akçesi için Kanunda anapara faizine ilişkin bir düzenleme yer almazken, mehazi Kanun hükümleri ve madde gerekçesi ayrılma akçesi alacağının faizsiz bir alacak olduğunu belirtmektedir. Öğretide bu yönde

bir görüş birliği olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, ayrılma akçesine temerrüt faizi işletilmesi önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

13. Ayrılma akçesine ilişkin zamanaşımı süresi TBK m. 147/1, 4 gereğince, muacceliyet tarihinden itibaren beş yıldır.

### KAYNAKLAR

- Aker H, “Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep ile Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, 2016, XXXII(1), BATİDER, s. 63-147.
- Altaş S, Türk Ticaret Kanununa göre Limited Şirketler, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Arsanlı H / Domaniç H, Ticaret Kanunu Şerhi Cilt III, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Ayhan R / Çağlar H / Özdamar M, Şirketler Hukuku Genel Esasları, Yetkin Kitabevi, 2019.
- Ayan Ö, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Şirketlerin Haklı Nedenle Fesih Davası”, 2011, 9(102), Legal Hukuk Dergisi, s. 2237-2266.
- Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, 2019.
- Baştuğ İ, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1966.
- Bilgili F, / Cengil F, “Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu”, 2017, 16(1), GÜHFD, s. 69-121.
- Bilgili F / Demirkapı E, Şirketler Hukuku Dersleri, Dora, , 2018.
- Cençei E, “Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi”, 2018, 4(1), Ankara Barosu Dergisi, , s. 1-50 <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2018-4/1.pdf>> Erişim Tarihi 13.01.2020.

- Çağlar H, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre Anonim Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi”, 2010, 75-76, Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, s. 82-100 (Çağlar, Kendi Payını İktisap).
- Çağlar H, Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Turhan Kitabevi, 2010 (Çağlar, Sermayenin Azaltılması).
- Çamoğlu E, “İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri”, 1973, XXXVIII(1-4), İÜHFMD, s. 499-519, (Çamoğlu, Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu).
- Çamoğlu E, Kollektif Ortağın Haklı Nedenle Feshi ve Ortağın Haklı Sebepçe Çıkarılması, Vedat Kitapçılık, 2008, (Çamoğlu, Kollektif Şirket).
- Çamoğlu E, “Limited Ortaklıktan Çıkarılma”, 2014, XXX(5), BATİDER, s. 5-20, (Çamoğlu, Limited Ortaklıktan Çıkarılma).
- Çapa M S, Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabı, On İki Levha Yayıncılık, , 2013.
- Çelikaş İ, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, Arıkan, 2006.
- Develi B, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi”, 2013, XVII(1-2), GÜHFD, s. 443-489.
- Dirikkan H, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Yetkin Yayınları, 2005.
- Erdem N, Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Erdil E, Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 2. Bası, Vedat Kitap, 2010.
- Erdoğan İ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Gazi Kitapevi, 2019.
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin Kitabevi, 2020.
- Gönen E, Ticari İşletme ve Şirketler, C. III, Seçkin Kitabevi, 2013.
- Fleischer H, / Goethe W, Münchener Kommentar zum GmbHG, 2018.
- Gürpınar B, “Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma”, 2016, XX(2), GÜHFD, s. 73-101.
- Handschin L / Truniger C, Die GmbH, 2019.
- İmregün O, Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık, 1989.
- Kaya M İ / Tatlı B, Ticaret Hukuk I, 3. Bası, Seçkin Kitabevi, 2020.



- Karasu R, “Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme İle Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, 2004, XXII(4), BATİDER, s. 79-96.
- Kendigelen, A, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, On İki Levha Yayınları, 2012.
- Koçyiğit İ / Bulur A, Ticari Uyuşmazlıklar Dava Şartı Arabuluculuk, Arabuluculuk Dairse Başkanlığı, 2019.
- Konuralp C S, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler”, 2013, LXXI(2), İÜHFM, s. 225-274.
- Kırca İ, / Gürel M, “Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmaya Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu”, BATİDER 60. Yıl Armağanı, 2015, s. 197-224.
- Kostkiewicz J K / Wolf S / Amstutz M / Fankhauser R, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Bası, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Michalski L, Kommentar Zum Gesetz Betreffend Die Gesellschaften Mit Beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 2010.
- Moroğlu E, 6102 s. Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Oruç M, “6102 s. Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebep Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma”, 2011, XXVII(1), BATİDER, s. 209-233.
- Özdamar M, Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Yetkin Yayınları, 2005.
- Özdoğan Daloğlu T, Limited Şirketlerde Çıkma Ve Çıkarılma, On İki Levha, 2020.
- Poroy R / Tekinalp Ü / Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı H, 6102 s. Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Adalet Yayınevi, 2011.
- Roberto V / Trüeb H R, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister Und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR Und BEG, 2016.

- Siffers R / Fisher M / Petrin M, GmbH-Recht – Revidiertes Recht Der Gesellschaft Mit Beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), 2008.
- Şahin A, “Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması Ve Çıkarılması”, Marmara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, 2012, s. 851-858 <[Http://Dspace.Marmara.Edu.Tr/Handle/11424/2140](http://Dspace.Marmara.Edu.Tr/Handle/11424/2140)> Erişim Tarihi 05.02.2020 (Şahin, Limited Şirket).
- Şahin A, “Yeni Türk Ticaret Kanununun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması Ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, Vedat Yayıncılık, 2013, s. 175-209 (Şahin, Yeni Türk Ticaret Kanunu).
- Şener O H, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Taşdelen N, Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma Ve Fesih, Yetkin Yayınları, 2012.
- Tekinalp Ü, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığın Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2012 (Tekinalp, Anonim ve Limited Ortaklıklar).
- Tekinalp Ü, “Çıkmaya Katılma”, Arslanlı Bilim Arşivi, <[www.arslanlibilimarsivi.com](http://www.arslanlibilimarsivi.com)> Erişim Tarihi 25.04.2020 (Tekinalp, Çıkmaya Katılma).
- Türk A, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Adalet Yayınevi, 2016.
- Trüeb H R, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister Und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR Und BEG, 2016.
- Üçışık G, “Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, 2003, s. 189-207.
- Yıldırım A, Türk Borçlar Hukuku Genel Esasları, 10. Bası, Monopol Yayınları, 2019.
- Yıldırım A H, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, Dora Yayıncılık, 2013 (Yıldırım, Haklı Nedenle Fesih).
- Yıldız Ş, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketler Hukuku, Arıkan, 2007.

## HAKSIZ FİLDEN DOĞAN TALEP HAKLARINA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİNDE “FER’İ BAĞLANMA” YÖNTEMİ

Onur Can SAATCIOĞLU\*

### ÖZ

*Bir haksız fiilin aynı taraflar arasında hâlihazırda mevcut bir başka hukukî ilişkiden doğan yükümlülüğü de ihlâl sonucunu doğurduğu hâllerde, fer’i bağlanma olarak adlandırılan bir yöntemden faydalanılarak, haksız fiil statüsünün söz konusu o diğer hukukî ilişkiyi idare eden hukuka bağlanması, böylelikle talep haklarının yarışması ve farklı vasıflandırma ihtimalleri üzerinden gündeme gelebilecek birtakım sorunların engellenmesi mümkündür. Haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitine ilişkin çağdaş düzenlemeler, fer’i bağlanma yöntemini genellikle örneklemeler üzerinden açık şekilde hükme bağlamaktadırlar. Yönteme kimi zaman bir kural formunda, kimi zaman ise daha sıkı irtibatlı hukuk istisnası kapsamında yer verildiği görülmektedir. Bu çalışma, fer’i bağlanma yönteminin amaçları, unsurları, çeşitli hukukî metinlerde nasıl bir üslup ile düzenlenmiş olduğu gibi hususlar hakkında genel bir bilgilendirme yapmak amacıyla kaleme alınmıştır. Bu kapsamda öncelikle, fer’i bağlanma kavramının tanımı ve üstlendiği fonksiyon üzerinde durulacaktır. Ardından, sırasıyla İsviçre, Avrupa Birliği ve Japon kanunlar ihtilâfî hukuklarında bu yöntemin nasıl düzenlendiği hususu incelenecek ve bu hukuklar açısından fer’i bağlanma yöntemine başvuru için gerekli unsurlar ortaya konacaktır. Uygulamada ne tür hukukî ilişkiler açısından bu yöntemle başvurduğu sorusunun örnekler eşliğinde ele alınmasını takiben, son olarak 5718 sayılı MÖHUK çerçevesinde fer’i bağlanma imkânının mevcudiyeti hakkındaki tespit ve önerilerimize yer verilerek çalışma tamamlanacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** MÖHUK m. 34, Haksız fiil, Taleplerin yarışması, Fer’i bağlanma, Japon hukuku.

---

\* **Dr. Arş. Görevlisi,** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı /ANKARA e-posta: oestr@hacettepe.edu.tr

**ORCID:** 0000-0003-4894-3422

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.871076

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 21/10/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 20/01/2021

**ACCESSORY CONNECTION IN DETERMINING THE APPLICABLE  
LAW ON TORT CLAIMS**

**ABSTRACT**

*In cases where an act of tort also amounts to the breach of another pre-existing legal relationship between the same parties, referral to the mechanism of accessory connection and connecting the relevant tortious relationship to the law applicable for that other relationship can be seen as a useful device. The primary goal of his method is to prevent particular problems that may arise in the domain of competition of claims and characterization with relation to the dispute in question. Modern conflicts rules on tort often include this method, either by embracing a special connecting factor or by way of exemplifying certain relationships under the exception rule, which enables the application of the law of a state which is more closely connected with the tort. This paper intends to shed light on the purpose, compulsory elements and certain variations of this method as seen in modern conflicts rules. With that in mind, after examining the relevant Swiss, EU and Japanese norms from certain aspects, and also providing some examples regarding the usage of this method, current framework of the Turkish Act on Private International and Procedural Law will be introduced. Finally, our conclusions about that framework alongside with our suggestions will be presented.*

**Keywords:** *Accessory connection, Competition of claims, Turkish law, Rome II Regulation, Japanese law.*

## I. GİRİŞ

Kanunlar ihtilâfi teorisinde, sözleşmeden doğan talep haklarının sözleşme statüsüne, haksız fiilden doğanların ise haksız fiil statüsüne göre idare edilmesi gerekliliği bulunmaktadır. Öte yandan, haksız fiilin, aynı zamanda taraflar arasında mevcut bir başka hukukî ilişkinin (örneğin sözleşmenin) de ihlâli niteliği taşıdığı hâllerde, bu iki statünün birbirinden farklı olması, talep hakları arasındaki ilişkiyi karmaşık hale getirebilmekte,<sup>1</sup> vasıflandırma ve talep haklarının yarışması yönlerinden birtakım sıkıntılar ortaya çıkarabilmektedir. Bu statülerin ayrı ayrı uygulanmaları halinde vasıflandırma problemine ilişkin olarak yaşanabilecek en sorunlu ihtimal şu şekilde kurgulanabilir: Sözleşme dışı talep haklarına uygulanacak hukuk bu talep haklarını bütünüyle

<sup>1</sup> Tadashi Kanzaki, Yoshihisa Hayakawa and Kazuhiko Motonaga, Kokusaishihou, Dai4Han, Yuuhikaku, Toukyou, 2019, s. 160.

sözleşmesel nitelikte görürken, sözleşmesel talep haklarına uygulanacak hukuk aynı talep haklarını bütünüyle sözleşme dışı nitelikte görüyor olabilir.<sup>2</sup>

Yine, farklı hukuk sistemleri talep haklarının yarışması hususunda farklı yaklaşımlar benimsedikleri için, statüler arasında uyumsuzluk yaşanması her zaman için mümkündür. Örneğin, Alman ve İngiliz hukuklarında çoğu hâl açısından davacının dava sebebini sözleşme, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil olarak belirleyebilmesi olanaklı iken;<sup>3</sup> Fransız hukukunda, haksız fiil sebebini öne sürülebilmesi yalnızca taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmayan hâller ile sınırlı olarak izin verilen bir husustur (*non-cumul*).<sup>4</sup>

Yukarıda belirtilen sorunların ortaya çıkmasını engellemek amacıyla çağdaş hukuk sistemleri tarafından başvuru işlevsel bir yöntem, doktrin ve uygulamada “fer’i bağlanma” olarak isimlendirilmektedir. Bu yöntem aracılığıyla, taraflar arasında hâlihazırda mevcut hukukî ilişkiyi idare eden hukukun, haksız fiil bakımından da idare gücü kazanması sağlanmaktadır. Günümüzde, özellikle de kıta avrupası hukuku geleneğini takip eden hukuk sistemlerinde, haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitine ilişkin düzenlemeler bünyesinde bu yönteme açıkça yer verildiği görülmektedir. Öte yandan, 5718 sayılı MÖHUK içerisinde, pek çok çağdaş düzenlemeden farklı olarak, haksız fiil statüsü bakımından bir başka hukukî ilişkiye fer’i bağlanma yapılabilmesi imkânına açıkça yer verilmemiştir. Doktrinde, MÖHUK m. 34/3 hükmü kapsamında sözleşme statüsünün haksız fiil bakımından da uygulanmasının mümkün olduğuna dair genel bir kanı bulunmakla birlikte, bu yöntemin uygulanma kapsamı ve şartları özel olarak inceleme konusu yapılmamıştır.

Bu çalışma, fer’i bağlanma yöntemini genel hatlarıyla tanıtmak ve 5718 sayılı Kanun m. 34/3 hükmünün mevcut halini bu yöntem bağlamında yeniden değerlendirmek amacıyla kaleme alınmıştır. Bu doğrultuda, aşağıda öncelikle kavramsal açıklamalar yapılacak, bu yöntem ile neyin amaçlandığı

---

<sup>2</sup> Ivo Bach, “Art. 4” in Peter Huber (Ed.), Rome II Regulation, Sellier, 2011, s. 102.

<sup>3</sup> Marcin Czepelak, “Concurrent Causes of Action in the Rome I and II Regulations”, 2011, 7(2), Journal of Private International Law, s. 403; Ulrich Spelsberg-Korspeter, Anspruchskonkurrenz im internationalen Privatrecht - Ein Beitrag zur Diskussion um die akzesorische Anknüpfung, 1. Auflage, Mohr Siebeck, 2009, s. 30.

<sup>4</sup> Ulrich Magnus, “Article 4” in Ulrich Magnus and Peter Mankowski (Ed), European Commentaries on Private International Law ECPII Commentary-Volume III-Rome II Regulation, 1. Edition, Sellier, 2016, s. 190; Kurt Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, 1. Auflage, Schulthess, 2002, s. 524; Czepelak, s. 402; Spelsberg-Korspeter, s. 30.

hususuna temas edilecektir. Ardından, sırasıyla İsviçre, Avrupa Birliği ve Japon kanunlar ihtilâfî hukuklarında haksız fiillere ilişkin bağlama kuralları içerisinde fer’i bağlanma yöntemine nasıl bir üslupta yer verilmiş olduğu hususu incelenecek, yine, bu sistemlerde yöntemin genellikle hangi hukukî ilişkiler bakımından işletildiği sorusu örnekler eşliğinde ele alınacaktır. Son olarak, 5718 sayılı MÖHUK m. 34/3 hükmünün mevcut yapısı hakkındaki kendi değerlendirmemize yer verilecektir.

## II. FER’İ BAĞLANMA KAVRAMI

Giriş kısmının başında örnek verilen sorunların yaşanmaması amacıyla, çağdaş kanunlar ihtilâfî sistemlerinde “fer’i bağlanma” (*akzessorische Anknüpfung*, *accessory/secondary connection*) olarak adlandırılan bir yöntemden faydalanılmaktadır. Bu yöntemde, bir hukukî ilişki, hâlihazırda aynı taraflar arasında mevcut bir başka hukukî ilişki için uygulamaya esas alınmakta olan hukuk düzenine bağlanmaktadır.<sup>5</sup> Bir başka deyişle, fer’i bağlanma yönteminde, bir kanunlar ihtilâfî kategorisi (ör. haksız fiil), bir diğ erinin (ör. sözleşme) içerisinde asimile edilmekte ve o diğ er kategorinin bağlama noktasının kendisi açısından da uygulanabilir olması sağlanmaktadır.<sup>6</sup> Böylelikle, bir statü, diğ erinin fer’i bir parçası haline getirilmekte,<sup>7</sup> örneğ in haksız fiil, hâlihazırda taraflar arasında mevcut bulunan sözleşmeye uygulanan hukuka tabi olmaktadır.<sup>8</sup> Bu yönüyle fer’i bağlanma yöntemi, bağlamada yeknesaklığ a (*Anknüpfungsgleichklang*) hizmet eden bir fonksiyon üstlenmektedir.<sup>9</sup>

Fer’i bağlanma yöntemi, kanunlar ihtilâfındaki anlamıyla güven ilkesinden (*kollisionsrechtliche Vertrauensprinzip*) dayanak almaktadır.<sup>10</sup> Taraflar, aralarındaki hukukî ilişkinin tek bir hukuka konu edilmesini

<sup>5</sup> Jolanta Kren Kostkiewicz, *Grundriss des schweizerischen Internationales Privatrechts*, 1. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2012, s. 140.

<sup>6</sup> Czepelak, s. 404.

<sup>7</sup> Harald Koch, Ulrich Magnus and Peter Winkler von Mohrenfels, *IPR und Rechtsvergleichung: Ein Studien- und Übungsbuch zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht und zur Rechtsvergleichung*, 4. Auflage, C. H. Beck, 2010, s. 157.

<sup>8</sup> Anton Heini and Tarkan Göksu, “Art. 133” in Markus Müller-Chen and Corinne Widmer Lühinger (Hrsg), *Zürcher Kommentar zum IPRG-Band II Art. 108a-200*, 3. Auflage, Schulthess, 2018, s. 623, 624.

<sup>9</sup> Abbo Junker, *Internationales Privatrecht*, 3. Auflage, C. H. Beck, 2019, s. 340.

<sup>10</sup> Heini and Göksu, s. 623.

beklemektedirler.<sup>11</sup> Dolayısıyla, örneğin sözleşme ihlâli ve haksız fiilin aynı anda bulunduğu durumlarda, meseleye taraf beklentileri yönünden yaklaşılabilecek olursa, esas ilişkinin genellikle sözleşme şeklinde görüneceği düşünülmektedir.<sup>12</sup> Fer’i bağlanma yöntemine başvurulması, tarafların haklı beklentilerine uygun<sup>13</sup> olmakla kalmayıp, sorumlunun ve zarar görenin menfaatlerinin kural olarak aynı hukuk sistemi tarafından dengelenmesine de olanak vermektedir.<sup>14</sup> Doktrinde bu yöntem, vasıflandırmadan<sup>15</sup> ve talep haklarının yarışmasından<sup>16</sup> kaynaklanabilecek önemli tatbik sorunlarının yaşanmasını önleyici bir enstrüman olarak addedilmektedir.<sup>17</sup> Benzer şekilde, fer’i bağlanmanın, müşterek bir mutad meskene sahip olmayan ancak sözleşmesel ilişkiler vasıtasıyla haksız fiili gerçekleştiren kimse ile bağlantılı bulunan birden fazla zarar görenin bulunduğu hâller açısından da bütüncül bir çözüm sunduğu düşünülmektedir.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> Dorothee Schramm and Axel Buhr, “Art. 129-142 IPRG” in Andreas Furrer, Daniel Girsberger and Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Internationales Privatrecht*, 2. Auflage, Schulthess, 2012, s. 530.

<sup>12</sup> Czepelak, s. 408, dn. 53.

<sup>13</sup> Karsten Thorn, “Rom II Verordnung” in Palandt-Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Auflage, C. H. Beck, 2019, s. 2882; Bach, s. 102; Magnus, s. 187; Naoshi Takasugi, “Dai7Shou” in Hiroshi Matsuoka (Hen), *Kokusaikankei shihou nyuumon*, Dai4Han, Yuuhikaku, Toukyou, 2019, s. 136; Yuusuke Tanemura, “Dai12Shou” in Shoichi Kidana (Hen), *Kokusaishihou*, Seibundou, Toukyou, 2016, s. 297.

<sup>14</sup> Wolfgang Wurmnest, “Art. 1 bis 7 Rom II-VO” in Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann and Stephan Weth (Hrsg.), *JurisPraxis Kommentar-Band6- Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., Juris, 2009, s. 839.

<sup>15</sup> Christian von Bar and Peter Mankowski, *Internationales Privatrecht-Band II-Besonderer Teil*, 2. Auflage, C. H. Beck, 2019, s. 330,331; Dirk Looschelders, *Internationales Privatrecht - Art.3-46 EGBGB*, 1. Auflage, Springer, 2004, s. 622; Spelsberg-Korspeter, s. 79; Jan von Hein, “Article 4 Rome II” in Galf-Peter Calliess (Ed), *Rome Regulations-Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, 1. Edition, Wolters Kluwer, 2011, s. 425; Paul Torremans (Ed), *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 15. Edition, Oxford University Press, 2017, s. 817, 818; Takasugi, s. 136.

<sup>16</sup> Czepelak, s. 403; Siehr, s. 524; Michel S, *Die Akzessorische Anknüpfung Grundfragen und Grundprobleme (Dissertation zur Erlangung eines Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen)*, Göttingen, 2004, s.96 <<https://ediss.uni-goettingen.de/bitstream/handle/11858/00-1735-0000-0006-B34C-6/michel.pdf?sequence=1>> Erişim Tarihi: 17.10.2020; Yasushi Nakanishi, Aki Kitazawa, Dai Yokomizo and Takami Hayashi, *Kokusaishihou*, Dai2Han, Yuuhikaku, Toukyou, 2018, s. 246; Spelsberg-Korspeter, s. 11,12; Von Hein, s. 425; Torremans, s. 792; Heini and Göksu, s. 623, 624; Jun Yokoyama, *Kokusai shihou*, Sanseidou, Toukyou, 2012, s. 210.

<sup>17</sup> Tanemura, s. 297; Benzer yönde bkz. Richard Plender and Michael Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, 4. Edition, Sweet&Maxwell, 2014, s. 559.

<sup>18</sup> Von Hein, s. 425.

Haksız fiiller açısından düşünüldüğünde, fer'i bağlanma yapılan ve sıklıkla sözleşmesel bir ilişkiyi idare eden statü, hangi hukukî ilişkinin haksız fiilden kaynaklanan ve kaynaklanmayan taleplere konu olacağını; yine, hangi kurallar uyarınca yarışan bu sebepler hakkında karar verileceği hususlarını idare eder hale gelmektedir.<sup>19</sup> Bu noktada sözleşme statüsü objektif olarak belirlenebileceği gibi, önceden taraflarca hukuk seçimi yolu ile de kararlaştırılmış olabilir.<sup>20</sup> Sözleşme açısından bir hukuk seçimi yapılmış ise, haksız fiil bakımından da seçilen bu hukuk uygulanacağından, fer'i bağlanmanın dolaylı bir hukuk seçimine yol açabilmesi mümkündür.<sup>21</sup>

### III. FER'İ BAĞLANMA TEKNİKLERİ

Haksız fiiller açısından fer'i bağlanma yöntemine açıkça yer veren kanunlar ihtilâfî düzenlemelerinin iki farklı yazım tekniğinden birini benimsedikleri görülmektedir. Bunlardan ilki, yöntemin tek başına bir fonksiyon gösterebilecek biçimde tasarlandığı “kural bağlanması”dır (*Regelanknüpfung*). İkinci teknik ise, yöntemin, daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasına izin veren istisna hükmü kapsamında işlerlik kazanabildiği “istisna bağlanması”dır (*Ausnahmeanknüpfung*).<sup>22</sup> İlk tekniğe verilebilecek başlıca örnek İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 133/3 hükmünde yer alan düzenlemedir. Bu düzenleme, fer'i bağlanma imkânını daha sıkı irtibatlı hukuk istisnasından (m. 15) bütünüyle ayrı ve ondan bağımsız bir kural formunda ele almıştır. İkinci tekniğe verilebilecek temel örnekler ise, Sözleşme Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka Dair Avrupa Birliği Tüzüğü (Roma II) m. 4/3 hükmü ile Japonya uygulamasındaki Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (HUGK) m. 20/2 hükmünde yer alan düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler, fer'i bağlanma yöntemine açıkça yer vermişler, ancak bunu yalnızca daha sıkı irtibatlı hukukun araştırılması sürecinde ve istisna kapsamında başvurulabilecek bir yol olarak ele almışlardır. Aşağıda her üç düzenleme de ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

<sup>19</sup> Siehr, s. 361.

<sup>20</sup> Siehr, s. 360.

<sup>21</sup> Bkz. aşağıda “Dolaylı Hukuk Seçimi” başlığı.

<sup>22</sup> Michel, s. 11.



## A. Kural Bağlanması Tekniği ve İsviçre Hukuku (IPRG m. 133/3)

### 1. Hükümün Yapısı

1987 Tarihli İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (IPRG),<sup>23</sup> haksız fiillere ilişkin genel bağlama kurallarını taraflar arasında bir hukuk seçiminin varlığı veya yokluğu esasından hareketle düzenlemiştir. Kanun, tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden sonra bir hukuk seçimi yapmış olmaları halinde, haksız fiilden doğan talep hakları bakımından seçilen hukukun uygulanacağını hükme bağlamıştır (m. 132). Ardından, böyle bir seçimin yapılmamış olduğu hâlleri karşılamak üzere, 133.maddesi içerisinde üç fıkra hükmü sevk etmiştir. IPRG m. 133 düzenlemesi şu şekildedir;

#### *Madde 133 - Hukuk Seçiminin Yokluğu*

*1) Zarar veren ve zarar görenin mutad meskenleri aynı ülkede ise, haksız fiilden doğan talep hakları bu ülke hukukuna tabidir.*

*2) Zarar veren ve zarar görenin mutad meskenleri aynı ülkede değilse, haksız fiilin ika edildiği ülke hukuku uygulanır. Sonuçların haksız fiilin ika edildiği ülkede bulunmaması halinde, zarar verenin sonuçların bu ülkede meydana geleceğini öngörebilmesi kaydıyla sonuçların meydana geldiği ülke hukuku uygulanır.*

*3) Haksız fiil sebebiyle zarar veren ve zarar gören arasında hâlihazırda mevcut bir hukukî ilişki ihlâl ediliyorsa, haksız fiilden doğan talep hakları birinci ve ikinci fıkralar dikkate alınmaksızın önceden beri süregelen o hukukî ilişkiyi idare eden hukuka tabi olurlar.*

Görüldüğü üzere, maddenin son fıkrası fer’i bağlanma yöntemini bir kural formunda açıkça kabul etmiştir. Öyle ki, tarafların haksız fiil bakımından bir hukuk seçimi yapmamış oldukları hâller açısından, mahkemece öncelikle fer’i bağlanma ihtimalinin araştırılması gerektiği düşünülmekte; maddedeki üç fıkranın kendi aralarındaki uygulanma sırası olarak: üçüncü fıkra (fer’i bağlanma) > birinci fıkra (müşterek mutad mesken) > ikinci fıkra (ika yeri/ zarar yeri) şeklinde bir sıralama verilmektedir.<sup>24</sup> Görüldüğü üzere fer’i

<sup>23</sup> Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (Stand am 1. April 2020) (admin.ch) <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>> Erişim Tarihi: 19.10.2020.

<sup>24</sup> Schramm and Buhr, s. 529; Robert P Umbricht and Nicole Zeller, “Art. 129-133” in Heinrich Honsell, Nedin Peter Vogt, Anton K Schnyder and Stephen V Berti (Hrsg), Basler Kommentar-Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2007, s. 990;

bağlanma, istisnai ve son aşamada başvurulması gereken bir yol olarak değil, diğer fıkra hükümlerinde benimsenen bağlama noktalarına kıyasla daha sıkı bir irtibatı tesis edeceği varsayımıyla ilk sırada başvurulacak bir kural olarak tasarlanmıştır.

Fer'i bağlanma imkânı, haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralı haricinde, haksız rekabete ilişkin IPRG m. 136/3 hükmünde de açıkça kabul edilmiş; fakat bu madde haricinde haksız fiillere ilişkin hiçbir özel bağlama kuralı bakımından ayrıca düzenlenmemiştir.<sup>25</sup> Doktrinde, söz konusu özel bağlama kurallarının kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından fer'i bağlanma ihtiyacı hasıl olursa, bu yolun yalnızca daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanabilmesine ilişkin madde (IPRG m. 15) kapsamında istisnai olarak işletilebileceği düşünülmektedir.<sup>26</sup>

## 2. Zorunlu Unsurlar

IPRG m. 133/3 hükmü kapsamında fer'i bağlanma yapılabilmesi için varlığı aranan iki zorunlu unsur bulunmaktadır.<sup>27</sup> Bunlardan ilki, haksız fiilin gerçekleştiği an itibariyle, haksız fiilin tarafları arasında hâlihazırda mevcut bir hukukî ilişkinin bulunmasıdır. İkincisi ise, haksız fiilin söz konusu o hukukî ilişkiden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlâline vücut vermiş olmasıdır.<sup>28</sup> Fıkra hükmünde belirtilmemiş olmakla birlikte, haksız fiillere ilişkin genel bağlama sistematüğinden hareket edildiğinde, bu iki unsurun yanına taraflar arasında herhangi bir hukuk seçiminin yapılmamış olmasını da eklemek mümkündür.<sup>29</sup>

Hükmün açık lafzı ışığında, taraflar arasında hâlihazırda mevcut bulunacak ilişkinin "hukukî bir ilişki" (*Rechtsverhältnis*) olması gerekmektedir. Dolayısıyla, yalnızca vakıasal nitelikte ilişkilerin esas alınmaları mümkün değildir.<sup>30</sup> Benzer şekilde, dikkate alınacak bu hukukî ilişki, üçüncü kişiler

Jolanta Kren Kostkiewicz, IPRG / LugÜ Kommentar, 2. Auflage, Orell Fossil, 2019, s. 273.

<sup>25</sup> Heini and Göksu, s. 624. Doktrinde *Siehr*, IPRG m.135'deki ürün sorumluluğu açısından da hükümde değişikliğe gidilerek fer'i bağlanma imkânının açıkça kabul edilmesi gerektiği düşüncesindedir. Bkz. *Siehr*, s. 525.

<sup>26</sup> Schramm and Buhr, s. 530; Umbricht and Zeller, s. 991.

<sup>27</sup> Heini and Göksu, s. 624; Schramm and Buhr, s. 530, 531.

<sup>28</sup> Heini and Göksu, s. 625, 626.

<sup>29</sup> Umbricht and Zeller, s. 991; *Siehr*, s. 360.

<sup>30</sup> Umbricht and Zeller, s. 990; Dolayısıyla, örneğin birlikte dünya turu yapan iki arkadaşın arasında bir haksız fiil ilişkisi doğduğunda, salt bu kimselerin birlikte seyahat ediyor ol-

tamamen dışarıda bırakılacak şekilde doğrudan doğruya zarar veren ve zarar gören arasında mevcut bulunmalıdır.<sup>31</sup> Doktrinde özellikle üzerinde durulmuş bir başka husus, söz konusu hukukî ilişkinin geçerli olup olmamasının fer'i bağlanma açısından herhangi bir önem arzemediğidir.<sup>32</sup> Fer'i bağlanma yönteminde güven prensibinin rol oynadığı, tarafların hâlihazırda mevcut hukukî ilişkiye uygulanmasını öngördükleri hukukun uygulanacağına güven duyabilecekleri hatta duymaları gerektiği ifade edilmektedir.<sup>33</sup>

## **B. İstisna Bağlanması Tekniği**

### **1. Avrupa Birliği Hukuku (Roma II Tüzüğü m. 4/3)**

#### **a. Hükmün Yapısı**

2007 Tarihli Sözleşme Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka Dair Avrupa Birliği Tüzüğü (Roma II),<sup>34</sup> haksız fiillere uygulanacak genel bağlama kuralına dördüncü maddesinde üç fıkra halinde yer vermiştir. Roma II m. 4 hükmü şu şekildedir;

#### *Madde 4 - Genel Kural*

*1) Bir haksız fiilden kaynaklanan sözleşme dışı bir borca uygulanacak olan hukuk, aksi bu Tüzük'te belirtilmediği sürece, zarara sebep olan hadisenin meydana geldiği ve o hadisenin dolaylı sonuçlarının ortaya çıktıkları ülke veya ülkeler dikkate alınmaksızın, zararın meydana geldiği ülke hukukudur.*

*2) Bununla birlikte, sorumlu olduğu iddia edilen kimse ile zarar gören kimsenin zararın meydana geldiği anda aynı ülkede mutad mesken sahibi bulunuyor olmaları hâlinde, o ülke hukuku uygulanır.*

---

masının fıkra hükmü anlamında bir önemi bulunmamaktadır. Bkz. Heini and Göksu, s. 624.

<sup>31</sup> Zarara yardımcı kişinin yol açtığı hâllerde onu istihdam edenle olan ilişki bakımından da fer'i bağlanma yapılıp yapılamayacağı, bir başka deyişle bu imkânın yalnızca zarar gören ile aracısız şekilde doğrudan zarar veren arasındaki ilişkiler bakımından mı güneme geleceği hususundaki tartışmalar için bkz. Heini and Göksu, s. 626 ve Umbricht and Zeller, s. 991, 992.

<sup>32</sup> Heini and Göksu, s. 625; Umbricht and Zeller, s. 990; Schramm and Buhr, s. 530, 531; Cze-pelak, s. 405, dn. 39.

<sup>33</sup> İlişkinin geçerli olup olmadığı hususunu ilgili hüküm statüsünün karara bağlayacağı düşünülmektedir. Bkz. Heini and Göksu, s. 625.

<sup>34</sup> Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (Eur-Lex, 2007) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32007R0864>> Erişim Tarihi: 19.10.2020.

3) *Haksız fiilin, 1 inci ve 2 nci fıkralarda gösterilenden başka bir ülke ile açıkça daha sıkı irtibatlı olduğunun olayın bütün şartlarına göre açık olduğu hâllerde, o diğer ülke hukuku uygulanır. Bir başka ülkeyle daha sıkı bir irtibat, özellikle, taraflar arasında önceden beri süregelen ve söz konusu haksız fiil ile sıkı irtibatlı - sözleşme gibi- bir ilişkiye dayanmış olabilir.*

Roma II m. 4/3 hükmünü yukarıda ele aldığımız IPRG m. 133/3 hükmünden farklılaştıran önemli birtakım yönler bulunmaktadır. Öncelikle, m. 4/3 hükmünde fer'i bağlanma yöntemi bir kural şeklinde değil, daha sıkı irtibatlı hukuk istisnasının uygulanması bağlamında bir örnek olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, İsviçre örneğinin tersine Roma II m. 4/3 hükmü, uygulanacak hukukun öncelikle birinci veya ikinci fıkralara göre belirlenmesini aramaktadır. Bu belirlemenin yapılmasının ardından istisna hükmüne başvuru ancak mümkün olabilmektedir.<sup>35</sup> Zira, bu fıkranın temel uygulanma şartı, haksız fiilin üçüncü bir ülke ile mutad mesken yeri veya zararın meydana geldiği yerden açıkça daha sıkı bir irtibata sahip olmasıdır.<sup>36</sup> Yine İsviçre örneğinden farklı olarak, hükümde yalnızca hâlihazırda mevcut bir (hukukî) ilişkiden bahsedilmekle yetinilmemiş, “sözleşme gibi” ibaresine yer vermek suretiyle somut bir ilişki örneği de sunulmuştur. Doktrinde *von Bar / Mankowski*, genellikle milletlerarası özel hukuk alanında uzman olmayan uygulamacılara daha sıkı irtibat istisnasının uygulanabileceği hâlleri örnekleme yaparak göstermiş olması açısından hükmün lafzını takdir etmektedirler.<sup>37</sup>

### **b. “İrtibat” Kavramının Fer’i Bağlanma Açısından Fonksiyonu**

Roma II m. 4/3 hükmünün ikinci cümlesinde benimsenen yakınlık ilkesi, iki açıdan birinci cümlede benimsenen ile farklılaşmaktadır. Öncelikle, ilk cümlede “haksız fiil” ile bir “ülke” arasında irtibat aranmakta iken; ikinci cümlede iki hukukî ilişki arasında bir irtibat aranmaktadır. Yine, ilk cümlede “açıkça daha sıkı bir irtibat”tan bahsedilmekte iken, ikinci cümlede hem “daha sıkı irtibat” hem de “sıkı irtibat” ifadeleri aynı anda kullanılmaktadır.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Magnus, s. 185.

<sup>36</sup> Adrian Pricopi and Claudiu Butculescu, “Considerations Regarding the General Rule Provided by the Article 4 of the Rome II Regulation”, 2010, 1(4), *Annals of Spiru Haret University, Economic Series*, s. 136; Junker, *Internationales*, s. 341; Torremans, s. 814.

<sup>37</sup> Von Bar and Mankowski, s. 330. Roma II Tüzüğü’nün daha sıkı irtibatlı hukukun araştırılması hususunda mahkemelere yol gösterdiği ve hâlihazırda mevcut bir ilişkinin varlığının sıkı irtibata dayanak teşkil edebileceğinden bahsedilmektedir. Bkz. Von Hein, s. 425.

<sup>38</sup> Matthias Lehmann, “Artikel 4 ROM II-VO” in Rainer Hüßtege and Heinz-Peter Mansel

Bir başka deyişle, fıkra hükmünün birinci cümlesi, irtibatların genel olarak gruplamasını içeren genel bir değerlendirme amacına yönelmiş iken; ikinci cümle, iki farklı statü arasında uyum sağlanmasını hedeflemektedir.<sup>39</sup> Bu sebeple doktrinde, Roma II m. 4/3 hükmü uygulanacağı zaman öncelikle fer'i bağlanma imkânının dikkate alınacağı, bu imkâna başvurmak mümkün olmuyorsa, o zaman fıkranın ilk cümlesi uyarınca halin bütün şartları ışığında açıkça daha sıkı irtibatın araştırılacağı belirtilmektedir.<sup>40</sup>

Roma II m. 4/3 hükmünün açık lafzı ışığında, mahkemenin fer'i bağlanma yöntemine başvuracağı zaman hâlihazırda mevcut ilişki ile sözleşme dışı borç arasında ciddi bir irtibat bulunup bulunmadığını değerlendirmesi gerekmektedir. Fıkra hükmünün ikinci cümlesinde geçen “dayanmış olabilir” ibaresinin de işaret ettiği üzere, taraflar arasında hâlihazırda mevcut olan ilişki, hukuku uygulanacak devlet ile açıkça sıkı bir irtibat tesis etmiyor olabilir. Bu sebeple, haksız fiilin tarafları arasında hâlihazırda mevcut bir başka hukukî ilişki bulursa dahi, mahkemenin yine de açıkça daha sıkı irtibatın var olup olmadığını araştırmakla yükümlü olduğu belirtilmekte, somut olayın gereklilikleri ışığında bu yönetime başvurmanın avantaj ve dezavantajlarını tartmaksızın mekanik bir uygulama pratiğinden kaçınılması önerilmektedir.<sup>41</sup>

### c. Zorunlu Unsurlar

Roma II m. 4/3 hükmü kapsamında fer'i bağlanma yapılabilmesi için varlığı aranan iki temel unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki, haksız fiilin gerçekleştiği esnada taraflar arasında hâlihazırda mevcut bir (hukukî) ilişkinin

---

(Hrsg), Nomos Kommentar BGB - Band 6, 2. Auflage, Nomos, 2015, s. 349. Terminolojik açıdan bakıldığında, Roma II m. 4/3 hükmünün ikinci cümlesindeki ifade tarzının *Junker* tarafından eleştirildiği görülmektedir. Yazar, “irtibat” kavramının aynı cümle içerisinde iki farklı anlamda kullanıldığına dikkat çekmektedir. İlkinde, genel olarak haksız fiil bağlama konusunun bir ülkeye bağlanması anlamıyla kullanılmaktadır. İkincisinde ise, maddi hukuk anlamıyla haksız fiil ile taraflar arasında hâlihazırda mevcut başka bir hukukî ilişki arasındaki bağlantı kastedilmektedir. Bkz. *Junker*, Rom, s. 842.

<sup>39</sup> Birinci cümlelerin farklı statüler arasındaki uyumu gözettiğini düşünmek zordur, çünkü bağlantılı bir başka hukukî ilişkiyi idare eden ve bu kapsamda esas alınabilecek bir hukuk henüz görünürde yoktur. Bkz. *Von Bar and Mankowski*, s. 331.

<sup>40</sup> *Junker*, Rom, s. 843. Benzer yönde bkz. *Wolfgang Wurmnest*, “Art. 1 bis 7 Rom II-VO” in *Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann and Stephan Weth (Hrsg), JurisPraxis Kommentar-Band6- Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., Juris, 2009, s. 839.

<sup>41</sup> *Von Hein*, s. 429; *Andrew Dickinson*, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, 1. Edition, Oxford University Press, 2008, s. 347; *Magnus*, s. 190; *Torremans*, s. 817; *Lehmann*, s. 349, 350; *Wurmnest*, s. 840, 841.

bulunması gerekliliğidir.<sup>42</sup> İkincisi ise, haksız fiilin söz konusu bu ilişki ile sıkı irtibatlı olmasıdır.<sup>43</sup> İsviçre örneğinden farklı olarak, Roma II m. 4/3 hükmü içerisinde haksız fiilin söz konusu ilişkiyi de ihlâl niteliği taşıması gerektiği hususuna metinde açıkça yer verilmemiştir.

İlginçtir ki, İngilizce başta olmak üzere Tüzüğün pek çok resmi çevirisinde, fıkra hükmü taraflar arasında hâlihazırda mevcut bir “ilişki”den bahsetmekte iken; Almanca çeviride “hukukî ilişki” (*Rechtsverhältnis*) ifadesi kullanılmıştır.<sup>44</sup> Tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce Alman hukukunda fer’i bağlanma amacına hizmet eden EGBGB m. 41/2 hükmünde “hukukî veya vakıasal bir ilişki” ifadesine yer verilmiş olmasına karşın,<sup>45</sup> Roma II m. 4/3 hükmünün Almanca versiyonunda yalnızca “hukukî ilişki”den bahsedilmiş olması, özellikle Alman doktrininde, yeni düzenlemenin vakıasal ilişkileri dışarıda bırakıp bırakmadığı tartışmasına yol açmıştır.<sup>46</sup> Dolayısıyla örneğin, aralarında herhangi bir hukukî ilişki bulunmaksızın birlikte seyahat eden iki kişi bakımından bir haksız fiilin gündeme gelmesi halinde, bu kişiler arasındaki vakıasal ilişkinin fer’i bağlanmaya esas alınıp alınamayacağı meselesi tartışılmıştır.<sup>47</sup>

Fıkra hükmünün Almanca çevirisini ve önceki düzenlemeden farklı oluşunu dikkate alan bazı yazarlar, yalnızca hukukî ilişkiler bakımından

<sup>42</sup> Thorn, s. 2882; Lehmann, s. 349; Koch, Magnus and Von Mohrenfels, s. 157; Heinrich Dörner, “Rom II-VO” in Reiner Schulze (SL), *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, 9. Auflage, Nomos, 2016, s. 2849; Von Hein, s. 428.

<sup>43</sup> Wurmnest, s. 839.

<sup>44</sup> Lehmann, s. 348.

<sup>45</sup> EGBGB m. 41/1 hükmü fer’i bağlanmayı açıkça daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanması amacını güden bir “kaçış hükmü” formunda ele almaktaydı. Czepelak, s. 404; Junker, Rom, s. 842; Junker, Internationales, s. 340; Spelsberg-Korspeter, s. 30. Bu kanun Almanya’da Roma II Tüzüğü kapsamına girmeyen haksız fiiller bakımından (örneğin kişilik haklarının ihlâlinde) halen uygulanmaktadır. Bkz. Torremans, s. 815.

<sup>46</sup> Wurmnest, s. 840; Looschelders, s. 602; Von Hein, s. 426; Dörner, s. 2849. Öte yandan, İngilizce versiyonda hukukî ilişki ifadesi kullanılmadığı için böyle bir tartışmanın doğmadığı görülmektedir. Bkz. Torremans, s. 816.

<sup>47</sup> Avrupa’da egemen olan otonom yoruma göre, salt bir araç içinde beraber seyahat ediliyor olması, (ister ayarlanmış bir otobüs seyahati şeklinde, ister birlikte çıkılan otomobil yolculuğu şeklinde olsun) hukukî değil vakıasal bir ilişki olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, böylesi ilişkilerin tek başlarına fer’i bağlanmaya müsait olmadıkları düşünülmektedir. Bkz. Lehmann, s. 351. Buna karşılık *Junker*’e göre, birlikte seyahat etme durumunda (*Fahrge-meinschaft*) taraflar arasındaki ilişkinin salt vakıasal bir ilişki mi yoksa hukukî bir ilişki mi olduğu hususu, otonom bir yorumla değil, varsayımsal olarak uygulanması gereken sözleşme statüsüne göre karara bağlanacaktır. Bkz. Junker, Internationales, s. 341.

fer'i bağlanma yapılabileceğini öne sürmektedirler.<sup>48</sup> Buna karşılık, fer'i bağlanma imkânının daha sıkı irtibatlı hukuka ulaşmakta yalnızca bir örnek olarak verilmiş olmasından hareket eden diğer bazı yazarlar, fıkra hükmünde daha sıkı irtibatlı hukuka ulaşılmasını sağlayacak tüm faktörlerin ve bu kapsamda vakıasal ilişkilerin de değerlendirilebileceğini belirtmektedirler.<sup>49</sup> Bizim de katıldığımız bir grup yazar ise, bu tartışmanın pratik bir önemi haiz olmadığı yorumunu yapmaktadırlar. Zira, bütünüyle vakıasal ilişkilerin hükmün ikinci cümlesi uyarınca kendisine fer'i şekilde bağlanılabilecek bir "hukuk" tarafından idare edildiklerinden bahsedebilmek mümkün değildir. Bir başka deyişle, ne zaman ki hâlihazırda mevcut ilişkinin tabi olabileceği bir hukuk vardır, söz konusu ilişki zaten hukukî bir ilişki haline gelmiş demektir ve böyle hâllerde fer'i bağlanma yapılabilecektir.<sup>50</sup> Öte yandan, hükmün bir istisna hükmü oluşundan hareket edildiğinde, ikinci cümleye göre fer'i bağlanma yapılamasa dahi bu tip vakıasal ilişkilerin ilk cümle kapsamında dikkate alınabilmeleri pekâlâ mümkündür.<sup>51</sup> İşte bu yüzden, tartışmanın pratik bir önemi bulunmamaktadır.

Yine İsviçre örneğine benzer şekilde doktrinde önemle vurgulanan bir başka husus, hâlihazırda mevcut ilişkinin mutlaka geçerli olmasının gerekmediği, haksız fiil anı itibariyle tarafların, aralarındaki bu ilişkinin geçerli veya yürürlükte olduğunu düşünüyor olmalarının fer'i bağlanma için yeterli olduğudur.<sup>52</sup> Gerçekten de, bir taraf, diğer tarafın kendisine karşı gerçekleştirdiği haksız fiiller sebebiyle, aralarındaki sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürebilir. Doktrinde, hâlihazırda mevcut sözleşme ifadesinin haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra geçersiz kılınan sözleşmeleri kapsadığı, buna karşılık haksız fiilin gerçekleşmesinden önce geçersiz kılınmış

<sup>48</sup> Junker, Rom, s. 843; Thorn, s. 2882.

<sup>49</sup> Renate Schaub, "Art 1-8 ROM II" in Hanns Prütting, Gerhard Wegen and Gerd Weinreich (Hrsg), Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 14. Auflage, Luchterhand, 2019, s. 3216; Andreas Spickhoff, "Rom II-VO" in Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth, Wolfgang Hau and Roman Poseck (Hrsg), Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar-Band 5, 4. Auflage, C. H. Beck, 2020, s. 2722.

<sup>50</sup> Bach, s. 104; Lehmann, s. 348, 349; Kısmen aynı yönde bkz. Magnus, s. 189.

<sup>51</sup> Bach, s. 104. Vakıasal ilişkilerin de fer'i bağlanma kapsamında değerlendirilebildiği dönemde eserini kaleme alan *Michel*'e göre, aynı işveren bünyesinde çalışan iki işçinin işin görülmesi esnasında birbirlerine zarar vermeleri halinde, her ne kadar aynı işveren altında çalışmak bu ikisi arasında hukukî bir ilişki kurmayacak ise de, aynı işverenin sorumluluk sahasında faaliyet gösteriyor olmak bunlar arasında vakıasal bir ilişki kuracak ve fer'i bağlanma yapılabilecektir. Bkz. Michel, s. 97.

<sup>52</sup> Lehmann, s. 349; Dickinson, s. 346.

sözleşmeler açısından durumun belirsiz olduğu görüşü ileri sürülmüştür.<sup>53</sup> Yine de, geçerli bir sözleşmenin kurulması taraflarca hedeflenmiş ve bu doğrultuda adımlar atılmış ise, ilişkinin geçerli olmaması halinde bile fer’i bağlanmanın yapılabileceği düşünülmektedir.<sup>54</sup> Bu gibi hâllerde, geçersiz sözleşmeyi idare eden hukuka yahut kurulmak istenen sözleşmeye uygulanması gereken hukuka bağlanılacağı belirtilmektedir.<sup>55</sup>

Öte yandan, geçerli olsun veya olmasın, tarafların arasındaki ilişki, haksız fiil anı itibariyle mevcut olmalıdır. Haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra gündeme gelen ilişkiler fıkra hükmünün ikinci cümlesi bağlamında dikkate alınmayacaklardır.<sup>56</sup> Benzer şekilde, taraflar arasında vaktiyle bir sözleşme ilişkisi bulunmasına rağmen, haksız fiil anı itibariyle bu ilişki sona ermiş durumdaysa, fer’i bağlanma düşünülemeyecektir.<sup>57</sup> Yine, haksız fiile uygulanacak hukuk bakımından taraflarca haksız fiilin meydana gelmesinden sonra bir hukuk seçimi yapılmış olması hâlinde, bu yöntem artık işletilemeyecektir.<sup>58</sup> Fıkra hükmünde geçen “taraflar arasında” ifadesini, söz konusu sözleşme dışı borcu talep hakkı olan kimse ile bu borcun talep edileceği kimse arasındaki ilişki ile sınırlı şekilde anlamak gerektiği, dolayısıyla örneğin zarar veren ile zarar görenin yasal temsilcisi arasındaki bir ilişkinin bu bağlamda görülemeyeceği belirtilmektedir.<sup>59</sup>

Her ne kadar fıkra hükmünde haksız fiilin hâlihazırda mevcut ilişkiyi ihlâl niteliği taşıması gerektiği hususu açıkça belirtilmemiş ve bunun yerine söz konusu ilişki ile sıkı irtibatlı olma zorunluluğu getirilmiş olsa dahi, doktrinde bu irtibatın çoğunlukla ilişkiyi ihlâl niteliği taşıyan hâller bakımından gündeme geleceği düşünülmektedir.<sup>60</sup> Haksız fiil bakımından bir değerlendirme yapabilmek için söz konusu diğer ilişkinin hükümlerinin de dikkate alınması gerekliliğinden bahsedilebiliyorsa, somut meselenin tüm unsurlarının sözleşmeyi idare eden hukuk ile açıkça daha sıkı irtibatlı

<sup>53</sup> Torremans, s. 815.

<sup>54</sup> Magnus, s. 190.

<sup>55</sup> Michel, s. 101, 102; Magnus, s. 190; Von Hein, s. 428; Dickinson, s. 346.

<sup>56</sup> Lehmann, s. 349.

<sup>57</sup> Thorn, s. 2882.

<sup>58</sup> Magnus, s. 186.

<sup>59</sup> Lehmann, s. 349.

<sup>60</sup> Schramm and Buhr, s. 530, 531; Heini and Göksu, s. 623; Spickhoff, s. 2722.



olduğu söylenebilecektir.<sup>61</sup> Taraflar arasında mevcut bir sözleşme ilişkisinin bulunması fer'i bağlanma yapılabilmesi için tek başına yeterli olmasa da, hükümde sözleşme örneğinin verilmesinin arkasında yatan temel gerekçenin sözleşmesel ve haksız fiile ilişkin taleplerin farklı hukuklara tabi olması halinde gündeme gelebilecek çatışmaların önlenmesi olduğu belirtilmekte, zarar görenin zarar verene karşı aynı fiil sebebiyle hem haksız fiile ilişkin hem de sözleşmesel talep haklarına sahip bulunduğu hâllerde, gerçekten de sıkı bir irtibatın varlığından bahsedebilebileceği ifade edilmektedir.<sup>62</sup>

#### d. Dolaylı Hukuk Seçimi

Fer'i bağlanma yapılan hukukî ilişkinin bir sözleşme olduğu hâllerde, bu sözleşme bakımından taraflarca bir hukuk seçimi yapılmış ise, seçilen hukuk haksız fiil bakımından da uygulanma imkânı kazanmaktadır.<sup>63</sup> Roma II m. 14 hükmünde haksız fiiller bakımından hukuk seçiminin kural olarak haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılabileceği hükme bağlanmış olmasına rağmen, fer'i bağlanma aracılığıyla gündeme gelebilen bu dolaylı hukuk seçimi, haksız fiil anından önce yapılmış hukuk seçimlerinin de işlerlik kazanmasına imkân vermesi sebebiyle, m. 14 hükmünde getirilen şartları işlevsiz kılabilmek özelliğine sahiptir. Bu şartların benzerleri Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka Dair Avrupa Birliği Tüzüğü'nde (Roma I) yer almadıkları için, tarafların sözleşmeler açısından sınırsız şekilde kabul edilmiş hukuk seçimi imkânından (Roma I m. 3) faydalanabilmeleri mümkün hale gelmektedir.<sup>64</sup>

Dolaylı hukuk seçiminin özel önem arz ettiği bir başka husus, taraflardan birinin zayıf konumda olduğu sosyal sözleşmeler (ör. iş, tüketici) bakımından hukuk seçiminin etkisi ile ilgilidir.<sup>65</sup> İş sözleşmeleri üzerinden bir örnek vermek gerekirse, Roma I m. 8'de yer verilen düzenleme, iş sözleşmeleri bakımından taraflarca seçilmiş hukukun, böyle bir seçim yapılmıyaydı uygulanacak olan hukukta yer alan ve işçinin daha lehine olan emredici hükümlerin korunması saklı kalmak kaydıyla etki doğuracağını garanti altına almaktadır. Bu noktada

---

<sup>61</sup> Czepelak, s. 409.

<sup>62</sup> Bach, s. 101; Spickhoff, s. 2722.

<sup>63</sup> *Spickhoff*'a göre sözleşmesel fer'i bağlanma, sözleşme statüsünün taraflarca seçilmiş olduğu hâller açısından zımnî bir hukuk seçimini (*stillschweigende Rechtswahl*) ortaya çıkarmaktadır. Bkz. Spickhoff, s. 2721.

<sup>64</sup> Von Bar and Mankowski, s. 332; Von Hein, s. 429.

<sup>65</sup> Von Hein, s. 428.

şu soru akla gelmektedir. İşçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesinin ihlâli anlamına da gelen bir haksız fiil sebebiyle doğan uyuşmazlıkta iş sözleşmesine fer'i bağlanılacak olursa, bu sözleşmede seçilmiş hukukun haksız fiil bakımından uygulanmasında böyle bir seçim yapılmıyaydı uygulanacak hukukta yer alan ve işçinin daha lehine olan emredici hükümler dikkate alınacak mıdır? Avrupa Komisyonu bu hususta, m. 4/3 hükmündeki fer'i bağlanma imkânının, zayıf tarafı hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak hukuk uyarınca sahip olacağı korumadan mahrum bırakıcı bir etkisi olmayacağını belirtmiştir.<sup>66</sup> Doktrinde de benzer bir eğilim gözlemlenmektedir.<sup>67</sup> Bununla birlikte, bu yönde açık bir düzenlemenin var olmayışı ışığında bu korumanın nasıl temin edilebileceği hususunun net olmadığına dikkat çeken yazarlar da bulunmaktadır.<sup>68</sup>

Son olarak, haksız fiilin sadece belirli bir yönünü bir hukuka tabi kılarken diğer yönlerini başka bir hukuka tabi kılmanın (parçalama/*depeçage*) bu yöntem bakımından doktrinde genellikle kabul edilmediği görülmektedir.<sup>69</sup> Benzer şekilde, uygulanacak hukukun fer'i bağlanma ile belirlendiği hâllerde, atfin reddedilmesi gerektiği, zira aksi halde amaçlanan maddi uyuma ulaşılamayacağından da bahsedilmektedir.<sup>70</sup>

## 2. Japon Hukuku (HUGK m. 20)

Japon hukukunda kanunlar ihtilâfi hukukuna ilişkin temel düzenleme olan 2006 tarihli Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında

<sup>66</sup> Explanatory Memorandum, COM (2003) 427, s. 13 (Eur-Lex, 2003) <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0427:FIN:EN:PDF>> Erişim Tarihi: 19.10.2020.

<sup>67</sup> Lehmann, s. 350; Von Bar and Mankowski, s. 332; Von Hein, s. 429; Magnus, s. 193 Tüketici sözleşmeleri açısından da daha lehe olan hukukta yer alan emredici hükümlerin uygulanacakları yönünde bkz. Bach, s. 103.

<sup>68</sup> Dickinson, s. 345; Torremans, s. 815, 816. Özellikle de, fer'i bağlanma neticesinde uygulanacak hukukun haksız fiile bir bütün olarak uygulanacağı düşünüldüğünde, bir başka hukuk düzenindeki kurallara nasıl etki tanınacağı meselesi belirsizdir. Bkz. Louise Merrett, *Employment Contracts in Private International Law*, 1. Edition, Oxford University Press, 2011, s. 220. Buna karşılık, *Plender ve Wilderspin*'e göre, Roma II m. 4/3 hükmünün parçalamaya izin vermediği düşünülebilse dahi, bu örnek açısından bir istisnanın kabul edilmesi ve Roma I m. 8'deki gibi bir parçalama yapılabileceğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır. Bkz. *Plender and Wilderspin*, s. 559.

<sup>69</sup> Lehmann, s. 350; Dickinson, s. 342; Magnus, s. 186.

<sup>70</sup> Michel, s. 32.

Kanun (HUGK),<sup>71</sup> haksız fiillere ilişkin olarak bir genel bağlama kuralı (m. 17) ve iki özel bağlama kuralı (m. 18 ve m. 19) sevk etmiştir. Ardından, bu kurallar uyarınca belirlenenden daha yakın irtibatlı bir başka yerin bulunması ihtimalini m. 20 içerisinde bir istisna hükmü şeklinde düzenlemiştir. HUGK m. 20 hükmü şu şekildedir;<sup>72</sup>

*Madde 20 - Açıkça Daha Yakın İrtibatlı Yerin Bulunması Hali İstisnası*

*1) Önceki üç maddenin hükümlerinden bağımsız olarak, haksız fiilden kaynaklanan talep haklarının kurulması ve etkileri, haksız fiil anında, tarafların müşterek bir mutad meskene sahip oldukları; haksız fiilin taraflar arasındaki sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlâl şeklinde gerçekleştirilmiş olduğu; veya diğer şartların ışığında önceki üç maddenin hükümleri uyarınca uygulanması gereken hukukun ait olduğu yerden açıkça daha yakın irtibatlı bir diğer yerin bulunduğu hâllerde, söz konusu diğer yer hukukuna tâbidir.*

Görüldüğü üzere, madde hükmü açıkça daha sıkı irtibatlı olma halini “müşterek mutad mesken”, “hâlihazırda mevcut sözleşme” ve “diğer şartlar” şeklinde üç farklı örnek ile göstermek yolunu izlemiştir.<sup>73</sup> Bu hüküm, IPRG m. 133/3’den farklı ve fakat Roma II m. 4/3’e paralel bir biçimde, fer’i bağlanma (*fujuu tekirenketsu* 附従的連結) yöntemine daha sıkı irtibatlı hukuk istisnası kapsamında yer vermektedir. Bununla birlikte, Roma II m. 4/3 örneğinden farklı şekilde, “hâlihazırda mevcut bir ilişki” şeklinde genel bir ifade yerine, “haksız fiilin taraflar arasındaki sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlâl şeklinde gerçekleştirilmiş olduğu” ifadesi tercih edilmiş, bu bağlamda önemli bir somutlaştırma yapılmıştır. Kanunun hazırlık çalışmaları esnasında maddede yer verilen örnek hâllerin ayrı birer hüküm şeklinde düzenlemeleri önerisinin getirilmiş olduğu, fakat istisna hükmünün esnekliğini temin etmek adına bu önerinin kabul görmediği belirtilmektedir.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Hou no tekiyou ni kansuru tsuusokuhou, Heisei18Nen, Houritsu Dai78Gou (法の適用に関する通則法,平成十八年法律第七十八号(e-laws, 2007) <[https://elaws.e-gov.jp/search/elawsSearch/elaws\\_search/lsg0500/detail?lawId=418AC0000000078](https://elaws.e-gov.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=418AC0000000078)> Erişim Tarihi: 19.10.2020.

<sup>72</sup> Saatcioğlu OC, “Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (Kanunlar İhtilâfı Hukuku Alanındaki Temel Japon Kanununun Türkçe Çevirisi)”, 2012, 2(1), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 119.

<sup>73</sup> Tanemura, s. 296.

<sup>74</sup> Yoshiaki Nomura, “Dai9Shou” in Yoshiaki Nomura (Hen), Keesu de manabu kokusaishihou, Dai2Han, Houritsubunkasha, Toukyou, 2014, s. 180; Tanemura, s. 296.

Tarafların arasında sözleşme harici bir hukukî ilişki yahut bütünüyle vakıasal bir ilişki bulunması halinde, fer'i bağlanma imkânına başvurulamamakta,<sup>75</sup> söz konusu ilişki yalnızca hükümde belirtilen son örnek hâl olan “diğer şartların ışığında” ifadesi kapsamında dikkate alınabilmektedir.<sup>76</sup> Hâlihazırda mevcut hukukî ilişkiyi idare eden hukukun m. 20 anlamında en sıkı irtibatlı diğer yer hukuku olarak görülmesinin mümkün olup olmadığı hususunda, söz konusu hukukî ilişkinin yürürlükte olduğu süre boyunca gerçekleştirilmiş eylemler ile zararın ortaya çıkışı arasında uygun bir nedensellik bağının var olup olmadığına dikkat edilmesi gerekmektedir.<sup>77</sup>

Madde hükmünün açık lafzı gereği, sözleşmeden doğan ve haksız fiilin ihlâl edeceği yükümlülüklerin “ taraflar arasında” mevcut bulunması gerekmektedir. Doktrinde bu hususu vurgulamak üzere çeşitli örnekler verilmiştir. Birbirlerinden bağımsız olarak Almanya’da aynı otobüs turuna katılmış olan biri Japon vatandaşı diğeri Kanada vatandaşı iki öğrenci arasında bir yaralama hadisesi yaşanması halinde, her ne kadar bu iki kişi aynı Alman seyahat şirketi ile paket tur sözleşmesi yapmış olsalar dahi, yaralama eylemi söz konusu sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlâli sonucunu doğurmadığından, paket tur sözleşmesine fer’i bağlanma yapılamayacaktır.<sup>78</sup> Yine, örneğin yangın sebebiyle gemisinde hasar meydana gelen gemi sahibinin, gemide kullanılan yangın söndürücüleri üreten şirkete karşı ürün sorumluluğu nedeniyle tazminat davası açması halinde, bu talep hakkında gemi sahibi ile gemiyi üreten şirket arasındaki sözleşmenin statüsüne fer’i şekilde bağlanması doğru olmayacaktır.<sup>79</sup>

Doktrinde, tarafların hem müşterek mutad meskene hem de hâlihazırda mevcut bir sözleşmesel ilişkiye sahip oldukları hâller bakımından bunlardan hangisinin esas alınacağı noktasında açıklık ihtiyacı bulunduğundan bahsedilmiş, böyle hâllerde hâlihazırda mevcut hukukî ilişkiye üstünlük tanınması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>80</sup> Yine, daha sıkı irtibat hükmünde

<sup>75</sup> Takao Sawaki and Masato Dougauchi, *Kokusaishihou nyuumon*, Dai8Han, Yuuhikaku, Toukyou, 2018, s. 232; Yuuko Nishitani, “Akiraka ni yori missetsuna kankei ga aru chi ga aru baai no reigai” in Yoshiaki Sakurada and Masato Dougauchi (Hen), *Chuushaku Kokusai Shihou* (Dai1Kan), Yuuhikaku, Toukyou, 2011, s. 509.

<sup>76</sup> Takasugi, s. 137; Tanemura, s. 297.

<sup>77</sup> Yokoyama, s. 211.

<sup>78</sup> Sawaki and Dougauchi, s. 232.

<sup>79</sup> Yokoyama, s. 211, 212.

<sup>80</sup> Tanemura, s. 296.

açıkça ve ayrı ayrı yer verilen “kurulma” ve “hükümler” bakımından ayrı hukuklara tabi olunabilmesi mümkün müdür sorusu bakımından, böyle bir yolun tatbik sorunlarına yol açabileceği gerekçesiyle kapalı olması gerektiği düşünülmekte; bir başka deyişle AB uygulamasına benzer şekilde parçalamayı kabul etmeme eğilimi baskın gelmektedir.<sup>81</sup>

Tokyo Bölge Mahkemesi’nin 2012 yılında vermiş olduğu bir kararda,<sup>82</sup> haksız fiile ilişkin genel bağlama kuralı uygulansa idi Japon hukuku idare gücü kazanacak olmasına rağmen, haksız fiilin taraflar arasındaki sözleşme ile bağlantılı olması gerekçesiyle sözleşme statüsü olan İngiliz hukukuna fer’i bağlanma yapılmıştır.<sup>83</sup>

#### IV. FER’İ BAĞLANMA ÖRNEKLERİ

Doktrinde, fer’i bağlanma yönteminin en çok önem arz edeceği hukukî ilişki tipi olarak sözleşme gösterilmektedir.<sup>84</sup> Haksız fiil statüsünün sözleşme statüsüne fer’i şekilde bağlanması aracılığıyla, sözleşmesel tazminat talep hakkı ile haksız fiile ilişkin tazminat talep hakkının aynı hukuk sisteminin çatısı altında yeknesak şekilde değerlendirilebilmesi mümkün hale gelmektedir.<sup>85</sup> Bu yöntemin farklı sözleşme tipleri bakımından işletilebilmesi olanaklıdır.

Bir ülkede satın alınmış ürünün bir başka ülkede satın alan kişinin sağlığına yahut bir malvarlığı değerine zarar vermesi ihtimalinde, zarar görenin haksız fiilden doğan talep hakları bakımından satım sözleşmesini idare eden statüye fer’i bağlanılabileceği düşünülmektedir.<sup>86</sup> Yine, taşıma ilişkileri bağlamında gündeme gelen zararlar bakımından da, taşıma sözleşmesi statüsünün taşıyıcıya karşı ileri sürülecek ve haksız fiilden kaynaklı talep haklarını da idare etmesi genellikle makul görülmektedir.<sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> Tanemura, s. 297; Karşı görüş için bkz. Nishitani, s. 508.

<sup>82</sup> 平成24年5月24日 / 東京地方裁判所 / 民事第6部 / 判決 / 平成21年(ワ)25109号.

<sup>83</sup> Nakanishi, Kitazawa, Yokomizo and Hayashi, s. 246.

<sup>84</sup> Junker, Rom, s. 843; Von Bar and Mankowski, s. 331; Looschelders, s. 601; Michel, s. 96; Schaub, s. 3216; Magnus, s. 188; Umbricht and Zeller, s. 990; Thorn, s. 2882.

<sup>85</sup> Junker, 2018, s. 843.

<sup>86</sup> Michel, s. 98, 99; Gerald C Gonzenbach, Die akzessorische Anknüpfung-Ein Beitrag zur Verwirklichung des Vertrauensprinzips im internationalen Deliktsrecht, Schulthess, 1986, s. 57.

<sup>87</sup> Wurmnest, s. 839; Heini and Göksu, s. 624; Thorn, s. 2882; Looschelders, s. 622; Michel, s. 99; Dörner, s. 2849; Sawaki and Dougauchi, s. 231; Tanemura, s. 299; Spickhoff, s. 2722; Junker, Rom, s. 843; Yokoyama, s. 210; Nishitani, s. 507.

Fer'i bağlanma imkânının iş uyuşmazlıkları açısından oldukça önem taşıyabileceği, örneğin bir iş kazası sebebiyle işçi ve işveren arasında gündeme gelen haksız fiil kaynaklı talepler bakımından iş sözleşmesi statüsüne fer'i şekilde bağlanılabileceği düşünülmektedir.<sup>88</sup> Öte yandan, iki işçi arasındaki haksız fiiller bakımından bu yönetime başvurma ihtimalinin daha düşük olduğu, zira işçilerin kendi aralarında sözleşmesel bir ilişkiye sahip bulunmadıkları, yalnızca işverenleri ile ayrı ayrı böyle bir ilişki içerisinde oldukları belirtilmektedir.<sup>89</sup>

Hekimlik sanatının icrası esnasında meydana gelebilecek tıbbi hatalardan kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunun, hekim ile hasta arasındaki sözleşmeye fer'i şekilde bağlanarak ele alınabileceği düşünülmektedir.<sup>90</sup>

Sermaye piyasası uygulamaları bağlamında, ihraççının izahnameden doğan hukukî sorumluluğu açısından da fer'i bağlanma yöntemine başvurulabileceği düşünülmekte,<sup>91</sup> bu kapsamda örneğin izahname yayınlama yükümlülüğünü idare eden hukuka bağlanılabileceği belirtilmektedir.<sup>92</sup> Yakın tarihli bir Alman mahkemesi kararında,<sup>93</sup> iflas sürecine giren bir Alman şirketin yanıltıcı nitelikteki izahnamesi sebebiyle şirkete hissedar olan Avusturyalı yatırımcının davasını gören mahkeme, Roma II m. 4/3 hükmünü işletmiş, söz konusu haksız fiilin şirket ile yatırımcı arasındaki sözleşme ile sıkı irtibatlı olduğunu belirterek sözleşmede seçilmiş hukuku haksız fiil sorumluluğu

<sup>88</sup> Lehmann, s. 351; Looschelders, s. 622; Merrett, s. 219; Heini and Göksu, s. 625; Thorn, s. 2882; Wurmnest, s. 839.

<sup>89</sup> Lehmann, s. 351. Öte yandan *Plender ve Wilderspin*, böyle hâller açısından dahi farklı taleplerin aynı hukuk tarafından idare edilmesinde fayda görmektedir. Örneğin, bir şirket A ülkesi hukukunun idare ettiği bir iş sözleşmesi bağlamında bir işçiyi A ülkesinde istihdam ediyor olsun. B ülkesinde geçici görevdeyken işçi bir başka işçinin ihmali yüzünden yaralanmış olsun. Yaralanan bu işçi, işverenine açacağı davada hem iş sözleşmesinde işveren tarafından üstlenilmiş olan "emniyetli bir işyeri sağlama" yükümünün ihlâlini hem de kendisine zarar veren işçinin ihmali nedeniyle işverenin kusursuz sorumluluğunu öne sürecek olursa, bu sebepleri aynı hukuka tabi kılmak mantıklı olabilir. Zira böylelikle, vasıflandırma bakımından gündeme gelebilecek zor sorulara ve aynı vakıalar ile ilgili olarak yarışan taleplerde bulunup bulunulamayacağına ilişkin tartışmalara muhatap kalınmamış olacaktır. Bkz. *Plender and Wilderspin*, s. 559.

<sup>90</sup> Koch, Magnus and Von Mohrenfels, s. 157; Von Bar and Mankowski, s. 331; Yokoyama, s. 210; Michel, s. 100; Schaub, s. 3216; Magnus, s. 190.

<sup>91</sup> Wurmnest, s. 840.

<sup>92</sup> Von Hein, s. 427.

<sup>93</sup> LG Hamburg 04.12.2015, BeckRS 2016, 06355 (Beck-Online) <<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2016%2Fcont%2Fbeckrs.2016.06355.htm&pos=0>> Erişim Tarihi: 19.10.2020.

bakımından da uygulamıştır.<sup>94</sup>

Fer'i bağlanma daha ziyade sözleşmesel ilişkiler bakımından gündeme geliyor olmakla birlikte, sözleşme dışı hukukî ilişkiler bakımından da başvurulabilecek bir yoldur. Özellikle aile, akrabalık, yaşam ortaklığı ilişkileri bakımından bu imkândan bahsedilebildiği görülmekte,<sup>95</sup> evliliği, nişanlılığı veya nesep ilişkisini idare eden hukuklara fer'i şekilde bağlanılabileceği anlaşılmaktadır.<sup>96</sup> Dolayısıyla eşler arasındaki haksız fiiller bakımından evliliğin hükümlerini idare eden hukuka,<sup>97</sup> nişanlanabilmek için hile yapılmış olması gibi durumlarda gündeme gelebilecek haksız fiil sorumluluğu bakımından ise nişanlanma statüsüne fer'i bağlanması mümkündür.<sup>98</sup> Öte yandan, aile üyelerinin çoğunlukla aynı ülkede müşterek bir mutad meskene sahip oldukları düşünüldüğünde, haksız fiiller bakımından daha ziyade müşterek mutad mesken yeri hukukunun uygulanacağı yorumu da yapılmaktadır.<sup>99</sup> Yine, özellikle Alman hukuku bakımından ağırlıklı şekilde kabul edilen bir görüş, trafik kazaları bakımından gündeme gelen haksız fiillerde aile hukukundan kaynaklı bir yükümün ihlâl edilmediği, dolayısıyla bu gibi hâllerde aile hukukuna ilişkin ilgili statüye fer'i bağlanma yapılmasının doğru olmayacağı şeklindedir.<sup>100</sup>

Buraya kadar verilen örnekler haricinde doktrinde, miras ortaklığı,<sup>101</sup> kira ilişkileri,<sup>102</sup> şirket ortaklığı,<sup>103</sup> vekâletsiz iş görme ilişkileri<sup>104</sup> bakımından

---

<sup>94</sup> Magnus, s. 192.

<sup>95</sup> Koch, Magnus and Von Mohrenfels, s. 157; Looschelders, s. 602; Spickhoff, s. 2722. Aile üyeleri arasındaki haksız fiiller Roma II m. 1/2'de yer alan dışlamanın kapsamına girmemektedirler, zira bunlar aile ilişkilerinden doğan borçlar değildirlir. Bkz. Magnus, s. 188.

<sup>96</sup> Wurmnest, s. 839; Bach, s. 103; Magnus, s. 188.

<sup>97</sup> Thorn, s. 2882; Heini and Göksu, s. 625.

<sup>98</sup> Spickhoff, s. 2722.

<sup>99</sup> Von Hein, s. 427; Wurmnest, s. 840; Magnus, s. 188.

<sup>100</sup> Lehmann, s. 351; Wurmnest, s. 839; Looschelders, s. 602; Schaub, s. 3216; Spickhoff, s. 2722; Magnus, s. 188; Junker, Rom, s. 843. Karşıt görüş için bkz. Torremans, s. 816.

<sup>101</sup> Heini and Göksu, s. 624; Magnus, s. 188.

<sup>102</sup> Siehr, s. 523, 524.

<sup>103</sup> Heini and Göksu, s. 624; Junker, Rom, s. 843; Magnus, s. 188. *Bach*'a göre, bir şirketin pay-sahipleri arasındaki haksız fiillerin şirkete uygulanan hukuka fer'i şekilde bağlanmaları mümkündür. Bkz. Bach, s. 103.

<sup>104</sup> Looschelders, s. 622; Michel, s. 98. Öte yandan, bu yazarların eserlerini Roma II Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden önce yazmış olduklarını belirtmekte fayda vardır. Zira, Roma II m. 11 düzenlemesi vekâletsiz iş görmeye ilişkin özel bir bağlama kuralı getirmektedir.

da fer'i bağlanma imkânına başvurulabileceği ifade olunmaktadır.

Taraflar arasında hâlihazırda mevcut hukukî ilişki, yeknesak hukuk (*Einheitsrecht*) tarafından idare edilmekte ve bu hukuk haksız fiiller bakımından herhangi bir düzenleme içermiyor ise (örneğin, Viyana Satım Sözleşmesi), bu durumda iki hukukî ilişkiye aynı hukukun uygulanması imkânından artık bahsedilemeyeceği için fer'i bağlanma yapılamayacağı düşünülmektedir.<sup>105</sup>

## V. 5718 SAYILI MÖHUK VE FER'İ BAĞLANMA

### A. Mevcut Yapı

Yabancılık unsuru taşıyan haksız fiillere uygulanacak hukukun tespiti hususu, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) içerisinde bir genel kural (m. 34) ve beş özel kural (m. 23, m. 35 - 38) ile düzenlenmiş bulunmaktadır.<sup>106</sup> Bununla birlikte, İsviçre, Avrupa Birliği ve Japonya örneklerinden farklı olarak Türk hukukunda haksız fiillere ilişkin bağlama kuralları arasında fer'i bağlanma yöntemine açıkça yer verilmemiştir. Doktrinde, haksız fiilin tarafları arasında bir başka hukukî ilişkinin mevcut olduğu ve haksız fiilin o hukukî ilişki ile irtibatlı bulunduğu hâllerde, söz konusu hukukî ilişkiyi idare eden hukukun haksız fiil bakımından da uygulanabileceği görüşü pek çok yazar tarafından ifade edilmektedir.<sup>107</sup> Dolayısıyla, MÖHUK m. 34/3 hükmünde yer alan daha sıkı irtibatlı hukuk istisnası kapsamında fer'i bağlanma<sup>108</sup> yönteminden faydalanılabileceği

<sup>105</sup> Lehmann, s. 350; Von Hein, s. 426; Magnus, s. 194.

<sup>106</sup> Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Beta, 2020, s. 341.

<sup>107</sup> Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, Beta, 2020, s. 466; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, s. 345; Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, Savaş, 2020, s. 441, 442; Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta, 2017, s. 364, 365; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 358; Rona Aybay and Esra Dardağan, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 276. Bununla birlikte, pek çok yazarın "fer'i bağlanma" ifadesine yer vermeden genel açıklamalar ile yetindikleri, kavramın unsurlarına özel olarak değinmedikleri belirtilmelidir.

<sup>108</sup> Doktrinde Nomer, fer'i bağlanma yöntemine ilişkin olarak şu açıklamalara yer vermektedir; "Haksız fiil, aynı zamanda zarar veren ile zarara uğrayan arasında zaten mevcut bulunan bir hukukî ilişkiyi de ihlâl etmiş bulunuyorsa, bu hukukî ilişkinin tabi olduğu hukukun haksız fiile de hakim olması uygun bulunmaktadır. Burada haksız fiilin fer'i bağlanma noktasından söz edilir. Mesela bir nakliye sözleşmesini, iş akdini, satım akdini veya istisna akdini ihlâl eden bir haksız fiil olayı ortaya çıkabilir. Tazmin talebi, bu akitlerin tabi olduğu hukuka göre karara bağlanacaktır. Aynı şey, aile hukuku için de geçerlidir. Eşler arasında haksız fiil



yönünde genel bir kanaat bulunduğunu söylemek mümkündür.<sup>109</sup>

## B. Önerimiz

MÖHUK m. 34 düzenlemesi, doktrinde “mukayeseli kanunlar ihtilâfi kurallarına uygun ve ihtiyaçlara cevap veren bir genel kural” şeklinde nitelendirilmiştir.<sup>110</sup> 2675 Sayılı eski kanunda haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralı olan m. 25 içerisinde bulunmayan iki yeni fıkra hükmünün ihdas edildiği ve 5718 sayılı kanun m. 34 içeriğine eklendiği bilinmektedir.<sup>111</sup> Haksız fiilden doğan taleplerin sigortacıya doğrudan yöneltilmesine izin veren düzenleme ile sonraki hukuk seçimine cevaz veren düzenlemenin madde metnine dahil edilmeleri, gerçekten de karşılaştırmalı hukuk alanında gözlenen çağdaş eğilimleri yansıtan bir tercih olmuştur.

Fer’i bağlanma yönteminin ele alınışı bakımından da benzer bir yaklaşım beklenebilecek iken, kanun koyucu, o esnada yürürlükte olan İsviçre IPRG ve hazırlık aşamalarının sonuna gelmiş olan Roma II Tüzüğü’nde benimsenen modelden bütünüyle farklılaşarak, bu yönteme madde hükmünde yer vermemek yolunu seçmiştir. MÖHUK m. 34/3 hükmü bağlamında gündeme gelebilecek bir fer’i bağlanmanın, kural değil istisna bağlanması niteliğinde olacağı açıktır. Öte yandan, aynı şekilde istisna bağlanması tekniğine göre hazırlanmış Roma II m. 4/3 ve HUGK m. 20 hükümlerinden farklı olarak, fer’i

---

*olayı evlenme statüsüne, eşlerin küçük çocuklarına karşı işledikleri haksız fiil olayları nesep statüsüne tabi tutulur. Bu şüphesiz haksız fiil teşkil eden davranışın evlilik ilişkisinde veya ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkilerde taraflara yüklenilmiş bir mükellefiyetin ihlâline de sebep vermiş olmalıdır. Böylece birlikte yapılan bir seyahat sırasında meydana gelen haksız fiil olayı sebebiyle eşlerden birinin diğerine karşı tazminat talebi, haksız fiilin işlendiği yere bakılmaksızın doğrudan eşlerin evlilik statüsüne (müşterek milli hukuk veya müşterek mutad mesken hukuku) tabi tutulacaktır. Bu tip haksız fiil olaylarında, zarar veren ile zarara uğrayan arasındaki mevcut hukuki ilişkide fiil yeri ve hatta varsa ortak şahsi statü bağlanma noktası olarak ağırlığını kaybetmektedir. Haksız fiil olayı, aynı zamanda tarafların daha önceden bağlı oldukları ve fiil ile maddi bir ilişki içerisinde bulunan farklı bir hukukî ilişki alanında ortaya çıkan bir fiil niteliği kazanmaktadır. Netice olarak, kanunlar ihtilâfi hakkaniyeti bakımından doğru bulunan, haksız fiillerde fer’i bağlanma, güven prensibi ve hukukî emniyet bakımından da savunulmakta ve tavsiye edilmektedir.” Bkz. Nomer, s. 364, 365.*

<sup>109</sup> Bununla birlikte, haksız fiil ilişkisinde üçüncü kişilerin de yer alıyor olmaları halinde, bu kişiler hakkında hukukî güvenlik açısından sözleşme statüsü bir yana bırakılarak haksız fiile ilişkin genel kurallar uygulanmalıdır görüşü de dile getirilmektedir. Bkz. Tekinalp and Uyanık, s. 296; Hacı Can and Ekin Tuna, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, Adalet, 2019, s. 458.

<sup>110</sup> Çelikel and Erdem, s. 462.

<sup>111</sup> Çelikel and Erdem, s. 461.

bağlanma yöntemini akla getirebilecek herhangi bir ifadeye fıkra hükmünde yer verilmemiştir.

Madde gerekçesine bakıldığında, bu tercihin gerekçesine değinilmediği görülmektedir.<sup>112</sup> Madde gerekçesinde istisna hükmüne ilişkin olarak yalnızca şu ifade yer almaktadır:

*“Maddenin üçüncü fıkrasında “yakın irtibat” yerine, ifade birliği sağlamak amacıyla “sıkı ilişki” kavramı kullanılmıştır. Ayrıca, aynı fıkroda uygulanabilir deyimini yerine “uygulanır” deyimine yer verilerek “daha sıkı ilişki”ye verilen önem vurgulanmıştır.”*

Kanun koyucunun “daha sıkı ilişkiye verilen önemi vurgulamak” amacını gütmüş olduğu bilgisinden hareket edildiğinde, çağdaş kanunlar ihtilâfi düzenlemelerinde daha sıkı irtibata verilen önemin ciddi bir tezahürü şeklinde görülebilecek fer’i bağlanma yöntemine fıkra hükmünde hiçbir şekilde değinilmemiş olması oldukça ilginç durmaktadır. Akla gelebilecek bir ihtimal, daha sıkı ilişki istisnasının örnekler eşliğinde kaleme alınması halinde, mahkemelerin ana kurallar yerine istisna hükmüne başvurmak yönünde bir eğilim göstermelerinden çekinilmiş olmasıdır. Nitekim, doktrinde, daha sıkı irtibatlı hukuk ile neyin kastedildiğinin bir örnek ile açıklanmasında sakınca olduğu düşüncesi dile getirilmiştir.<sup>113</sup>

Halbuki, fer’i bağlanma yöntemine başvurulabilmesi için kanun koyucu tarafından belirlenecek unsurlar somut olayda mevcut ise, bu yöntem çoğunlukla daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığını işaret edeceğinden, mahkemenin söz konusu daha sıkı ilişkili hukuku uygulamaktan kaçınabilmesi zaten hükmün emredici niteliği gereği mümkün olamayacaktır. “Taraflar arasında hâlihazırda mevcut bir başka hukukî ilişkinin varlığı” ve “haksız fiil sebebiyle söz konusu hukukî ilişkiden doğan yükümlülüklerin ihlâl edildiği” hususları bir kere tespit edildiğinde, fer’i bağlanmanın bir yöntem olarak kabul edilmesi zaten o hukukî ilişkiyi idare eden statü ve haksız fiil arasında daha sıkı bir irtibat bulunduğu varsayımından ileri gelmektedir. İsviçre örneğinde bu varsayım emredici bir kural formunda hükme bağlanmış iken; AB ve Japonya örneklerinde bu varsayımın gerçeği yansıtmayabileceği ihtimali de göz önüne alınarak, yönteme daha sıkı irtibat istisnası kapsamında birer örnek

<sup>112</sup> Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Gerekçesi (TBMM, 2006) <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf>> Erişim Tarihi: 19.10.2020.

<sup>113</sup> Günseli Öztekin Gelgel, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, 1. Bası, Beta, 2006, s. 108, 109.

şeklinde yer verilmiştir.

Fer'i bağlanma yönteminin temel fonksiyonu, haksız fiilin bir başka hukukî ilişkinin de ihlâli anlamına geldiği hâllerde, bu iki hukukî ilişki bakımından gündeme gelebilecek talep haklarının aynı hukuk düzenince ele alınmasını sağlamak suretiyle, taleplerin yarışması ve genel olarak vasıflandırma kaynaklı olası sorunların önüne geçmektir. Bu yöntem, farklı vasıflandırma ihtimalleri arasında birinin diğerine tercih edilmesi gerekliliğini ortadan kaldırdığı için, fer'i bağlanmanın yapılabileceğine kanaat getiren bir mahkemenin, yarışan vasıflandırma ihtimallerinden hangisini seçmesinin daha yerinde olacağı hususu üzerine eğilmesine gerek kalmamaktadır. Bu yönüyle fer'i bağlanma, mahkemenin yükünü hafifleten bir araçtır.

Öte yandan, MÖHUK m. 34/3 hükmünün mevcut hali ışığında, aynı anda hem başka bir hukukî ilişkinin ihlâlinden hem de haksız fiilden doğan birtakım talep haklarının öne sürülebildiği hâllerde, mahkemenin yukarıda bahsedilen yerindelik araştırmasını yapacağını öngörmek mümkündür.<sup>114</sup> Bu noktada yaşanabilecek temel sorun, mahkemenin tercih edeceği vasıflandırma neticesinde varılacak hukuk düzeninin talep haklarının yarışmasına izin vermediği hâllerde ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda, diğer vasıflandırma ihtimali benimsenmiş olsa idi gündeme gelebilecek birtakım haklardan mahrum kalınması söz konusu olabilecektir. Hiç şüphesiz, benzer bir sıkıntı fer'i bağlanma yolunun işletildiği hâller açısından da gözlemlenebilir. Fakat böyle bir hâlde, söz konusu bağlanmanın haksız fiil ile en sıkı irtibatı teşkil eden hukuka yapıldığı varsayılacağından, mesele “mahkemenin vasıflandırma problemine yaklaşımı” ekseninde değil “daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanması” bağlamında ele alınmış olacaktır. Bu yaklaşımın, milletlerarası özel hukuk adaletine daha iyi hizmet edeceği düşünülebilir.

Aynı anda hem sözleşmesel hem de haksız fiillere ilişkin talep haklarının mevcut olduğu durumlarda gündeme gelebilecek muhtemel sorunları -tespit edebildiğimiz kadarıyla en detaylı şekilde- tartışan *Can / Tuna*, iki

---

<sup>114</sup> Çelikel ve Erdem'e göre, “bir haksız fiilin haksız fiil sorumluluğu yanında akdi sorumluluk da doğurması mümkündür. Zarar görenin iki sebepten birine dayanarak davasını yürütmesi mümkündür. Akdin tabi olduğu hukuk ile haksız fiilin tabi olduğu hukuk farklı ülkelerin hukuku olduğu takdirde, bu hukuklardan hangisi mağdurun menfaatine ise o hukukun uygulanması, ancak bazı hâllerde talebi akdin ihlâline dayandırmanın daha avantajlı olabileceği İngiliz hukukunun kabul ettiği çözüm olarak ifade edilmektedir. Örneğin bir tren kazasında yaralanan yolcular hem haksız fiil nedeniyle hem de demiryolu idaresiyle yapmış oldukları bir sözleşmeden doğan haklara sahiptirler.” Bkz. Çelikel and Erdem, s. 466.

buçuk sayfa süren (fakat fer'i bağlanma yöntemine değinmedikleri) detaylı analizleri neticesinde, bu hususta MÖHUK içerisinde bir düzenleme boşluğu bulunduğu sonucuna varmakta ve bu boşluğu gidermenin tek yolunun kanunda yapılacak bir değişiklik olduğunu dile getirmektedirler.<sup>115</sup> Benzer şekilde, *Elçin*, meseleyi iş ilişkileri bağlamında detaylı şekilde ele aldığı eserinde, sınır aşıcı iş ilişkilerinde, haksız fiilden doğan talepler için özel bir bağlama kuralı getirilmesi ihtiyacı bulunduğu bahsetmektedir. Yazar, doktrinde bu kapsamda gündeme gelebilecek haksız fiillerin iş sözleşmesine bağlanabileceğine dair görüşler bulunduğu değinmekte, fakat fer'i bağlanma yönteminden ziyade işçinin seçimlik haklarını ve zararın meydana geldiği yer hukukunun işçiye sağladığı asgari korumayı garanti altına alan kurallar sevk edilmesi önerisini getirmektedir.<sup>116</sup> Özetle, fer'i bağlanma yönteminden bağımsız olarak, MÖHUK m. 34 hükmünde benimsenen yapının farklı yazarlarca hâlihazırda eksik görüldüğünü söylemek mümkündür.

Kanımızca, fer'i bağlanma yönteminin, bu yöneme başvuru için gereken asgari şartları da içerecek bir lafız ile MÖHUK m. 34/3 hükmü içerisine dahil edilmesi halinde, yukarıda dikkat çekilen sorunların önemli bir kısmının ortadan kalkacağı öngörülebilir. Bu çalışmada yer verilen açıklamalardan hareketle, fer'i bağlanma yönteminin, mahkemelere yol gösterici bir fonksiyon üstlenmek üzere MÖHUK m. 34/3 hükmü içerisinde özel olarak düzenlenmesi gerektiği kanısındayız. Burada, daha sıkı irtibatlı hukuk istisnası kapsamında başvurulabilecek bir yöntem söz konusu olacağı için, fıkra hükmüne yapılacak eklemenin lafzı açısından Roma II m. 4/3 yahut HUGK m. 20 düzenlemelerinin örnek teşkil etmesi mümkündür. Öte yandan, bu iki düzenleme arasında, HUGK m. 20 hükmünde benimsendiği şekliyle yalnızca sözleşmesel ilişki ile sınırlı bir somutlaştırma yapılması yaklaşımının, diğer ilişkilerin zaten fıkra hükmü kapsamında her zaman dikkate alınabilecekleri gerçeğinden hareketle hükmün istisnai karakterine daha iyi hizmet edeceği kanaatindeyiz.

## VI. SONUÇ

Kanunlar ihtilâfi teorisinde, sözleşmeden doğan talep haklarının sözleşme statüsüne, haksız fiilden doğanların ise haksız fiil statüsüne göre idare edilmesi gerekliliği bulunmaktadır. Öte yandan, haksız fiilin, aynı zamanda

<sup>115</sup> Can and Tuna, s. 457-459.

<sup>116</sup> Doğa Elçin, "Sınır Aşıcı İş İlişkilerinde Haksız Fiilden Doğan Taleplere Uygulanacak Hukukun Tayini", 2019, 17(195), Legal Hukuk Dergisi, s. 1063-1090, s. 1079, 1080.

taraf lar arasında mevcut bir başka hukukî ilişkinin (örneğin, sözleşmenin) de ihlâlî niteliği taşıdığı hâllerde, bu iki statünün birbirinden farklı olması, talep hakları arasındaki ilişkiyi karmaşık hale getirebilmektedir. Bu sıkıntılarının önlenmesi amacıyla başvurulmuş fer'i bağlanma yönteminde, bir kanunlar ihtilâfî kategorisi (ör. haksız fiil), bir diğ erinin (ör. sözleşme) içerisinde asimile edilmekte ve o diğ er kategorinin bağlama noktasının kendisi açısından da uygulanabilir olması sağlanmaktadır.

Fer'i bağlanma yöntemi kanun metinlerinde iki farklı teknikten birine göre düzenlenmektedir. Bunlardan ilki, yöntemin tek başına bir fonksiyon gösterebilecek biçimde tasarlandığı "kural bağlanması"dır. İkincisi ise, yöntemin, daha sıkı irtibatlı hukukun tatbikine izin veren istisna hükmü kapsamında bir fonksiyon gösterebildiği "istisna bağlanması"dır. İlk teknik İsviçre hukukunda benimsenmiş iken, ikinci teknik Avrupa Birliği ve Japon hukuklarında esas alınmıştır.

İsviçre, Avrupa Birliği ve Japonya örneklerinde fer'i bağlanma yapılabilmesi için varlığı aranan iki zorunlu unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki, haksız fiilin gerçekleştiği an itibariyle, haksız fiilin tarafları arasında hâlihazırda mevcut bir (hukukî) ilişkinin bulunmasıdır. İkincisi ise, haksız fiilin söz konusu o hukukî ilişki ile sıkı irtibatlı olması (AB, Japonya) veya o ilişkiden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlâlîne vücut vermiş olmasıdır (İsviçre). Sıkı irtibat, kendisini sıklıkla söz konusu hukukî ilişkiden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlâlî şeklinde göstermektedir.

Fer'i bağlanma yapılan hukukî ilişkinin bir sözleşme olduğu hâllerde, bu sözleşme bakımından taraflarca bir hukuk seçimi yapılmış ise, seçilen hukuk haksız fiil bakımından da uygulanma imkânı kazanmaktadır. İş ve tüketici sözleşmeleri gibi zayıf tarafın korunması amacının güdüldüğü sözleşmelere yapılacak fer'i bağlanmalar bakımından, fer'i bağlanma imkânının, zayıf tarafı hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak hukuk uyarınca sahip olacağı korumadan mahrum bırakıcı bir etki göstermemesi gerektiği düşünülmektedir.

Fer'i bağlanmanın en sık gündeme gelme ihtimali bulunan hukukî ilişki tipi sözleşmedir. Bu kapsamda, satım sözleşmesi, taşıma sözleşmesi, hasta ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesi örnek verilebilir. Bununla birlikte, fer'i bağlanma yöntemi aile hukukundan veya miras hukukundan doğan ilişkiler bakımından da işletilebileceği gibi, yine, vekâletsiz iş görme bakımından da söz konusu olabilir.

5718 Sayılı MÖHUK, hazırlandığı dönemdeki İsviçre, Avrupa Birliği ve

Japonya örneklerinden farklı olarak haksız fiillere ilişkin bağlama kuralları arasında fer’i bağlanma yöntemine açıkça yer vermemiştir. Bununla birlikte doktrinde, haksız fiilin tarafları arasında bir başka hukukî ilişkinin bulunduğu ve haksız fiilin o hukukî ilişki ile irtibatlı bulunduğu hâllerde, söz konusu hukukî ilişkiyi idare eden hukukun haksız fiil bakımından da uygulanabilmesi imkânı genel olarak kabul edilmektedir.

Fer’i bağlanma yapılabilecek bir uyuşmazlıkla karşılaşan mahkemenin, yarışan vasıflandırma ihtimallerinden hangisini seçmesinin daha yerinde olacağı hususu üzerine eğilmesi gerekliliğini ortadan kaldırmak ve talep haklarının yarışmasından kaynaklanabilecek olası tatbik sorunlarının önüne geçmek amacıyla, fer’i bağlanma yönteminin, MÖHUK m. 34 içerisinde özel olarak düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır. Yöntemin, zorunlu şartlarını da içerecek şekilde açık bir lafız ile hükme alınması hâlinde, mahkemelere yol gösterici bir fonksiyon üstleneceği ve taraf menfaatlerinin daha adil şekilde gözetilmesine yardımcı olacağı kanaatindeyiz.

### KAYNAKÇA

- Aybay R and Dardağan E, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Bach I, “Art. 4” in Peter Huber (Ed.), Rome II Regulation, Sellier, 2011.
- Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (Stand am 1. April 2020) (admin.ch) <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>> Erişim Tarihi: 19.10.2020.
- Can H and Tuna E, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, Adalet, 2019.
- Czepelak M, “Concurrent Causes of Action in the Rome I and II Regulations”, 2011, 7(2), Journal of Private International Law, s. 393-410.
- Çelikel A and Erdem BB, Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, Beta, 2020.
- Dickinson A, The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, 1. Edition, Oxford University Press, 2008.
- Doğan V, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, Savaş, 2020.

- Dörner H, “Rom II-VO” in Reiner Schulze (SL), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 9. Auflage, Nomos, 2016.
- Elçin D, “Sınır Aşıcı İş İlişkilerinde Haksız Fiilden Doğan Taleplere Uygulanacak Hukukun Tayini”, 2019, 17(195), Legal Hukuk Dergisi, s. 1063-1090.
- Explanatory Memorandum, COM (2003) 427, s. 13 (Eur-Lex, 2003) <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0427:FIN:EN:PDF>> Erişim Tarihi: 19.10.2020.
- Gonzenbach GC, Die akzessorische Anknüpfung-Ein Beitrag zur Verwirklichung des Vertrauensprinzips im internationalen Deliktsrecht, Schulthess, 1986.
- Heini A and Göksu T, “Art. 133” in Markus Müller-Chen and Corinne Widmer Lüchinger (Hrsg), Zürcher Kommentar zum IPRG-Band II Art. 108a-200, 3. Auflage, Schulthess, 2018.
- Hou no tekiyou ni kansuru tsuusokuhou, Heisei18Nen, Houritsu Dai78Gou (法の適用に関する通則法,平成十八年法律第七十八号(e-laws, 2007) <[https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws\\_search/lsg0500/detail?lawId=418AC0000000078](https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=418AC0000000078)> Erişim Tarihi: 19.10.2020.
- Junker A, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, C. H. Beck, 2019.
- Junker A, “Rom II-VO Art. 1-5” in Franz Jürgen Sacker, Hartmut Oetker and Bettina Limperg (Hrsg), Münchener Kommentar-Bürgerliches Gesetzbuch-Band 12, 7.Auflage, C. H. Beck, 2018.
- Kanzaki T, Hayakawa Y and Motonaga K, Kokusaishihou, Dai4Han, Yuuhikaku, Toukyou, 2019 (神前禎, 早川吉尚, 元永和彦, 国際私法, 第四版, 有斐閣, 東京, 2019).
- Koch H, Magnus U and Von Mohrenfels PW, IPR und Rechtsvergleichung: Ein Studien- und Übungsbuch zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht und zur Rechtsvergleichung, 4. Auflage, C. H. Beck, 2010.
- Kren Kostkiewicz J, Grundriss des schweizerischen Internationales Privatrechts, 1. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Kren Kostkiewicz J, IPRG / LugÜ Kommentar, 2. Auflage, Orell Fossil, 2019.
- Lehmann M, “Artikel 4 ROM II-VO” in Rainer Hüßtege and Heinz-Peter

- Mansel (Hrsg), Nomos Kommentar BGB - Band 6, 2. Auflage, Nomos, 2015.
- LG Hamburg 04.12.2015, BeckRS 2016, 06355 (Beck-Online) <<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2016%2Fcont%2Fbeckrs.2016.06355.htm&pos=0>> Erişim Tarihi: 19.10.2020
- Looschelders D, Internationales Privatrecht - Art.3-46 EGBGB, 1.Auflage, Springer, 2004.
- Magnus U, “Article 4” in Ulrich Magnus and Peter Mankowski (Ed), European Commentaries on Private International Law ECPIL Commentary-Volume III-Rome II Regulation, 1. Edition, Sellier, 2016.
- Merrett L, Employment Contracts in Private International Law, 1. Edition, Oxford University Press, 2011.
- Michel S, Die Akzessorische Anknüpfung Grundfragen und Grundprobleme (Dissertation zur Erlangung eines Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen), Göttingen, 2004 <<https://ediss.uni-goettingen.de/bitstream/handle/11858/00-1735-0000-0006-B34C-6/michel.pdf?sequence=1>> Erişim Tarihi: 17.10.2020.
- Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Gerekçesi (TBMM, 2006) <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf>> Erişim Tarihi: 19.10.2020.
- Nakanishi Y, Kitazawa A, Yokomizo D and Hayashi T, Kokusaishihou, Dai2Han, Yuuhikaku, Toukyou, 2018 (中西康, 北澤安紀, 横溝大, 林貴美, 国際私法, 第二版, 有斐閣, 東京, 2018).
- Nishitani Y, “Akiraka ni yori missetsuna kankei ga aru chi ga aru baai no reigai” in Yoshiaki Sakurada and Masato Dougauchi (Hen), Chuushaku Kokusai Shihou (Dai1Kan), Yuuhikaku, Toukyou, 2011 (西谷祐子, 明らかにより密接な関係がある地がある場合の例外, 注釈国際私法, 第一巻 (櫻田嘉章 / 道垣内正人 (編)), 有斐閣, 東京, 2011).
- Nomer E, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta, 2017.
- Nomura Y, “Dai9Shou” in Yoshiaki Nomura (Hen), Keesu de manabu kokusaishihou, Dai2Han, Houritsubunkasha, Toukyou, 2014 (野村美明, 第9章, ケースで学ぶ国際私法 (野村美明 (編者)), 第二版, 法律文化社, 東京, 2014)



- Öztekin Gelgel G, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, 1. Bası, Beta, 2006.
- Plender R and Wilderspin M, The European Private International Law of Obligations, 4. Edition, Sweet&Maxwell, 2014.
- Pricopi A and Butculescu C, “Considerations Regarding the General Rule Provided by the Article 4 of the Rome II Regulation”, 2010, 1(4), Annals of Spiru Haret University, Economic Series, s. 131-137.
- Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (Eur-Lex, 2007) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32007R0864>> Erişim Tarihi: 19.10.2020.
- Saatcioğlu OC, “Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (Kanunlar İhtilâfı Hukuku Alanındaki Temel Japon Kanununun Türkçe Çevirisi)”, 2012, 2(1), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 103-130.
- Sawaki T and Dougauchi M, Kokusaishihou nyuumon, Dai8Han, Yuuhikaku, Toukyou, 2018 (沢木敬郎, 道垣内正人, 国際私法入門, 第8版, 有斐閣, 東京, 2018).
- Schaub R, “Art 1-8 ROM II” in Hanns Prütting, Gerhard Wegen and Gerd Weinreich (Hrsg), Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 14. Auflage, Luchterhand, 2019.
- Schramm D and Buhr A, “Art. 129-142 IPRG” in Andreas Furrer, Daniel Girsberger and Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Schulthess, 2012.
- Siehr K, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, 1. Auflage, Schulthess, 2002.
- Spelsberg-Korspeter U, Anspruchskonkurrenz im internationalen Privatrecht - Ein Beitrag zur Diskussion um die akzesorische Anknüpfung, 1. Auflage, Mohr Siebeck, 2009.
- Spickhoff A, “Rom II-VO” in Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth, Wolfgang Hau and Roman Poseck (Hrsg), Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar-Band 5, 4. Auflage, C. H. Beck, 2020.
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası,

Beta, 2020.

- Takasugi N, “Dai7Shou” in Hiroshi Matsuoka (Hen), Kokusaikankei shihou nyuumon, Dai4Han, Yuuhikaku, Toukyou, 2019 (高杉直, 国際関係私法入門 (松岡博(編)), 第四版, 有斐閣, 東京, 2019).
- Tanemura Y, “Dai12Shou” in Shoichi Kidana (Hen), Kokusaishihou, Seibundou, Toukyou, 2016 (種村佑介, 国際私法 (木棚照一(編著)), 成文堂, 東京, 2016).
- Tarman ZD, “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II), 2008, 57(2), AÜHFD, s. 193-222.
- Tekinalp G and Uyanık A, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Thorn K, “Rom II Verordnung” in Palandt-Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Auflage, C. H. Beck, 2019.
- Torremans P (Ed), Cheshire, North & Fawcett Private International Law, 15. Edition, Oxford University Press, 2017.
- Umbricht RP and Zeller N, “Art. 129-133” in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Anton K Schnyder and Stephen V Berti (Hrsg), Basler Kommentar-Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2007.
- Wurmnest W, “Art. 1 bis 7 Rom II-VO” in Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann and Stephan Weth (Hrsg), JurisPraxis Kommentar-Band6- Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Juris, 2009.
- Von Bar C and Mankowski P, Internationales Privatrecht-Band II-Besonderer Teil, 2. Auflage, C. H. Beck, 2019.
- Von Hein J, “Article 4 Rome II” in Graf-Peter Calliess (Ed), Rome Regulations-Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws, 1. Edition, Wolters Kluwer, 2011.
- Yokoyama J, Kokusai shihou, Sanseidou, Toukyou, 2012 (横山潤, 国際私法, 三省堂, 東京, 2012). <sup>[L]</sup><sub>[SEP]</sub>

## 7226 SAYILI KANUN GEÇİCİ MADDE 1'İN ÇEK İBRAZ SÜRELERİNE ETKİSİ

Sinan SARIKAYA\*  
Merve SARIKAYA\*\*

### Öz

İki yüzden fazla ülkede milyonlarca vaka ve can kaybına neden olan koronavirüs (COVID-19) pandemisinin, 11.3.2020 tarihi ile ülkemizde de görülmesinin akabinde salgını kontrol altına almak amacıyla hayatın pek çok alanında olduğu gibi yargı alanında da yeni düzenlemeler süratle hayata geçirilmiştir. Bu doğrultuda 25.3.2020 tarihinde kabul edilen 7226 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” Geçici Madde 1, yargı alanında hak kayıplarının önlenmesi için bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm sürelerin 30.4.2020 tarihine kadar duracağını hükme bağlamaktadır. Bu çalışmada 7226 sayılı Kanun’la getirilen sürelerin durmasına ilişkin düzenlemenin çekte ibraz sürelerine uygulanıp uygulanmayacağı ile koronavirüs pandemisinin TTK 811 dolayısıyla mücbir sebep teşkil edip etmeyeceği hususları değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Çek, koronavirüs, ibraz süresi, mücbir sebep, ihbar yükümü

### THE EFFECT OF PROVISIONAL ARTICLE 1 OF THE CODE NO 7226 ON THE CHECK SUBMISSION PERIODS

#### Abstract

After the first case of coronavirus pandemic affecting over 200 countries and causes millions of cases and deaths all over the World, has been detected in Turkey in 11 March 2020, plenty of judiciary implementations carried out immediately in order to control the epidemic. In this manner, provisional Article 1 of Code No 7226 that aims to prevent forfeiture, stipulates that all periods regarding originate, exercise or expiration of a right shall suspend until the date of 30 April 2020. In this study, If Code No 7226 can be applied to submission periods of cheque and coronavirus pandemic has a characteristics of a force majeure, according to Art. 811 of Turkish Commercial Code will be examined.

**Keywords:** Cheque, Coronavirus, Submission Period, Force Majeure, Obligation of Notification

---

\* Dr., Marmara Üniv. Hukuk Fakültesi/ İSTANBUL  
e-posta: sinan.sarikaya@marmara.edu.tr **Orcid ID:** 0000-0003-0895-0169

\*\* Arş. Gör., Marmara Üniv. Hukuk Fakültesi/ İSTANBUL  
e-posta: merve.tugsavul@marmara.edu.tr **Orcid ID:** 0000-0002-5796-2468  
**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.871078

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 18/06/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 15/01/2021

## I. GİRİŞ

Tüm dünyayı etkisi altına alan yeni tip koronavirüs (COVİD-19) salgınının Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmesini<sup>1</sup> ve ülkemizde de bu hastalığa bağlı olarak ilk vakanın ortaya çıkmasını takiben hukuk alanında meydana gelebilecek olumsuz neticeleri önlemek ve gidermek amacıyla bazı hukuki tedbirler alınmaya başlanmıştır. 7226 sayılı Kanun<sup>2</sup> da bu düzenlemelerin başını çekmektedir. Anılan Kanun'un Geçici 1. Maddesi ("gm") yargı alanında hak kayıplarının önlenmesi amacıyla hükümde örnek kabilinden sayılan birtakım süreler başta olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı ve sona ermesine ilişkin tüm sürelerin 13.3.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, 30.4.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar duracağını, salgının devamı halinde bu sürenin Cumhurbaşkanınca bir kez uzatılabileceğini hükme bağlamaktadır. Nitekim bu yetki doğrultusunda anılan süre Cumhurbaşkanı kararı ile 15.6.2020 (bu tarih dahil) tarihine kadar uzatılmıştır<sup>3</sup>.

Yapılan düzenleme ile ticari hayatta en çok kullanılan kambiyo senedi olan çeklere ilişkin hukuki belirsizlikler baş göstermiştir. Bunlardan en önemlisi çekte ibraz sürelerinin 7226 sayılı Kanun gm 1'in kapsamında olup olmadığı sorunudur. Çek yalnızca muhatap banka yahut takas odasına kanunda belirlenen süreler içerisinde ibraz ile ödenebileceğinden, 7226 sayılı Kanun gm 1'de (ve daha sonra Cumhurbaşkanı kararında) belirtilen tarih aralığında çekin ibrazının mümkün olup olmadığı, böylece başvuru hakkının kullanımı, çekten cayma ve karşılıksız çek suçunun mevcudiyeti gibi hukuki ve cezai sonuçların ortaya çıkıp çıkmadığı sorularının cevabı da varılacak sonuca göre şekillenecektir. Diğer yandan salgının kategorik olarak bir mücbir sebep teşkil edip etmediği, mücbir sebebin varlığına bağlı olarak ibraz sürelerinin uzayıp uzamayacağı da cevaplanması gereken bir başka soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızda ilk olarak ibraz, hukuki niteliği ve çekte ibraz sürelerine ilişkin açıklamalarımızı takiben çek ibrazına ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK") ve 5941 sayılı Çek Kanunu'nun ("ÇekK") benimsemiş

<sup>1</sup> Bkz WHO Director-General's opening remarks at the Mission briefing on COVID-19 - 12 March 2020, <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19---12-march-2020>> Erişim Tarihi 10.06.2020.

<sup>2</sup> Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası 7226, Kabul Tarihi 25.3.2020, RG 26.3.2020/31080 (Mükerrer).

<sup>3</sup> Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair Karar, Karar Numarası 2480, Kabul Tarihi 29.4.2020, RG 30.04.2020/31114.

olduğu hukuki düzen ele alınacak, akabinde 7226 sayılı Kanunun çekte ibraz sürelerine uygulanıp uygulanmayacağı hususu doktrindeki görüşler ışığında değerlendirilecektir. İkinci olarak ise koronavirüs (COVİD-19) salgının kategorik olarak bir mücbir sebep teşkil edip etmediği yahut hangi durumlarda mücbir sebep sayılabileceği tartışılarak çek hamilleri bakımından TTK 811'in tatbik kabiliyeti irdelenecektir.

## II. ÇEKTE İBRAZIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İBRAZ SÜRELERİ

### A. İbraz ve Hukuki Niteliği

Kıymetli evrak hukuku sıkı sıkıya şekle tabi bir hukuk dalıdır<sup>4</sup>. Buna bağlı olarak kıymetli evrakta mündemiç olan hakkın ileri sürülmesi için şekli kuralların varlığı zaruridir. Bu kurallardan bir tanesi de kıymetli evrakın içerdiği hakkın yalnızca senedin aslının ibrazı ile talep edilebilmesidir<sup>5</sup>. Bu husus TTK'nın çeşitli maddelerinde tekrar edilmektedir. Örneğin kıymetli evrakın tanımını yapan TTK 645 kıymetli evrakı içerdiği hak senetten ayrı ileri sürülemeyen ve devredilemeyen senetler olarak tanımlamakta, TTK 646/1, kıymetli evrakın borçlusunun ancak senedin teslimi<sup>6</sup> karşılığında ödemeye yükümlü bulunduğunu hükme bağlamaktadır. Diğer bir anlatımla senedin aslının ibraz edilmediği hallerde senet borçlusu borcunu ödemediği imtina imkânını haizdir. Çünkü çift taraflı ibraz kaydı gereği hamil hakkını ancak senedin ibrazı ile talep edebilirken, senet borçlusu da meşru alacaklıyı

---

<sup>4</sup> Kıymetli evrakın sıkı sıkıya şekle bağlılığı hakkında detaylı bilgi için bkz. Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku III Ticari Senetler Kambyo Senetleri, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, 1970, s. 54; Naci Kınacıoğlu, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Nobel, 1999, s. 88; Oğuz İmregün, Kıymetli Evrak Hukuku, Filiz Kitabevi, 2007, s. 8; Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 1997, s. 338; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları 6728 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanununun Yorumu ile, 22. Baskı, Vedat Kitabevi, 2018, N. 28; Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, N. 24; Mehmet Bahtiyar, Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayınları, 2019, s. 10.

<sup>5</sup> Kıymetli evrakın zıyaı halinde iptal davası açılarak alınacak mahkeme ilamının ibrazı, senette mündemiç olan hakkın ancak senedin aslının ibrazı ile elde edilebileceği kuralının istisnasını teşkil eder, Karayalçın, s. 13; Öztan, s. 274; Pulaşlı, N 3; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Baskı, Vedat Kitabevi, 2019, s.196; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırcı, Kıymetli Evrak Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2019, N. 125; Bahtiyar, Kıymetli Evrak, s. 37.

<sup>6</sup> Buradaki teslimin ibraz olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Poroy ve Tekinalp, N. 69; Kınacıoğlu, s. 18.

ancak senedin ibrazı karşılığında tespit edip, borcunu ifa edebilir<sup>7</sup>. Bu tespit olmadan yapılacak ifa kötü bir ifa olup, borçlunun borcundan kurtulamaması sonucunu doğurur<sup>8</sup>.

Ödemeyi talep dışında kıymetli evrakın içerdiği hakkın devri, senetle borç altına giren kimseler için aval verilmesi, poliçede kabul, ödenmeme (poliçede kabul edilmeme) hallerinde başvuru hakkının kullanılması gibi hukuki işlemlerin tümünde kural olarak senedin ibrazı gereklidir<sup>9</sup>.

Çek bir kıymetli evrak, bir kambiyo senedi olduğundan ibraz bakımından yukarıda yaptığımız açıklamalar çek bakımından da geçerlidir. Çek de bir ibraz senedir ve muhataptan ödeme talep edilebilmesi çekin kanun koyucunun belirlemiş olduğu süreler içerisinde ibraz edilmesine bağlıdır<sup>10</sup>. Bu ibraz muhatap bankanın bir şubesine yapılabilir, takas odasına ibraz da ödeme için ibraz yerine geçer (TTK 798). İbraz aslında bir külfet niteliğinde olup çeki süresi içerisinde ibraz etmeyen hamil kendisine tanınan hukuki imkânlardan örneğin başvuru hakkından yoksun kalır<sup>11</sup>.

7226 sayılı Kanun gm 1 uyarınca çekte ibraz sürelerinin ilgili düzenleme kapsamında olup olmadığının belirlenmesi bakımından çekin ibrazına ilişkin hukukumuzda benimsenin sistemin tespiti önem arz etmektedir. Bu sebeple aşağıda çekin ibrazı ve ödeme anına ilişkin TTK ve ÇekK'nın ilgili maddeleri 7226 sayılı Kanun gm 1 düzenlemeleri ile birlikte değerlendirilecektir.

## **B. TTK ve ÇekK Uyarınca Çekin İbrazı ve İbraz Süreleri**

Çekte ibraz süreleri poliçe ve bonodaki ibraz sürelerinden farklıdır. Poliçe ve bonoda dört tür vade mevcuttur. Bunlardan belirli bir günde yahut düzenlenme gününden belirli bir süre sonra ödenecek olan poliçe ve bonolarda ibrazın ödeme günü ve ödeme gününü takip eden iki iş günü içerisinde yapılması gerekir. Görüldüğünde ve görüldükten belli süre sonra ödenecek poliçe ve bonolarda ise ibraz süresi düzenlenme tarihinden itibaren bir yıldır

<sup>7</sup> Hayri Bozgeyik, Poliçede Müracaat Hakkı, Seçkin Kitabevi, 2003, s. 87-89.

<sup>8</sup> Nama yazılı kıymetli evrak bakımından bu sonuç TTK 655 ile teyit edilmektedir.

<sup>9</sup> Çekte kısmi ödeme yapılması halinde çekin aslı bankada muhafaza edilip hamile çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi verilir. ÇekK 3/6 uyarınca hamil çekin aslı yerine bu belge ile başvurma hakkını kullanabilir, kambiyo senetlerine mahsus yolla takip yapabilir.

<sup>10</sup> Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 270; Öztan, s. 1152.

<sup>11</sup> Öztan, s. 1152.

(TTK 704). Bu süre düzenleyen tarafından uzatılabilir yahut kısaltılabilir, cirantaların ise yalnızca süreyi kısaltma yetkisi söz konusudur. İbrazın bu süreler içerisinde yapılmaması hamilin başvuru hakkını kaybetmesine sebep olur.

Çekte ise vade bulunmamaktadır, çek görüldüğünde ödenir (TTK 795). Çeke vade konması çeki geçersiz hale getirmez, bu kayıt yazılmamış sayılır. Çekte vade olmaması dolayısıyla çek, poliçe ve bonodan farklı olarak kredi amacı taşımaz, yalnızca bir ödeme aracıdır<sup>12</sup>. Ödeme aracı niteliği sebebiyle kanun koyucu çekte kısa ibraz süreleri belirlemeyi tercih etmiştir. İbraza bağlanan hukuki sonuçların meydana gelebilmesi için hamilin çeki süresinde bankaya yahut takas odasına ibrazı gerekir<sup>13</sup>.

TTK 796 çekte üç tür ibraz süresini düzenlemektedir. Buna göre çekin düzenlendiği yerde ödenecekse on gün, düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhataba ibrazı gereklidir. Ödeneceği ülkeden başka bir ülkede düzenlenen çek ise düzenlenme yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay, aynı kıtalarda ise üç ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. Kanun koyucunun ayrı kıtalar ile ne kastettiği TTK 796/2’de açıklığa kavuşturulmuş ve bir Avrupa ülkesinde düzenlenip de Akdeniz’e sahili bulunan bir ülkede ödenecek olan ve aynı şekilde Akdeniz’e sahili olan bir ülkede düzenlenip bir Avrupa ülkesinde ödenmesi gereken çeklerin aynı kıtada düzenlenmiş sayılacağı hükme bağlanmaktadır. Görüldüğü üzere ibraz sürelerinin tespiti, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenlenme ve ödeme yerlerine bakılarak yapılmaktadır. Çekin muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edilebilmesi imkânı olduğundan ibraz, üzerine çek çekilen bankanın başka bir şubesine yapılabilirse de fiilen bu ibrazın nerede yapıldığı ibraz sürelerinin tespiti bakımından önem arz etmeyecek, çekin üzerinde yazılı olan düzenlenme ve ödeme yerleri esas alınacaktır<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Çekin bir ödeme aracı olduğu yönünde bkz. Reisoğlu, s. 39. Çekin ödeme dışında örneğin teminat için verildiğini iddia eden bunu ispatla mükelleftir, zira karine çekin ödeme amacıyla verildiğidir, Kendigelen, s. 47; Nurkut İnan, “İstirdat Davasında İsbat Yükü Çekin İktisadi Niteliği”, 1969, 5(1), BATİDER, s. 88 vd.

<sup>13</sup> Öztan, s. 1167.

<sup>14</sup> Yer kavramının il sınırları olduğu yönünde bkz. Bahtiyar, Kıymetli Evrak, s. 150; Kendigelen ve Kırca, N. 711; Şafak Narbay, “Çekte İbraz Sürelerinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan Yer Kavramına De Lege Lata ve De Lege Ferenda Çözüm Önerileri” Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan C. 1, Beta, 2003, s. 202. Yer kavramı ile kastedilenin ilçe sınırları olduğu yönünde Öztan, s. 1168. Çekin muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edilebilme imkânına binaen Türkiye sınırları içerisinde *de lege ferenda* yalnızca on günlük ibraz süresinin benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. Kendigelen, s. 284; Ülgen, Helvacı,

Kanun koyucu çekin kredi amacıyla kullanılmasını arzu etmediğinden kısa ibraz süreleri belirlemiş olsa da<sup>15</sup> TTK'da, çekin üzerine yazılan düzenlenme tarihinin fiili gerçekliği yansıtması gibi bir zorunluluğa yer verilmemiştir<sup>16</sup>. Bu nedenle uygulamada çekin üzerine ileri düzenlenme tarihi yazılmak suretiyle kredi amacıyla kullanılması ve adeta çekte vade yaratılması söz konusu olmaktadır<sup>17</sup>. Bu şekilde düzenlenen çeklerin piyasada önemli yer tutması üzerine ileri düzenlenme tarihi ile çekte adeta vade yaratan uygulama, ÇekK ile cezai yönden kabul görmüş, karşılıksız kalan bir çeke dayalı olarak hukuki takip yapılabilmesi bakımından fiili ibraz tarihi dikkate alınırken, cezai sonuçlar bakımından ileri düzenlenme tarihine itibar edilmiştir<sup>18</sup>. 2009 yılında ise cezai sorumluluğun yanı sıra hukuki sorumluluk bakımından da çekin üzerinde yazılı ileri düzenlenme tarihinin dikkate alınacağını hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile kanun koyucu ilk olarak 31.12.2011, daha sonra 31.12.2017 ve 31.12.2020 ve en nihayetinde 31.12.2021 tarihine kadar üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazının geçersiz olacağına ilişkin düzenleme yapma yoluna gitmiştir (ÇekK gm 3/5). Böylece 31.12.2021 tarihine kadar ÇekK gm 3/5 hükmü uyarınca ileri düzenlenme tarihli bir çekle muhatap bankaya başvuran hamilin ibrazı geçerli olmayacak, bu halde banka ödeme yapmayacağı gibi ödememe dolayısıyla hamilin hukuki ve cezai takip yapılması da mümkün olmayacaktır.

31.12.2021 sonrasındaki durum ise ÇekK 3/8 çerçevesinde şekillenecektir. Buna göre anılan tarihten sonra üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilen çekin karşılığı varsa ödenecek; fakat karşılığın olmaması durumunda hukuki takip yapılabilmesi ancak üzerinde yazılı düzenlenme tarihine göre belirlenecek olan sürede muhataba ibraz edilmesi halinde mümkün olacaktır.

İbraz sürelerinin önemi, çek ilişkisinin bütün taraflarının hukuki alanlarında doğan sonuçlarda kendisini göstermektedir. Bir kere ibraz süresinin geçirilmesinin en önemli sonuçlarından biri hamilin (düzenleyene karşı TTK 732 dolayısıyla sebepsiz zenginleşme talebi saklı kalmak kaydıyla) tüm çek

Kaya ve Nomer Ertan, s. 324.

<sup>15</sup> Her ne kadar protesto ibraz süreleri içerisinde çekilmeli ise de çekin son gün ibrazı halinde izleyen iş gününde protesto çekilmesi de mümkündür (TTK 809/2).

<sup>16</sup> Kendigelen, s. 262; Reisoğlu, s. 144.

<sup>17</sup> Reisoğlu, s. 145.

<sup>18</sup> ÇekK'daki değişim süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. Kendigelen, s. 265 vd; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, s. 320-321.



borçlularına karşı kambiyo hukuku kaynaklı başvurma hakkını kaybetmesidir. İkinci olarak düzenleyenin cayma beyanı ancak ibraz süresinin bitiminden sonra sonuç doğurur. Muhatabın karşılıksızdır işlemi ancak ibraz süresi içerisinde yapılabilir, bunun sonucu olarak çeke ilişkin cezai yaptırımlar ibraz süresinin geçirilmesi halinde uygulanamaz. Ayrıca çek üzerinde bloke kaydı varsa bu kayıt ibraz süresinin kaçırılması ile hükmünü yitirir. İbraz süresinden sonra yapılan ciro ise yalnız alacağın temlik hükümlerine tabi olur<sup>19</sup>.

### C. 7226 Sayılı Kanun gm 1'in Çekin İbrazına Etkisi

İbraz sürelerinin önemi karşısında 7226 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme sonrası çekte ibraz sürelerinin akıbeti hakkında doğru bir tespit yapılması zaruridir. Doktrinde, 7226 sayılı Kanunun ibraz sürelerine etkisi üç görüş ekseninde toplanmaktadır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla çekteki ibraz sürelerinin 7226 sayılı Kanun gm 1 ile duracağı öngörülen sürelerden olduğu doktrinde ilk kez *Paslı* tarafından ileri sürülmüştür. Yazar hükümde her ne kadar yargı alanındaki oluşacak hak kayıplarının önlenmesi ibaresi ile yargılamaya yani usul hukukuna ilişkin sürelerin kastedilmiş olduğu iddiasında bulunulabilirse de hükümde örnek kabilinden sayılan hak düşürücü süreler ve akabinde bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm sürelerin zikredilmiş olmasının yalnızca usul hukuku ile ilgili sürelerin değil, maddi hukukta karşılığı olan diğer sürelerin de kapsam dahilinde olduğunu gösterdiğini kaydetmektedir<sup>20</sup>.

7226 sayılı Kanun gm 1'in belirlediği dönemde çeklerin bankalara ibrazının mümkün olup olmadığı hususuna da değinen yazar sorunu, TTK 796, ÇekK 3/8 ve ÇekK gm 3/5 hükümlerini birlikte yorumlayarak sonuca kavuşturmuştur. Buna göre, çekte vade bulunmamakta ve kanun koyucu tarafından kısa ibraz süreleri öngörülmekte; TTK ile çekin görüldüğünde ödeneceği kuralı kabul edilmektedir. Oysa ÇekK ile bu kabulden vazgeçilmekte, 31.12.2021 tarihine kadar üzerinde yazılı ileri düzenleme tarihinden önce çekin bankaya ibrazı

---

<sup>19</sup> Öztan, s. 1168- 1176; Poroy ve Tekinalp, N. 445; Kendigelen, s. 290; Kendigelen ve Kırca, s. 307; Bozgeyik, s. 88. İbraz süresinin geçirilmesi ile çekin kambiyo senedi vasfını yitirdiği yönünde bkz. Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, s. 325.

<sup>20</sup> Ali Paslı, 'COVID-19 Salgınının Çek Hukukuna Etkisi: Güncel Koşullar Süreken Çek İbrazı Mümkün Müdür?' (Ticaret Kanunu.Net, 31.3.2020) <<http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-covid-19-salgininin-cek-hukukuna-etkisi-guncel-kosullar-surerken-cek-ibrazimunkun-mudur/>> Erişim Tarihi 31.5.2020. Aynı yönde bkz. Adnan Deynekli, '7226 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemenin Sürelere Etkisi Yönünden Değerlendirme' (e-uyar.com, 1.4.2020) <<https://app.e-uyar.com/blog/index/478d6362-2806-49be-a6c2-89976b382794>>

geçersiz kabul edilerek, kanun koyucu tarafından taraflar arasındaki vade anlaşmasına geçerlilik tanınmakta; TTK'nın çekin görüldüğünde ödeneceği kuralı adeta askıya alınmaktadır. Öyleyse düzenlenmesi ve lehtara teslimi çekin ödenmesi için yeterli olmayıp, üzerinde yazılı olan düzenlenme tarihine göre kanunen belirlenecek olan sürelerde ibraz edilmesi de gerekmektedir<sup>21</sup>. Bu süreler gelmeden çekin ödenmeme zorunluluğu bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile ibraz süreleri hem çekin ödenebileceği hem de çekin usulüne uygun olarak ibraz edilebileceği anı gösterir. İşte bu nedenledir ki yasal ibraz sürelerini durdurduğu kabul edilen 7226 sayılı Kanun gm 1 ile ÇekK gm 3/5'e paralel olarak çekin ödenmek üzere ibrazı da mümkün olmamalıdır. Son tahlilde 7226 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, henüz başlamamış yahut başlamış olan ibraz süreleri 15.6.2020 tarihine kadar duracak, bu dönemde çeklerin bankalara ibrazı da mümkün olmayacaktır ve bankalar hiçbir işlem yapmaksızın çeki hamile iade edeceklerdir<sup>22</sup>. Eğer bu süreçte bankalar çeklere herhangi bir işlem örneğin karşılıksızdır işlemi yaparlarsa bu işlemlerin tümü sorun teşkil edecektir zira geçerli bir ibraz, karşılıksızdır işlemi yapılabildiğinin bir ön koşuludur<sup>23</sup>.

İlk görüşe 7226 sayılı Kanun gm 1 hükmünün amacından hareketle karşı çıkmaktadır<sup>24</sup>. Buna göre hüküm “Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi

<sup>></sup> Erişim Tarihi 31.5.2020; Mehmet Bahtiyar, “Küresel Salgının Ülkemizde Ticaret Hukukuna İlişkin Bazı Etkileri”, 2020, I(1), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Pencere Dergisi, s. 54, 56.

<sup>21</sup> Ali Paslı, ‘Ek Açıklama: Çeklerin Pandemi Süresince İbrazının Devamına İlişkin Güncel Uygulamanın Eleştirisi’ (Ticaret Kanunu.Net, 6.4.2020) <<http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-ceklerin-pandemi-suresince-ibrazinin-devamina-iliskin-guncel-uygulamanin-elestirisi/>> Erişim Tarihi 31.5.2020.

<sup>22</sup> Paslı, (n 21). İbraz yasağına ilişkin aynı yönde bkz. Bahtiyar, Salgın, s. 56.

<sup>23</sup> Paslı, (n 21).

<sup>24</sup> Alihan Aydın, ‘COVID-19 Salgını ve 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesi Çekten Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğun Şartlarını Değiştirmiş midir?’ (Lexpera Blog, 27.4.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-ve-7226-sayili-kanunun-gecici-1-maddesi-ckten-kaynaklanan-hukuki-sorumlulugun-sartlarini-degistirmis-midir/#fnref4>> Erişim Tarihi 31.5.2020. 7226 sayılı Kanun gm 1'in usul hukuku süreleri ile mi sınırlı uygulanacağı hakkında görüş beyan etmeksizin aynı yönde bkz. H. Ali Dural, ‘COVID-19 Salgını Nedeniyle Yürürlüğe Giren 7226 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesinin Çek Açısından Sonuçları’ (Lexpera Blog, 9.4.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-nedeniyle-7226-sayili-kanunun-cek-acisinden-sonuclari/>> Erişim Tarihi 31.5.2020; Sinan Sarıkaya, ‘7226 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesinin Çeklerin İbrazi ve Karşılıksız Çek Suçuna Etkisi’ (Lexpera Blog, 2.4.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanunun-ceklerin-ibrazi-ve-karsiliksiz-cek-sucuna-etkisi/#fnref10>> Erişim Tarihi 31.5.2020.

*amacıyla*” sevk edilmiştir. Hükümde her ne kadar maddi hukuka ilişkin süreler de zikredilmekte ise de esasen bu kanunun yürürlüğe konmasındaki amaç, hak sahiplerinin pandemi ortamında mahkemelere başvurmaktan çekinmeleri veya sokağa çıkma yasakları sebebiyle bunu fiilen gerçekleştirememeleri gibi sebeplerle oluşacak hak kayıplarının önüne geçilmesi olduğundan, düzenleme usul hukukuna ilişkin sürelerle işaret etmektedir. Son tahlilde çekte ibraz süreleri 7226 sayılı Kanun gm 1 ile uzayan sürelerden olmayıp bu süreler dahilinde çekin muhatap bankaya ibrazı mümkün olmalıdır.

Bu görüşün savunucularından olan *Aydın*'a göre, 7226 sayılı Kanun gm 1'de hak düşürücü sürelerden bahsedilmesi çekte ibraz sürelerinin de saf hak düşürücü sürelerden olması<sup>25</sup>, ibraz sürelerinin de uzayacağı şeklinde yorumlanamaz. Hükümde ifade edilmek istenen hak düşürücü süreler adli yollara başvurulmak suretiyle kullanılabilir bazı hakların tâbi tutulduğu hak düşürücü sürelerdir. Buna örnek olarak anonim şirket genel kurul kararlarının iptali için öngörülen üç aylık hak düşürücü süreyi gösteren yazar, 7226 sayılı Kanun gm 1 ile sağlanan bu şekilde adli mercilere intikal edilerek çözülebilecek hukuki problemlerin, pandemi nedeniyle çözülememesi riskinin bertaraf edilmesi olduğunu belirtmektedir. Öte yandan yazar, çekin ibraz süresinin uzadığını kabulün maddi hukuktaki diğer tüm sürelerin de 7226 sayılı Kanun gm 1 kapsamına girdiğinin kabulünü gerektirdiğini; oysa ki bu yorum tarzının kanun koyucunun amacına ters düşeceğini; aksi halde yalnızca çekte ibraz sürelerinin uzadığını kabul etmenin çek uygulamasına yapılan bir iltimas niteliği taşıyacağını ki bunun haklı bir gerekçesinin bulunmadığını kaydetmektedir<sup>26</sup>.

7226 sayılı Kanun'un yürürlüğü ile 13.3.2020 tarihinden (bu tarih dâhil), 15.06.2020 tarihine kadar çek ibrazının mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmada öne sürülen üçüncü bir görüşe göre, çekte ibraz süreleri duracaktır. Ancak çekin ibrazını yasaklayan herhangi bir düzenleme söz konusu olmadığından bu süre zarfında çeki ibraz etme olanağı bulan hamiller isterlerse çeki bankaya ibraz ederek ödeme talebinde bulunabilecek, bu imkânın bulunmaması halinde ise kanun koyucunun amacı bu süreçte hak kayıplarını önlemek olduğundan 7226 sayılı Kanun gm 1 ile öngörülen uzamış

---

<sup>25</sup> İbraz sürelerinin hak düşürücü sürelerden olduğu hakkında bkz. Öztan, s. 1167; Kendigelen, s. 289; Kendigelen ve Kırca, s. 310.

<sup>26</sup> Aydın (n 24).

süre içerisinde de çekin bankaya ibrazı mümkün olacaktır<sup>27</sup>.

#### D. Değerlendirme ve Görüşümüz

7226 sayılı Kanun gm 1 COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla; dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm sürelerin 13/3/2020 (bu tarih dâhil) tarihinden itibaren 30/4/2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar duracağını hükme bağlamaktadır. Duran süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlayacak; durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılacaktır.

Hükmü salt lafzi olarak ele aldığımızda ibraz süreleri ve hak düşürücü sürelerin açıkça zikredilmesinden hareketle çekte ibraz sürelerinin de hükmün kapsamında olacağı sonucuna varılmaktadır, zira ibraz sürelerinin hak düşürücü süre olduğunda tereddüt yoktur<sup>28</sup>. Buna karşılık lafzi yorum, hukuk kuralının olaya uygulanmasında dikkate alınacak tek ölçüt değildir. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (“TMK”) 1'in veciz ifadesiyle “*kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır*”. Anılan hüküm tüm özel hukuk ve kamu hukuku alanında bir normun somut olaya hakim tarafından ne şekilde uygulanacağını gösteren bir kılavuz niteliğindedir. Kanunun sözü (lafzı) ile özü (amacı) arasında uygulama bakımından bir öncelik sonralık sırası bulunmamakta, sözün çok açık olması nedeniyle amacının araştırılmaması söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla bir hukuk normunun sözü ile özü ancak

<sup>27</sup> Erol Ulusoy, ‘Koronavirüs salgını çeki nasıl etkiler?’ (TicaretKanunu.Net, 5.4.2020) <<http://www.ticaretkanunu.net/erol-ulusoy-koronavirus-salgini-ceki-nasil-etkiler>> Erişim Tarihi 31.5.2020. Anılan süreçte ibraz yasağını kabul etmemekle birlikte ibraz sürelerinin 7226 sayılı Kanun gm 1 ile durduğu yönünde bkz. Gökmen Gündoğdu ve Barış Cantürk, “Koronavirüs Salgının (Covid 19) Çekin İbrazi ve Ödenmesine Etkisi”, 2020, 18(209), Legal Hukuk Dergisi, s. 2096. *Dural* ise anılan süreçte ibraz yasağı bulunduğunu belirten görüşü eleştirmesine rağmen, çekteki ibraz sürelerinin de 7226 sayılı Kanun gm 1 kapsamına girdiğini ifade etmesi nedeniyle her iki zaman diliminde de çeklerin ibrazını geçerli kabul ettiğine yönelik izlenim uyandırmaktadır, *Dural* (n 24).

<sup>28</sup> Kendigelen, s. 289. Hak düşürücü sürelerden bahsedilmesi nedeniyle hükmün maddi hukuka ilişkin sürelerde de uygulama alanı bulacağı savını eleştiren *Aydın*, hükümde kastedilen hak düşürücü süreler ile adli yollara başvurularak kullanılabilecek bazı haklara ilişkin hak düşürücü sürelerden bahsedilmiş olduğunu ifade etmektedir, *Aydın* (n 24).

uyum içerisinde ise somut olayda tatbiki mümkündür<sup>29</sup>.

Kanunda somut bir uyuşmazlığın çözümüne dair bir hüküm mevcut olmakla birlikte bu hükmün uygulanması her zaman adaletli sonuç vermeyebilir. Diğer bir anlatımla hükmün lafzen uyuşmazlığa uygulanabilir olması her zaman o hükümden beklenen amacın ortaya çıkmasına hizmet etmeyebilir. İşte böylece lafzen uygulanabilir olmakla birlikte bir hukuk normunun somut olaya uygulandığında hakkın kötüye kullanılması niteliği taşınması halinde hukuk düzeni bu duruma cevaz vermeyecek; TMK 2/2'nin düzeltici fonksiyonu devreye girerek o kuralın somut olaya uygulanmasının önüne geçecektir<sup>30</sup>.

*Kanaatimizce*, her ne kadar 7226 sayılı Kanun gm 1'de açıkça ibraz sürelerinin uzayacağı kabul edilse de, bu düzenlemenin çektiki ibraz süreleri bakımından da geçerli olduğu benimsendiğinde, aşağıda izah edeceğimiz üzere, kanun koyucunun hükmü ihdas ederken güttüğü "hak koruma" amacının tam aksine, pek çok hak kaybı yaşanacak, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğacak, ticari hayatta deyim yerindeyse tam bir "kaos" ortamı oluşacaktır. Bu nedenle anılan kanunun çektiki ibraz süreleri bakımından uygulanmayacağı ve önüne gelecek somut bir uyuşmazlıkta hakim TMK 2/2'nin düzeltici fonksiyonundan faydalanmak suretiyle 7226 sayılı Kanun gm 1'in uygulanmasından imtina ederek, ÇekK'nın halihazırda benimsemiş olduğu sistemin kabulüyle uyuşmazlığı çözmesi gerekecektir. Bu görüşe dayanak teşkil edecek gerekçeleri aşağıdaki şekilde sıralamamız mümkündür:

i. Türkiye'de çekle yapılan ödemelerin piyasa işleyişinde önemli bir yer tuttuğu görülmektedir. Örneğin 2019 yılında toplamda 916.397.000.-TL tutarlı 16.872.177 adet çek bankalara ibraz edilmiştir<sup>31</sup>. Ülkemizde ilk koronavirüs vakasının görüldüğü 2020 yılının Mart ayından itibaren bu rakam, Mart ayı için 1.470.276 adet; Nisan ayı için ise 1.178.093 adet ve ibraz edilen çeklerin toplam tutarı 159.866.000.-TL olmuştur. Çekle yapılan ödemelerin bu denli

---

<sup>29</sup> O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri*, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2019, s. 336,380; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, 22. Bası, Vedat Kitabevi, 2016, N. 244.

<sup>30</sup> İşte böyle hallerde bu hükmün uygulanması hakkaniyete aykırı ve adaletsiz bir neticenin ortaya çıkmasına sebep olacak ise ortada bir örtülü boşluk bulunduğu kabul edilir, Antalya ve Topuz, s. 380, 506, 536, 546. Örtülü boşluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya ve Topuz, s. 326, 334.

<sup>31</sup> <[https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/2294/Bankalara\\_Ibraz\\_Edilen\\_ve\\_Karsiliksiz\\_Islemi\\_Yapilan\\_Cek\\_Bilgileri\\_-\\_Nisan\\_2020.pdf](https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/2294/Bankalara_Ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_-_Nisan_2020.pdf)> Erişim Tarihi 31.5.2020.

büyük rakamlara ulaşması karşısında çek hukukuna ilişkin sistemin hukuki güvenlik içerisinde işlemesi gerektiği izahından varestedir. Buna karşılık 7226 sayılı Kanun gm 1'in yarattığı tereddütler kambiyo senetlerinin ve özellikle çekin haiz olduğu hukuki güvenliği ciddi ölçüde zedelemektedir.

Bu tereddüt çek ilişkisinin bütün tarafları bakımından bu süreçte hukuken nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin birçok soru işareti ortaya çıkarmaktadır. Hamiller bakımından 13.03.2020 ile 15.06.2020 tarihleri arasında ellerinde bulunan çekleri bankaya ibraz edip edemeyecekleri; muhatap bankalar bakımından ise bu çeklere ilişkin ödeme yahut karşılığın tamamen yahut kısmen bulunmaması halinde karşılıksızdır işlemi yapılmasının mümkün olup olmayacağı bunlardan ilk akla gelenlerdir.

**ii.** Çekteki ibraz sürelerinin durduğunu ve bu süre zarfında çeklerin bankalara ibrazının yasaklandığını ifade eden görüşe dayanak teşkil eden ÇekK gm 3/5 ele alındığında görülmektedir ki hükümde üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce çekin bankaya ibrazının “geçersiz olacağı” düzenlenmektedir. Kanun koyucu, 31.12.2021 tarihine kadar ileri düzenlenme tarihli çekleri hukuken tanımakta fakat bu çeklerin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazını açıkça menetmektedir. 7226 sayılı Kanun gm 1 ise lafzının karşısında ruhuyla yorumlandığında çekin bankaya ibrazını yasaklayan bir hüküm olarak görülememektedir<sup>32</sup>.

**iii.** 7226 sayılı Kanun'un getiriliş amacı yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesidir. Doktrinde burada esas korunmak istenen tarafın alacaklı yani çek hukuku bakımından çek hamili olduğu ileri sürülmektedir. Zira çek hamilleri 65 yaşın üstü yahut kronik hastalığı bulunması nedeniyle sokağa çıkma yasağına tabi bir kimse olabileceği gibi salt genel sağlığın korunması amacıyla sokağa çıkmamayı da tercih edebilir. İşte bu sebeplerle çekini 13.3.2020 ile 15.06.2020 tarihleri arasında bankaya ibraz edemeyen hamiller korunmak istenmiştir.

Bize göre 7226 sayılı Kanun ile ibraz sürelerinin uzadığı sonucuna varılırsa bizatihi bu amaç akamete uğrayacaktır. Bir kere çek hamillerinin, çekte ibrazı yasaklayan açık bir düzenlemenin yokluğunda, üç aylık bir süre boyunca çek ibraz edemeyeceklerini kabul etmek, bu kişiler açısından çok ciddi ekonomik kayıplara yol açacaktır. Bu durum 7226 sayılı Kanun gm 1 ile hedeflenen hak kayıplarının önlenmesi amacına tamamen zıttır. Ayrıca

<sup>32</sup> Aynı yönde bkz. Aydın (n 24); Dural (n 24).

bu yorum ile 7226 sayılı Kanun gm 1 “hak sahibi” hamile değil; borçlu düzenleyene avantaj sağlanmaktadır. Muhatap bankanın çek bedelini hamile ödemeyip banka yedinde tutması suretiyle düzenleyene, faiz başta olmak üzere hiçbir maliyete katlanmadan adeta üç aylık bir kredi imkânı sağlanmış olmaktadır. Ayrıca vurgulanmalıdır ki aşağıda ele alacağımız üzere TTK 810 hükmü mücbir sebep dolayısıyla çeklerini bankaya ibraz imkânı bulunmayan hamilleri zaten korumakta, pandemi sürecinde hak kaybına uğramalarını garanti altına almaktadır.

7226 sayılı Kanun gm 1’in uygulanmasıyla çek ibraz sürelerinin 15.6.2020’ye ötelendiğini kabul eden görüş benimsenirse, sürelerin durduğu aralıkta yapılan ibrazlar da geçersiz olacağından kanunun amacına ters düşen bir başka sonuç daha karşımıza çıkacak, çeklerini bu zaman aralığında bankaya ibraz eden hamiller ibrazın geçersiz olduğu ve 16.6.2020 itibariyle çeklerini tekrar ibraz etmeleri gerektiği iddiasıyla karşılaşacaktır. Çek ödemelerinin ülke çapında 15.6.2020’ye kadar durdurulması, çekle yapılan ödemelerin boyutu dikkate alındığında piyasanın büyük bir krizle karşı karşıya gelmesine sebep olabilir<sup>33</sup>. Ayrıca çeklerini şu an ibraz etmeyip veya edemeyip, 16.6.2020’de itibaren ibraz edecek hamillerin, ibraz süresinin dolduğu savunmasıyla karşılaşmaları da olasıdır. Tüm bu hallerde hamilin, kanun koyucunun amacının aksine, kullanımı çekin ibrazına bağlı olan haklarını da kaybedeceği açıktır.

Bununla beraber mevcut uygulamada ibraz edilen çeklerin ödendiği gözlemlenmektedir. Hatta Türkiye Bankalar Birliği<sup>34</sup> koronavirüs (COVID-19) salgınının istihdam, üretim, ticaret ve ödeme sistemine olası etkilerini en az düzeyde tutmak amacıyla uygulamaya alınan “Ekonomik İstikrar Kalkanı” tedbirlerinin sağlıklı olarak işlemesi ve ekonomik faaliyetin desteklenmesi için kurumsal ve ticari müşterilere, pandemi sürecinde ödenecek çekleri de içine alır şekilde çek ödeme destek kredisi hizmetini devreye sokmuştur<sup>35</sup>.

**iv. TTK, çeki görüldüğünde ödenmek üzere düzenlenmiş ve çekte**

---

<sup>33</sup> Sarıkaya (n 24).

<sup>34</sup> Çek Ödeme Destek Kredisi ve Kredi Desteği Hakkında Kamuoyu Duyurusu, <[https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/7656/TBB\\_KD\\_270320.pdf](https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/7656/TBB_KD_270320.pdf)> Erişim Tarihi 11.06.2020.

<sup>35</sup> Bu hususa isabetle işaret eden görüş için bkz. Remzi Tamer Pekdinçer ve Abdüssamet Yılmaz ‘7226 Sayılı Kanun Geçici 1. Maddesinin Çek Uygulamasına Etkisi Üzerine Bir İnceleme’ (Lexpera Blog, 5.4.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanunun-cek-uygulamasina-etkisi/>> Erişim Tarihi 31.5.2020.

vadeye cevaz vermemiştir. 7226 sayılı Kanun gm 1'in çekte ibraz sürelerini ötediği ve bu süre zarfında ibrazı da yasakladığı kabulünde örneğin ibraz süresinin bitmesine bir gün kalmış olan çekler bakımından bu süre 15.06.2020 tarihinden itibaren on beş gün daha uzamış sayılacak, böylelikle adeta çekte üç buçuk aylık ek bir vade tanınmış olacaktır ki çekte kısa ibraz süreleri öngörmüş olan kanun koyucunun böyle bir sonucu murad ettiğini söylemek mümkün değildir.

Karşı çıktığımız görüşün bir diğer sakıncası da aynı düzenleme tarihine sahip olan çekler bakımından iki farklı zaman diliminde ibrazın mümkün olması sebebiyle hukuki güvenliğin sarsılmasıdır. Örneğin 11.03.2020 düzenleme tarihli iki çekten biri 12.03.2020 tarihinde ibraz edildiğinde karşılığı varsa ödenebilecek; 13.03.2020 tarihinde aynı çekin ibrazı halinde ise hamil yaklaşık üç ay daha beklemek zorunda kalacaktır. Aynı hukuki rejime tabi olan çeklerde böylesi bir fark yaratılarak bir hamilin alacak hakkına uğramasının ötelenmesinin de hakkaniyetle bağdaşmayacağı açıktır.

v. İbrahim süresi bir ve üç ay olan çekler bakımından ise uygulamada karşılaşılan bir başka sorun durma süresinin bitimine on altı gün ve daha fazla bir süre kalmışsa çekin hangi andan itibaren ibraz edilebileceğinin tespitinde karşılaşılan güçluktur. 7226 sayılı Kanun gm 1, durma süresinin başladığı tarih itibariyle, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan sürelerin, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılacağını düzenlemektedir. Hükmün mefhum-u muhalifinden bitimine on altı gün ve daha fazla kalması durumunda, kalan sürenin uygulanacağı sonucu çıkmaktadır. O halde 13.03.2020 itibariyle ibraz süresinin bitimine on altı gün veya daha fazla kalan çeklerin hangi sürede ibraz edilebileceği sorunu doğmaktadır. Nitekim hukukumuzda bir ayın otuz güne eşit olduğu sonucunu veren açık bir düzenleme mevcut değildir<sup>36</sup>. Buradaki hesaplama sorunu, çeklerin üç aya yakın bir süre ibraz edilememesinin yarattığı kaosu daha da derinleştirmektedir.

vi. Son olarak ifade etmemiz gerekir ki, kabulümüzce şu anki mevcut hukuki düzende çekte ibraz yaşağı bulunmamakla birlikte, 22/03/2020 tarihli ve 31076 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2279 sayılı Cumhurbaşkanı

<sup>36</sup> Belirtmek gerekir ki buna en yakın düzenleme Türk Borçlar Kanunu ("TBK") 92/I-4'teki "Yarım aydan on beş günlük süre anlaşılır." hükmü; ancak görüldüğü üzere hüküm bir ay değil yarım ayı düzenlemektedir.



Kararı<sup>37</sup> ile icra ve iflas takiplerinin durdurulmasına karar verildiğinden, çekin karşılıksız çıkması durumunda düzenleyen ve başvuru borçlularına karşı icra takibi yapılması mümkün olmayacaktır.

### III. KORONAVİRÜS SALGININ MÜCBİR SEBEP NİTELİĞİ VE TTK 811'İN UYGULANABİLİRLİĞİ

#### A. Mücbir Sebep Kavramı

Mücbir sebepler başlığını taşıyan TTK 811/1 uyarınca “*kanunen belirli olan süreler içinde çekin ibrazı veya protesto edilmesi veya buna denk bir belirlenimin yapılması, bir devletin mevzuatı veya herhangi bir mücbir sebep gibi aşılması imkânsız bir engel nedeniyle gerçekleştirilememişse, bu işlemler için belirli olan süreler uzar.*”

Hükümün koronavirüs salgını süresince çeklerini bankalara ibraz edemeyen hamiller bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı yahut hangi şartlar altında uygulanacağı açıklığa kavuşturulması gerekli bir husustur. Böylelikle 7226 sayılı Kanun gm 1 ile getirilen düzenlemenin çekte ibraz süreleri bakımından herhangi bir farklılık arz etmediğine ilişkin kabulümüzü takiben 13.03.2020 ila 15.06.2020 tarihleri arasında koronavirüs (COVID-19) salgını sebebiyle çekini bankalara ibraz edemeyen hamillerin durumu da açıklığa kavuşmuş olacaktır.

Mücbir sebep, doktrinde önceden öngörülemeden öngörülse de engellenemeyen ve borçlunun borcunu ifasını imkânsızlaştıran harici bir olay olarak tanımlanmaktadır<sup>38</sup>. Burada sözü edilen imkânsızlık ile teknik anlamda borcun ifasını sürekli mahiyette değil, geçici nitelik taşısa dahi zamanında ifa edilmesini kaçınılmaz şekilde engelleyen bir hal kastedilmektedir<sup>39</sup>. Geçici imkânsızlık, borcun zamanında ifasını engellemekle birlikte borcu sona erdirmemekte, mücbir sebep ortadan kalktığında ifa yükümlülüğü devam

---

<sup>37</sup> İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Karar, Karar Sayısı 2279, Kabul Tarihi 21.3.2020, RG 22.3.2020/31076.

<sup>38</sup> Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1993, s. 539; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C I, 16. Baskı, Vedat Kitabevi, 2018, s. 408. Ş. Barış Özçelik, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları” Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009, s. 108.

<sup>39</sup> Özçelik, Tez, s. 109. Mücbir sebebin borcun sürekli imkânsızlaşmasına sebep olabileceği gibi geçici imkânsızlığa da yol açabileceği yönünde bkz. O. Gökhan Antalya, s. 278.

etmektedir<sup>40</sup>.

Mücbir sebep, objektif nitelikte oluşu itibarıyla beklenmeyen (fevkalade) hal kavramından farklılık gösterir. Diğer bir ifade ile mücbir sebep aynı olgunun aynı durumda bulunan herkes bakımından beklenmedik oluşu; kişiye bağlı olmayıp sübjektif nitelik arz etmemesidir<sup>41</sup>. Bu sebeple bir olay veya olgunun mücbir sebep teşkil edebilmesi için objektif olarak öngörülemeden yahut önlenemeyen nitelik taşıması gerekir. TTK 811/5 de hamilin veya çeki ibraz etmekle, protesto çekmekle ya da aynı nitelikte bir belirlemeyi yaptırmakla görevlendirdiği kişinin, sadece kendileriyle ilgili olguların mücbir sebep sayılamayacağını düzenleyerek bu hususu vurgulamaktadır.

Yukarıda yapılan tüm açıklamalar göstermektedir ki bir olay veya olgunun başlı başına mücbir sebep olarak nitelendirilmesi mümkün olmayıp, somut olayın koşulları göz önüne alınarak aynı durumda bulunanlar bakımından objektif bir ifa engelinin söz konusu olup olmadığının tespiti gereklidir<sup>42</sup>.

## B. Koronavirüs Salgınının Bir Mücbir Sebep Olup Olmadığı

Koronavirüs salgınının başlı başına bir mücbir sebep teşkil edip etmediği doktrinde iki farklı görüş ekseninde savunulmuştur. Bir görüşe göre, 20 yaş altı, 65 yaş üstü ve kronik rahatsızlığı bulunan kişiler bakımından genel bir sokağa çıkma yasağı bulunduğundan bu kapsamdaki hamiller bakımından mücbir sebebin varlığı kuşkusuzdur<sup>43</sup>. Öte yandan her ne kadar herkes için geçerli genel bir sokağa çıkma yasağı söz konusu olmasa ve finansal piyasalar normal şekilde işlemeye devam etse dahi görsel ve işitsel medyada yer alan yoğun evde kalma çağrılarını sonucu bireylerin hem kendi hem aile bireyleri hem de toplum sağlığı kaygısıyla sokağa çıkmama yönünde aksiyon almaları

<sup>40</sup> Aynı yönde ve mücbir sebebe ilişkin ayrıntılı bir çalışma olarak bkz. Hale Şahin, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilmemesi, Yetkin Yayınları, 2020, s. 41.

<sup>41</sup> Antalya, s. 440; Şahin, s. 37-38.

<sup>42</sup> Özçelik, mücbir sebebin varlığının tespiti için, sözleşmenin niteliği, kuruluş tarihi, risk yapısı, olayın etkilerinin ne ölçüde bertaraf edilebilir olduğu ve hatta borçlunun tacir sıfatını haiz olup olmadığı gibi hususların önem taşıdığını ifade etmektedir, Ş. Barış Özçelik, 'COVID-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi' (Lexpera Blog, 20.4.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-cercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisindan-degerlendirilmesi/>> Erişim Tarihi 31.5.2020. Basiretli tacir ilkesi açısından bkz. Sinan Sarıkaya ve Gökhan Bakar, 'Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi' (Lexpera Blog, 17.4.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/basiretli-tacir-ilkesi-isiginda-koronavirus-covid-19-salgininin-sozlesmelerdeki-ceza-kosuluna-etkisi/>> Erişim Tarihi 31.5.2020.

<sup>43</sup> Pekdiğer ve Yılmaz, (n 35).

gayet normal karşılanmalı ve salgın bu kişiler bakımından da mücbir sebep sayılmalıdır<sup>44</sup>.

Diğer görüş taraflarına göre ise, koronavirüs salgınının kategorik olarak mücbir sebep sayılması mümkün değildir<sup>45</sup>. Zira devletin sokağa çıkmasına idari düzenlemeler ile kısıtlama getirdiği 20 yaş altı, 65 yaş üstü ve kronik hastalığı bulunan kişiler bir kenara bırakılırsa, genel mahiyette bir sokağa çıkma yasağı söz konusu olmadığından ve ekonomik düzen, normal akışında ilerlediğinden, herkes için çekin ibrazını engelleyici genel bir durum söz konusu olmamaktadır. Böylece, koronavirüs salgınının varlığı tek başına mücbir sebep nitelendirmesi yapılmasına yetmeyecektir.

Buna karşılık, 21.3.2020 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesi ile sokağa çıkma yasağına tabi tutulan 20 yaş altı; 65 yaş ve üzeri ile bağışıklık sistemi düşük ve kronik akciğer hastalığı, astım, KOAH, kalp/damar hastalığı, böbrek, hipertansiyon ve karaciğer hastalığı olanlar ile bağışıklık sistemini bozan ilaçları kullanan hamiller bakımından durum değerlendirilmelidir<sup>46</sup>. Bir görüş sokağa çıkma yasağına tabi kimseler bakımından dahi salgının mücbir sebep olarak nitelendirilmemesi gerektiğini; çünkü çekin bankaya ibrazı için hamilin şahsen başvurmasının şart olmayıp, bu konuda bir temsilci tayin etmesinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir<sup>47</sup>.

### C. Değerlendirme ve Görüşümüz

*Kanaatimizce*, mücbir sebebin kabulü için ibraz imkânının tamamen ortadan kalkması arayan bu yorum isabetli değildir. Zira, mücbir sebep sonucu ifanın sürekli imkansızlaşması şart olmayıp, önemli ölçüde güçleşmiş olması yeterlidir<sup>48</sup>. Nitekim doktrinde de mücbir sebebin “*makul ölçüler içinde büyük bir dikkatle bertaraf edilmeyen engel*” olarak tanımlandığı

---

<sup>44</sup> Dural (n 24).

<sup>45</sup> Aydın (n 24); Sarıkaya (n 24); Özçelik (n 42).

<sup>46</sup> 20 Yaş Altı kişilere ilişkin sokağa çıkma yasağı Genelgesi için bkz 03.04.2020 tarihli ve 6235 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <https://www.icisleri.gov.tr/sehir-giriscikis-tebirleri-ve-yas-sinirlamasi> (Erişim Tarihi 11.6.2020); 65 Yaş ve Üstü ile Kronik Rahatsızlığı Olanlara Sokağa Çıkma Yasağı Genelgesi için bkz. 22.03.2020 tarihli ve 5762 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsizligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi> (Erişim Tarihi 11.6.2020).

<sup>47</sup> Bu görüş için bkz. Aydın (n 24).

<sup>48</sup> Özçelik, Tez, s. 110.

görölmektedir<sup>49</sup>. Aksi yorumun kabulü halinde çok güç de olsa ifa imkânının bulunduğu hallerde mücbir sebebin söz konusu olamayacağı yorumu yapılır ki bu durumda mücbir sebep kavramının içeriği son derece dar yorumlanmak gerekir. Bu nedenle hiçbir çek hamili bakımından koronavirüs salgının mücbir sebep niteliği taşımadığını söylemek isabetli olmayacaktır.

Öte yandan salgının tüm çek hamillerinin borç ifasını eşit derecede güçleştirdiği de söylenemeyeceğinden kategorik olarak bütün çek hamilleri bakımından mücbir sebep teşkil etmesi mümkün gözükmemektedir. Bu noktada bir ayırım yapmak zarureti hasıl olmaktadır: 65 yaş ve üzeri ile bağışıklık sistemi düşük ve kronik akciğer hastalığı, astım, KOAH, kalp/damar hastalığı, böbrek, hipertansiyon ve karaciğer hastalığı olanlar ile bağışıklık sistemini bozan ilaçları kullanan kişilerin sokağa çıkması İçişleri Bakanlığı'nın Genelgesi ile kısıtlanmıştır. Bu kişiler için getirilen sokağa çıkma yasağı, çek ibrazını *önemli ölçüde güçleştiren bir engel* olduğu; diğer bir anlatımla çek ibrazının önünde aşılması güç bir engel teşkil ettiği kabul edilmelidir<sup>50</sup>. Sokağa çıkma yasağı kapsamındaki kişilerin bir temsilci tayin edebilmesi veya tahsil cirosu yapabilmesi imkânından hareketle mücbir sebebin gerçekleşmeyeceği düşüncesi isabetli değildir. Sokağa kısıtlaması ile amaçlanan bireylerin başka bireyler ile temasının engellenerek salgın hastalığın yayılma hızının azaltılmasıdır. Hal böyle iken salgın hastalık koşullarında risk altında bulunan kimsenin dışarıdan bir kimse ile temas etmek zorunda bırakılması ve böyle bir imkânın varlığının mücbir sebebi engellediği yorumu hakkaniyetle bağdaşmayacaktır<sup>51</sup>. Tüm bu gerekçelerle sokağa çıkması İçişleri Bakanlığı genelgesi ile yasaklanan bireyler bakımından mücbir sebebin mevcut olduğu kanaatini taşımaktayız.

Koronavirüs salgını kendisi bakımından mücbir sebep teşkil eden kimseler bakımından TTK 811 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Böylece, mücbir sebep nedeniyle çek ibrazı mümkün olamayacağından TTK'da ibraz için öngörölmüş bulunan on gün, bir ay ve üç aylık süreler uzayacaktır.

<sup>49</sup> Kınacıoğlu, s. 205 ve dn 383'de anılan yazarlar.

<sup>50</sup> Sarıkaya (n 24). Sokağa çıkma yasağının mücbir sebep olduğu yönünde bkz. Mahmut Coşkun, Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2016, s. 595; Gönen Eriş, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Seçkin Kitabevi, 2014, s. 933.

<sup>51</sup> Sarıkaya (n 24)

Doktrinde *Dural* ve akabinde *Gündoğdu/Cantürk*, bu halde TTK 811'in uygulanmayacağını zira 7226 sayılı Kanun gm 1'in TTK karşısında özel hüküm niteliği taşıdığını ifade etmektedir. Dolayısıyla TTK 811/3'te düzenlenen mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra çekin gecikmeksizin ibrazı hükmü uygulanmayacaktır. Ayrıca 7226 sayılı Kanun gm 1, "bildirim" de dahil olmak üzere "bir hakkın kullanımına ilişkin" tüm süreleri durdurduğundan, TTK 811/2 ve 4'teki ihbar külfeti de ortadan kalkacaktır<sup>52</sup>. Bu dönemde, 7226 sayılı Kanun gm 1 ile öngörülen süreler içerisinde çek bankaya ibraz edilebilecek, salgının bu süreler geçtikten sonra sona ermemesi halinde ise TTK 811 uygulanacaktır.

*Kanaatimizce* gerek 7226 sayılı Kanun'la düzenlenen 30.3.2020 ila 15.06.2020 tarihleri arasında gerekse bu tarih sonrasında, her somut olay özelinde yapılan değerlendirme ile mücbir sebep altındaki hamiller bakımından TTK 811 uygulama alanı bulacaktır. Daha önce ifade ettiğimiz üzere 7226 sayılı Kanun gm 1'in sözü ve özü birlikte ele alındığında, çekteki ibraz sürelerine herhangi bir etkisi bulunmadığı, anılan dönemde ibrazı yasaklamadığı ve ibraz sürelerini ötelemediği kabul edilmelidir. Bu durum, 7226 sayılı Kanun gm 1'de vurgulanan hak kayıplarının önlenmesi amacına aykırılık teşkil etmemektedir zira bu halde dahi hamilin haklarını koruyacak hukuki mekanizma TTK 811'dir<sup>53</sup>. 7226 sayılı gm 1'in çek ibraz sürelerine herhangi bir etkisi bulunmadığından, mücbir sebebin varlığı devam ettiği müddetçe TTK 811 dolayısıyla ibraz süreleri uzayacaktır. Bu bağlamda sokağa çıkma yasağı devam ettiği müddetçe, yasağa tabi hamillerin TTK 811 dolayısıyla mücbir sebebe dayanabilmeleri mümkündür. TTK 811/5 uyarınca mücbir sebep halinin kişisel sebeplere dayandırılmayacağı açıkça ifade edildiğinden, sokağa çıkma yasağına tabi olmayan hamiller bakımından ise, genel geçer bir tespit yapmak yerine her somut olay bazında<sup>54</sup> değerlendirme yapmak doğru olacaktır. Ancak burada mücbir sebebin sıkı şartlarının

---

<sup>52</sup> Dural (n 24); Gündoğdu ve Cantürk, s. 2093-2094.

<sup>53</sup> Uygulamada mevcut hüküm dayanak gösterilmek suretiyle salgın döneminde ibraz edilen çeklere mücbir sebep dolayısıyla işlem yapılmamıştır şerhi düşüldüğü, karşılığın tamamen yahut kısmen olmamasına karşın karşılıksız işlemi yapılmadığı gözlemlenmektedir. İfade etmek gerekir ki böyle bir işlem hukuki altyapıdan yoksundur. Zira TTK 811 mücbir sebebi düzenleyen değil hamil bakımından ele almakta; hamilin mücbir sebep dolayısıyla ibrazı gerçekleştirememesi halinde hak kaybına uğramasını engellemekte ve bu doğrultuda süreleri uzatmaktadır. Aynı yönde bkz. Sarıkaya (n 24); Gündoğdu ve Cantürk, s. 2093.

<sup>54</sup> Mücbir sebep değerlendirmesine etki eden pek çok sebepten biri olarak basiretli tacir ilkesinin, tacirler açısından mücbir sebebe dayanma olanağını ortan kaldırmayacağı yönünde bkz. Sarıkaya ve Bakar (n 42).

gerçekleşmesi sokağa çıkma yasağına tabi kimselere nazaran çok daha düşük bir ihtimaldir.

Bildirim yükümlülüğü (ihbar külfeti), mücbir sebebin ortaya çıkması durumunda sözleşmenin karşı tarafının bu durumu olabildiğince erken öğrenmesine yönelik menfaatine hizmet etmektedir<sup>55</sup>. Mücbir sebebin karşı tarafa bildirimini sebebin ortaya çıkması için bir ön şart değildir. Doktrinde aksi yönde görüşler olsa da<sup>56</sup> bizim de iştirak ettiğimiz görüş uyarınca, bildirim yükümünün yerine getirilmemiş olması mücbir sebebin ileri sürülmesine mani olmayıp yalnızca bu halde karşı tarafın uğradığı zararları tazmin borcu doğurur<sup>57</sup>. Nitekim TTK 811/2 de TTK 723'e atıf yapılmak suretiyle bu husus tasdik edilmektedir. İhbar zorunluğunu öngören TTK 723/7 bu yükümlülüğe aykırı hareket eden kimsenin başvuru hakkını kaybetmeyeceğini; yalnızca ihmalden doğan zarardan sorumlu olacağını açık hükme bağlamaktadır.

Burada işaret etmek gerekir ki hamile bir külfet yükleyeceği gerekçe gösterilerek 7226 sayılı Kanun'un ihbar yükümünü tamamen ortadan kaldırdığı yönündeki yorumlar isabetli değildir<sup>58</sup>. TTK 811 çeke ilişkin özel bir hüküm olduğundan öncelikle uygulanır. TTK 811/2'ye göre hamilin mücbir sebebi cirantasına ihbar etmesi ve bu hususu çeke veya alonja kaydedip, bunun altını, yerini ve tarihini yazarak imzalaması gerekir. TTK 811/2-ilk cümle ihbarın yapılmasından bahsetmiş ancak nasıl yapılacağı hususunda sessiz kalmıştır. TTK 811/2-ikinci cümle ise TTK 723'e atıf yaparak bu hükmün ihbara da uygulanacağını belirtmektedir. TTK 723/5'e göre ihbar noter aracılığıyla veya sadece senedin iadesi<sup>59</sup> yoluyla yapılabilir. Senedin iadesi yolunun kullanılması mücbir sebebin niteliği gereği mümkün değildir<sup>60</sup>. Öyleyse takip ettiğimiz bu silsile uyarınca bir an için TTK 811/2 gereğince yapılacak mücbir sebep ihbarının da noter aracılığıyla yapılması gerektiği düşünülebilir. Oysa böyle bir zorunluluktan bahsetmek mümkün değildir. Sokağa çıkma yasağı şeklinde tezahür eden mücbir sebepte hamilin ihbar için notere gitme zorunluluğundan ve hatta imkânından bahsedilemez. Bu halde hamilin ispata elverişli herhangi

<sup>55</sup> Özçelik, Tez, s. 110.

<sup>56</sup> Eriş, s. 934; Dural (n 24).

<sup>57</sup> Özçelik, Tez, s. 112; Bozgeyik, s. 144; Coşkun, s. 596.

<sup>58</sup> Dolayısıyla *Dural* tarafından dile getirilen mücbir sebebin *ipso iure* ortaya çıkmayacağı ve ihbar yükümü yerine getirilmediği takdirde hamilin başvuru hakkını kaybedeceği yönündeki görüşe iştirak edemiyoruz, Dural (n 24).

<sup>59</sup> TTK 723/5'te kullanılan "poliçenin iadesi" kavramından ne anlaşılması gerektiği ve mehzaz hükümlerle olan farklılık açısından bkz. Poroy ve Tekinalp, N. 346.

<sup>60</sup> Bozgeyik, s. 144.

bir şekilde ve fakat “gecikmeksizin” ihbarda bulunması halinde TTK 811’in sağladığı imkânlardan yararlandırılması hakkaniyete uygun olacaktır.

#### IV. SONUÇ

Koronavirüs (COVID-19) pandemisinin yargı alanında ortaya çıkaracağı olumsuzlukları gidermek saikiyle kanun koyucu tarafından 7226 sayılı Kanun yürürlüğe konmuş, Kanun’un Geçici 1. Maddesi, yargı alanında hak kayıplarının önlenmesi amacıyla bir hakkın doğumu, kullanılması ve sona ermesine ilişkin tüm sürelerin 30.4.2020 tarihine kadar duracağı ifade edilmiştir. Çalışmamıza dayanak teşkil eden problem ise çekte yer alan ibraz sürelerinin 7226 sayılı Kanun’un kapsamı dahilinde olup olmadığıdır.

Doktrinde çekte ibraz sürelerinin 7226 sayılı Kanun’un kapsamı dahilinde olduğunu, kanun koyucu tarafından ibraz süreleri ötelendiğinden 13.3.2020 ile 15.6.2020 tarihleri arasında çek ibrazının dahi olanaklı olmadığını savunan yazarlar bulunmaktadır. Oysa çek, hızlı ve güvenli bir ödeme aracı olarak piyasada en çok kullanılan kambiyo senedir. Koronavirüs (COVID-19) pandemisinin ülke ekonomilerine verdiği zarar göz önüne alındığında, 7226 sayılı Kanun gm 1 kapsamında çekte ibraz sürelerinin durduğunun kabulü, anılan süreçte hamillerin üç ayı aşkın bir süre boyunca alacaklarını elde etmelerine mani olacak ve kanunun amacına tamamen aykırı bir durum doğuracaktır.

İbrazın yaklaşık olarak üç buçuk ay süreyle yasaklanması ile TTK ile çekin vadesiz olması ve bir ödeme aracı olması niteliğinden sapılarak düzenleyene adeta haksız bir öteleme sağlanmış olacaktır. Bu halde “hak sahibi” hamil değil, düzenleyen ve başvuru borçluları korunmuş olacaktır. Ayrıca uygulama bakımından ibraz süresi bir ay olan ve 13.3.2020 itibariyle ibraz süresi işlemeye başlamış olan çeklerin ibrazı için ne kadar bir sürenin kaldığını tespit etmekle karşılaşılabilecek güçlüklerle karşılaşılabilecektir.

Tüm bu nedenlerle *kanaatimizce* hüküm her ne kadar ibraz sürelerini ve hak düşürücü süreleri duracak olan sürelerden saysa da çekte yer alan ibraz süreleri 7226 sayılı Kanun’un kapsamı dışındadır. Zira hükmün amaçsal olarak yorumlanması neticesinde hakkaniyete aykırı neticeler ortaya çıkacağından hakimin önüne gelen bir uyuşmazlıkta TMK 2’nin düzeltici fonksiyonunu devreye sokarak 7226 sayılı Kanun gm 1 yerine çek ibrazına ilişkin TTK ve ÇekK hükümlerini uygulayarak uyuşmazlığı çözmesi gerekmektedir.

İbraz sürelerinin 7226 sayılı Kanun kapsamında olmadığını kabul ettiğimizde hamillerin çeklerini mücbir sebep dolayısıyla bankaya ibraz edememeleri durumunda onları hak kaybına uğramaktan koruyucu mekanizma

ise TTK 811'dir. Koronavirüs pandemisi kategorik olarak bir mücbir sebep olmasa da sokağa çıkma yasağına tabi hamiller için ibraz önemli ölçüde güçleştirdiğinden anılan yasak kalkıncaya kadar TTK 811 dolayısıyla ibraz süreleri uzayacaktır. Bu halde hamil TTK 811/2 uyarınca mücbir sebebin varlığını ihbar edecek, mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra ise çeki gecikmeksizin ödeme amacıyla ibraz edecektir.

### BİBLİYOGRAFYA

- Aydın A, 'COVID-19 Salgını ve 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesi Çekten Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğun Şartlarını Değiştirmiş midir?' (Lexpera Blog, 27.4.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-ve-7226-sayili-kanunun-gecici-1-maddesi-ckekten-kaynaklanan-hukuki-sorumlulukun-sartlarini-degistirmis-midir/#fnref4>> Erişim Tarihi 31.5.2020.
- Antalya OG ve Topuz M, Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi 2019.
- Antalya OG, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Borçların İfası Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları C III, Legal Yayıncılık 2017.
- Bahtiyar M, Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayınları 2019 (Kıymetli Evrak).
- Bahtiyar M, "Küresel Salgının Ülkemizde Ticaret Hukukuna İlişkin Bazı Etkileri", 2020, I(1), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Pencere Dergisi, s. 54-57 (Salgın).
- Coşkun M, Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi 2016.
- Bozgeyik H, Poliçede Müracaat Hakkı, Seçkin Kitabevi 2003.
- Deynekli A, '7226 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemenin Sürelere Etkisi Yönünden Değerlendirme' (e-uyar.com, 1.4.2020) <<https://app.e-uyar.com/blog/index/478d6362-2806-49be-a6c2-89976b382794>> Erişim Tarihi 31.5.2020.
- Dural HA, 'COVID-19 Salgını Nedeniyle Yürürlüğe Giren 7226 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesinin Çek Açısından Sonuçları' (Lexpera Blog, 9.4.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-nedeniyle-7226-sayili-kanunun-cek-acisindan-sonuclari/>> Erişim Tarihi 31.5.2020.



- Eriş G, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Seçkin Kitabevi 2014.
- Gündoğdu G ve Cantürk CB, “Koronavirüs Salgının (Covid 19) Çekin İbrazı ve Ödenmesine Etkisi”, 2020, 18(209), Legal Hukuk Dergisi, s. 2073-2098.
- İmregün O, Kıymetli Evrak Hukuku, Filiz Kitabevi 2007.
- İnan N, “İstirdat Davasında İsbat Yükü Çekin İktisadi Niteliği”, 1969, 5(1), BATİDER, s. 88-97.
- Karayalçın Y, Ticaret Hukuku III Ticari Senetler Kambiyo Senetleri, 4. Baskı, Sevinç Matbaası 1970.
- Kendigelen A, Çek Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019.
- Kendigelen A ve Kırca İ, Kıymetli Evrak Hukuku, On İki Levha Yayıncılık 2019.
- Kınacıoğlu N, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Nobel, 1999.
- Narbay Ş, “Çekte İbraz Sürelerinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan Yer Kavramına De Lege Lata ve De Lege Ferenda Çözüm Önerileri” Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan C. 1, Beta 2003, s. 793-821.
- Oğuzman K ve Barlas N, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitabevi 2016.
- Oğuzman K ve Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C I, 16. Baskı, Vedat Kitabevi 2018.
- Özçelik ŞB, ‘COVID-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi’ (Lexpera Blog, 20.4.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-cercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisinden-degerlendirilmesi/>> Erişim Tarihi 31.5.2020.
- Özçelik ŞB, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları” Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009 (Tez).
- Öztan F, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi 1997.
- Paslı A, ‘COVID-19 Salgınının Çek Hukukuna Etkisi: Güncel Koşullar Sürerken Çek İbrazı Mümkün Müdür?’ (Ticaret Kanunu.Net, 31.3.2020) <<http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-covid-19-salgininin-cek-hukukuna-etkisi-guncel-kosullar-surerken-cek-ibrazi-mumkun-mudur/>>

Erişim Tarihi 31.5.2020.

Paslı A, 'Ek Açıklama: Çeklerin Pandemi Süresince İbrahim Devamına İlişkin Güncel Uygulamanın Eleştirisi' (Ticaret Kanunu.Net, 6.4.2020) <<http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-ceklerin-pandemi-suresince-ibrazinin-devamina-iliskin-guncel-uygulamanin-elestirisi/>> Erişim Tarihi 31.5.2020.

Pekdiğer RT ve Yılmaz A, '7226 Sayılı Kanun Geçici 1. Maddesinin Çek Uygulamasına Etkisi Üzerine Bir İnceleme' (Lexpera Blog, 5.4.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanunun-cek-uygulamasina-etkisi/>> Erişim Tarihi 31.5.2020.

Poroy R ve Tekinalp Ü, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları 6728 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanununun Yorumu ile, 22. Baskı, Vedat Kitabevi 2018.

Pulaşlı H, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Adalet Yayınevi 2019.

Reisoğlu S, Çek Hukuku, 2011.

Sarıkaya S, '7226 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesinin Çeklerin İbrahim ve Karşılıksız Çek Suçuna Etkisi' (Lexpera Blog, 2.4.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanunun-ceklerin-ibrazi-ve-karsiliksiz-cek-sucuna-etkisi/#fnref10>> Erişim Tarihi 31.5.2020.

Sarıkaya S ve Bakar G, 'Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi' (Lexpera Blog, 17.4.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/basiretli-tacir-ilkesi-isiginda-koronavirus-covid-19-salgininin-sozlesmelerdeki-ceza-kosuluna-etkisi>> Erişim Tarihi 31.5.2020.

Şahin H, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilmemesi, Yetkin Yayınları 2020.

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993.

Ulusoy E, 'Koronavirüs salgını çeki nasıl etkiler?' (Ticaret Kanunu.Net, 5.4.2020) <<http://www.ticaretkanunu.net/erol-ulusoy-koronavirus-salgini-cki-nasil-etkiler/>> Erişim Tarihi 31.5.2020.

Ülgen H, Helvacı M, Kaya, A ve Nomer Ertan, NF, Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Baskı, Vedat Kitabevi 2019.

# AYNI İKAME İLKESİ VE PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİ\*

**Büşra CÖMERT AKBAY\***

## **Öz**

*Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, Türk Medeni Kanunu'nda sayılan seçimlik mal rejimlerinden birini oluşturmaktadır. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, Türk akademisyenlerince oluşturulmuş, kendine özgü bir mal rejimi tipidir. Her ne kadar kendine özgü bir mal rejimi tipi olsa da oluşturulmasında Avusturya yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejimine (“Gütertrennung”) ilişkin hükümlerden etkilendiği ayrıca ifade edilmektedir.*

*Aynı ikame prensibi ise kökleri Yunan hukukuna ve Roma hukukuna kadar dayanan bir hukuk prensibi olarak kabul edilmektedir. Bu prensibin gelişmesinde Alman hukukunun büyük katkısı vardır. Zira, Alman hukukunda hem eşya hukukunda hem de aile ve miras hukukunda aynı ikame kuralına yer verilmektedir (BGB § 1075, BGB 1418, BGB § 2019, 2041, BGB § 2111). Bu düzenlemeler çeşitli eserlerin, mahkeme kararlarının oluşturulmasına sebebiyet vermiş ve vermekte olup, söz konusu kaynaklar da İsviçre ve Türk hukukunda aynı ikame ilkesine ilişkin görüşlerin oluşmasında çok önemli bir etki doğurmuş ve halen doğurmaktadır. Aynı ikame ilkesinin özel malvarlığı ile ilişkisi ilginç bir konu teşkil eder. Bu sebeple, çalışmamızda, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, aynı ikame ilkesi ve bunlar arasındaki ilişki inceleme konusu yapılmaktadır. Söz konusu inceleme iki ana kısımda gerçekleştirilecektir. İlk kısımda aynı ikame ilkesine yer verilecek olup, ikinci kısımda ise paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ve bu kapsamda aynı ikame ilkesinin uygulanma şekli ele alınacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** Aynı İkame İlkesi (die dingliche Surrogation), Mal Rejimleri, Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi, Özel Malvarlığı

\* Bu makale, İ.D. Bilkent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 6.6. maddesinin, doktora tez savunmasına girebilmek için tez konusunda en az bir yayın yapmış olma şartının gerçekleştirilmesi amacıyla, tez konusundan türetilerek yazılmıştır.

\*\* **Arş. Gör.**, LL.M. (Augsburg) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

İ.D. Bilkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi.

**E-posta:** bcomert@ybu.edu.tr.

**ORCID:** 0000-0002-2329-7172.

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.871079

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 31/12/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 27/01/2021

## **THE PRINCIPLE OF REAL SUBROGATION AND SHARED SEPARATE PROPERTY REGIME**

### **Abstract**

*Shared Separate Property Regime ('SSPR') is one of the optional marital property regimes which came into force on 1 January 2002 with the adoption of the new TCC. SSPR is a unique property regime due to the fact that it is created by esteemed Turkish academics. Unlike the regime of participation in acquired property, SSPR was affected mostly by Austrian legal marital property regime that is the separation of property ("Gütertrennung").*

*The principle of real subrogation ("die dingliche Surrogation") is a legal concept that has its roots back to Greek Law and Roman Law. German doctrine has a wide range of sources that identifies the principle of real subrogation. German Civil Law has an important impact on Swiss Civil Law and indirectly Turkish Civil Law.*

*In this article, the principle of real subrogation and its appearance in shared separate property regime according to Turkish matrimonial property law are analyzed. In this study the issue is addressed in two parts. In the first part, the meaning and scope of this principle is examined. In the second part, main features of SSPR are presented. After the detection of assets in SSPR, the application of real subrogation to SSPR is reviewed.*

**Keywords :** *The Principle of Real Subrogation (die dingliche Surrogation), Matrimonial Property Regimes, Shared Separate Property Regime, Special Assets*

## **GİRİŞ**

Ayni ikame prensibi, kanundan kaynaklanan bir hak kazanım şekli teşkil etmekte olup, kişilerin ve malvarlıklarının korunması amacına hizmet etmektedir<sup>1</sup>. Bu koruma; hak konusu değer yok olması, zarar görmesi, değere el konulması halinde, bunun yerine elde edilen yeni değer üzerinde bu hakkın devam etmesi şeklinde sağlanabileceği gibi özel malvarlığından çıkan değer yerine iktisap edilen yeni değer yine aynı malvarlığına ait olması şeklinde de gerçekleşebilir. Her iki durumda da kişinin malvarlığının muhtevasının değişimlere karşı korunması, ikamenin amacını teşkil eder. Ayni ikame prensibine ilişkin düzenlemelere özellikle Alman hukukunda rastlanmaktadır.

<sup>1</sup> Heinrich Lange/ Kurt Kuchinke, Erbrecht Ein Lehrbuch, Fünfte völlig neubearbeitete Auflage, 5. Auflage, Verlag C.H. BECK, 2001, § 41 I 1, s. 1067.

Malvarlığına ilişkin olarak aynı ikame ilkesi düzenlemelerine, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) miras hukukuna ve aile hukukuna ilişkin paragraflarda yer verilmektedir. Buna göre, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında (BGB § 2019), miras ortaklığında (BGB § 2041), mal rejimlerinde (BGB § 1418, BGB § 1473) ve çocuğun malvarlığında (BGB § 1638, BGB § 1646) aynı ikame ilkesine ilişkin kurallar karşımıza çıkmaktadır.

Aynı ikame kurallarının, Alman medeni hukukundaki mevcudiyeti, bu yönde mahkeme kararlarının, monografilerin, şerhlerin ve bunun gibi birçok eserin oluşmasına ve gelişimine sebebiyet vermektedir. Alman hukukundaki bu gelişim; İsviçre ve Türk hukuku için de yol göstericidir.

Aynı ikame ilkesinin malvarlığı kapsamında uygulanması özellikle ilgi çekicidir. Bunun sebebi, üçüncü kişilerin idaresinde bulunan bir malvarlığının yahut bir kimseye ait bulunan ve o kimse tarafından idare edilen iki farklı malvarlığı masasının korunmasının kanun uyarınca, otomatik olarak, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın ve tarafların iradeleri önem arz etmeksizin gerçekleşmesidir<sup>2</sup>.

Bu ilkenin Türk hukukundaki görünümü, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde özel malvarlığı niteliği taşıyan aileye özgülenen mallar kapsamında incelenecektir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, Türk Medeni Kanunu'nda seçimlik mal rejimlerinden birini teşkil etmektedir. Avusturya hukukunun etkisinin bulunduğu fakat Türk hukukuna özgü olan paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde bu kuralın nasıl uygulanacağı önem arz etmektedir. Bu sebeple, öncelikle aynı ikame kavramı, sonrasında paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin özellikleri açıklanacak olup; son olarak da aynı ikame kuralının bu rejim tipinde nasıl uygulanacağı ve mal rejiminin tasfiyesi ele alınacaktır.

## **I. Aynı İkame İlkesi**

### **A. Kavram**

Aynı ikame ilkesinin kökleri, Eski Yunan hukukuna ve Roma hukukuna dayanmaktadır<sup>3</sup>. Yunan hukukuna göre, üçüncü bir kişiye ait bir parayla bir

---

<sup>2</sup> Dagmar Coester-Waltjen, "Die dingliche Surrogation", 1996, JURA, s. 24-28, s. 25. Aynı ikamenin kanundan kaynaklanan bir hak kazanım yolu olduğu, hukuki işlemin taraflarının ehliyet durumunun ve irade sağlıklarının önemli olmadığı yönünde bkz. Rona Serozan, Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 311, para. 1263 (Serozan, Eşya Hukuku, s. 311, para. 1263).

<sup>3</sup> Dieter Strauch, Mehrheitlicher Rechtersatz Ein Beitrag zur "dinglichen Surrogation" im

mal satın alan kimse yerine, para üzerinde gerçek sahibi olan kişinin satın alınan değer üzerinde hak sahibi olacağı kabul edilmekteydi<sup>4</sup>. Bu yaklaşımın, Yunan hukukunda Demosthenes zamanına kadar, daha doğrusu, Roma İmparatorluğunun doğusunda, Bizans dönemine kadar varlığını sürdürdüğü belirtilmektedir<sup>5</sup>. Her ne kadar Roma hukukunda, ikame ilkesine Diokletian dönemine kadar karşı çıkıldıysa da<sup>6</sup> bu ilkenin temellerinin Postglossatörler tarafından “*in universalibus res succedit in locum pretii et pretium res in locum rei*”<sup>7</sup> kuralında vücut bulduğu söylenmektedir<sup>8</sup>. “*Pretium res succedit in locum rei et res in locum pretii*”, “şey semenin, semen şeyin yerine kaim olur” şeklinde Türkçe’ye çevrilmekte olup, 19. yüzyıla kadar bu ilkenin yalnızca “*Universitas Juris*’te”<sup>9</sup> yani hukuk tümlüklerinde (birliklerinde) uygulanacağı

Privatrecht, 1992, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1972, s. 18, dn. 1.

<sup>4</sup> P. Christos Filios, Periousia kai xoristes periousies. Symbolistis ennoies ypokeimeno kai antikeimeno dikaiou meta to n. 4072/2012 (Vermögen und Sondervermögen. Beitrag zu den Begriffen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt nach dem Gesetz 4072/2012), 2015, § 1, Rn. 7 bkz. Dimitrios Devetzis, Die dingliche Surrogation als Rechtsprinzip, V&R Unipress, 2018, s. 38, dn. 55; Walter Jones, The Law and Legal Theory of Greeks An Introduction, Oxford At The Clarendon Press, 1956, s. 123 vd. bkz. Dimitrios Devetzis, Die dingliche Surrogation als Rechtsprinzip, V&R Unipress, 2018, s. 38, dn. 55.

<sup>5</sup> Strauch, s. 19.

<sup>6</sup> Strauch, s. 19, dn. 3.

<sup>7</sup> Andreas Girsberger, Die dingliche Surrogation Der Begriff und seine praktische Bedeutung für das schweizerische Recht, H.R. Sauerländer, 1955, s. 23.

<sup>8</sup> Ernst Lindenberg, Die dingliche Surrogation beim Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuch, Buchdruckerei Carl Pfeffer, 1912, s. 9; Strauch, s. 19.

<sup>9</sup> *Universitas Juris* (veya *Universitas Iuris*), müşterek hukukta hak topluluklarına verilen isimdir. Buna göre, hukuk kurallarının bir tümlük olarak düzenlediği hak toplulukları; haklardan, mallardan ve diğer malvarlığı değerlerinden oluşmaktadır. Tereke hukuk tümlüklerine örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Jochen Marly, “vor BGB § 90” in Manfred Wolf (Bandredaktor)/ Hermann Fahse/ Walther Hadding/ Irmgard Heinrich/ Jochen Marly/ Klaus Neuhoﬀ/ Manfred Wolf (Bearbeiter), Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB) Band 1, Allgemeiner Teil 1: §§ 1-103 BGB, Verlag W. Kohlhammer, 13. Aufl., 2000, Rn. 9 vd.; Klaus Vieweg/Sigrid Lorz, “BGB § 2019” in Maximilian Herberger/ Michael Martinek/ Helmut Rüßmann/ Stephan Weth/Markus Würdinger (Gesamtherausgeber)/ Klaus Vieweg (Bandherausgeber), juris Praxiskommentar BGB Band 1- Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2020, Rn. 23 (jurisPK-BGB/Vieweg/ Lorz, 9. Aufl, BGB § 90, Rn. 23); Malte Stieper, “BGB § 90” in Julius von Staudinger (Begründet von) / Norbert Habermann/Joachim Jickeli/Hans-Georg Knothe/Reinhard Singer/Malte Stieper (Hrsg), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 90-124; §§ 130-133, 2017, Rn. 72; Nuşin Ayiter, Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 229, Sevinç Matbaası, 1968, s. 13; Ziya Umur, Roma Hukuku Lügati, İstanbul Üniversitesi Yayın No. 3170, Hukuk Fakültesi No. 677, s. 217.

kabul edilmekteydi<sup>10</sup>. 19. yüzyılın başlarında Hasse ve Mühlenbruch bu kuralın *Universitas Juris*'e özgü olmadığını, *Universitas Facti*<sup>11</sup> (eşya birlikleri) ile hukuk tümlükleri arasında ayırım yapılamayacağını ileri sürmüşlerdir<sup>12</sup>.

“*In universalibus res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*” kuralının sadece bir kısmı olan “*pretium in locum rei*”ye *Digesta 5 Titel 3*'te, miras davası kapsamında yer verilmiştir<sup>13</sup>. Buna göre, mirasçı, mirasa zilyet olan kişinin tereke değerlerini sarf ederek iktisap ettiği değeri talep edebilmekteydi<sup>14</sup>. İyi niyetli tereke zilyedi sadece zenginleştiği kadarını iade ile yükümlüken, iyi niyetli olmayan zilyet ise ayrıca terekedeki azalmalardan sorumlu tutulmaktaydı<sup>15</sup>. Bununla birlikte, bu kuralın aynı ikame ilkesini ihtiva etmediği<sup>16</sup>, aynı ikame prensibinin müşterek hukukta genel bir ilke olarak kabul edilmediği ifade edilmektedir<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Girsberger, s. 24; Lindenberg, s. 8-9; Ernst Schmitt, Die Surrogation im bürgerliche Gesetzbuch, Hof- und Universitäts-Druckerei, 1902, s. 7; Karl Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juristischen Sinne, Verlag von Palm&Enke, 1879, s. 101; Edgar Windmüller, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes *pretium res succedit in locum rei*, *res in locum pretii* nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1902, s. 4-5; Hubert Menken, Die Dingliche Surrogation bei den Sondervermögen die Familien und Erbrechts, 1991, s. 7; Dominik Russmann, Erwerb mit Mitteln der Erbschaft Die rechtsgeschäftliche dingliche Surrogation gemäß §§ 2019 I, 2111 I 1 BGB vor dem Hintergrund des »tracing« im englischen Recht, Mohr Siebeck, 2017, s. 37.

<sup>11</sup> *Universitas Facti*, aralarında iktisadi bağıllık bulunan ve birden fazla malların birliğinden oluşan topluluktur. Buna örnek olarak hayvan sürüsü ve kütüphane verilebilir. Bkz. Lindenberg, s. 9; Russmann, s. 36; Menken, s. 7; Hans Oswald, Das Prinzip der dinglichen Surrogation und seine Geltung im Erbrecht des Z.G.B., 1937, s. 14; Ayiter, s. 12; Umur, s. 217.

<sup>12</sup> Lindenberg, s. 10; Oswald, s. 17. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hasse, “Ueber *Universitas Juris Und Rerum*, Und Über *Universal- Und Singular-Succession*.” *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, 1822, 5 (1), s. 1–68, < [www.jstor.org/stable/41003501](http://www.jstor.org/stable/41003501) > Erişim Tarihi 10 Aralık 2020; Mühlenbruch, “Ueber Die s. g. *Juris und Facti Universitates*” *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, 1834, 17(3), s. 321–379, < [www.jstor.org/stable/41003773](http://www.jstor.org/stable/41003773) > Erişim Tarihi 10 Aralık 2020.

<sup>13</sup> Heike Stiebitz, Die Surrogation im Erbrecht, Juristische Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, 2006, s. 18.

<sup>14</sup> Girsberger, s. 18.

<sup>15</sup> Karl Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes, 16. Unveränderte Auflage, 1919, s. 334; Girsberger, s. 18.

<sup>16</sup> Theodor, Kipp/Helmut, Coing, Erbrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1978, § 107 s. 599, dn. 3; Stiebitz, s. 19.

<sup>17</sup> Lindenberg, s. 10; Oswald, s. 18.

Ayni ikame kavramını açıklamak gerekirse, ayni ikamenin Almanca karşılığı “*die dingliche Surrogation*” olup, “*Surrogation*”un kökünü oluşturan “*surrogat*” kelimesi ise latince “*subrogare*”den gelmektedir<sup>18</sup>. “*Subrogare*” ise bir şeyin<sup>19</sup>/ bir kimsenin yerine geçen manası taşımaktadır<sup>20</sup>. İkamenin ayni olması ise onun etkisinin doğrudan, otomatik olarak, başka bir işleme gerek kalmaksızın gerçekleşmesi anlamına gelmektedir<sup>21</sup>.

Ayni ikame ilkesi, münferit değerlerde (“*Singularsurrogation*”)<sup>22</sup> uygulanabileceği gibi malvarlığı<sup>23</sup> kapsamında da uygulama alanı bulabilir. Münferit değerlerde uygulanan ayni ikame ilkesi uyarınca, hakkın konusu olan değer yok olmasına, zarar görmesine, elden alınmasına rağmen, söz konusu hak, değer yerine geçen yeni değer üzerinde devam etmektedir (TMK m. 798/f.2). Dolayısıyla, hak sahibinin hakkı sona ermemekte olup, onun bu hakkı varlığını yerine geçen değer üzerinde sürdürmektedir.

Ayni ikame ilkesinin malvarlığı kapsamında uygulanması halinde ise ayni ikame olayı, malvarlığından çıkan bir değer yerine iktisap edilen değer, otomatik olarak, dolaysız bir şekilde, işleme katılanların iradeleri bu yönde olmasa dahi<sup>24</sup>, yine aynı malvarlığına ait olması suretiyle gerçekleşir<sup>25</sup>. İktisap edilen hak, ayni bir hak olabileceği gibi şahsi bir hak da olabilir.

<sup>18</sup> Hermann Gottlieb Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des Römischen rechts*, 7. Auflage, Verlag von Gustav Fischer, 1891, s. 506; Justus Consmüller, *Die Surrogation beim Vorbehaltsgut (§ 1370 BGB) und ihre Wirksamkeit dritten Personen gegenüber*, Buchdruckerei August Pries, 1916, s. 1; Alfred Waller, “*Surrogation*”, *Eine Studie aus dem modernen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Bedeutung des Problems der Einheit und Identität*, Carl Georgi Universitäts- Buchdruckerei und Verlag, 1904, s. 2 bkz. dn. 1’deki açıklamalar.

<sup>19</sup> Consmüller, s. 1.

<sup>20</sup> Heumann, s. 506; Oswald, s. 4, dn. 9.

<sup>21</sup> Coester-Waltjen, s. 24.

<sup>22</sup> Manfred Wolf, “*Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*”, 1976, Heft 1, JuS, s. 32-36, s. 33 [Wolf (1976), s. 33]; Albert Genner, *Das Surrogationprinzip und seine Anwendung beim Sondergut und beim eingebrachten Frauengut des Z.G.B.*, Buch- und Kunstdruckerei Richterswil, 1932, s. 34.

<sup>23</sup> Manfred Wolf, “*Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*”, 1975, JuS, s. 710-715, s. 711; Genner, s. 35.

<sup>24</sup> Coester-Waltjen, s. 25. Ayni ikamenin kanundan kaynaklanan bir hak kazanım yolu olduğu, hukuki işlemin taraflarının ehliyet durumunun ve irade sağlıklarının önemli olmadığı yönünde bkz. Serozan, *Eşya Hukuku*, s. 311, para. 1263.

<sup>25</sup> Martin Löhnig, “*Probleme der dinglichen Surrogation am Beispiel der §§ 1370, 2019 BGB*”, 2003, Heft 12, JA, s. 990; Coester-Waltjen, s. 24.



Aynı ikame ilkesi, otomatik iktisap fonksiyonuyla, malvarlığının azalmalara karşı korunması amacıyla hizmet etmektedir<sup>26</sup>. Aynı ikame ilkesinin, aleniyet prensibini ihlal etmesi<sup>27</sup> gerekçesiyle ancak kanunun öngördüğü hallerde uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

### **B. Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda Aynı İkame İlkesi**

Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda aynı ikame kuralına yaklaşımı incelemek gerekirse; Alman Medeni Kanunu'nun ve Alman hukuk doktrininin, İsviçre hukukuna geniş ölçüde etki ettiği söylenebilmektedir<sup>29</sup>. Zira, bu, BGB'de yer alan aynı ikame kuralı düzenlemelerinin ve bu kapsamda gelişen monografi ve genel eserlerin, buna ilişkin verilen mahkeme kararlarının mevcudiyetinin, doğal sonucudur.

Alman hukukunda aynı ikame ilkesi, kanundan kaynaklanan mülkiyet hakkı kazanımı yollarından biri olarak kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Aynı ikame ilkesi münferit değerlerde ("*Die dingliche Surrogation bei Einzelgegenständen / Singularsurrogation*") ve özel malvarlığı ("*Die dingliche Surrogation bei Sondervermögen*") kapsamında uygulama alanı bulmaktadır<sup>31</sup>. Münferit değerler üzerinde aynı ikame ilkesi uygulamasına örnek olarak BGB § 1075 verilebilir. Buna göre, bir alacak hakkı üzerinde intifa hakkı bulunan kimsenin bu hakkı, BGB § 1075 uyarınca üçüncü kişinin borcunu ifa etmesi halinde

---

<sup>26</sup> Lindenberg, s. 23; Genner, s. 15; Wolf, s. 711.

<sup>27</sup> Huwiler, s. 81; Hubert Fleindl, "BGB § 2019" in Nomos Bürgerliches Gesetzbuch Erbrecht Band 5 §§ 1922- 2385 BGB, Ludwig Kroiß / Christoph Ann, / Jörg Mayer (Hrsg.), 5. Auflage, Deutscher Anwalt Verein, 2018, Rn. 2.

<sup>28</sup> Lindenberg, s. 58; Girsberger, s. 83; Löhning, s. 103. Karş. Dorothee Einsele, Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips unter besonderer Berücksichtigung des Geschäfts für den, den es angeht, der fiduziarischen Treuhand sowie der dinglichen Surrogation, 1990, JZ, s. 1005-1014.

<sup>29</sup> Ayiter, s. 77; Cem Akbıyık, Miras Sebebiyle İstihkak Davası Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Işığında Bilimsel Bir Sentez Denemesi, Der Yayınları, 2003, s. 237.

<sup>30</sup> Manfred Wolf/Marina Wellenhofer, Sachenrecht, 35. Aufl., Verlag C.H. BECK, 2020, § 2, Rn. 1.

<sup>31</sup> Wolf (1976), s. 33; Löhnig, s. 990; Ayiter, s. 75.

ifa konusu değer üzerinde devam edecektir<sup>32</sup>. Özel malvarlığı<sup>33</sup> kapsamında uygulanan ayni ikame ilkesine örnek olarak, miras hukukunda BGB § 2019, BGB § 2041 ve BGB § 2111 paragrafları; mal rejimleri hukukunda BGB § 1418 ve BGB § 1473 paragrafları; çocuk hukukunda BGB § 1638 ve BGB § 1646 paragrafları verilebilir. Bu paragraflar göz önüne alındığında, malvarlığı ile bağlantılı olarak ayni ikame ilkesinin; üçüncü kişiler tarafından idare edilen özel malvarlıklarında yahut hak sahibinin kendisi tarafından idare edilen özel malvarlıklarında uygulanmakta olduğu söylenebilir.

Alman hukukunun aksine, İsviçre hukukunda, ayni ikame ilkesinin uygulama alanı tereddütsüz bir şekilde tespit edilememektedir. Bunun sebebi, BGB'nin aksine, mevcut düzenlemelerde ayni ikame kuralına yer verilip verilmediğine ilişkin doktrinde görüş birliğinin olmamasıdır. Her ne kadar ayni ikame ilkesi ile bağlantılı olarak Alman hukuku, İsviçre hukukuna büyük ölçüde tesir etmiş hatta etmekte ise de İsviçre hukukunda ayni ikame ilkesi kavramını yalnızca üçüncü kişiler tarafından idare edilen özel malvarlığı ve münferit değerler ile ilişkili olarak ele alan yazarlar bulunduğu gibi<sup>34</sup>, ayni ikame ilkesine değinmeksizin ve herhangi bir ayırım yapmaksızın sadece ikame ilkesinden<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Wolfgang Servatius, "BGB § 1075" in Beate Gsell/ Wolfgang Krüger/ Stephan Lorenz/ Christoph Reymann (GesamtHrsg.) /Christoph Reymann (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch beck-online. GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, Verlag C.H.BECK, 2019, Rn. 2; Klaus Reischl, "BGB § 1075" in Wolfgang Hau / Roman Poseck (Hrsg), BeckOK BGB Buch 3 Sachenrecht, 54. Ed. , Verlag C.H. BECK, 2020, Rn. 1; Petra Pohlmann, "BGB § 1075" in Reinhard Gaier (Redakteur) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 8: Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, 8. Auflage , Verlag C.H. BECK, 2020, Rn. 1.

<sup>33</sup> Özel malvarlığı; kişinin diğer malvarlığından ayrı, kanunun özel hukuki statü tanıdığı, özel kurallara tabi, tüzel kişiliği haiz olmayan ve malvarlığı haklarından oluşan bir haklar bütünüdür. Bkz. Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Band I, Verlag von Duncker & Humboldt /Berlin, 1957, s. 331; Julian Fuchs, Sondervermögen, Klaus Weber (Hrsg), Creifelds kompakt Rechtswörterbuch, 3. Edition, Verlag C.H. BECK, 2020; Windmüller, s. 11.

<sup>34</sup> Bruno Huwiler, "Beiträge zur Dogmatik des neuen ordentlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung": BTJP 1987 in Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1988, s. 63-115, s. 61; Pascal Simonius, Die güterrechtliche Surrogation, Helbing & Lichtenhahn, 1970 (BSTR Heft 94), s. 8; Patrick Somm, Die Erbschaftsklage des ZGB (Art. 598-600 ZGB), Reiche II Rechtswissenschaft Vol/Band 1996, Peter Lang, 1995, s. 120; Paul Pietet, Schweizerisches Privatrecht Erbrecht Band IV/2, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1981, § 95, s. 759.

<sup>35</sup> Genner, s. 34-39; Max A. Schucan, Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fluntern, 1943, s. 80-89.

yahut aynı ikame ilkesinden<sup>36</sup> bahseden yazarlar da mevcut bulunmaktadır<sup>37</sup>. Doktrinde aynı ikame ilkesinin, tartışmalı olmakla birlikte<sup>38</sup> İsviçre Medeni Kanun’unda (ZGB) Art. 599 ZGB’de düzenlendiği kabul edilmektedir<sup>39</sup>. Mal rejimlerinde ise edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde, edinilmiş mallar yerine geçen değerlerin edinilmiş mallara ait olacağına (Art. 197 ZGB Abs. Ziff.5) ve kişisel mallar yerine geçen değerlerin kişisel mallara ait olacağına (Art. 198 Ziff.4 ZGB) ilişkin düzenlemelerin bir malvarlığında ikame (“*vermögensrechtliche Surrogation*”) olayı teşkil ettiği sürülmektedir<sup>40</sup>. Dolayısıyla, edinilmiş mallara katılma rejiminde uygulanan bir aynı ikame kuralından değil de malvarlığında ikame kuralından bahsedilmektedir. Aslında dar anlamda aynı ikame ilkesini karşılayan malvarlığında ikame ilkesi, bir kimseye ait iki farklı malvarlığı masası bulunduğu ve o kimsenin her iki malvarlığını idare etmesi halinde uygulama alanı bulmaktadır ve bu

<sup>36</sup> Arnold Escher, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III, Das Erbrecht, Erste Abteilung, Die Erben (Art. 457–536); Zweite Abteilung, Der Erbgang (Art.537–640), 3. Auflage, Schulthess & CO AG, 1959/60, Art. 599 ZGB, s. 363, N. 4; Peter Tuor/Vito Picononi, “Art. 599 ZGB” in Berner Kommentar, Bd. III, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie, 1966, s. 798, N. 19.

<sup>37</sup> Farklı yaklaşımlar sebebiyle tek bir ikame kavramından bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Martin Eggel, Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht, Bern Stämpfli, 2013, s. 36 vd., N. 2.50 vd.

<sup>38</sup> Miras sebebiyle istihkak davası kapsamında aynı ikame ilkesinin uygulanacağı görüşüne ilişkin eleştiriler için bkz. Girsberger, s. 106.

<sup>39</sup> Gottofrey, M. (Rapporteur français de la commission): Die Eröffnung des Erbanges, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (Sten. Bull.) XVI Nr. 12, s. 306, [https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20027487.pdf?ID=20027487](https://www.amtsdruckchriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20027487.pdf?ID=20027487), s.e.t. 06.10.2020 bkz. Escher, Art. 599 ZGB, s. 363, N. 4; Tuor/ Picononi, Art. 599 ZGB, s. 798, N. 19; Virgil Rossel/ Fritz-Henri Mentha, Manuel du Droit Civil Suisse, 2. Ed, Librairie Payot & CIE, 1931, s. 207; André Marrel, L’action en pétition d’hérédité, Thèse Lausanne, 1915, s. 102 bkz. Escher, Art. 599 ZGB, s. 363, N. 4; Georg Leuch, Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Art. 598-601 unter berücksichtigung des gemeinen französischen und deutschen rechtes, Buchdruckerei J. Fischer-Lehmann,1912, s. 38-40; BGE 71 II 90 vd.

<sup>40</sup> Heinz Hausheer / Ruth Reusser/ Thomas Geiser, “Art.197 ZGB” in BK- Berner Kommentar Band/Nr.II/1/3/1 Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Stämpfli Verlag, 1992, N. 108; Daniel Steck / Roland Fankhauser, “Art.197 ZGB” in Scheidung Band I: ZGB Band II: Anhänge Sechster Titel: Das Güterrecht der Ehegatten Zweiter Abschnitt: Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2017, N. 40 (Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 40); Alexandra Jungo, “Art.197 ZGB” in Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, N. 29 (CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 29).

görüştekilere göre, ayni ikame ilkesi, yalnızca münferit değerlerde ve üçüncü kişi tarafından idare edilen malvarlığında uygulanmaktadır<sup>41</sup>.

Türk hukukunda, İsviçre hukukundaki gibi malvarlığında ikame- ayni ikame şeklinde bir ayrıma yer verilmemektedir. Doktrinde ya ayni ikame ilkesinden<sup>42</sup> ya da ikame ilkesinden<sup>43</sup> bahsedilmektedir. Ayni ikame ilkesi doktrinde; miras hukukunda, miras ortaklığı<sup>44</sup>, miras sebebiyle istihkak davası<sup>45</sup> ve ön mirasçılık kapsamında<sup>46</sup> ve eşya hukukunda<sup>47</sup> intifa hakkının sigorta bedeli yahut kamulaştırma bedeli üzerinde devam etmesini düzenleyen TMK m. 798/f.2 kapsamında ele alınmaktadır. Öğretide, edinilmiş malların yerine geçen değerlerin yine edinilmiş mallara ait olacağına (TMK m. 219/f.2/b.5) ve kişisel malların yerine geçen değerlerin yine kişisel mallara ait olacağına (TMK m. 220/f.1/b.4) ilişkin hükümler yorumlanırken, bunların *ikame ilkesi kuralı* teşkil ettikleri ifade edilmektedir<sup>48</sup>. Alman hukukunun İsviçre ve Türk hukukuna etkisi sebebiyle, makalede *ikame ilkesi* yahut *malvarlığında ikame ilkesi* yerine *ayni ikame ilkesi terimi* esas alınarak bu ilkenin paylaşmalı mal ayrılığı rejimi çerçevesinde incelenmesi söz konusu olacaktır.

<sup>41</sup> Huwiler, s. 81.

<sup>42</sup> Rona Serozan/ Baki İlkay Engin, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin, 2019, s. 102-103, para. 110-111; Bilge Öztan, Miras Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 330 [Öztan, (Miras Hukuku), s. 330]; Osman Gökhan Antalya, Miras Hukuku Cilt 3, Osman Gökhan Antalya (Editör), Osman Gökhan Antalya/ İpek Sağlam (Yayına hazırlayanlar), Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 519, para. 2110; Mehmet Erdem, Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 276, dn. 492; Gökçe Kurtulan Güner, Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 314.

<sup>43</sup> Zafer Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin, 2017, s. 146; Demet Özdamar/ Ferhat Kayış/ Burcu Yağcıoğlu/ Aliye Akgün, Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 5. Baskı, Seçkin, 2019, s. 43; Beşir Acabey, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem: Edinilmiş Mallara Katılma rejimi ve uygulama sorunları, 17-18 Kasım 2006, Şükran Şıpka / Barış Özbilen / Ebru Şensöz (Yayına hazırlayan) ,T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 23.

<sup>44</sup> Serozan/Engin, s. 102-103, para. 110-111; Antalya, s. 519, para. 2110.

<sup>45</sup> M. Kemal Oğuzman, Miras Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 376; Zahit İmre / Hasan Erman, Miras Hukuku, Gözden geçirilmiş 13. Basım, Der Yayınları, 2017, s. 422-423; Fikret Eren/İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, 2019, s. 462.

<sup>46</sup> Öztan, Miras Hukuku, s. 330.

<sup>47</sup> Serozan, Eşya Hukuku, s. 309, para. 1254; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 514.

<sup>48</sup> Zeytin, s. 146; Özdamar/ Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 43; Acabey, s. 23.

## II. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Aynı İkame İlkesi Uygulaması

### A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

#### 1. Genel Olarak

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, TMK'nın 244. ve 255. maddeleri arasında düzenlenen seçimlik mal rejimi tiplerinden birini oluşturmaktadır.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, Türk Medeni Kanunu'nun tasarısını hazırlamak üzere kurulan komisyonun alt komisyonunca hazırlanmış<sup>49</sup>, özgün bir rejim türü olduğu için önemi haizdir<sup>50</sup>. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi oluşturulurken, bu mal rejimi tipinin, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması ve tasfiyesi<sup>51</sup> sırasında karşılaşılabilecek olumsuzlukların bertaraf edilmesi amaçlanmıştır<sup>52</sup>. Yasal mal rejimi olarak önerilen paylaşmalı mal ayrılığı rejimi yerine<sup>53</sup>, edinilmiş mallara katılma rejimi<sup>54</sup> yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş; paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ise sınırlı sayıda düzenlenen mal rejimlerinden biri olarak Türk Medeni Kanunu'nda yerini almıştır.

#### 2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, kanunda sınırlı şekilde sayılan seçimlik mal rejimi tiplerinden birini oluşturmaktadır. Yasal mal rejimi niteliği taşımaması sebebiyle, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, evlenme ile birlikte eşler hakkında kanun dolayısıyla uygulanmamaktadır. Bunun için eşlerin,

<sup>49</sup> Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış İkinci Cilt, 10. Bası, Beta, 2006, s. 186; Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), Vedat Kitapçılık, 2008, s. 428.

<sup>50</sup> Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin yasal mal rejimi olması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. Halil Akkanat, "Yasal Mal Rejimi Değişikliğine Eleştirel Bir Yaklaşım", (1), 2004, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 54-57.

<sup>51</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 472; Mustafa Dural / Tufan Ögüz / Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 241-242.

<sup>52</sup> Akıntürk, s. 186.

<sup>53</sup> Akıntürk, s. 186, dn. 22; Kılıçoğlu, s. 473; Gümüş, s. 428; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi, 9 (99), Kasım 2014, Terazi Hukuk Dergisi, s. 31-40, s. 31.

<sup>54</sup> Edinilmiş mallara katılma rejimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şebnem Akipek Öcal, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Sona Erdiren Haller ve Sona Erme Anı" in Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri 18-19 Nisan 2018, 2019, I (1), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 457-470.

paylaşmalı mal ayrılığı rejimini seçtiklerine ilişkin irade beyanlarının mevcudiyeti şarttır (TMK m. 202/f.2). Eşler bu mal rejimi tipini, evlenmeden önce veya sonra aralarında akdettikleri mal rejimi sözleşmesi ile<sup>55</sup> (TMK m. 203) yahut evlenme başvurusu yaparlarken bu mal rejimi tipini seçtiklerine ilişkin yazılı beyanları ile seçebilirler (TMK m. 203, TMK m. 205/f.1)<sup>56</sup>.

### 3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

#### a. Eşlerin Hakları

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi; mal ayrılığı<sup>57</sup> esasına (*kısmen de olsa mal ortaklığı*<sup>58</sup> esasına) dayanmaktadır. Zira, her bir eş kanun uyarınca, kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf hakkını haizdir (TMK m. 244). Buna göre, eşler, evlenmeden önce ve evlendikten sonra edindikleri her bir malvarlığı değeri üzerinde -mal rejiminin sona ermesi halinde paylaşmaya tabi olsun ya da olmasın-<sup>59</sup> yasal sınırlar içerisinde hak sahibidirler.

Eşler, diğerinin iznine veya icazetine gerek duymaksızın kendi malvarlıklarını idare edebilirler. Kendi malvarlıkları ile ilgili hukuki işlemler yapabilirler. Eşler, malvarlıklarını birlikte yönetebilirler<sup>60</sup>. Ayrıca, her bir eşin malvarlığının idaresini diğer eşe veya üçüncü kişiye bırakması mümkündür<sup>61</sup>. Bu durumda, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler burada kıyasen uygulama alanı bulmaktadır<sup>62</sup>.

Eşlerden her biri, kendi malvarlığına ait değerlerden yararlanabilir, bu malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunabilir<sup>63</sup>. Yalnız, eşlerin

<sup>55</sup> Mal rejimi sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz Sadık Aydos, “Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)”, 2016, 22 (3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 383-393.

<sup>56</sup> Akıntürk, s. 186-187.

<sup>57</sup> Akıntürk, s. 186; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2015, s. 562.

<sup>58</sup> Zeytin, s. 388; Gümüş, s. 428.

<sup>59</sup> Kılıçoğlu, s. 473.

<sup>60</sup> Kılıçoğlu, s. 473.

<sup>61</sup> Öztan, s. 563.

<sup>62</sup> Öztan, s. 563. Kıyasen uygulama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Berat Gürzumar, “Türk Medeni Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, 2004, 1(1), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, s. 105 – 161.

<sup>63</sup> Akıntürk, s. 187.

bu tasarruf serbestileri, sınırsız değildir. Bunun ilk sınırını eşlerin paylı mülkiyetinin konusunu teşkil eden değerlerle ilgili yönetim ve tasarruf işlemleri oluşturmaktadır. Paylı mülkiyet konusu değerlerin idaresine ve tasarrufuna ilişkin işlemler hakkında ise TMK m. 688 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>64</sup>. Tasarruf serbestisinin ikinci sınırını ise evlilik birliğinin genel hükümlerinden doğan sınırlamalar oluşturmaktadır. Bu sınırlamalara, aile konutu (TMK m. 194) ve belirli malvarlığı değerleri hakkındaki tasarruf yetkisi kısıtlamaları (TMK m. 199) örnek olarak verilebilir<sup>65</sup>.

### **b. Eşlerin Borçları**

Eşler, kendi malvarlıkları üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkilerini haizlerken; borçlarından da kendi malvarlıkları ile sorumludurlar (TMK m.245). Dolayısıyla, her bir eş, borçlarından dolayı tüm malvarlığıyla ve sınırsız olarak sorumludur (TMK m. 246)<sup>66</sup>. Buna göre, bir eşin bir hukuki işlem yapması sonucunda borç altına girmesi halinde, o hukuki işlemin borçlusu da alacaklısı da aynı eştir.<sup>67</sup> Bununla beraber, bir eş evlilik birliğini temsilen bir hukuki işlem yapmışsa, eşler, bu işlemde doğan borçlardan müteselsilen sorumludurlar<sup>68</sup>.

## **B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Malvarlığı Masaları ve Aynı İkame İlkesi Uygulaması**

### **1. Genel Olarak**

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi; edinilmiş mallara katılma rejimine ve mal ortaklığı rejimine ilişkin özellikler taşımaktadır<sup>69</sup>. Bu rejimde, edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi malvarlıkları, kadının malvarlığı ve kocanın malvarlığı olmak üzere iki ana malvarlığından oluşur<sup>70</sup>. Yalnız, paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin hükümlerde, edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi, her bir eşin malvarlığının edinilmiş mallar ve kişisel

---

<sup>64</sup> Akıntürk, s. 187.

<sup>65</sup> Akıntürk, s. 187.

<sup>66</sup> Akıntürk, s. 187.

<sup>67</sup> Öztan, s. 563.

<sup>68</sup> Akıntürk, s. 187.

<sup>69</sup> Zeytin, s. 388; Gümüş, s. 428.

<sup>70</sup> Gümüş, s. 428; Dural /Öğüz /Gümüş, s. 242; Faruk Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Miras Payı, Genişletilmiş Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin, 2016, s. 399.

mallar olmak üzere iki malvarlığı masasından oluştuğu şeklinde bir düzenleme mevcut değildir. Zira, TMK m. 218’de edinilmiş mallara katılma rejiminin edinilmiş mallardan ve kişisel mallardan oluştuğu düzenlenmekteyken; TMK m. 244’te ise paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde eşlerin kendi malvarlıkları üzerindeki yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarının mevcudiyeti düzenlenmektedir . Her ne kadar bir eşin malvarlığının hangi malvarlığı masalarından oluştuğu ifade edilmemekte ise de eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların onların paylı mülkiyetinde sayılacağından (TMK m. 245) ve mal rejiminin sona ermesi halinde paylaşımına konu olan aileye özgülenen mallardan (TMK m. 250/f.1) bahsedilmektedir. TMK m. 250/f.2’de ayrıca, belli başlı malvarlığı değerlerinin paylaşma dışı kalacağı düzenlenmektedir. Tüm bu malvarlığı değerlerinin, eşlerin malvarlıklarındaki konumlarının ne olacağı sorusu sorulabilir. Bu sorunun cevabı, aynı ikame ilkesinin uygulama alanının tespiti için önem arz etmektedir. Zira, aynı ikame ilkesinin uygulama alanından birini malvarlığı oluşturmaktadır. Buna ilişkin olarak, *Gümüş*, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi süresince, edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu üzere yatay bir bölümlenimin mevcut olmadığını, eşlerin şahsi malvarlıkları dışında, başka bir özel malvarlığına yer olmadığını ifade etmekte olup, aileye özgülenen mallardan oluşan özel malvarlığının, rejimin sona ermesi anında kısa bir süre için oluşup, o anda tasfiye aşamasına geçildiğini ileri sürmektedir<sup>71</sup>. *Gümüş*’ün aksine *Akıntürk*, bu mal rejimi tipinde, paylaşma konusu mallar, paylaşma dışında kalan mallar ve eşlerin paylı mülkiyetinde sayılan paylı mallar (TMK m. 245/f.2) olmak üzere üç tür mal olduğunu belirtmektedir<sup>72</sup>. Benzer şekilde *Acar* da paylaşımına tabi mallardan ve paylı mülkiyete tabi mallardan bahsetmektedir<sup>73</sup>. *Özta*n ise paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde mal ayrılığı rejiminde olduğu üzere kadının malları ve erkeğin malları şeklinde iki ayrı malvarlığı bulunduğunu, bunların da eşlerin evlenmeden önce elde ettikleri ve evlilik birliğine getirdikleri mallardan ve evlendikten sonra edindikleri mallardan oluştuğunu ifade etmektedir<sup>74</sup>.

Kanaatimizce; kanunda aileye özgülenen mallar adı altında bir malvarlığı masasının düzenlenmekte olması (TMK m.250); eşlerin hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malvarlığı değerlerinin eşlerin paylı mülkiyetine konu teşkil edeceğine ilişkin madde hükmü (TMK m. 244) birlikte göz önüne alındığında,

<sup>71</sup> Gümüş, s. 429-430.

<sup>72</sup> Akıntürk, s. 187.

<sup>73</sup> Acar, s. 399.

<sup>74</sup> Özta, s. 563.



*Gümüş*'ün, aileye özgülenen mallardan oluşan özel malvarlığının, rejimin sona ermesi anında, kısa bir süre için oluştuğu hakkındaki görüşüne katılmak mümkün görünmemektedir. Her ne kadar, bunun gerekçesi olarak madde metninin lafzı gösterilmekte ise de<sup>75</sup> aileye özgülenen malların “mal rejiminin sona ermesi hâlinde eşit olarak” paylaşılacağına ilişkin hükmün tek başına bu sonuca varılmasına yetmeyeceği söylenebilir. Bu noktada, *Akıntürk*'ün ifade ettiği üçlü ayrıma kısmen üstünlük tanınması gerektiği belirtilebilir. Buna göre, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, eşlerin malvarlıkları birbirinden tamamen ayrıdır. Yalnız, her bir eşin malvarlığının onun kişisel mallarından ve aileye özgülenen mallarından oluştuğu; her iki malvarlığı masasına ait malvarlığı değerleri üzerinde eşlerin TMK m.244 uyarınca idare, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin bulunduğu söylenebilir. *Akıntürk*'ün aksine, paylı mülkiyet konusu değerlerin ayrı bir malvarlığı masası oluşturmayacağı şu gerekçe ile ileri sürülebilir. Malvarlığı; aynı hakları, alacak haklarını, fikri hakları, hukuki ilişkileri ihtiva eden, sürekli değişime tabi bir oluşumdur. Malvarlığı sadece aktiften yani malvarlığı değerlerinden oluşmamaktadır, Alman hukukundakinin aksine<sup>76</sup> malvarlığı, pasifleri yani borçları da ihtiva etmektedir. Yalnızca paylı mülkiyet hakkı bir malvarlığı masası olmaya yetmez. Bir kimsenin malvarlığının konusunu sadece paylı mülkiyet oluşturabilir. Bununla beraber, edinilmiş mallar-kişisel mallar ayrımında olduğu gibi aileye özgülenen mallar-paylı mülkiyet konusu mallar şeklinde bir ayırım yapılamaz. Zira, edinilmiş mallarla kastedilen aslında edinilmiş malvarlığı değerlerinden oluşan malvarlığıdır. Dolayısıyla, kanaatimizce, paylı mülkiyet konusu değer, mal rejimi sonrasında edinilmişse ve bu değer ailenin ortak kullanımına ve yararlanılmasına özgülenmişse yahut ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yarıyorsa, o zaman aileye özgülenen değerlerin oluşturduğu malvarlığı masasına ait olur. Aksi takdirde, bu değer eşin kişisel mallarına girer. Paylı mülkiyet konusu değer diğer paydaşının eş olup olmaması paylı mülkiyete ilişkin kuralların uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Yalnızca, özel hüküm teşkil eden TMK m. 245 ile eşe bir malın kendisine ait olduğuna ilişkin ispat yükü<sup>77</sup> getirilmekte olup, kime ait olduğu ispat edilemeyen değer eşlerin paylı mülkiyetine konu olacağı düzenlenmektedir.

---

<sup>75</sup> *Gümüş*, s. 430.

<sup>76</sup> Bernd Rüthers / Astrid Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Auflage, Verlag C.H. BECK, 2017, § 12, Rn. 1.

<sup>77</sup> İspat yükü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Atal/ İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 475-478.

Tüm bunlar göz önüne alındığında, özetle, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde kadının ve erkeğin malvarlığı olmak üzere iki farklı malvarlığı bulunmaktadır. Bununla birlikte, herbir eşin malvarlığı, onun kişisel mallarından ve aileye özgülenen mallardan oluşmaktadır. Her ne kadar, kanunda, açıkça eşlerin kişisel malları düzenlenmemekte ise de aileye özgülenen mallar adı altında bir malvarlığı masasına yer verilmesinin, bunun dışında başka bir malvarlığı masasının varlığını da gerekli kıldığı söylenebilir. Bu noktada, *Gümüş*'ün aileye özgülenen malların oluşturduğu özel malvarlığının bir anlaşına kurulmasına ilişkin görüşüne<sup>78</sup> de katılmadığımızı şu gerekçe ile ileri sürebiliriz. Bir malvarlığı, bünyesinde değişimleri ihtiva eder. Bu değişimler; hak kazanımı ile malvarlığında çoğalma şeklinde gerçekleşebileceği gibi borç altına girmek yahut borçların ifa edilmesi suretleriyle malvarlığında azalma şeklinde de kendini gösterebilir. Ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş malların ve bunların yerine geçen değerlerin; ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımların ve bunların yerine geçen değerlerin aileye özgülenen mallara ait olacağına ilişkin düzenleme (TMK m. 250) dikkate alındığında, buradan, bir süreç içerisinde değişime tabi bir malvarlığı masasının varlığına işaret edilmekte olduğu çıkarılmaktadır.

## 2. Eşlerin Kişisel Malları

Eşlerin kişisel malları, mal rejiminden önce iktisap ettikleri ve evlenmeyle birlikte getirdikleri malvarlığı değerlerinden ve TMK m. 250/f.2'de paylaşma dışında kalacağı düzenlenen değerlerden oluşmaktadır. Eşlerden birinin evlenmeden önce iktisap ettiği araba üzerindeki mülkiyet hakkı, mal rejiminin başlaması halinde, eşlerin kişisel malları arasında yer alır. Dolayısıyla, eşlerin kişisel malları, mal rejiminin sona ermesi halinde, paylaşım konusu değerlerin dışında bırakılır. TMK m. 250/f.2 uyarınca paylaşma dışında bırakılan değerler ise manevi tazminat alacakları, miras yoluyla edinilen mallar ve üçüncü kişilerin sağlar arası yahut ölüme bağlı tasarrufları ile karşılıksız kazandırmalarıdır (üçüncü kişilerin kazandırmalarını aileye özgülediklerine ilişkin beyanları saklıdır).

Kısaca, bir eşin kişisel malları iki grupta toplanabilir. 1. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminden önce iktisap edilen ve bu rejimle birlikte getirilen değerler 2. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi sırasında elde edilen ve TMK m. 250/f.2 kapsamına giren değerler. Son gruptaki değerler ise a. Manevi tazminat alacakları b. Miras yolu ile edinilen mallar c. Sağlar arası ve ölüme bağlı

<sup>78</sup> Gümüş, s. 430.

tasarruflar yolu ile<sup>79</sup> eşe yapılan karşılıksız kazandırmalar şeklindedir. İkinci grup kişisel mallar, aynı edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu üzere (TMK m.220)<sup>80</sup> manevi tazminat alacaklarından oluşmaktadır. Bir eşe atanmış veya yasal mirasçı olması sebebiyle bırakılan değerler de mal rejiminin sona ermesi halinde paylaşırma dışında kalan<sup>81</sup> kişisel mallardandır. Üçüncü kişiler, bağışlama yoluyla yahut mal vasiyeti gibi tasarruflarıyla eşlerden birine kazandırmada bulunurlarsa, bu durumda da bu değerler paylaşırma dışı bırakılıp<sup>82</sup>, o eşin kişisel malları arasına girerler. Prensip olarak, bu değerler paylaşırma dışı kalacaklarsa da kazandırmada bulunan kişinin bunların paylaşmaya tabi bulunacağına ilişkin irade beyanının mevcudiyeti durumunda bu değerler de paylaşırma konu olurlar.

### 3. Aileye Özgülenen Mallar

Aileye özgülenen mallar TMK m.250’de düzenlenmektedir. Buna göre, aileye özgülenen mallar, mal rejimi sırasında edinilmiş olup, ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenen mallardan ve bunların yerine geçen değerlerden; ayrıca, ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlardan ve bunların yerine geçen değerlerden oluşmaktadır.

#### a. Ailenin Ortak Kullanımına ve Yararlanmasına Özgülenmiş Mallar

Paylaşılmalı mal ayrılığı rejimi oluşturulurken, Avusturya hukukunda yasal mal rejimi olarak kabul edilen, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) § 1237’de düzenlenen mal ayrılığı rejiminin (“*Gütertrennung*”) örnek alındığı ifade edilmektedir<sup>8384</sup>. Mal rejimi sona erdiğinde hangi

<sup>79</sup> Ölümüne bağlı tasarrufların miras yolu ile kazanılması sebebiyle “ölümüne bağlı tasarruflarla edinilen mallar” ibaresinin fazlalık teşkil ettiği yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 479.

<sup>80</sup> Akıntürk, s. 191. Edinilmiş mallara katılma rejiminde, manevi tazminat alacaklarının kişisel mal olarak kabul edilmesinin eleştirilmesi hakkında bkz. Akın Ünal, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış”, 2019, 23 (4), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 121-140, s. 129.

<sup>81</sup> Akıntürk, s. 190.

<sup>82</sup> Akıntürk, s. 190.

<sup>83</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, Medenî Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2004, s. 178 (Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 178).

<sup>84</sup> Yasal mal rejiminin, mal ayrılığı rejimi (“*Gütertrennung*”) olduğu ABGB § 1237’de düzenlenmekte olup, boşandıktan yahut evlilik iptal edildikten sonra eşler hakkında §81 ve devamı paragrafları uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Marco Nademleinsky, “Österreich” in Jürgen Rieck, (Hrsg.), Ausländisches Familienrecht, 19. Ergänzung, C.H. BECK oHG, 2020, Rn. 10.

değerlerin paylaşmaya konu olacağı ise Avusturya Evlilik Kanunu [Ehegesetz (EheG)] § 81’de ve hangi değerlerin paylaşma kapsamı dışında bırakılacağı ise EheG § 82’de düzenlenmektedir. EheG § 81’de ailenin kullanımına özgülenen değerlerin (“*Gebrauchsvermögen*”); eşlerin evlilikleri boyunca (“*Lebensgemeinschaft*”) edindikleri ev eşyaları (“*Hausrat*”), aile konutu (“*Ehewohnung*”) gibi değerlerden ve eşlerin tasarruflarından (“*Ersparnisse*”) oluştuğu belirtilmektedir. Aileye özgülenen bu değerler; taşınır ve taşınmazlardan (EheG § 81 Abs. 2); aynı haklardan, beklenen haklardan ve gayri-maddi değerlerden de oluşabilir<sup>85</sup>. Bu değerlerin mutlaka ailenin ihtiyaçlarına özgülenen zorunlu mallar üzerindeki haklardan oluşmasına gerek yoktur. Hafta sonları kullanılan bir ev<sup>86</sup> yahut bir at<sup>87</sup> da EheG § 81 kapsamında değerlendirilebilir.

Avusturya Evlilik Kanununda aileye özgülenen mallar bu şekilde olmakla birlikte, esasen, Türk mal rejimi hukukuna göre, aileye özgülenen malların nelerden oluştuğuna değinmek önem arz eder. Buna ilişkin olarak, TMK’nın 250. maddesinin gerekçesi incelendiğinde, bir değer aileye özgülenen mallardan sayılması için onun ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenmesinin ana şart olduğu görülmektedir<sup>88</sup>. Gerekçede ayrıca, bu madde hükmünün kabul edilmesinde eşlerin parasal katkılarından ziyade, emek katkılarının varlığının göz önüne alınmış olduğu ifade edilmektedir<sup>89</sup>. Dolayısıyla, ilk şart bir malvarlığı değerinin paylaşmalı mal ayrılığı rejimi devam ederken iktisap edilmesiyken, ikinci şart bu değer ailenin ortak kullanımına özgülenmesidir. Ortak kullanıma hizmet eden bu değer, kimin parasıyla iktisap edildiği, diğer eşin emek katkısının varlığı kabul edilmekte

<sup>85</sup> Helmut Koziol / Rudolf Welser / Andreas Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band I Allgemeiner Teil Sachenrecht Familienrecht, 14. Auflage, MANZ Verlag Wien, 2014, s. 554, Rz. 1614; SZ 54/79; Fritz Schwind, Kommentar zum österreichischen Eherecht, 2. völlig neubearbeitete Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1980, s. 307 bkz. Bernhard A. Koch, “§ 81 EheG” in Koziol, Helmut/ Bydlinski, Peter/ Bollenberger, Raimund (Hrsg.) Kurzkomentar zum ABGB Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz und Europäisches Vertragsstatutübereinkommen, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, SpringerWienNewYork Springer-Verlag/Wien, 2007, s. 1856, Rz. 4 (KBB/Koch, § 81 EheG, s.1856, Rz. 4).

<sup>86</sup> OGH JBI 1983, 488 ve SZ 68/164 bkz. Koziol/Welser / Kletečka, s. 554, Rz. 1614, dn. 154.

<sup>87</sup> OGH EvBI 1983/40 bkz. Koziol/Welser / Kletečka, s. 554, Rz. 1614, dn. 153.

<sup>88</sup> Adalet Bakanlığı, “Madde 250” in Türk Medenî Kanunu, Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara, Açık Cezaevi Matbaası, 2002, s. 403.

<sup>89</sup> Adalet Bakanlığı, Madde 250, s. 403.

olduğu için önem arz etmemektedir. Ailenin ortak kullanımına tahsis edilen mallara örnek olarak gerekçede; ailenin oturmasına, yaz tatillerini geçirmesine özgülenen mallar, ulaşımın sağlanması için iktisap edilen araçlar ve ev eşyaları gösterilmektedir<sup>90</sup>. Bununla birlikte, eşlerden birine ait olan fabrika, ticari işletme gibi işyeri ve işletmeler aileye özgülenmemiş olduğu için paylaşma dışında bırakılan malvarlığı değerlerinin konusunu oluştururlar<sup>91</sup>. Bu işyeri veya işletmelerin gelirleri ve bu suretle elde edilen değerler aileye özgülenen mallar kapsamına girecektir<sup>92</sup>.

### **b. Ailenin Ekonomik Geleceğini Güvence Altına Almaya Yönelik Yatırımlar**

İkinci grup aileye özgülenen malları ise ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına fiilen tahsis edilmemiş fakat bu amaçla yapılan yatırımlar oluşturmaktadır. Avusturya Evlilik Kanununun 81. paragrafının üçüncü bendinde, eşlerin evliliklerinin devamı sırasında elde ettikleri yatırım değerlerinin, evlilik sona erdikten sonra paylaşma konu olacağı düzenlenmektedir. Buna göre; kıymetli evrak, nakit para, değerli madenler<sup>93</sup>, sanat eserleri<sup>94</sup>, araziler eşlerin tasarruflarına yani yatırım değerlerine örnek olarak gösterilebilmektedir<sup>95</sup>.

TMK'nın 250. maddesinin gerekçesinde ise ailenin konut yahut tatil ihtiyacı için alınan taşınmazlar, kooperatif üyelikleri suretiyle yapılan yatırımlar ikinci grup mallara örnek olarak gösterilmektedir<sup>96</sup>. Bu değerler de eşlerin emeklerinin ürünü olarak iktisap ettikleri ve ailenin ekonomik geleceklerini güvence altına almak üzere yaptıkları yatırımlardır<sup>97</sup>. Döviz, pay senedi, antika eşyalar, tablolar, pul koleksiyonu<sup>98</sup>, ailenin ekonomik geleceğinin güvence altına alınmasına yarayan araçlara örnek olarak verilebilir<sup>99</sup>. Dolayısıyla, tüm

---

<sup>90</sup> Adalet Bakanlığı, Madde 250, s. 403.

<sup>91</sup> Adalet Bakanlığı, Madde 250, s. 403.

<sup>92</sup> Adalet Bakanlığı, Madde 250, s. 403.

<sup>93</sup> KBB/Koch, § 81 EheG, s. 1857, Rz. 7.

<sup>94</sup> KBB/Koch, § 81 EheG, s. 1857, Rz. 7.

<sup>95</sup> Koziol /Welser / Kletečka, s. 554, Rz. 1615.

<sup>96</sup> Adalet Bakanlığı, Madde 250, s. 403.

<sup>97</sup> Akıntürk, s. 189.

<sup>98</sup> Öztan, s. 564.

<sup>99</sup> Akıntürk, s. 190.

bu değerler de mal rejiminin sona ermesi halinde paylaşmaya konu olurlar. Bununla birlikte, üzerinde sürüm değerinden daha fazla yük bulunan değerlerin paylaşmaya konu olmayacağı ifade edilmektedir<sup>100</sup>.

### **c. Aileye Özgülenen Malların Yerine Geçen Değerler ve Aynı İkame Uygulaması**

Aileye özgülenen mallara, ailenin ortak kullanımına tahsis edilen mallar yerine geçen değerlerle, ailenin ekonomik yatırımlarını güvence altına almaya yarayan yatırımlar yerine geçen değerler de dahildir. Paylaşmaya tabi malvarlığı değerlerinin tespiti için “bunların yerine geçen değerler” ile neyin kastedildiğinin tespiti ve burada aynı ikame ilkesinin uygulanıp uygulanmadığının değerlendirilmesi önem arz eder.

Bununla ilgili olarak, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi oluşturulurken ona örnek teşkil eden<sup>101</sup> Avusturya Hukukunu incelemek gerekirse, aileye özgülenen malların (“*Gebrauchsvermögen*”) nelerden oluştuğunu düzenleyen EheG § 81’de “yerine geçen değerler” şeklinde veya ona benzer bir ifade yer almadığı görülmektedir<sup>102</sup>. Bununla birlikte, bu ibare, edinilmiş mallara katılma rejimindeki edinilmiş mallara ve kişisel mallara ilişkin TMK m. 219/f.2/b.5’teki “edinilmiş malların yerine geçen değerler” ve TMK m. 220/f.1/b.4’teki “kişisel malların yerine geçen değerler” ile benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla, edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerlere” verilen anlam, paylaşmalı mal ayrılığı rejimindeki uygulama açısından yol gösterici olacaktır. Bu nedenle, edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında “yerine geçen değerler” ile neyin kastedildiğinin öncelikli olarak tespit edilmesi gerekmektedir.

<sup>100</sup> Öztan, s. 564.

<sup>101</sup> Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 178.

<sup>102</sup> Bkz. EheG § 81: (1) Wird die Ehe geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt, so sind das eheliche *Gebrauchsvermögen* und die ehelichen Ersparnisse unter die Ehegatten aufzuteilen. Bei der Aufteilung sind die Schulden, die mit dem ehelichen *Gebrauchsvermögen* und den ehelichen Ersparnissen in einem inneren Zusammenhang stehen, in Anschlag zu bringen.

(2) Eheliches *Gebrauchsvermögen* sind die beweglichen oder unbeweglichen körperlichen Sachen, die während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft dem Gebrauch beider Ehegatten gedient haben; hierzu gehören auch der Hausrat und die Ehwohnung.

(3) Eheliche Ersparnisse sind Wertanlagen, gleich welcher Art, die die Ehegatten während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft angesammelt haben und die ihrer Art nach üblicherweise für eine Verwertung bestimmt sind.

## **i. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde “yerine geçen değerler” Kavramının ve Aynı İkame İlkesi Uygulamasının İncelenmesi**

Edinilmiş mallara katılma rejimi, Türk hukukunda yasal mal rejimi olarak düzenlenmekte olup, eşlerin herhangi bir seçimlik mal rejimlerinden birini tercih etmedikleri durumda TMK'nın 202. maddesi uyarınca uygulama alanı bulmaktadır<sup>103</sup>. Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin her birine ait kişisel mallar ve edinilmiş mallar olmak üzere iki farklı malvarlığı masası bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, edinilmiş mallara katılma rejiminde toplamda dört tane malvarlığı masası mevcuttur. Edinilmiş malların ve kişisel malların nelerden oluştuğu TMK'nın 219. ve 220. maddelerinde düzenlenmektedir. Edinilmiş malların nelerden oluştuğu örnekleme<sup>104</sup> suretiyle TMK m. 219'da sayılmaktadır. TMK m. 219'a göre edinilmiş mallar, bir eşin, çalışmasının karşılığı olan edinimlerden, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacıyla kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerden, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlardan, kişisel malların gelirlerinden ve edinilmiş malların yerine geçen değerlerden oluşmaktadır. Tahdidi<sup>105</sup> olarak TMK m. 220'de sayılan kişisel mallar ise eşlerden yalnız birinin kullanımına yarayan eşyadan, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerlerinden, manevi tazminat alacaklarından ve kişisel malların yerine geçen değerlerden oluşmaktadır. Her iki maddede de “yerine geçen değerler”den bahsedilmekte olup bununla ne kastedildiğine ilişkin bir tanıma yer verilmemektedir. Aynı şekilde, edinilmiş mallara katılma rejimine kaynak teşkil eden İsviçre Medeni Kanununun (ZGB) 197. ve 198 maddelerinde “yerine geçen değerler”in karşılığı olarak; edinilmiş mallar hakkında “*Ersatzanschaffungen für Errungenschaft*”, kişisel mallar hakkında ise “*Ersatzanschaffungen für Eigengut*” ibareleri kullanılmakta olup, herhangi bir tanıma ise yer verilmemektedir. Bu kavramın anlaşılması için İsviçre ve Türk doktrininin buna ilişkin yaklaşımı ehemmiyet teşkil eder.

<sup>103</sup> Bu düzenlemenin, eşler arasında geçerli olacak mal rejiminin belirlenmesi özgürlüğüne bir müdahale olduğu yönünde bkz. Akın Ünal, “Türk Medeni Kanunu’nda Mal Rejimine İlişkin Hak İhlalleri” in Akın Ünal/ Arif Kalkan (Eds), Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 121 (Ünal, Hak İhlalleri, s. 121).

<sup>104</sup> Jörg Schmid / Bernhard Schnyder / Alexandra Jungo, “§ 32 Die Errungenschaftsbeteiligung” in Peter Tuor / Bernhard Schnyder (Hrsg.), Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Schulthess Verlag, 2015, s. 350, N. 10; Gümüş, s. 254.

<sup>105</sup> Zeytin, s. 109.

Art. 197 ZGB Abs. Ziff.5'te "*Ersatzanschaffungen für Errungenschaft*" ibaresinde "*Ersatz*"ın anlamı "*Surrogat*" yani kaim olan mal, ikame değerdir. Art. 197 ZGB Abs. Ziff.5'in Medeni Kanunumuzdaki karşılığı oluşturan TMK m. 219/f.2/b.5'te bu ibare, *yerine geçen değer* olarak Türkçe'ye çevrilmiştir. "*(Ersatz)Anschaffungen*" ise taşınmaz satışında olduğu gibi<sup>106</sup> sinallagmatik sözleşme ilişkilerini kapsamına alan bir kavramdır<sup>107</sup>. Dolayısıyla, kanun metni dikkate alındığında, "*(Ersatz)Anschaffungen*"ın, malvarlığı değerlerinin karşılıklı mübadelesini içeren hukuki işlemleri karşıladığı söylenebilir<sup>108</sup>. "*(Ersatz)Anschaffungen*" ayrıca bir malvarlığı değerinin, karşılıksız şekilde yahut tüketilmesi için bir üçüncü kişiye devredilmeyerek elden çıkarılması ve bunun karşılığında başka bir değer iktisap edilmesi şeklinde de olumsuz olarak tanımlanmaktadır<sup>109</sup>. "*(Ersatz)Anschaffungen*"ın gerçekleşmesi için üç şart aranmaktadır<sup>110</sup>. Bu şartlar: 1. Bir malvarlığı değeri, başka bir malvarlığı değeri ile ikame edilmeli 2. Malvarlığı değerinin feda edilmesiyle iktisap konusu değer arasında bir illiyet bağı bulunmalı 3. Bu iktisap, malvarlığı değeri feda edilen eş tarafından iktisap edilmeli<sup>111</sup> şeklinde sayılabilir. Bununla beraber, "*(Ersatz)Anschaffungen*"ın yalnızca hukuki işlem çerçevesinde mübadele ilişkisinin gerçekleşmesinin, yani, satışı ve trampayı karşılayacak şekilde anlaşılmasının, bu hükmün uygulama alanını daraltmakta olduğu söylenebilir<sup>112</sup>. Hukuki işleme ek olarak, "*(Ersatz)Anschaffungen*"ın, edinilmiş mallara ait bir değer, haksız fiil yahut kamulaştırma<sup>113</sup> gibi sebeplerle yok olması, tahrip edilmesi veya zarar görmesi halinde, eşe ödenen tazminat bedellerini de içerdiği ifade edilmekte olup, bu kavramın kapsamı genişletilmektedir<sup>114</sup>.

<sup>106</sup> BK/Hausheer/Reusser/Geiser,1992, Art. 197, N. 109.

<sup>107</sup> BK/Hausheer/Reusser/Geiser,1992, Art. 197, N. 114.

<sup>108</sup> BK/Hausheer/Reusser/Geiser,1992, Art. 197, N. 109.

<sup>109</sup> BK/Hausheer/Reusser/Geiser,1992, Art. 197 ZGB, N. 108; Heinz Hausheer / Regina Aebi-Müller, "Art. 197 ZGB" in Thomas Geiser / Chris Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Auflage, 2018, N. 36 (BSK/Hausheer/Aebi-Müller, Art. 197 ZGB, N. 36); Isabelle Nuspliger, "Art. 197 ZGB" in Jolanta Kren Kostkiewicz / Stephan Wolf / Marc Amstutz / Roland Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar- Schweizerisches Zivilgesetzbuch Orell Füssli Kommentar (OFK), 3. überarbeitete Auflage, 2016, N. 18 (OFK/ Nuspliger, Art. 197 ZGB, N. 18).

<sup>110</sup> CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 31.

<sup>111</sup> CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 34.

<sup>112</sup> BK/Hausheer/Reusser/Geiser,1992, Art. 197 ZGB, N. 109.

<sup>113</sup> BK/Hausheer/Reusser/Geiser,1992, Art. 197 ZGB, N. 114.

<sup>114</sup> BK/Hausheer/Reusser/Geiser,1992, Art. 197 ZGB, N. 109; CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N.



Türk hukukunda ise “yerine geçen değerle”, edinilmiş mallara ait bir malvarlığı değerinin, bağış veya tüketim amacı dışında elden çıkararak, cinsi/ ediniliş amacı bakımından özelliği önem arz etmeksizin<sup>115</sup> bunun yerine iktisap edilen değer kastedildiği ifade edilmektedir<sup>116</sup>. Buna göre, edinilmiş mallara ait bir değer, trampa yolu ile yahut belirli bir bedel karşılığında elden çıkarılmış olduğu bir ihtimalde, iktisap edilen yeni değer yine edinilmiş mallara ait olacağı belirtilmektedir<sup>117</sup>. Örneğin, eşlerden birinin edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken, edinilmiş mallara ait arabasını bir arsa ile trampa etmiş olması halinde bu arsa, yine o eşin edinilmiş mallarına girecektir<sup>118</sup>. Aynı şekilde, eşin, edinilmiş mallara ait olan hisse senetlerini satıp, iktisap ettiği bedelle bir tablo almış olduğu ihtimalde de bu tablo yine o eşin edinilmiş mallarına ait olacaktır<sup>119</sup>. Aynı İsviçre literatüründe olduğu üzere, Türk literatüründe de “yerine geçen değerlerin” yalnızca hukuki işlem aracılığı ile elde edilen değerleri kapsamadığı, ayrıca, üçüncü kişilerin fiilleri yahut doğa olayları sonucunda<sup>120</sup> edinilmiş mallara ait bir değer yok olması veya zarara uğraması halinde ödenen tazminat, sigorta bedeli gibi değerlerin de yine edinilmiş mallara ait olacağı kabul edilmektedir<sup>121</sup>.

İsviçre literatüründe, Art. 197 Abs. Ziff. 5 ZGB (ve dolayısıyla Art. 198 Ziff.4 ZGB) hükmünün bir malvarlığında ikame (“*vermögensrechtliche Surrogation*” / “*güterrechtliche Surrogation*”) uygulaması olduğu ifade edilmektedir<sup>122</sup>. Alman hukukundaki ifade şekliyle aynı ikame (“*dingliche*

28; OFK/ Nuspliger, Art. 197 ZGB, N. 19; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 41.

<sup>115</sup> Zeytin, s. 146; Gümüş, s. 263; Öztan, s. 446.

<sup>116</sup> Zeytin, s. 146; Gümüş, s. 263; Öztan, s. 446; Suat Sarı, Evlilik birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007, s. 165. Kılıçoğlu bunu, “malların bir başka mala veya değere dönüşmesi” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 346.

<sup>117</sup> Ali İhsan Özüğür, Mal Rejimleri, Genişletilmiş 8. Baskı, Seçkin, 2015, s. 43.

<sup>118</sup> Akıntürk, s. 162.

<sup>119</sup> Öztan, s. 446.

<sup>120</sup> Sarı, s. 165-166.

<sup>121</sup> Sarı, s. 165-166; Öztan, s. 446.

<sup>122</sup> BK/Hausheer/Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 108; Henri Deschenaux / Paul-Henri Steinauer / Margareta Baddeley, Les effets du mariage, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2009 bkz. CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 29; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 40; Simonius P.: Die güterrechtliche Surrogation, Basel/Stuttgart 1970 (BStR Heft 94), s. 8; Marlies Näf-Hofmann / Heinz Näf-Hofmann, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, das eheliche Güterrecht und das Erbrecht der Ehegatten, Eine Einführung für den Praktiker, Zürich/Basel/Genf 1998, N. 1490 bkz. CHK/Jungo, Art. 197

*Surrogation*”) <sup>123</sup> , İsviçre hukukundaki ifade şekli ile malvarlığında ikame (“*vermögensrechtliche Surrogation*” / “*güterrechtliche Surrogation*”) ve Türk hukukundaki ifade şekli ile ikame ilkesi <sup>124</sup> , kanun koyucunun, yerine geçen değerler şeklinde kaleme aldığı somut yaşamsal olayların hukuki sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır <sup>125</sup> . Buna göre, malvarlığında ikame ilkesi uyarınca, ikame değer, özel malvarlığı teşkil eden <sup>126</sup> edinilmiş mallardan (yahut Art. 198 Ziff.4 ZGB ve TMK m. 220/f.1/b.4 uyarınca kişisel mallardan) oluşan malvarlığı masasından çıkmış olan değer yerine girmektedir <sup>127</sup> . Kanundan

ZGB, N. 29; Dominique Jakob, “Art. 197 ZGB” in Andrea Büchler / Dominique Jakob (Hrsg), Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, N. 9 (KUKO/ Jakob, Art. 197 ZGB, N. 9). Malvarlığında ikame yerine ikame prensibi (“*Surrogationsprinzip*”) terimi de kullanılmaktadır. Bkz. Schmid/ Schnyder /Jungo, s. 353, N. 18.

<sup>123</sup> Alman hukukunda ayni ikame ilkesi hem malvarlığında hem de münferit değerler hakkında uygulanmaktadır. Malvarlığı kapsamında uygulanan ayni ikame ilkesinin konusunu tereke (BGB § 2019, BGB § 2041), çocuğun malvarlığı [BGB § 1638, BGB § 1646 (tart.)] ve eşlerin malvarlıkları (BGB § 1473, BGB § 1418 (2) 3.) oluşturmaktadır. Ayni ikame ilkesinin Alman hukukunda ayrıntılı şekilde düzenlenmekte olması, buna ilişkin eserlerin mevcudiyeti, İsviçre hukukunu dolayısıyla da Türk hukuku etkilemektedir. [Bu etkinin özellikle miras hukukunda kendini gösterdiğine ilişkin görüş için bkz. Akbıyık, s. 237]. Kökleri Klasik Yunan Hukukuna ve Roma Hukukuna dayanan (Bkz. Devetziş, s. 38; Stiebitz, s. 18.) ve Latince “*res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*” şeklinde ifade edilen ayni ikame ilkesi, Alman Medeni Kanunundaki (BGB) düzenlemelerde yer alması sebebiyle, kavramın hem mahkeme kararları ile hem de öğreti tarafından ayrıntılı olarak ele alınmak suretiyle gelişimine sebep olmuş ve bu gelişim İsviçre-Türk hukukunda da etkisini göstermiş ve hala göstermektedir. Bu gerekçeyle, bu makaleye esas teşkil eden tezimizde olduğu gibi bu makale de İsviçre hukukunda yapılan ayırım yerine Alman hukukunda yapılan ayırım esas alınarak kaleme alınmaktadır. Dolayısıyla, makalede, malvarlığında ikame ilkesi yerine ayni ikame ilkesi terimi tercih edilmektedir.

<sup>124</sup> Acar, s. 228; Zeytin, s. 146; Ömer Uğur Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, 5. Baskı, Yetkin, 2018, s. 233; M. Beşir Acabey, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları- İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, 2007, 9 (Özel Sayı), DEÜHFD, s. 491-534, s. 511; Şahin Akıncı, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri”, 2016, 22(3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 165-190, s.177; Vuslat Çakır Yeral, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2014, s. 72; İpek Betül Aldemir, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 42.

<sup>125</sup> Deschenaux/Steinauer, s. 243 bkz. BK/Hausheer/Reusser/Geiser,1992, Art. 197, N. 108.

<sup>126</sup> BSK/Hausheer/Aebi-Müller, Art. 196 ZGB, N. 4.

<sup>127</sup> Paul Lemp, Ersatzanschaffungen Nach Ehelichem Güterrecht, 1957, (93), ZBJV, s. 292; Simonius, s. 8; Elisabeth Lüthe, Eigengut und Errungenschaft im neuen ordentlichen Güterstand gemäss dem Entwurf des Bundesrates vom 11. Juli 1979, Druck und Verlag Offset 200 Zell AG, 1981, s. 124 vd.; Piotet, SPR IV/2, s. 610 vd. ve s. 756 vd.; Huwiler, s. 81; Deschenaux/Steinauer, s. 242 vd. bkz. BK/Hausheer/Reusser/Geiser,1992, Art. 197, N. 108.

kaynaklanan bu tahsis işlemi ile bir malvarlığı içerisindeki değer değişimleri sebebiyle meydana gelecek azalmalara karşı özel malvarlığının korunması amaçlanmaktadır<sup>128</sup>.

Aynı ikame olayının, yeni değer, özel malvarlığından çıkan değerle aynı amaca hizmet etmese dahi gerçekleşmekte olduğu ileri sürülmektedir<sup>129</sup>. Zira, İsviçre-Türk hukukunda, mal rejimlerinde amaç ikamesi (“*Zweckersatz*”) yerine değer ikamesi (“*Wertersatz*”) kabul edilmektedir<sup>130</sup>. Değer ikamesi, bir özel malvarlığından çıkan değer yerine iktisap edilen değer, doğrudan ve otomatik olarak yine o malvarlığına girmesi anlamına gelmektedir. Şayet, amaç ikamesi kabul edilseydi, daha önce kişisel mallara ait olan bir değer artık kullanılmayacak olması sebebiyle, aynı amaca hizmet eden yeni bir değer iktisap edilmesi halinde, bu yeni değer, edinilmiş mallar sarf edilerek elde edilmiş olsaydı dahi kişisel mallara ait olacaktı. Buna ilişkin tipik bir örnek vermek gerekirse, eşlerden birinin kendisine miras kalan ve oturma odasında kullanılan bir halının eskimiş olması sebebiyle, yerine kullanmak üzere, edinilmiş malları aracılığıyla yeni bir halı satın aldığı varsayımında; amaç ikamesi kabul edildiği takdirde, bu halı eşin kişisel mallarına ait olacaktır<sup>131</sup>. Değer ikamesi kabul edildiği takdirde ise, iktisap edilen değer kaynakını edinilmiş mallar oluşturduğu için halı yine edinilmiş mallara ait olacaktır<sup>132</sup>. İsviçre-Türk hukukunda belirtildiği üzere, değer ikamesine üstünlük tanınmaktadır. Yalnız, ifade etmek gerekir ki edinilmiş mallara katılma rejiminde aynı ikame kuralına getirilmiş iki istisna bulunmaktadır. Bunlardan birincisini Art. 198 Ziff. 1 ve TMK m. 220/f.1/b.1 düzenlemeleri oluşturmaktadır. Zira, bu hükümlere göre, eşlerden yalnız birinin kullanımına yarayan eşya, kaynağı hangi malvarlığı masasına ait olursa olsun kişisel

<sup>128</sup> BK/Hausheer/Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 108; BSK/Hausheer/Aebi-Müller, Art. 197 ZGB, N. 36; CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 29; Heinz Hausheer / Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschließung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinat, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, 2014, s. 234, N. 12.22; Deschenaux /Steinauer /Baddeley, N. 916 bkz. Schmid/Schnyder /Jungo, s.353, N. 18; Sari, s. 165.

<sup>129</sup> BSK/Hausheer/Aebi-Müller, Art. 197 ZGB, N.37; Hausheer / Geiser/ Aebi-Müller, s.235, N.12.24; Zeytin, s. 146; Gümüş, s. 263.

<sup>130</sup> BSK/Hausheer/Aebi-Müller, Art. 197 ZGB, N. 37; Hausheer / Geiser/ Aebi-Müller, s. 235, N.12.24; OFK/ Nuspliger, Art. 197 ZGB, N. 18; CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 30; Zeytin, s.146; Gümüş, s. 263.

<sup>131</sup> Hausheer / Geiser/ Aebi-Müller, s. 235, N. 12.25, s. 237, N. 12.38.

<sup>132</sup> Hausheer / Geiser/ Aebi-Müller, s. 235, N. 12.25, s. 237, N. 12.38.

mallara ait olacaktır<sup>133</sup>. Bunun ikinci istisnasını ise bir değer iktisap edilirken her iki malvarlığı masasından değerlerin sarf edildiği haller oluşturmaktadır. Bu durumda da şöyle bir ayırım yapılabilir. Şayet, iktisap edilen değer karşılanırken hem edinilmiş mallardan hem de kişisel mallardan eşit şekilde katkıda bulunulmuşsa, yani bir eş yeni değeri iktisap ederken hem kişisel mallarına hem de edinilmiş mallarına ait değerleri sarf etmişse, bu durumda TMK m. 222/f.3<sup>134</sup>’ün kıyasen uygulanması suretiyle, iktisap edilen değer edinilmiş mallara ait olacağı ileri sürülmektedir<sup>135</sup>. Eğer, yeni değer, kişisel mallara ait değerlerden daha fazla katkıda bulunulması suretiyle iktisap edilmişse, bu takdirde o değer kişisel mallara ait olacaktır. Tam tersi bir durumda, yani bir değer, edinilmiş mallardan daha fazla katkıda bulunulması suretiyle iktisap edilmişse, bu yeni değer, edinilmiş mallara ait olacaktır. Her üç ihtimalde de daha az katkıda bulunan (yahut eşit katkıda bulunan) malvarlığı masasının TMK m. 230 uyarınca denkleştirme alacağı mevcut olacaktır<sup>136</sup>.

## ii. Aileye Özgülenen Mallar Kapsamında Ayni İkame İlkesi Uygulaması

Ayni ikame ilkesinin uygulama alanlarından birini de paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde aileye özgülenen mallar oluşturmaktadır. TMK m. 250’de aileye özgülenen malların yerine geçen değerlerin yine bu malvarlığı masasına ait olacağı düzenlenmektedir. Madde gerekçesinde; eşlerin, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi devam ederken iktisap edilmiş değerleri elden çıkarmaları halinde, bunlar yerine iktisap edilen bedel yahut mallar gibi ikame değerlerin yine bu malvarlığı masasına ait olacağı açıklanmaktadır. Aileye özgülenen malların oluşturduğu malvarlığı masası, özel bir malvarlığı teşkil etmektedir. Özel kurallara tabi bu malvarlığı masasının içeriği, her malvarlığında olduğu üzere hayatın olağan akışı içerisinde değişimlere tabidir. Bu değişim, malvarlığı masasına ait değerlerin azalması şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Ayni ikame kuralı, muhtevasında gerçekleşecek değişimlere karşı özel malvarlığını korumak üzere düzenlenmektedir. Şayet, bu kural olmasa, bir malvarlığı masasından çıkan bir değer kişinin özel malvarlığı yanındaki genel malvarlığına karışmasına bir engel bulunmayacaktır. Malvarlığı masalarının

<sup>133</sup> BSK/Hausheer/Aebi-Müller, Art. 197 ZGB, N. 40; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s. 236, N. 12.30; KUKO/ Jakob, Art. 198 ZGB, N. 6; Sarı, s.167; Zeytin, s. 148; Gümüş, s. 263.

<sup>134</sup> TMK m. 223/f.3: “Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir”.

<sup>135</sup> Gümüş, s. 263; Sarı, s. 166; Gençcan, s. 235.

<sup>136</sup> Gümüş, s. 263; Sarı, s. 166.

birbirlerinden kesin suretle ayrılmalarının avantajı, paylaşma konusu teşkil edecek malvarlığı masasına ait değerlerin paylaşma sırasında mevcudiyetini sağlamaktır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” / “*Ersatzanschaffungen*” hakkında yapılan açıklamalar kanaatimizce paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Zira, TMK m. 219/f.2/b.5’in ve TMK m. 220/f.1/b.4’ün koruma amacı incelendiği takdirde, özel malvarlıklarının muhtevalarının değişimlere daha doğrusu azalmalara karşı korunmasının sağlanması olduğu tespit edilebilir. Bu bakımdan TMK m. 250’de yerine geçen değerlerin yine bu malvarlığı masasına ait olacağına düzenlenmesiyle bu maddenin de aynı koruma amacını taşıdığı ifade edilebilir. Buna göre, aileye özgülenen mallar kapsamında, aynı ikame olayının üç durumda gerçekleşeceği söylenebilir<sup>137</sup>: 1. Hukuki işlem yolu ile 2. Aileye özgülenen mallara ait bir hak dolayısıyla 3. Malvarlığına ait değerlerin tahribi, zarar görmesi veya alıkonulması halinde ödenen tazminat bedelleri suretiyle. Aynı ikame olayı, aileye özgülenen bir değer hukuki işlem yolu ile sarf edilmesi ve sarf edilen değer yerine başka bir değer iktisap edilmesi halinde gerçekleşebilir. Burada hukuki işlemle kastedilen sinallagmatik sözleşme ilişkileridir. Bu ilişki satış ilişkisi şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi trampa ilişkisi şeklinde de karşımıza çıkabilir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi sırasında iktisap edilen ve ailenin kullanımına özgülenen bir taşınmazın, bu rejim sırasında satılarak yerine başka bir taşınmaz satın alınması halinde bu taşınmaz yine aileye özgülenen mallara dahil olacaktır. Yatırım amacıyla iktisap edilen hisse senetleri karşılığında bir otomobil iktisap edildiğinde bu otomobil de aileye özgülenen mallar kapsamında değerlendirilecektir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, edinilmiş mallar sarf edilerek iktisap edilen değer eşin kişisel kullanımına hizmet etmesi halinde TMK m. 220/f.1/b.1 uyarınca kişisel mallara ait olacağı düzenlenmektedir. Bu halde, edinilmiş malların kişisel mallardan bir denkleştirme alacağı söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde benzer şekilde eşlerden birinin yalnızca kişisel kullanıma yarayan değerlerin paylaşma dışı kalacağına ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Bu noktada, aileye özgülenen

---

<sup>137</sup> Alman hukukuna göre yapılan bu tasnif, İsviçre hukukunda hukuki işlem yolu ile ve hukuki işlem dışı gerçekleşen ikame şeklinde de yapılmaktadır. Örneğin, Alman hukukundaki tasnif hakkında bkz. BGB § 1418(2)3 ve İsviçre hukukunda yapılan tasnif hakkında bkz. Escher, Art. 599 ZGB, s. 364.

değerler feda edilerek iktisap edilen ve eşin kişisel kullanımına yarayan bir değer için hangi malvarlığı masasına ait olacağı sorusu sorulabilir. TMK m. 250'nin madde gerekçesinde, mal rejimi devam ederken eşlerin bu nitelikteki malları elden çıkarmaları durumunda bunun yerine iktisap ettikleri bedelin yahut malın paylaşmaya tabi tutulacağı ifade edilmektedir<sup>138</sup>. Madde gerekçesi göz önüne alındığında aileye özgülenen değerler feda edilerek iktisap edilen her değer için bu malvarlığı grubuna girmesi gibi bir sonuç doğmaktadır. Kanımızca, bu tür bir yorum, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin özelliği ile bağdaşmamaktadır. Zira, bir değer için, paylaşma konusu olabilmesi için o değer için ailenin ortak kullanımına özgülenmiş olması ve/veya ailenin ekonomik geleceğini güvence alan yatırımlardan olması gerekmektedir. Dolayısıyla, yerine geçen değerlere ilişkin kuralın mutlak şekilde uygulanması bu rejimin niteliği ile bağdaşmayacaktır. Aileye özgülenen bir değer için kişisel kullanıma yarayan başka bir değer iktisap edilmesi halinde TMK m.230'un kıyasen burada da uygulanarak bir sonuca ulaşılması mümkün olabilir. Bu da her olay için ayrı bir değerlendirilmeyi gerektirebilir. Nitekim edinilmiş mallara katılma rejiminde de TMK m.220/f.1'in kapsamına giren her durumda denkleştirme yapılması söz konusu olmayacağı savunulmaktadır<sup>139</sup>. Denkleştirme alacağının söz konusu olabilmesi için, yalnız eşin kullanımına yarayan şeyin, eşin hayat standardı dikkate alındığında, bunu aşan bir ihtiyaca yönelik olması şartı aranmaktadır<sup>140</sup>. Bunun dışında, eşin olağan ihtiyaçlarına yönelik edinilmiş mallardan yapılan -bu durumda aileye özgülenen mallardan yapılan- harcama sebebiyle denkleştirme alacağı söz konusu olamayacaktır<sup>141</sup>.

Ayni ikame olayının *hukuki işlem yolu ile gerçekleşmesi* hali bu şekilde olmakla birlikte aynı ikame olayının *hak sebebiyle gerçekleşmesi* de mümkündür. Örneğin, yatırım amacıyla bankada bulunan paranın aylık faizi yahut yatırım amacıyla satın alınmış olan bir taşınmazın kiralınması sebebiyle elde edilen kira geliri, yine aileye özgülenen mallar grubuna ait olacaktır. Aynı şekilde, eşlere tanınan intifa hakkı konusunun değişmesine rağmen, değer yok olması yahut kamulaştırılması sebebiyle hakkın TMK m. 798/f.2 uyarınca sigorta bedeli veya kamulaştırma bedeli üzerinde devam etmesi halinde<sup>142</sup>,

<sup>138</sup> Adalet Bakanlığı, Madde 250, s. 403.

<sup>139</sup> Sarı, s. 167.

<sup>140</sup> Zeytin, s. 162.

<sup>141</sup> Zeytin, s. 162.

<sup>142</sup> Bu madde, münferit değerler üzerinde aynı ikame ilkesi uygulamasına örnek olarak verilebilir. Bkz. Sirmen, s. 287, 514.

intifa hakkının konusu değişse de bu hak paylaşırma dışı kalan mallar yerine yine aileye özgülenen mallar kapsamına girecektir.

Aynı ikame olayının üçüncü hali ise *tazmine dayanan ikamedir*. Aileye özgülenen malların haksız fiil sonucu zarar görmesi halinde tazminat ödenmesi yahut sigorta bedeli ödenmesi halinde bu bedel başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın yine aileye özgülenen mallara ait olmaktadır. Aynı ikame kuralı burada da diğer iki halde olduğu üzere malvarlığı masaları arasındaki tahsis işleminin gerçekleştirilmesine ilişkindir. Örneğin, ailenin kullanımına tahsis edilen bir evin yanması halinde, sigorta sözleşmesi uyarınca eşlere ödenen sigorta bedeli eşlerin kişisel mallarına yani paylaşırma dışı kalan mallara değil, aileye özgülenen mallara ait olmaktadır.

Bu üç halde de aynı ikame kuralının etkisi otomatik olarak, dolaysız ve eşlerin iradelerinden bağımsız olarak gerçekleşmektedir.

İfade etmek gerekir ki aynı ikame ilkesi sadece aileye özgülenen değerlerde değil, kişisel mallarda da uygulanmaktadır. Bir özel malvarlığı niteliği taşıyan kişisel mallardan oluşan bu malvarlığı masasının muhtevasının hukuki işlemle yahut üçüncü kişilerin fiilleri gibi sebeplerle azalmasının önüne geçilmesinde her bir eşin menfaati bulunmaktadır. Bu kapsamda, aynı ikame ilkesinin uygulanacağı, TMK'nın 249. maddesinin ikinci fıkrasından çıkarılmaktadır. Bu maddeye göre, katkıdan doğan alacağın paylaşırma dışı kalan malın yerine geçen değerler için de geçerli olacağı düzenlenmektedir<sup>143</sup>. Dolayısıyla, kişisel mallar paylaşırma dışı kaldığı gibi bunların yerine iktisap edilen değerler de kişisel mallara gireceğinden paylaşırma dışında bırakılacaktır. Örneğin, kişisel mallara ait bir taşınmaz karşılığında elde edilen satış bedeliyle başka bir taşınmaz satın alınması halinde ilk önce satış bedeli, sonrasında da yeni taşınmaz kişisel mallara ait olacaktır. Bu taşınmazın kamulaştırılması halinde ödenen kamulaştırma bedeli de aynı ikame ilkesi uyarınca kişisel mallardan sayılacaktır.

---

<sup>143</sup> Bu fıkra hükmü kişisel mallardan oluşan ayrı bir malvarlığı masasının varlığına işaret etmektedir. Kılıçoğlu'nun bu hükme ilişkin değerlendirmesinde, kişisel malların yerine geçen malın da kişisel mal olacağı şeklindeki ifadesi, makalede yaptığımız kişisel mallar-aileye özgülenen mallar ayrımını destekler niteliktedir. Kılıçoğlu, s. 476. Benzer şekilde Gümüş de TMK m. 250/f.2'yi yorumlarken, kanun koyucunun adı konulmamış bir edinilmiş mal- kişisel mal ayrımı yaptığını belirtmektedir. Gümüş, s. 430. Bu yorum da makalede esas alınan malvarlığı gruplarına ilişkin ayrımımızı haklı çıkarır nitelik taşımaktadır.

## C. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi

### 1. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimin Sona Ermesi

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, eşlerden birinin ölümü, başka bir mal rejiminin seçilmesi sebepleriyle veya evliliğin boşanma veya iptali ile sona ermesiyle yahut mal ayrılığına geçilmesi suretiyle dava açma tarihinden itibaren sona erer (TMK m.247).

### 2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Sona Ermesinin Sonuçları

#### a. Malların Geri Alınması ve Paylı Malın Verilmesi

TMK m. 248/f.1 uyarınca mal rejiminin sona ermesi halinde eşler diğer eşe ait malvarlığı değerlerini birbirlerine iade etmekle yükümlüdürler. Paylı mülkiyet konusu mallarda ise TMK m. 248/f.2, diğer önlemler yanında<sup>144</sup>, üstün yararın mevcudiyeti halinde, paylı mülkiyet konusu malın, eşlerden birine verilmesine imkân sağlamaktadır. Bu durumda, malın kendisine tahsis edilmediği eşe, payının karşılığı ödenir.

#### b. Katkıdan Doğan Hak

Edinilmiş mallara katılma rejiminde değer artış payı başlığı altında düzenlenen bir eşin diğer eşten olan alacak hakkı (TMK m. 227), paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde katkıdan doğan hak başlığı altında TMK m. 249'da düzenlenmektedir.

TMK m. 249'a göre, eşlerden biri, diğerine ait olan ve paylaşırma dışı kalan bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç veya uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, diğer eşten, katkısı oranında ve hakkaniyete uygun bir bedelin paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin sona ermesi halinde talep edebilmektedir. Bu maddeye göre iki ihtimalde bir eşin diğerinden katkı alacağı mevcut olduğu çıkarılabilir. Bunlardan birinci ihtimali, bir eşin kişisel mallarından diğerinin kişisel mallarına yapılan katkı oluşturmaktayken, ikincisini ise bir eşin paylaşma konusu değerlerinden yani aileye özgülünen mallarından diğerinin kişisel mallarına yaptığı katkı oluşturmaktadır. Bununla beraber, bir eşin kişisel mallarından diğerinin aileye özgülünen mallarına yaptığı katkı alacağı düzenlenmemektedir.

<sup>144</sup> Edinilmiş mallara katılma rejiminde, malların geri alınmasını düzenleyen TMK m. 226/f.2'de kanun koyucu, "diğer önlemlerin yanında" yerine "kanunda öngörülen olanaklardan" ifadesini tercih etmektedir. TMK m. 226/f.2'deki ifade biçiminin doğru olduğu yönündeki görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 475.



### c. Paylaştırma

#### i. Paylaşma Konusu Teşkil Eden Değerler

Tasfiye sırasında paylaşma konu olan malvarlığı değerleri, TMK m. 250 uyarınca, aileye özgülenen mallardan ve bunların yerine geçen değerlerden oluşmaktadır. Buna göre, ailenin ortak kullanımına özgülenen otomobil, taşınmaz, ailenin ekonomik geleceğinin güvence altına alınması için biriktirilen döviz gibi değerler yahut bunlar sarf edilmek suretiyle iktisap edilen değerler, kira geliri gibi aileye özgülenen mallara ait haklar sebebiyle iktisap edilen değerler, mal rejiminin sona ermesi halinde paylaşma konu olurlar.

Paylaşma dışında kalan değerler ise TMK m. 250/f.2 gereğince, manevi tazminat alacaklarından, miras yoluyla edinilen mallardan ve eşe yapılan karşılıksız kazandırmalardan, ayrıca, eşin paylaşmalı mal ayrılığı rejimi öncesi sahip olduğu malvarlığı değerlerinden oluşmaktadır.

Tasfiye sırasında, paylaşma konusu değerler üzerindeki eşlerin hak sahipliğinin ne olduğu sorulabilir. Bu soruya ilişkin olarak *Gümüş*, mal rejiminin sona ermesi anında, kısa bir anlığına oluşan ve sona eren bir özel malvarlığının mevcudiyetinden bahsetmektedir<sup>145</sup>. Bu görüşe göre, aileye özgülenen mallardan oluşan bu özel malvarlığı, kısa bir süre için varlık gösterip sona ermektedir<sup>146</sup>. Aynı görüş, mal rejiminin sona ermesi ile tasfiyeye geçilmesi arasında kurulan aileye özgülenen mallar üzerinde eşlerin elbirliği ile hak sahibi olduklarını ileri sürmektedir<sup>147</sup>. Başka bir görüş ise paylaşma aşamasına geçildiği anda, aileye özgülenen mallar üzerinde eşlerin paylı mülkiyete sahip olduklarını ifade etmektedir<sup>148</sup>. Kanaatimizce, elbirliği ortaklığının kanunda öngörülen hallerde kurulması ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin hükümlerde, bu tür bir düzenlemeye yer verilmemesi sebebiyle, paylaşma konusu değerler üzerinde eşlerin elbirliği ile hak sahibi olmalarına ilişkin görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Ayrıca, TMK m. 250/f.1’de ifade edilen “yerine geçen değerler” ibaresinin, mal rejiminin başlangıcından itibaren eşlerin edinmiş oldukları, aileye özgülenen değerlerden oluşan bir malvarlığının mevcudiyetine işaret ettiği söylenebilmektedir. Zira, yerine geçen değerler, *bir sürece*, malvarlığı içerisindeki sürekli değişimlere

---

<sup>145</sup> Gümüş, s. 429-430.

<sup>146</sup> Gümüş, s. 430.

<sup>147</sup> Gümüş, s. 430.

<sup>148</sup> Acar, s. 417.

işaret etmektedir. Bu gerekçeyle de mal rejiminin sona ermesi ile anlık kurulan ve anında sona eren bir özel malvarlığı görüşüne katılmamaktayız. Bununla birlikte, paylaşmalı mal ayrılığının sona ermesi ve tasfiyeye geçilmesinin eşlerin mülkiyet ilişkisi üzerinde bir değişiklik yapmadığı, hangi eşin malik sıfatını haiz olduğu fark etmeksizin, mal rejimi sırasında emeklerinin karşılığı ile iktisap ettikleri ve aileye özgüledikleri değerlerin paylaşmaya tabi olacağı söylenebilmektedir<sup>149</sup>. Zira, bu görüş, TMK m. 244'te ifade edilen eşlerin yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlıkları üzerindeki yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarının mevcudiyeti hükmü ile de uyum göstermektedir. Bu sebeple, tasfiye sırasında, paylaşmaya konu olan bir değer üzerinde hak sahibi olan eşin bu değere ilişkin tasarruf işlemi gerçekleştirmesine de bir engel olmadığı belirtilebilir. Diğer eşin, TMK m. 1010 uyarınca, aile konutuna özgülenmiş fakat kendisinin malik olmadığı taşınmaz üzerinde şerh konulması suretiyle çekişmeli hakların korunması talebinde bulunmasına bir engel bulunmamaktadır<sup>150</sup>. Bu sebeplerle, eşlerin aile konusu mallar üzerinde paylı mülkiyet hakkına sahip olacaklarına ilişkin görüşe de katılmadığımızı ifade etmekteyiz.

## ii. Paylaştırmanın Dışında Kalan Değerler

Eşlerin, mal rejiminden önce iktisap ettikleri ve evlenmeyle birlikte getirdikleri malvarlığı değerleri ile TMK m. 250/f.2'de paylaşma dışında kalacağı düzenlenen değerler paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin sona ermesi halinde paylaştırma dışında kalacaktır. Bu noktada, ayrıca, eşlerin, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi öncesinde iktisap etmiş oldukları değerlerle mal rejimi hüküm ifade etmeye başladıktan sonra ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenen başka bir değer iktisap etmeleri halinde bu değerler paylaşma konu olacak mıdır sorusu sorulabilir. Başka bir ifade ile bir kimse, kişisel mallarına ait bir değeri sarf etmek suretiyle aileye özgülenen mallar kapsamına giren yeni bir değer iktisap ederse, bu değer, tasfiyede paylaşmaya tabi tutulacak mıdır? Daha somut bir örnek vermek gerekirse, bir kimse, evlenmeden önce bir miktar döviz biriktirmiş, bu birikimini yaptığı yatırımlarla arttırmıştır. Bu kişi, evlendikten sonra bu birikimiyle bir taşınmaz satın almış ve eşiyile birlikte bu taşınmazda yaşamını sürdürmeye başlamıştır. Eşlerin evliliklerinin boşanma ile son bulduğu bir ihtimalde, bu ev TMK m. 250 uyarınca eşler arasında paylaştırılacak mıdır? Bu sorulara cevap vermek üzere TMK m. 250/f.1'in

<sup>149</sup> Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin sona ermesi halinde, eşlerin paylaşma konusu değerler üzerindeki hak sahipliğine ilişkin, üç farklı yorum tarzı hakkında bkz. Acar, s. 417.

<sup>150</sup> Acar, s. 417.

lafzına bakmak gerekirse, bu fıkra hükmünde “eşlerden biri tarafından paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar”dan bahsedilmektedir. Madde gerekçesinde ise aileye özgülenen malların “eşlerin paylaşmalı mal ayrılığı rejimine tabi oldukları dönem içinde kazanmış oldukları ve ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgüledikleri mallar”dan bahsedilmektedir. Bu fıkra hükmünün lafzı ve gerekçesi göz önüne alınarak bir yorum yapıldığında iki farklı sonuca varılması mümkündür. Maddede eşlerin mal rejimlerinin kurulmasından sonra edinmiş oldukları değerlerden bahsedilmekte olduğu açıklaması dikkate alındığında, kaynağını ne teşkil ederse etsin bir değer, mal rejimi devam ederken iktisap edilmişse ve bu değer aileye özgülenen mallar kategorisine girmektedirse, paylaşma konu olacaktır. Dolayısıyla, eşin, evlenmeyle birlikte getirdiği değerler aracılığı ile ailenin ortak kullanımına, yararlanmasına özgülenen başka bir değer iktisap etmiş olduğu ihtimalde, bu değer tasfiyede paylaşma konu olacaktır. Bununla beraber, manevi tazminat alacaklarının, miras yoluyla edinilen malların, karşılıksız kazandırma yolu ile edinilen malların paylaşımına dışı kalacağına ilişkin TMK m. 250/f.2 hükmü göz önüne alındığında, aileye özgülenen malların kaynağının- edinilmiş mallarda olduğu üzere- eşlerin emeklerinin, çalışmalarının karşılığı ile iktisap edilen ve ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenen değerlerden oluştuğu sonucuna da varılabilmektedir. Şayet, kişisel mallar aracılığı ile iktisap edilen değerlerin aileye özgülenen mallar kategorisine girdiği kabul edilirse şöyle garip bir durum ortaya çıkabilir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminden önce kişiye manevi tazminat bedeli ödenmişse, paylaşmalı mal ayrılığı sırasında, bu bedelle aileye özgülenen bir değer satın alınmışsa bu değer aileye özgülenen mallardan oluşan malvarlığı grubuna ait olurken; mal rejimi sırasında eşe ödenen manevi tazminat bedeli ile aileye özgülenen bir değer satın alınması halinde bu yeni değer kişisel mallara ait olacaktır. Bu yaklaşım tarzı benimsendiği takdirde çelişkili bir hukuki durum ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, her ne kadar aileye özgülenen mallar kategorisine girse de kaynağının tamamını kişisel malların oluşturduğu bir değer paylaşımında, paylaşma dışında kalmalıdır. Şayet, paylaşma dışında bırakılmayacaksa da kişisel mallardan aileye özgülenen malların edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunmuşsa, bu durumda, eş katkısı oranında bedel talep edebilmelidir. Burada iki ihtimal söz konusudur.

Birinci ihtimal, bir eşin kendi kişisel mallarını feda etmek suretiyle, maliki kendi olmak üzere yeni bir değer iktisap etmesine ve bu değer aileye özgülenen bir değer özelliğini taşıması durumuna ilişkindir. İfade etmek gerekir

ki paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, TMK m. 230'da olduğu gibi malvarlığı masaları aralarındaki denkleştirmeyi düzenleyen bir madde mevcut değildir. Bu sebeple, paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin hükümlerde buna ilişkin bir boşluk olduğu söylenebilir. Bu boşluğun ise hak kayıplarının önüne geçilmesi için TMK m. 230'un kıyasen uygulanması suretiyle doldurulabileceği ileri sürülebilir.

İkinci ihtimal ise bir eşin kişisel mallarından diğer eşin aileye özgülenen mallarına bir katkıda bulunması halidir. Eşlerin, denkleştirme alacaklarına ilişkin bir hüküm mevcut olmadığı gibi, bir eşin kişisel mallarından karşı tarafın aileye özgülenen mallarına yapmış olduğu katkıya ilişkin alacak hakkını düzenleyen bir hüküm de bulunmamaktadır<sup>151</sup>. Zira, TMK m. 249 sadece paylaşırma dışı kalan malvarlığı masalarına olan katkıyı düzenlemektedir. Buna göre, eşlerden biri, yalnızca, diğerine ait olup paylaşırma dışında kalan bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç veya uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, katkısı oranında hakkaniyete uygun bir bedel isteme hakkını haiz olmaktadır. Bir eşin, diğerinin paylaşırma tabi mallarına kişisel mallarından yaptığı katkıyı talep etme hakkının düzenlenmemesi sebebiyle, burada da boşluk bulunduğu, bu boşluğun da TMK m. 227'nin kıyasen uygulanması suretiyle doldurulabileceği söylenebilir.

Paylaşırma dışında kalan diğer değerler ise ticari işletme, tarımsal işletme gibi eşlerden birine ait olan iş yerleri yahut işletmeleridir. Bu değerler, paylaşırmanın dışında kalmaktadır. Zira, TMK m. 250/f.2 uyarınca paylaşırma dışında işletmelerin ekonomik bütünlüklerinin gözetileceği ifade edilmektedir.

### iii. Paylaşırma Yöntemi

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak TMK m. 253 uyarınca paylaşırma, prensip itibarıyla, ayın olarak yapılır. Şayet, bu şekilde paylaşırmanın mümkün olmadığı durumlarda,

<sup>151</sup> Aydos, kanunda düzenleme olmamasının yaratacağı olumsuzluğu şu örnekle somutlaştırmaktadır. Verilen örneğe göre, eşlerden biri, elde ettiği manevi tazminat bedeli olan 40.000 TL'yi, mal rejimi sırasında diğer eşin iktisap ettiği (tapuda malik görüldüğü) ve aileye özgülenen taşınmaz için harcamıştır. Yazar, buna ilişkin mevcut bir hüküm bulunmaması sebebiyle, katkıda bulunan eşin, tasfiye sırasında 40.000 TL yerine ancak 20.000 TL alabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Oğuz Sadık Aydos, "Paylaşmalı Mal Ayrılığında Tasfiye", in Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri 18-19 Nisan 2018, 2019, I (1), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 485-499, s. 491 (Aydos, Paylaşmalı, s. 491).

eşler arasında bedel ödenmek suretiyle denkleştirme yapılır. Bu değer ise paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin tasfiyesi anında bedellerin sürüm değerine göre hesaplanmaktadır. Söz konusu bedelin derhal ödenmesi eş için ciddi güçlük yaratmakta ise kanun koyucu, bu eşe ödemelerini uygun bir süre ertelemesine ilişkin talep hakkı tanımaktadır (TMK m. 253/f.2). Eşlerin aksini kararlaştırmamış olduğu durumda, tasfiyenin sona ermesinden itibaren denkleştirme bedeline faiz yürütülür (TMK m. 253/f.3). Buna ek olarak, TMK m. 253/f.3 uyarınca, borçlu eşten durumun ve koşulların gerektirdiği hallerde güvence de istenebilmektedir.

Paylaştırmaya geçilmeden önce<sup>152</sup>, paylaşım konusu değerlerin edinilmesinden doğan borçlar indirilir.

#### **iv. Paylaşmaya İlişkin Özel Durumlar**

##### **iv.a. Paylaştırmaya Aykırı Davranışlar**

Bir eşin paylaştırmaya aykırı davranışları sonucunda hâkime, diğer eşin denkleştirme alacağını hakkaniyete uygun şekilde belirleme yetkisi tanınmaktadır (TMK m. 251/f.1). Mal rejiminin sona ermesinden önce, olağan hediyeler dışında üçüncü kişilere yapılan ve diğer eşin rızası olmaksızın karşılıksız kazandırmalar kanun uyarınca paylaştırmaya aykırı davranış teşkil eder (TMK m. 251/f.2). Bu durumda, hâkim, somut olayın özelliklerine göre diğer eşin denkleştirme alacağını belirleme yetkisini haizdir.

##### **iv.b. Paylaştırmada Aile Konutu ve Ev Eşyasının Durumu**

Ailenin ortak kullanımına özgülümlenmiş değerlerden aile konutunun ve ev eşyalarının, evliliğin, iptal ile yahut boşanma ile sona ermesi durumunda akıbetlerinin ne olacağı konusunda eşlerin anlaşması mümkündür. Buna göre, eşler aralarında anlaşarak aile konutunun, ev eşyalarının kim tarafından kullanılacağına karar verebilirler (TMK m. 254/f.1). Bunun üzerine, aile konutu konutunda kalma hakkını elde eden eş, bu hakkının tapu kütüğüne şerh verilmesini de talep edebilmektedir (TMK m. 254/f.1). Şayet, eşler bu hususlar üzerinde anlaşma sağlayamazlarsa, hâkim çocuğun menfaati gibi somut olayın özelliklerini göz önüne alarak aile konutunda kimin ne kadar süre kalacağına ilişkin kararı re'sen verir ve bunun tapu kütüğüne şerhi için gerekli bildirimde bulunur (TMK m. 254/f.2). Bu sürenin bitiminde, aksine karar verilmemişse, hak sona ermektedir (TMK m. 254/f.3). Eşin durumunda değişiklik olması

---

<sup>152</sup> Öztan, s. 565.

ihtimalinde, diğer eşin hâkimden kararının gözden geçirilmesine ilişkin talep hakkı mevcuttur (TMK m. 254/f.3). Aile konutu, kira sözleşmesi uyarınca kullanılmakta ise hâkim, konutta kiracı sıfatını haiz olmayan eşin oturmasına karar verebilir (TMK m. 254/f.4).

Evliliğin ölüm ile sona ermesi halinde sağ kalan eş, miras ve paylaşmadan doğan hakkına mahsup edilmek üzere (yetmediği halde üzerine bedel eklemek sureti ile) paylaşma konusu teşkil eden aile konutu ve ev eşyaları üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir (TMK m. 255/f.1)<sup>153</sup>. Ölen eşin diğer mirasçılarının yahut sağ kalan eşin talebi üzerine bu değerler üzerinde intifa hakkı veya oturma hakkı tanınması da söz konusu olabilir (TMK m. 255/f.2). Mülkiyet hakkı, intifa hakkı veya oturma hakkı tanınmasının istisnasını ise miras bırakanın meslek veya sanat icra etmesine özgülediği değerler oluşturmaktadır (TMK m. 255/f.3). Buna göre, miras bırakanın alt soyu aynı meslek veya sanatı icra etmekteyse, sağ kalan eş bu değerler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı, intifa hakkı yahut oturma hakkı tanınmasını talep edemez (TMK m. 255/f.3). Tarımsal taşınmazlarda da miras hükümleri saklıdır (TMK m. 255/f.3).

## SONUÇ

Seçimlik mal rejimlerinden biri olan paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde eşlerin her birine ait kişisel malları ve aileye özgülenen malları bulunmaktadır. Eşler, kendi malvarlıkları üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkilerini haiz olup, kanunda aksi öngörülmediği sürece yapacakları işlemler için diğer eşin iznine veya icazetine ihtiyaç duymazlar. Bu malvarlığı masalarından aileye özgülenen değerlerin oluşturduğu malvarlığı masasının muhtevasının değişimlere karşı korunmasında her bir eşin menfaati bulunmaktadır. Kanun koyucu, bu sebeple, TMK'nın 250. maddesinde, ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına tahsis edilen değerlerle, ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almak için iktisap edilen değerlerin ve bunların yerine geçen değerlerin de bu malvarlığına ait olacağı düzenlenmektedir. Benzer şekilde, aynı korumanın kişisel mallar için de söz konusu olduğu TMK'nın 249. maddesinin ikinci fıkrasından çıkarılabilmektedir. Buna göre, katkıdan doğan

<sup>153</sup> Edinilmiş mallara katılma rejiminde sağ kalan eşin konut ve ev eşyası üzerindeki talep hakkı hakkında bkz. Müge Ürem, "TMK m. 240 Hükmü Uyarınca Sağ Kalan Eşin Konut ve Ev Eşyası Üzerindeki Talep Hakkı", Şükran Şıpka (Ed.) in Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019, Birinci Baskı, On iki Levha, 2019, s. 25-29; Müge Ürem, "TMK m. 240 Hükmü Uyarınca Sağ Kalan Eşin Konut ve Ev Eşyası Üzerindeki Talep Hakkı", 2020, 10(2), Hacettepe HFD, s. 638-697.

hakka ilişkin istem, paylaşırma dışında kalan malın yerine geçen değerler için de geçerlidir. Bu hükümler, aynı ikame kuralı (İsviçre doktrinindeki görüşe göre malvarlığında ikame kuralı) uygulaması teşkil etmektedirler. Bu malvarlığı masalarının değişimlere karşı nasıl korunduğu sorusuna cevap vermek üzere edinilmiş mallara katılma rejiminde *yerine geçen değerlerle* neyin kastedildiğinin öncelikle tespiti gerekmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde, yerine geçen değerlerin yalnızca hukuki işlem aracılığı ile iktisap edilen değerleri kapsamadığı yönündeki görüş birliği uyarınca, bu malvarlığına ait haklar aracılığıyla iktisap edilen değerlerle, bu değerlerin yok olması, zarar görmesi ve bu değerlere el konulması sebepleriyle ödenen tazminat bedellerinin, sigorta bedellerinin de bu özel malvarlığına ait olacağı kabul edilmektedir<sup>154</sup>. Edinilmiş mallara ilişkin doktrinde ve şerhlerde yapılan bu açıklamalar, uygun düştüğü ölçüde, aileye özgülenen mallar ve kişisel mallar hakkında da uygulama alanı bulur. Zira, bu hükümlerin koruma amacı, malvarlığı masalarının, değişimlerden etkilenerek muhtevalarında gerçekleşecek azalmaların önlenmesi ve eşlerin mal rejiminin sona ermesi halinde mağduriyet yaşamalarının engellenmesidir.

### KAYNAKÇA

- Acabey B, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, 17-18 Kasım 2006, Şükran Şıpka / Barış Özbilen / Ebru Şensöz (Yayına hazırlayan), T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2007.
- Acar F, Aile Hukukumuzda Aile Konutu- Mal Rejimleri ve Eşin Miras Payı, Genişletilmiş Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin, 2016.
- Adalet Bakanlığı, “Madde 250” in Türk Medenî Kanunu, Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara, Açık Cezaevi Matbaası, 2002.
- Akbiyık C, Miras Sebebiyle İstihkak Davası Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Işığında Bilimsel Bir Sentez Denemesi, Der Yayınları, 2003.

---

<sup>154</sup> Bkz “i. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde “yerine geçen değerler” Kavramının ve Aynı İkame İlkesi Uygulamasının İncelenmesi” başlığı altındaki değerlendirmeler.

- Akıncı Ş, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri”, 2016, 22(3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 165-190.
- Akıntürk T, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış İkinci Cilt, 10. Bası, Beta, 2006.
- Akkanat H, “Yasal Mal Rejimi Değişikliğine Eleştirel Bir Yaklaşım”, (1), 2004, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 54-57.
- Akipek Öcal Ş, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Sona Erdiren Haller ve Sona Erme Anı” in Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri 18-19 Nisan 2018, 2019, I (1), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 457-470.
- Aldemir İ P, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi. On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Antalya O G, Miras Hukuku Cilt 3, Osman Gökhan Antalya (editör), Osman Gökhan Antalya/İpek Sağlam (Yayına hazırlayanlar), Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, 2019.
- Atalı M/ Ermenek İ/ Erdoğan E, Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.
- Aydos O S, “Eşlerin Geçmiş Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)”, 2016, 22 (3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 383-393.
- Aydos O S, “Paylaşmalı Mal Ayrılığında Tasfiye” in Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri 18-19 Nisan 2018, 2019, I (1), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 485-499 (Aydos, Paylaşmalı, s...).
- Ayiter N, Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No 229, Sevinç Matbaası, 1968.
- Birkmeyer K, Ueber das Vermögen im juristischen Sinne, Verlag von Palm&Enke, 1879.
- Coester-Waltjen D, “Die dingliche Surrogation”, 1996, JURA, s. 24-28.
- Consmüller J, Die Surrogation beim Vorbehaltsgut (§ 1370 BGB) und ihre Wirksamkeit dritten Personen gegenüber, Buchdruckerei August Pries, 1916.



- Czyhlarz K, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes, 16. unveränderte Auflage, 1919.
- Çakır Yeral V, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2014.
- Deschenaux H. / Steinauer P H / Baddeley M, Les effets du mariage, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2009.
- Devetzis D, Die dingliche Surrogation als Rechtsprinzip, V&R Unipress, 2018.
- Dural M / Öğüz T / Gümüş M A, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.
- Eggel M, Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht, Bern Stämpfli, 2013.
- Einsele D, Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips unter besonderer Berücksichtigung des Geschäfts für den, den es angeht, der fiduziarischen Treuhand sowie der dinglichen Surrogation, 1990, JZ, s. 1005-1014.
- Eren F / Yücer Aktürk İ, Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, 2019.
- Escher A, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III, Das Erbrecht, Erste Abteilung, Die Erben (Art. 457–536); Zweite Abteilung, Der Erbgang (Art. 537–640), 3. Auflage, Schultess & CO AG, 1959/60.
- Filius P C, Periousia kai xoristes periousies. Symvolistis ennoies ypokeimeno kai antikeimeno dikaiou meta to n. 4072/2012 (Vermögen und Sondervermögen. Beitrag zu den Begriffen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt nach dem Gesetz 4072/2012), 2015.
- Fleindl H., “BGB § 2019” in Nomos Bürgerliches Gesetzbuch Erbrecht Band 5 §§ 1922- 2385 BGB, Ludwig Kroiß / Christoph Ann, / Jörg Mayer (Hrsg.), 5. Aufl, Deutcher Anwalt Verein, 2018.
- Fuchs J, Sondervermögen, Klaus Weber (Hrsg), Creifelds kompakt Rechtswörterbuch, 3. Edition, Verlag C.H. BECK, 2020.
- Gençcan Ö U, Mal Rejimleri Hukuku, 5. Baskı, Yetkin, 2018.
- Genner A, Das Surrogationprinzip und seine Anwendung beim Sondergut und beim eingebrachten Frauengut des Z.G.B., Buch- und Kunstdruckerei Richterswil, 1932.
- Girsberger A, Die dingliche Surrogation Der Begriff und seine praktische

Bedeutung für das schweizerische Recht, H.R. Sauerländer, 1955.

Gottofrey, M (Rapporteur français de la commission), Die Eröffnung des Erbganges, Vorlage des Bundesrates Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (Sten. Bull.) XVI Nr. 12, < <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20027487.pdf?ID=20027487> > Erişim Tarihi 06 Ekim 2020.

Gümüş A, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat Kitapçılık, 2008.

Gürzumar O B, “Türk Medenî Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, 2004, 1(1), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, s. 105 – 161.

Hasse, “Ueber Universitas Juris Und Rerum, Und Über Universal- Und Singular-Succession.”

Archiv Für Die Civilistische Praxis, 1822, 5 (1), s. 1–68, < [www.jstor.org/stable/41003501](http://www.jstor.org/stable/41003501) > Erişim Tarihi 10 Aralık 2020.

Hausheer H / Reusser R/ Geiser T, “Art.197 ZGB” in BK- Berner Kommentar Band/Nr.II/1/3/1 Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Stämpfli Verlag, 1992.

Hausheer H/ Aebi- Müller R, “Art. 197 ZGB” in Thomas Geiser / Chris Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Auflage, 2018 (BSK/Hausheer/Aebi-Müller, Art. 197 ZGB, N...).

Hausheer H/Geiser T/Aebi-Müller R E, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinats, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, 2014.

Heumann H G, Handlexikon zu den Quellen des Römischen rechts, 7. Auflage, Verlag von Gustav Fischer, 1891.

Huwiler B, “Beiträge zur Dogmatik des neuen ordentlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung”: BTJP 1987 in Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1988, s. 63-115.

İmre Z / Erman H, Miras Hukuku, Gözden geçirilmiş 13. Basım, Der Yayınları,

2017.

Jakob D, “ Art. 197 ZGB” in Andrea Böhler / Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, N. 9 (KUKO/ Jakob, Art. 197 ZGB, N....).

Jones W, The Law and Legal Theory of Greeks An Introduction, Oxford At The Clarendon Press, 1956.

Jungo A, “Art. 197 ZGB” in Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016 (CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N....).

Kılıçoğlu A M, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

Kılıçoğlu A M, Medenî Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2004.

Kılıçoğlu Yılmaz K, Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi, 9 (99), Kasım 2014, Terazi Hukuk Dergisi, s. 31-40.

Kipp T/ Coing H, Erbrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1978.

Koch B A, “§ 81 EheG” in Koziol, Helmut/ Bydliniski, Peter/ Bollenberger, Raimund (Hrsg.)

Kurzkomentar zum ABGB Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz und Europäisches Vertragsstatutübereinkommen, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, SpringerWienNewYork Springer-Verlag/Wien, 2007 (KBB/Koch, § 81 EheG, s..., Rz...).

Koziol H/ Welsch R / Kletečka A, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band I Allgemeiner Teil Sachenrecht Familienrecht, 14. Auflage, MANZ Verlag Wien, 2014.

Kurtulan Güner G, Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Lange H/ Kuchinke K, Erbrecht Ein Lehrbuch, Fünfte völlig neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. BECK, 2001.

Lemp P, Ersatzanschaffungen Nach Ehelichem Güterrecht, 1957, (93), ZBJV.

Leuch G, Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Art. 598-601 unter berücksichtigung des gemeinen französischen und

- deutschen rechtes, Buchdruckerei J. Fischer-Lehmann, 1912.
- Lindenberg E, Die dingliche Surrogation beim Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuch, Buchdruckerei Carl Pfeffer, 191.
- Löhnig M, ‘Probleme der dinglichen Surrogation am Beispiel der §§ 1370, 2019 BGB’, 2003, Heft 12, JA.
- Lütke E, Eigengut und Errungenschaft im neuen ordentlichen Güterstand gemäss dem Entwurf des Bundesrates vom 11. Juli 1979, Druck und Verlag Offset 200 Zell AG, 1981.
- Marly J, “vor BGB § 90” in Manfred Wolf (Bandredaktor)/ Hermann Fahse/ Walther Hadding/ Irmgard Heinrich/ Jochen Marly/ Klaus Neuhoff/ Manfred Wolf (Bearbeiter), Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB) Band 1, Allgemeiner Teil 1: §§ 1-103 BGB, Verlag W. Kohlhammer, 13. Auflage, 2000.
- Marrel A, L’action en pétition d’hérédité, Thèse Lausanne, 1915.
- Mehmet Erdem, Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, 2019.
- Menken H, Die Dingliche Surrogation bei den Sondervermögen die Familien und Erbrechts, 1991.
- Mühlenbruch, “Ueber Die s. g. Juris und Facti Universitates” Archiv Für Die Civilistische Praxis, 1834, 17(3), s. 321–379, < [www.jstor.org/stable/41003773](http://www.jstor.org/stable/41003773)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2020.
- Nademleinsky M, “Österreich” in Jürgen Rieck, (Hrsg.), Ausländisches Familienrecht, 19. Ergänzung, C.H. BECK oHG, 2020.
- Nuspliger I, “Art. 197 ZGB” in Jolanta Kren Kostkiewicz / Stephan Wolf / Marc Amstutz /
- Roland Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar- Schweizerisches Zivilgesetzbuch Orell Füssli Kommentar (OFK), 3. überarbeitete Auflage, 2016 (OFK/ Nuspliger, Art. 197 ZGB, N...).
- Oğuzman M K, Miras Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, 1978.
- Oswald H, Das Prinzip der dinglichen Surrogation und seine Geltung im Erbrecht des Z.G.B., 1937.
- Özdamar D/ Kayış F/ Yağcıoğlu B/ Akgün A, Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 5. Baskı, Seçkin, 2019.

- Öztañ B, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2015.
- Öztañ B, Miras Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2014 (Öztañ, Miras Hukuku, s...).
- Özüğur A İ, Mal Rejimleri, Genişletilmiş 8. Baskı, Seçkin, 2015.
- Petra Pohlmann, "BGB § 1075" in Reinhard Gaier (Redakteur) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 8: Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, 8. Auflage, Verlag C.H. BECK, 2020.
- Piotet P, Schweizerisches Privatrecht Erbrecht Band IV/2, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1981.
- Reischl K, "BGB § 1075", Wolfgang Hau / Roman Poseck (Hrsg), BeckOK BGB Buch 3 Sachenrecht, 54. Ed. , Verlag C.H. BECK, 2020.
- Rossel V/ Mentha F H, Manuel du Droit Civil Suisse, 2. Ed, Librairie Payot & CIE, 1931.
- Russmann D, Erwerb mit Mitteln der Erbschaft Die rechtsgeschäftliche dingliche Surrogation gemäß §§ 2019 I, 2111 I 1 BGB vor dem Hintergrund des »tracing« im englischen Recht, Mohr Siebeck, 2017.
- Rüthers B/ Stadler A, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Auflage, Verlag C.H. BECK, 2017.
- Sarı S, Evlilik birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007.
- Schmid J / Schnyder B / Jungo A, "§ 32 Die Errungenschaftbeteiligung" in Peter Tuor / Bernhard Schnyder (Hrsg.), Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Schulthess Verlag, 2015.
- Schmitt E, Die Surrogation im bürgerliche Gesetzbuch, Hof- und Universitäts-Druckerei, 1902.
- Schucan M A, Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fluntern, 1943.
- SchwindF, Kommentar zum österreichischen Eherecht, 2., völligneubearbeitete Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1980.
- Serozan R/ Engin B İ, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin, 2019.
- Servatius W, "BGB § 1075" in Beate Gsell/ Wolfgang Krüger/ Stephan Lorenz/ Christoph Reymann (GesamtHrsg.) /Christoph Reymann

- (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch beck-online. GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, Verlag C.H.BECK, 2019.
- Simonius P, Die güterrechtliche Surrogation, Helbing & Lichtenhahn,1970 (BStR Heft 94).
- Sirmen L, Eşya Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Somm P, Die Erbschaftsklage des ZGB (Art. 598-600 ZGB), Reiche II Rechtswissenschaft Vol/Band 1996, Peter Lang, 1995.
- Steck D / Fankhauser R, “Art.197 ZGB” in Scheidung Band I: ZGB Band II: Anhänge Sechster Titel: Das Güterrecht der Ehegatten Zweiter Abschnitt: Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2017.
- Stiebitz H, Die Surrogation im Erbrecht, Juristische Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, 2006.
- Stieper M, “BGB § 90”, Julius von Staudinger (Begründet von) / Norbert Habermann/Joachim Jickeli/Hans-Georg Knothe/Reinhard Singer/Malte Stieper (Hrsg), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 90-124; §§ 130-133, 2017.
- Strauch D, Mehrheitlicher Rechtersatz Ein Beitrag zur “dinglichen Surrogation” im Privatrecht, 1992, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1972.
- Tuor P/ Piconi V, “Art. 599 ZGB” in Berner Kommentar, Bd. III, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie, 1966.
- Umur Z, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul Üniversitesi Yayın No. 3170, Hukuk Fakültesi No. 677.
- Ünal A, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış”, 2019, 23(4), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 121-140.
- Ünal A, “Türk Medeni Kanunu’nda Mal Rejimine İlişkin Hak İhlalleri” in Akın Ünal/ Arif Kalkan (Eds), Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı, Adalet Yayınevi, 2019 (Ünal, Hak İhlalleri, s...).
- Ürem M, “TMK m. 240 Hükmü Uyarınca Sağ Kalan Eşin Konut ve Ev Eşyası

- Üzerindeki Talep Hakkı”, Şükran Şıpka (Ed.) in Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019, Birinci Baskı, On iki Levha, 2019.
- Ürem M, “TMK m. 240 Hükümü Uyarınca Sağ Kalan Eşin Konut ve Ev Eşyası Üzerindeki Talep Hakkı”, 2020, 10(2), Hacettepe HFD, s. 638-697.
- Vieweg K/ Lorz S, “BGB § 90”, Maximilian Herberger/ Michael Martinek/ Helmut Rüßmann/ Stephan Weth/Markus Würdinger (Gesamtherausgeber)/ Klaus Vieweg (Bandherausgeber), juris Praxiskommentar BGB Band 1- Allgemeiner Teil, 9. Auflage, 2020.
- von Tuhr A, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Band I, Verlag von Duncker & Humboldt /Berlin, 1957.
- Waller A, “Surrogation” Eine Studie aus dem modernen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Bedeutung des Problems der Einheit und Identität, Carl Georgi Universitäts- Buchdruckerei und Verlag, 1904.
- Windmüller E, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes pretium res succedit in locum rei, res in locum pretii nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, Carl Winter’s Universitätsbuchhandlung, 1902.
- Wolf M, “Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation”, 1976, Heft 1, JuS, s. 32-36 [Wolf (1976), s...].
- Wolf M, “Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation”, 1975, JuS, s. 710-715.
- Wolf M/ Wellenhofer M, Sachenrecht, 35. Auflage, Verlag C.H. BECK, 2020.
- Zeytin Z, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin, 2017.





# TÜRK HUKUKUNDA DİJİTAL MİRAS: KARŞILAŞILAN SORUNLAR VE ULUSLARARASI UYGULAMALAR ÇERÇEVESİNDE BAZI ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Hasan ALTINDAL\*

Yusuf Enes ARSLAN\*\*

## ÖZ

Son yıllarda bilişim teknolojileri hızla gelişmekte ve özellikle ağ tabanlı hukuki işlemler çeşitlenerek artmaktadır. Bu tür teknolojik gelişim süreçlerinde kişilere yol gösterecek ve bilişim dünyasında ortaya çıkan uyumsuzluklarda başvurulacak hukuk normlarının varlığı, hukuk sistemine olan güveni artıracaktır. Aksi takdirde değişimlere aynı hızda uyum sağlayamayan hukuk sistemlerinde birtakım sorunların yaşanılması kaçınılmaz hale gelecektir.

21. yüzyılın hayatımıza kazandırdığı en önemli yeniliklerinden birisi de internetin yaygın ve çok boyutlu kullanımı ve özellikle dijital ekonomik faaliyetlerin ciddi oranda artmasıdır. Bu çerçevede, dijital ortamdaki işlemlerin hukuki açıdan sağlıklı bir zemine oturtulması ve yapılan işlemlerde gerçek kişilerin hakları ile maddi değerlerinin korunması büyük önem arz etmektedir.

Kişilerin kişisel ve ekonomik faaliyetlerini dijital ortama taşımalarıyla birlikte karşımıza çıkan önemli konulardan birisi de “dijital miras”tır. Bu konu üzerinde uluslararası yeknesak hukuk kuralları bulunmadığı gibi ülkelerin konuya bakış açıları da farklılık göstermektedir. Konu, Türk Hukuku açısından değerlendirildiğinde ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun miras hukukuna ilişkin hükümleri ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu dışında somut olaya uygulanacak başka hukuk normunun bulunmadığı görülmektedir.

Bu çalışmada; gerçek kişilere ait dijital varlıkların miras hukuku açısından değerlendirilmesi yapılacak ve uygulamada karşılaşılan sorunlara ilişkin çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Bilişim Hukuku, Dijital Miras, Dijital Varlık, Miras Hukuku, Sosyal Medya.

*Jel Kodları:* K10, K24, K15, O30.

\* Sayıştay Uzman Denetçisi/ANKARA e-posta: hasanaltindal@sayistay.gov.tr  
Orcid ID: 0000-0002-0191-7940

\*\* Avukat; e-posta: ensrsln@outlook.com  
Orcid ID: 0000-0002-2984-5256

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.871081

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 08/05/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 06/01/2021

**DIGITAL INHERITANCE IN TURKISH LAW: ENCOUNTERED PROBLEMS  
AND SOME SOLUTION PROPOSALS IN THE FRAMEWORK OF  
INTERNATIONAL IMPLEMENTATIONS**

**ABSTRACT**

*Recently, information technologies have developed rapidly, and network-based legal procedures have increased and diversified. The existence of legal norms that guide people in technological development processes and be applied in disputes arising in digital world, would increase the trust in judicial system. Otherwise, it is inevitable to experience some problems in legal systems that cannot adapt to changes at the same pace.*

*One of the most important innovations that the 21st century has brought is the widespread and multidimensional use of internet and, the significant increase in digital economic activities. In this context, it has critical importance to place the transactions on legal basis and to protect the rights and tangible assets of individuals in the digital environment.*

*One of the problems that arise at this point is “digital inheritance”. There is no international uniformity on this issue and the perspectives of countries are differ. In terms of Turkish Law, there are no legal norms to be applied except the Turkish Civil Law numbered 4721 and the Law on Intellectual and Artistic Works numbered 5846.*

*In this study, personal digital assets will be evaluated in terms of inheritance law and solutions will be proposed for the problems encountered in practice.*

**Keywords:** *IT Law, Digital Inheritance, Digital Assets, Inheritance Law, Social Media.*

*Jel Codes: K10, K24, K15, O30.*

## **GİRİŞ**

İnsanların günlük yaşamlarının kaçınılmaz bir parçası olan dijital iş ve işlemler, bazı hukuk dallarında olduğu gibi miras hukukunu da yeniliğe zorlamaktadır. Dijitalleşen dünya ile birlikte ortaya çıkan hukuki uyumsuzluklara uygulanacak hukuk normlarının eksikliği nedeniyle yaşanan bu uyumsuzluklar çözüme kavuşturulamamaktadır. Son yıllarda bireyler ile bilişim teknolojileri arasındaki ilişkinin doğal bir sonucu olan “dijital miras”, birçok bilimsel çalışmaya konu edilmiş ve dijital çağda hukuksal açıdan çözülmesi gereken problemlerden birisi olarak karşımıza çıkmıştır.

Bazı sosyal medya platformları, kullanıcının ölümünden sonra “hesap varisi” gibi isimler adı altında ölen kişinin yakınlarının ilgili sosyal medya hesabını sınırlı bir şekilde kullanmasına izin vermekte veya ölen kişinin sosyal medya hesabının yalnızca anı niteliğinde görüntülenmesi şeklinde düzenlemeler yapmaktadır. Diğer bir taraftan bazı platformlarda ise kullanıcının ölümünden sonra hesabın kapatılması ya da tamamen silinmesi gibi çözümler sunulmaktadır. Buna karşın birçok ülkede dijital varlığın mirasçılara intikali hakkında uygulanabilecek hukuki düzenlemeler bulunmamaktadır.

Murisin ürettiği veya sahip olduğu dijital varlıklardan hangilerinin mirasçılara intikal edeceği konusunda, dijital varlığın fikri mülkiyet koruması altında olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir. Öyle ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun miras hukukuna ilişkin maddeleri ve 5864 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun özellikle 19’uncu maddesi ve diğer ilgili maddeleri birlikte düşünüldüğünde, fikri mülkiyet korumasına alınmış olan dijital varlıkların mirasçılara intikali konusunda herhangi bir sorun olmayacağı öngörülmektedir.

Murisin sahip olduğu internet hesaplarının mirasçılara devri açısından “üyelik, kullanıcı, gizlilik veya hizmet sözleşmesi” gibi farklı adlar altında hizmet sunucusu ile muris arasındaki sözleşmelerin büyük önemi bulunmaktadır. Bu sözleşmelerin bir kısmı mirasçılara hesap devir imkânı verirken bir kısmı da muris tarafından sadece hizmet satın alındığından, murisin ölümüyle bu hizmeti vermeyi durdurduğunu ileri sürmekte ve hesap devrini yapmamaktadır.

Bu çalışmanın amacı; kişinin dijital malvarlığı kapsamına nelerin alınabileceği ve dijital miras kavramının içine hangi varlıkların ne şekilde dâhil olabileceği gibi sorularına yanıt aramaktadır.

Çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Konunun kapsamlı bir şekilde anlaşılması ve teknik boyutunun önem arz etmesi nedeniyle birinci bölümde, bazı miras hukuku terimleri ve bu terimlerle ilişkili bilişim tanımlarına yer verilmiştir.

İkinci bölümde, mirasa konu olabilecek dijital varlıklar detaylı bir şekilde incelenmiştir. Bunlar arasında murisin maddi ve manevi değer taşıyabilecek e-posta içerikleri, kişisel sosyal medya hesapları, internet hesapları ve alan adları, çevrimiçi oyun hesapları ve karakterleri, kullanma ve kiralama hakları

(e-kitap, müzik, film, oyun, program vb.), ödeme ve para transfer hesapları ile elektronik para hesapları önemli bir yere sahip olduğu için çalışmaya dahil edilmiştir.

Uygulamada karşılaşılan sorunlar ve uluslararası uygulama örnekleri ile mahkeme kararları, çalışmanın üçüncü bölümünde yer almaktadır. Ayrıca bu bölümde, sorunun teknik ve hukuki boyutu incelenmektedir.

Son bölümde ise sorunun çözümüne ilişkin bazı çözüm önerileri sıralanmaktadır. Çalışmanın konusu, çok boyutlu ve çok taraflı bir yapıya sahip olduğu için herkes için uygun bir çözümün üretilmesi ve bu çözümün etkin bir şekilde uygulanması kısa vadede mümkün olmamaktadır. Gerek kişi haklarının korunması gerekse miras hukukuna ilişkin kuralların sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi için önemli görülen bazı teknik ve hukuki altyapı değişikliklerine ilişkin öneriler çalışmanın son bölümünde verilmektedir.

## **I. KAVRAMLAR**

Bu bölümde çalışmanın konusu kapsamında bazı bilişim terimleriyle bazı miras hukuku kavramları açıklanmaktadır. Türk Hukukunda miras hukuku, 4732 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 495'inci maddesi ile 682'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ancak miras hukukunda kullanılan tüm kavramlar 4732 sayılı Kanun'da belirtilmemiştir. Bu nedenle bazı kavramların tanımlanmasında doktrin ve içtihatlardan faydalanılmaktadır.

### **A. Miras, Tereke ve Mirasçı**

*Miras*; en geniş anlamıyla kişinin ölümü ile mirasçılara geçebilen tüm malvarlığı değerlerini, özel hukuk ilişkilerini ve kişisel hakların tamamını ifade etmektedir<sup>1</sup>. 22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 575'inci maddesinde yer alan düzenlemeye göre miras, miras bırakanın ölümüyle açılır.

*Miras bırakan*, ölümünün gerçekleşmesiyle kendisine ait tüm özel hukuk ilişkilerinin hukuki sonuçlarının düzenlendiği gerçek kişidir<sup>2</sup>. Ölüm, sadece gerçek kişiler için söz konusu olduğundan ancak gerçek kişiler miras bırakan

<sup>1</sup> Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku*, Der Yayınları, 13. Basım, İstanbul, 2017, s. 9-10.

<sup>2</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitapevi, 1987, s. 30; Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, Filiz Kitabevi, 2004, s. 38.

olabilir. Bu çerçevede tüzel kişilerin miras bırakan olması mümkün değildir<sup>3</sup>.

Miras bırakanın geride bıraktığı terekenin üzerinde bir bütün olarak *külli halef* sıfatıyla hak sahibi olan kişiler *mirasçı* olarak tanımlanmaktadır. Kanun gereği mirasa çağrılan mirasçılara *yasal* veya *kanuni mirasçı*; miras bırakanın iradesiyle mirasa çağrılan mirasçılara *atanmış, iradi* veya *mansup mirasçı* denilmektedir<sup>4</sup>.

*Tereke* ise miras bırakanın mirasçılara geçebilen tüm malvarlığı değerleri ve özel hukuk sözleşmelerini ifade eder. Bu tanımdan yola çıkarak mirasın aynı zamanda tereke anlamında kullanıldığını söylemek mümkündür<sup>5</sup>.

27/11/2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) "*Miras*" başlıklı 20'nci maddesinde miras, ölenin milli hukukuna tabi olmakla birlikte Türkiye'de bulunan taşınmazlarla ilgili Türk hukuku uygulanacaktır ifadesi yer almaktadır. Ölen kişinin kendi milli hukukuna uygun olarak yaptığı ölüme bağlı tasarruflar da aynı kanun maddesinde yer alan düzenlemeye göre geçerli olarak kabul edilmektedir.

Devlet haricindeki tüzel kişiler, işin niteliği gereği sadece iradi mirasçı olabilmektedirler. Buna göre miras bırakanın iradesi ile mirasçı olabilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 501'inci ve 5718 sayılı MÖHUK'nun 20'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre geride mirasçı bırakmadan ölen kişinin terekesi devlete kalmaktadır.

## B. Kişilik Hakkı ve Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar

*Kişilik hakkı*, şahsa bağlı olan kişisel varlıklara dayanan bir haktır<sup>6</sup>. Kişilik hakkının korunması, Türkiye Cumhuriyeti anayasasının 5'inci maddesinde, "Devletin Temel Amaç ve Görevleri" başlığı altında sayılmıştır<sup>7</sup>. Bireyin şahsi

<sup>3</sup> Mustafa Dural ve Turgut Öz, Türk Özel Hukuku Cilt: 4 Miras Hukuku, 8.Baskı, Filiz Kitabevi, 2015, s. 5.

<sup>4</sup> Akkanat, s.38; Dural ve Öz, s. 5.

<sup>5</sup> Dural ve Öz, s. 5.

<sup>6</sup> Yaşam, sağlık, özgürlükler, şeref ve haysiyet, özel yaşam, isim, resim, his yaşamı gibi kişisel varlıklar üzerindeki haklar kişilik hakkını ifade etmektedir.

<sup>7</sup> Anayasanın 5'inci maddesi; "*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*" şeklindedir.

varlıklarına yönelik gerçekleştirilen saldırılar kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır. Kişilik hakkı, “*kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden öğelerin tümü üzerindeki hakları*” olarak da tanımlanabilir. Kişinin şeref, onur ve saygınlığını toplum içinde ortadan kaldıran veya zedeleyen tüm saldırılar “kişilik hakkına saldırı” olarak kabul edilmektedir. Kişilik hakkı, kişinin tüm korunan haklarının, değerlerinin ve varlıklarının bütünüdür. Bu bakımdan hukuken korunan ve kişiyle ilgili tüm değerler “kişilik hakkı” kavramı kapsamında değerlendirilmektedir<sup>8</sup>.

Kişinin şeref ve haysiyetine karşı saldırılar, kişilik haklarına saldırıların en sık rastlanan türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişinin manevi değerlerini zedeleyen durumlara; kişiyi küçük düşürmek, diğer insanlara yanlış tanıtmak, kişiye düşmanca davranmak ve diğer insanlar nazarında zor duruma sokmak, gülünç duruma düşürmek gibi tutum ve davranışlar örnek olarak verilebilir<sup>9</sup>.

Genellikle şahsa bağlı haklar, ölümle sona ereceğinden mirasa konu olmaları mümkün değildir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar ancak hak sahibi tarafından kullanılabilen, temsil yoluyla dâhi kullanılmayan ve devredilemeyen haklardır. Doğal olarak bu hakların mirasçılara devredilememektedir. Şahsa bağlı hakların bir kısmının kullanılmasında ölen kişinin iradesi tespit edilebiliyor ise mirasçılar bu hakkın kullanılmasını devam ettirebilirler. Manevî tazminat davasını açma hakkının mirasçılara intikal edip etmeyeceği hususunda hâkim görüş, zarar görenin bu davayı açma hakkını açıklamış olması ve özellikle bunun için bir avukat tayin etmiş bulunması halinde, davanın mirasçılar tarafından da açılabileceği yönündedir<sup>10</sup>. Bu çerçevede Yargıtay, manevi tazminat davası açılmış olması veya ölen kişinin bu husustaki iradesinin tespit edilmesi durumunda, mirasçıların davayı takip edebileceğini veya davanın ikame edilebileceğini içtihat etmiştir<sup>11</sup>.

Son yıllarda internet ortamında ve özellikle sosyal medya hesapları üzerinden kişilik haklarına saldırı büyük oranda artmıştır. Dolayısıyla bu

<sup>8</sup> Ahmet Kılıçoğlu, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 3.Baskı, Turhan Kitabevi, 2008, s. 3; Mustafa Dural, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, 1995, s. 101; Bilge Öztan, Şahsın Hukuku Gerçek Kişiler, Turhan Kitabevi, 1994, s. 110; Fikret İlkiz ve Barış Günaydın, “Kişilik Hakları-Medyada Etik ve Yargı Kararları”, 2006, (2), Küresel İletişim Dergisi, s. 2.

<sup>9</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 16.04.2003, 2002/14497 E. 2003/4830 K.

<sup>10</sup> Dural, s. 101; Kılıçoğlu, s. 8.

<sup>11</sup> Kemal Tahir Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, 1973, 30(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 11; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tarih: 3.4.1963, Karar No: 42, İlmî ve Kazâî İçtihatlar, C. III, s. 2452.

saldırıları birçok hukuk ve ceza davasına konu edilmiştir. Kişilik haklarına saldırı, kişi hayatta iken gerçekleşebileceği gibi kişinin ölümünden sonra da gerçekleşebilmektedir. Ölümünden sonra miras bırakanın kişilik haklarına yapılan saldırılar ise Yargıtay tarafından ölen kişinin yakınlarının kişilik haklarının ihlali olarak kabul edilmekte ve mirasçılara ilgili saldırıya karşı Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesi çerçevesinde manevi tazminat isteme hakkı tanımaktadır<sup>12</sup>.

Sonuç olarak, kişilik haklarına saldırı olması durumunda saldırıya hedef olan kişi bu saldırıyı dava konusu edebilmektedir. Kişinin ölmesi durumunda ise daha önce açtığı dava, mirasçuları tarafından takip edilebilmektedir. Ayrıca Yargıtay, miras bırakanın kişilik hakkına yönelik saldırıları ölen kişinin hatirasına saldırı olarak değerlendirmiş ve ölenin yakınlarının kişilik hakkına saldırı olarak kabul etmiştir.<sup>13</sup>

*Kişisel veri*, bireylerin kimliklerini belirli hale getirmeye elverişli her türlü bilgi olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda kişinin kimlik, iletişim, sağlık ve mali bilgileri ile özel hayat, dini inanç ve siyasi görüşüne ilişkin bilgiler kişisel veri olarak nitelendirilmektedir.

Dijital varlıkların önemli bir bölümü kişisel veriler kullanılarak oluşturulmaktadır. Örneğin, internet hesabı, e-mail veya sosyal medya hesabı oluştururken ad, soyad, doğum tarihi ve doğum yeri gibi veriler talep edilmektedir. Günümüzde kişisel veriler gerek özel sektör ve gerek kamu kurumları tarafından bilişim sistemleri üzerinden sıkça toplanılmakta ve kullanılmaktadır.

Elde edilen kişisel verilerin kullanılması bireyler ile mal ve hizmet sunan taraflar bakımından bazı avantajlar sağlasa da bu durum söz konusu bilgilerin istismar edilme riskini de beraberinde getirmektedir. Kişisel verilerin yetkisiz kişiler tarafından elde edilmesi, kullanılması ve ifşa edilmesi taraf olduğumuz sözleşmeler ve anayasada koruma altına alınan temel hakların ihlali olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu iki menfaat arasında makul bir dengenin oluşturulması gerekmektedir<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 15.11.2007, 2007/722 E. 2007/14147 K. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

<sup>13</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 15.11.2007, 2007/722 E. 2007/14147 K. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

<sup>14</sup> 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Adalet Komisyonu Raporu ve Gereğesinden iktibas edilmiştir.

### C. Dijital Varlıklar

*Teknik anlamda dijital varlık*, ikili formda (0 ve 1) ve sayısal kodlama ile meydana getirilen her şeyi ifade etmektedir. Resim, müzik, video ve bilgisayar programlarının hepsi dijital varlığa örnek olarak gösterilebilir<sup>15</sup>. Dijital varlıklar; cep telefonu, bilgisayar veya bulut depolama sistemleri gibi farklı ortamlarda depolanabilir ve işlenebilir. Bu nedenle Hopkins'e göre yukarıda ifade edilen cihazların, dijital varlık tanımına dâhil edilmesi gerekmektedir<sup>16</sup>.

*Hukuki anlamda* ise bir kişinin üzerinde bir hakkı veya menfaati bulunduğu her türlü elektronik kayıt, dijital varlık olarak tanımlamak mümkündür<sup>17</sup>. İfade edilen iki tanımdan yola çıkarak *dijital varlık*, maddi değeri olsun ya da olmasın dijital ortamda oluşturulmuş veya dijital ortama aktarılmış her türlü veri, dosya, hesap, program, hak veya menfaat olarak tanımlanabilir. Bu çerçevede e-posta içerikleri, sosyal medya hesapları, internet hesapları ve alan adları, çevrimiçi oyun hesapları ve oyun karakterleri, kullanma ve kiralama hakları, bulut bilişim sistemlerinde depolanmış dijital veriler, elektronik ticaret hesapları, ödeme ve para transfer araçları ile kripto paralar dijital varlıklara örnek olarak gösterilebilir.

Dijital varlıkların önemli bir kısmı kişisel verilerle oluşturulmaktadır ve birçok dijital varlığa ancak kişisel veriler kullanılarak erişilmektedir. İnternet üzerinden hizmet veren birçok platform, kullanıcılardan kimlik ve iletişim bilgileri gibi kişisel veriler talep etmektedir. Ayrıca giriş bilgilerinin unutulması durumunda, kişinin önceden belirlediği ve sadece kendisinin bildiği bazı kişisel verilerinin istenilmesi koşuluyla giriş yapmak isteyen kişinin hak sahibi olup olmadığını kontrol etmektedir. Anne kızlık soyadı, kişinin yaşadığı yer, en sevdiği hayvan gibi bilgiler birçok alanda güvenlik sorusu olarak tercih edilmektedir. Bunun yanında kişinin kullandığı programlar ve uygulamalar sayesinde ilgili kişinin siyasi ve dini görüşü, ilgi alanları, tercihleri, ekonomik ve sosyal durumu hakkında veriler toplanabilmektedir. Kişisel verilerin kişinin rızası dışında bulundurulması, depolanması ve üçüncü kişilere kullandırılması

<sup>15</sup> Delia Babeanu, Gavrilă Alexandru ve Mares Valerica, "Strategic Outlines: Between Value and Digital Assets Management", 2009, Vol.: 11, Annales Universitatis Apulensis Series Oeconomica, s. 318.

<sup>16</sup> P. Jamie Hopkins, "Afterlife in the Cloud: Managing a Digital Estate", 2013, 5(2), Hastings Science and Technology Law Journal, s. 211-212.

<sup>17</sup> Bkz. <<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=95b03c2f-f10e-e695-d748-9e251cccf6ba&forceDialog=0>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.



durumunda kullanıcının kişilik haklarına saldırı gündeme gelmektedir. Bu nedenle dijital varlıklar ile kişisel veriler ve kişi hakları arasında doğrudan bir ilişki olduğunu söylemek mümkündür.

## 1. DİJİTAL VARLIKLAR

Dijital varlıkların önemli bir bölümü kişisel verileri ihtiva etmektedir ve bu varlıklar, mirasa konu olabilmektedir. Bu yönüyle dijital varlıkların ihtiva ettikleri kişisel haklar açısından tanımlanması ve miras hukuku bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Gelişen teknolojiyle birlikte hayatımıza yeni dijital ürünler girmektedir. Bu nedenle dijital varlıkları tür ve nitelik olarak sınırlamak mümkün olmamaktadır. Bireysel kullanım yoğunluğu ve bilinirlik açısından bazı dijital varlıklar şu şekilde sıralanmaktadır:

- E-Posta İçerikleri
- Sosyal Medya Hesapları
- İnternet Hesapları ve Alan Adları
- Çevrimiçi Oyun Hesapları ve Oyun Karakterleri
- Kullanma ve Kiralama Hakları
- Elektronik Para, Dijital Para, Sanal Para ve Kripto Para

Yukarıda belirtilen dijital varlıkları tanımlamak ve miras hukuku açısından irdelemek konunun daha iyi anlaşılması açısından faydalı olacaktır.

### A. E-Posta İçerikleri

Elektronik posta (e-posta), kişilerin e-posta hesabını kullanarak birbirlerine sanal ortamda gönderdikleri yazıları ifade etmektedir. E-posta hesabı olan her kullanıcı, e-posta adresini bildiği herhangi bir kullanıcıya e-posta gönderebilmektedir. E-posta hizmeti, ücretsiz e-posta hizmeti sağlayıcısı özel firmalardan temin edilebileceği gibi yeterli teknik altyapısı olan bir bilgisayar (sunucu) ve alan adına sahip olan herkes e-posta hesabı açıp yönetebilir<sup>18</sup>.

E-posta yazışmalarında genellikle kişisel içerikler bulunmakla birlikte diğer dijital varlıkların tasarruf yetkilerinin çoğunlukla e-posta hesaplarına

---

<sup>18</sup> abcdef@gmail.com ücretsiz kullanıma sunulan bir e-posta hesabı, abcdef@gazi.edu.tr üniversitenin öğrencilerine veya personeline sunduğu bir e-posta hesabı ve abcdef@ensrsln.com ise ensrsln.com isimli internet sitesi sahibinin kendisine veya bir başkasına sunduğu e-posta adresidir.

bağlı olarak kullanılması nedeniyle e-posta hesaplarına erişim önemlidir. Örneğin bir sosyal medya hesabı ya da internet hesabı kişinin e-postası ile ilişkilendirilmiş olabilir. Bu nedenle e-posta hesaplarına erişim sağlanmadığı sürece e-posta ile ilişkili diğer dijital varlıklara erişim mümkün olmayacaktır.

## B. Sosyal Medya Hesapları

Dijital varlıklar arasında en yoğun kullanılan ve bilinirliği diğerlerine göre daha fazla olan sosyal medya, ayrı bir başlık altında tanımlanmalı ve dijital miras açısından etraflıca incelenmelidir.

Sosyal medya platformları veya başka bir deyişle sosyal ağlar, internete bağlı kullanıcıların çevrimiçi etkileşimde buldukları internet siteleridir<sup>19</sup>. Günümüzde akıllı telefon uygulamaları üzerinden sosyal medya kullanım oranı, bilgisayar üzerinden sosyal medya kullanım oranını geride bıraksa da sosyal medya platformları temel internet sitelerinden farksızdır<sup>20</sup>.

Sosyal ağ kullanıcılarının bu platformlar sayesinde gerçekleştirdikleri etkileşimler; video-fotoğraf paylaşımı, bilgi-belge paylaşımı, beyanda bulunma, mesajlaşma, çevrimiçi oyunlar oynama gibi faaliyet çeşitliliği göstermektedir. Kullanıcılar, kendilerine ait sosyal medya hesapları üzerinden bu tür etkileşimlerde bulunurlarken kendi iradeleri ile hareket etmektedirler.

ABD’de 1996 yılında kurulan Alexa Internet Inc <sup>21</sup>, internet trafiğine ilişkin verileri toplayarak bu verileri analiz etmektedir. Alexa tarafından yayımlanan ve en çok internet trafiğinin yönlendirildiği 50 internet sitesi arasında ilk sıralarda Google.com, Youtube.com ve Facebook.com yer almaktadır. Alexa verilerine göre internete giren kullanıcıların en fazla tercih ettiği siteler, sosyal medya siteleridir <sup>22</sup>.

İnternet üzerinden yayın yapan istatistik portalı, statista.com verilerine göre 2010 yılında dünyada 970 milyon sosyal medya kullanıcısı bulunmaktayken 2019 yılında 2 milyar 400 milyon sosyal medya kullanıcıya ulaşmıştır. 2025 yılı projeksiyonu ise 4 milyar 410 milyon sosyal medya

<sup>19</sup> Merve Seren, Tolga Çevik, Nedim Özgeldi ve Elif Merve Dumankaya, Sosyal Medya El Kitabı, Baskı No:1, Orion Kitabevi, 2018, s. 2-4.

<sup>20</sup> Bkz. <<https://wearesocial.com/special-reports/digital-in-2017-global-overview>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

<sup>21</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. <<https://try.alexa.com/resources/>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

<sup>22</sup> Listenin tamamını görmek için bkz. <<https://www.alexa.com/topsites>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

kullanıcısıdır<sup>23</sup>. Ekim 2020 verilerine göre dünyada 1 milyar 600 milyon kişi sosyal medya kullanıcısıdır ve internet kullanan insanların %64'ü çevrimiçi sosyal medya hizmetlerini kullanmaktadır. Bu kişiler sosyal medya hesaplarını, vakit geçirmek, arkadaşları ve aileleriyle iletişim kurmak ve haberleri takip etmek amacıyla kullandıklarını ifade etmektedirler<sup>24</sup>. Aynı sitenin yaptığı bir başka araştırmaya göre Ekim 2020 itibarıyla dünyada en çok aktif hesap bulunan sosyal medya siteleri Facebook (2.701 milyon), Youtube (2.000 milyon), WhatsApp (2.000 milyon), Facebook Messenger (1.300 milyon), WeChat (1.206 milyon) ve Instagram'dır (1.158 milyon)<sup>25</sup>.

Son dönemde dijital mirasını mirasçılara bırakmak isteyenler için belirli bir ücret karşılığında kişi ölene kadar sahip olduğu dijital varlıklarının giriş bilgilerini gizlilik içinde saklayarak kişi öldükten sonra belirlemiş olduğu mirasçısına devreden firmalar da günümüzde faaliyete geçmiştir<sup>26</sup>. Bu konuya çalışmanın üçüncü bölümünde daha detaylı yer verilmektedir.

Her sosyal medya sitesi, ilgili kullanıcının ölümü durumunda kişisel sosyal medya hesabının akıbeti ile ilgili farklı çözümleri bulunmaktadır. Bunun için somut olay ve ilgili sosyal medya hizmet sunucusu bazında değerlendirme yapmak gerekmektedir. Örneğin, Facebook bir kişinin vefatı sonrasında yasal mirasçılara iki seçenek sunmaktadır. Bunlardan ilki, miras bırakana ait Facebook sayfasının bir anı sayfasına dönüşmesidir. Bu durumda 3. kişiler sayfa sahibinin öldüğünü bilecek ve mirasçılar da ilgili sayfayı kısıtlı olarak yönetebileceklerdir. Diğer seçenek ise hesabın tamamen kapatılmasıdır<sup>27</sup>.

### C. İnternet Hesapları ve Alan Adları

Bir internet sitesi temel olarak içerik (*content*), alan adı (*domain*) ve alandan (*host*) oluşmaktadır. İnternet sitesinin tamamını bir gayrimenkul

---

<sup>23</sup> Bkz. <https://www.statista.com/statistics/278414/number-of-worldwide-social-network-users/> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

<sup>24</sup> Bkz. <https://www.statista.com/markets/424/topic/540/social-media-user-generated-content/> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

<sup>25</sup> Statista.com verilerindeki sosyal medya hesap sayılarıyla kullanıcı sayılarının birbiriyle olan uyumsuzluğu, bazı kişilerin aynı sosyal medya sitesinde birden fazla hesap açmasından kaynaklanmaktadır.

<sup>26</sup> Bu tür internet sitelerinden sadece biri olan cirruslegacy.com dijital miras sağlayıcılığı hizmetine son vermiştir.

<sup>27</sup> Örnek için bkz. <https://www.facebook.com/help/828408313868251?helpref=related&ref=related> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

olarak düşündüğümüzde, sitenin alanını bir arsaya, sitenin ismini bir eve ve sitenin içeriğini ise evin mobilyalarına benzetebiliriz. Buna göre bir internet sitesinin, alan adı ve alandan oluşarak inşa edildiğini ve içerikle doldurulan bir bütün olduğunu söylemek mümkündür. Miras hukuku açısından bakıldığında, internet hesapları ile alan adlarının ayrı ayrı incelenmesinde fayda görülmektedir.

## 1. İnternet Hesapları

İnternet hesapları (*online accounts*); kişinin herhangi bir internet sitesinde bulunan ve ilgili internet sitesiyle arasında akdedilen “üyelik, kayıt, kullanıcı” gibi sözleşmeler<sup>28</sup> kapsamında sahip olduğu kişisel hesapları ifade etmektedir. Bu sözleşmeler, kullanıcı ile internet sitesi arasındaki ilişkiyi düzenleyen temel belge niteliğindedir ve ilgili internet sitesinin fikri mülkiyet hakkını korumayı amaçlar. Bireyin forumlarda<sup>29</sup>, sözlüklerde<sup>30</sup>, e-ticaret sitelerinde ve video-film içerik sitelerinde sahip olduğu üyelikler de internet hesapları tasnifinde yer almaktadır.

Üyelik sözleşmelerinde, kullanıcılarının kullanıcı bilgilerinin korunması ve yaptıkları iş/işlemlere ait verilerin 3.kişilerle paylaşılması konularını düzenleyen farklı sözleşme hükümleri bulunmaktadır. Bazı internet siteleri üyelik sözleşmesinden ayrı olarak gizlilik sözleşmesi (*privacy policy*) ve veri toplama sözleşmesinin (*data policy*) kullanıcı tarafından onaylanmasını talep etmektedirler. Üyelik sözleşmesinde veya ayrı bir sözleşmede bulunan gizlilik ve veri toplamaya ilişkin hükümler, internet sitesine kullanıcının bilgilerini ve internet sitesi kullanım verilerini 3.kişilere karşı koruma ve paylaşmama yükümlülüğü içermektedir.

## 2. Alan Adları

Alan adı (*domain*)<sup>31</sup>, bir internet sitesinin internetteki adını veya adresini ifade etmektedir. Alan adı olmasa dâhi internet sitesine IP (İnternet Protokol)

<sup>28</sup> Örneğin Facebook hesabı açabilmek için Hizmet Şartları Sözleşmesi ile bu sözleşmeye ekli 12 adet belgenin onaylanması gerekmektedir. Gmail hesabı açabilmek içinse Hizmet Şartları Sözleşmesi ile Gizlilik Politikası Sözleşmesinin onaylanması gerekmektedir. Ancak uygulamada bu işlem sadece bir tıklama ile gerçekleşmektedir.

<sup>29</sup> İnternet kullanıcılarının çevrimiçi olarak paylaşımında buldukları tartışmaya dayalı internet sitelerini ifade etmektedir.

<sup>30</sup> Konu ve kavramlar hakkında katılımcı sözlük tarzında oluşan internet sitelerini ifade etmektedir.

<sup>31</sup> Örneğin; [www.ensrsln.com](http://www.ensrsln.com)

adresi üzerinden erişim sağlanabilmektedir<sup>32</sup>. Ancak alan adı kullanmak internet sitesine erişimi kolaylaştırmaktadır. Dünyada alan adlarının teknik yönetimini ABD’de bulunan İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu (ICANN, Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)<sup>33</sup> sağlamaktadır<sup>34</sup>.

Alan adı, satın alınan değil kiralanan bir hizmettir. Aynı zamanda bireyin tasarruf yetkisi altında bulunan ve menfaat sağlayan bir dijital varlıktır. Ancak kiralanan alan adının belirli dönemlerde yenilenme işlemi gerçekleştirilmeyince, alan adı kuruluşu ICANN veya farklı aracı firmalar tarafından başkalarına kiralatabilmektedir. Bu aracı firmalar, 4/5/2007 tarih ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda “Yer Sağlayıcı” olarak tanımlanmıştır.

Alan adları kişinin internet hesabı üzerinden kiralanan ve kiralayan kişinin e-posta hesabına tanımlanmaktadır. Yani alan adı kişiye değil kişinin e-posta hesabına tahsis edilmektedir. Bu nedenle alan adının devri veya mirasçuya intikali ancak vefat eden kişinin e-posta hesabına erişimin sağlanmasıyla mümkün olmaktadır.

#### **D. Çevrimiçi Oyun Hesapları ve Oyun Karakterleri**

Teknoloji çağının getirdiği yeniliklerden olan çevrimiçi oyun kültürü, birçok ülkede büyük bir hızla yayılmaktadır. Öyle ki, bazı çevrimiçi bilgisayar oyunlarında oyuncular tarafından belirli bir emek verilerek veya satın alınarak oyun içi karakterin, karakterin sahip olduğu sanal eşyaların maddi değerleri

---

<sup>32</sup> E. Douglas Comer, *Internet Working With TCP/IP: Principles, Protocols, and Architecture*, Vol. 1, Fifth Edition, Pearson Prentice Hall, 2006, s. 488.

<sup>33</sup> İnternetin iş dünyası, teknik, akademik ve kullanıcı gruplarının geniş katılımıyla oluşturulmuş kâr amacı gütmeyen bir özel sektör kuruluşudur. ICANN’ın görevi, interneti çalıştırmak değil, aksine, merkezi bir koordinasyon gerektiren teknik, idari ve politika geliştirme görevlerini koordine etmektir. İnternet alan adları sisteminin teknik yönetimini, IP adres alanlarının tahsisini, protokol parametrelerinin belirlenmesini ve internet ana servis sağlayıcı (root server) sisteminin idaresini koordine etmekle görevlendirilmiş olan ICANN resmi olarak 30 Eylül 1998 tarihinde göreve başlamıştır. 25 Kasım 1998 tarihinde ABD Ticaret Bakanlığı ve ICANN arasında bir “Mutabakat Metni” imzalanmış ve böylece ICANN, ABD Hükümeti tarafından resmi olarak tanınmıştır. ICANN yönetiminin hukuki dayanağı 6 Kasım 1998 tarihinde yayımlanan Yönetmelik’tir (Original Bylaws).

<sup>34</sup> Bkz. <<https://www.icann.org/resources/pages/factsheets-2012-02-25-en>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2020

yüksek rakamlara ulaşmaktadır<sup>35</sup>. Son yıllarda ağ üzerindeki birçok platformda adeta oyun hesabı, oyun karakteri ve sanal oyun eşyaları borsaları kurulmuştur. Bu platformlarda çok yüksek tutarlı alış-satış işlemleri gerçekleştirilmektedir. Bunlara örnek olarak;

- 2011 yılında, Age of Wulin isimli oyun piyasaya çıkmadan önce oyunu üreten firma tarafından açık artırma ile satılan, nadir bulunan sanal bir kılıç için Çinli bir iş adamı 16.000 dolar ödemiştir<sup>36</sup>.

- 2013 yılında, Dota 2 isimli oyunda bulunan “Ethereal flame pink war dog - Eterik alevli pembe savaş köpeği” Reddit üzerinden 38.000 dolara alıcı bulmuştur. 2013 Kasım ayı itibariyle adı geçen oyunu 6,5 milyon oyuncunun oynadığı belirtilmektedir<sup>37</sup>.

- Entropia Universe, İsveçli geliştirici MindArk tarafından tasarlanmış çok oyunculu bir online oyun platformudur. Bir aktör ve aynı zamanda girişimci olan Jon Jacobs, bu oyundan 2005 yılında 100.000 dolar karşılığında sanal bir asteroid satın almıştır. Bu asteroidi geliştiren Jacobs, oyundan yılda yaklaşık 200.000 dolar gelir elde etmeye başlamıştır. Daha sonra bu sanal gayrimenkulünü parça parça satmış ve satışlardan toplamda 635.000 dolar gelir etmiştir<sup>38</sup>.

### **E. Kullanma ve Kiralama Hakları (E-Kitap, Müzik, Film, Oyun, Program vb.)**

İnternetin sağladığı kolaylıklar insanların günlük yaşamlarındaki alışkanlıklarını da değiştirmektedir. İnsanlar artık sinemaya gitmek

<sup>35</sup> 2016 yılında, Alman bir oyuncunun (Timur1214) yaklaşık 500.000-USD değerinde sanal oyun envanterine sahip olduğu bilinmektedir. <<https://steamcommunity.com/id/Timur1214>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020. Ayrıca bazı oyunlarda elde edilen malzeme ve karakterler için envanter takibi yapan internet siteleri vardır. Bu sitelerden birinde, CS: GO adlı oyunda en değerli envanter sahibi 500 oyuncu sıralanmaktadır. Bu oyunda 2018 yılı Ekim ayında, en değerli envanter sahibi yaklaşık 135.000 dolar ile (AFK kullanıcı adlı Çinli bir oyuncuya ait iken Ekim 2020 tarihi itibariyle SEENQ adlı oyuncunun toplam nakit envanter değeri 498.717-USD olarak kıymetlendirilmiştir. <<https://csgo.steamanalyst.com/inventory-top500>> Erişim Tarihi 22 Ekim 2020.

<sup>36</sup> Bkz. <<https://www.telegraph.co.uk/finance/11835609/How-to-manage-your-estate-in-the-digital-age.html>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020.

<sup>37</sup> Bkz. <<https://www.forbes.com/sites/danielnyegriffiths/2013/11/14/dota-2-three-spirits-update-38000-dollar-loot-auction/#5d0a25b2a5c7>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020.

<sup>38</sup> <<https://www.forbes.com/sites/oliverchiang/2010/11/13/meet-the-man-who-just-made-a-cool-half-million-from-the-sale-of-virtual-property/?sh=19aac97121cd>> Erişim Tarihi 19 Ekim 2020.

yerine internet üzerinden film kiralayan platformlara abone olabilmekte veya kitapçıdan kitap almak yerine aynı kitabı elektronik ortamda satın alabilmektedir. Bu gibi sanal varlıkların gerçek dünyadan farksız olarak özel hukuk sözleşmesi ile satın alınan hizmet veya ürün oldukları şüphesizdir. Aslında, bir e-kitabın gerçek kitaptan farklı olan tek yanı bir kullanıcı adı ve şifre gibi giriş bilgileri ile erişilebilmesidir.

Bunların yanında sosyal medya içerik sağlayıcıları üzerinden kişilerin yayınladığı videolar çok geniş bir kitleye ulaşmakta ve izlenen videolardan reklam ve satış gibi çeşitli gelirler elde edilmektedir. En çok bilinen video içerik sağlayıcısı youtube.com, görsel içerik üreten kullanıcılara çeşitli kriterler kullanarak izlenen videolar için reklam gelirinden pay ödemektedir. Youtube.com'da yer alan özel kanalların istatistiklerinin yayınlandığı statsheep.com verilerine göre 2006 yılında yayına başlayan ve Ekim 2020 tarihi itibariyle en büyük izleyici kitlesine ulaşan T-Series kanalına ait videolar, 159 milyon tekil kullanıcı tarafından 130.290 milyon defa izlenmiştir. Bu kanalın 2020 yılı sonu tahmini geliri 325 milyon dolar olarak kıymetlendirilmektedir<sup>39</sup>.

## F. Elektronik Para, Dijital Para, Sanal Para ve Kripto Para

İnternet kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte paranın elektronik ortamda kullanımı ve saklanması artmıştır. Günümüzde elektronik para, dijital para, sanal para ve kripto para kavramlarının tanımı ve niteliğinde bir uzlaşma bulunmadığı gibi bu kavramlar günlük yaşamda birbirleri yerine kullanılmaktadır.

20/6/2013 tarih ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanununun 3'üncü maddesinin (ç) fıkrasında **elektronik para**; "*İhraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, bu kanunda tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değer*" olarak tanımlanmıştır.

IMF'ye göre **elektronik para** veya e-para (e-money), bir kart, cihaz veya sunucu üzerinde elektronik olarak depolanan ve üçüncü şahıslara yapılan ödemelerde kullanılan e-parayı piyasaya süren üzerinde bir hak olarak öne sürülebilen parasal bir değer olarak tanımlanmaktadır.

---

<sup>39</sup> <<https://www.statsheep.com/tseries>> Erişim Tarihi 1 Kasım 2020.

E-para mobil para, ön ödemeli kartlar ve ağ tabanlı ürünleri de içermektedir<sup>40</sup>.

**Sanal para (virtual currency)** ise belirli bir sanal topluluğun üyeleri tarafından kabul edilen ve kullanılan, geliştiricileri tarafından tedavüle giren, kontrol edilen bir çeşit kontrolsüz dijital paradır. Aslında sanal paralar sadece internet üzerinde kullanılabilen özel bir tür elektronik paradır. Facebook tarafından 2009 yılında kullanıma sunulan Facebook Credits (FB) ve Nintendo oyunlarında kullanılabilen Nintendo Points sanal paraya birer örnektir. Genellikle oyunlarda kullanılan sanal paralar kredi kartı veya Paypal hesabıyla satın alınmaktadır. World of Warcraft (WoW) adlı oyunda kullanılabilen WoW altını ve Second Life adlı uygulamada kullanılabilen Linden Dollars gibi bazı sanal paralar gerçek paraya dönüştürülebilirken bazıları da sadece ilgili oyun veya uygulamada kullanılabilir<sup>41</sup>.

**Dijital para birimleri** ise e-para, kredi kartı veya ön ödemeli bir kart değildir. IMF'nin yaptığı tanıma göre dijital paralar, sadece elektronik olarak kullanılabilen bir ödeme aracıdır ve IMF Para ve Finansal İstatistik çerçevesine göre "para" olarak değerlendirilmemektedir<sup>42</sup>. 2017 yılı itibariyle 1.300'den fazla farklı dijital para ortaya çıkmış olup 2,9 milyondan fazla aktif tekel dijital para cüzdanı kullanıcısı mevcuttur<sup>43</sup>.

**Kripto paralar** blok zinciri teknolojisini kullanarak hiçbir merkezi otoriteye bağlı olmadan, tamamen şeffaf, işlemleri herkes tarafından görülebilen ve şifreleme sistemleri sayesinde çifte harcamaya imkân vermeyen sanal para birimleridir. Bu para birimlerinin en tanınmış ve en yüksek piyasa değerine sahip olan Bitcoin'dir<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Policy Paper: Measuring The Digital Economy, <<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2018/04/03/022818-measuring-the-digital-economy>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

<sup>41</sup> European Central Bank, Virtual Currency Schemes, s.13-16 <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020,

<sup>42</sup> IMF Policy Paper: Measuring The Digital Economy, 5 Nisan 2018, <<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2018/04/03/022818-measuring-the-digital-economy>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2020.

<sup>43</sup> Garrick Hileman ve Michel Rauchs, Global Cryptocurrency Benchmarking Study Report, Cambridge University Judge Business School, Cambridge Centre for Alternative Finance, s. 10.

<sup>44</sup> Murat Serçemeli, "Kripto Para Birimlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesi", 2018, (639), Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar, s. 36-37.



2020 yılı Ekim ayı itibariyle en çok bilinen kripto para birimi olan Bitcoin'in toplam piyasa işlem değeri (market cap) 242 milyar ABD dolarıyken, dolaşımında bulunan fiziki ABD doları değeri 2,027 trilyon dolardır.<sup>45</sup> Bu yönüyle Bitcoin, piyasadaki ABD dolarının 2008 yılında %10'u civarında iken 2020 yılı sonbaharında %12'sine ulaşmıştır<sup>46</sup>. Günümüzde 7.500 farklı kripto para dünya çapında 31.612 kripto para borsasında işlem görmektedir ve toplam günlük işlem hacmi 70 milyar doların üzerine çıkmıştır. Aynı tarihlerde, Bitcoin'in toplam işlem hacmi içerisindeki oranı ise (Bitcoin Dominance) %63 olarak gerçekleşmiştir<sup>47</sup>. Yukarıda verilen bilgiler doğrultusunda kripto paraların muazzam bir ekonomik büyüklüğe ulaştığı ve tüm dünya çapında giderek artan bir şekilde fiziki para birimlerinin yanında kabul gördüğü söylenebilir.

## II. FARKLI ÜLKELERDE YARGIYA TAŞINAN OLAYLAR

Dünya çapında ilgi uyandıran ve dijital dünya için önemli dönüm noktaları olarak değerlendirilen bazı davalara kronolojik sıra ile yer verilmiş ve bu davalar üzerinden farklı ülkelerin dijital mirasla ilgili uygulamaları ele alınmıştır.

Bilişim teknolojileri ürünleri gibi dijital varlıkların da önemli bir bölümü ABD'de ortaya çıkmış ve dünyaya yayılmıştır. Ayrıca dijital mirasa konu olabilecek birçok ürünü ABD merkezli firmalar piyasaya sürmüştür. Özellikle sosyal medya konusunda faaliyet gösteren dünyanın en büyük firmaları ABD'de kuruludur<sup>48</sup>. Bu nedenle dijital varlıklar ve internet kullanımına ilişkin davaların birçoğu ABD'de ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklar nedeniyle görülen davalardır. Dijital miras konusunda ABD'de yaşanan hukuki uyuşmazlıklarda alınan kararlar hem daha eski hem de uygulamaya yön vermiştir. Dolayısıyla bu bölümde ABD'de açılan davalara daha fazla yer ayrılmıştır.

---

<sup>45</sup> Bkz. <<https://www.federalreserve.gov/releases/h6/current/default.htm>> Erişim Tarihi 24 Ekim 2020.

<sup>46</sup> Policy Paper: Measuring The Digital Economy, (<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2018/04/03/022818-measuring-the-digital-economy>) Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

<sup>47</sup> Bkz. <<https://coinmarketcap.com/>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2020

<sup>48</sup> Bkz. <<https://www.statista.com/statistics/277483/market-value-of-the-largest-internet-companies-worldwide/>>; <<https://www.statista.com/study/12322/global-internet-usage-statista-dossier/>> Erişim Tarihi 24 Ekim 2020

## Amerika Birleşik Devletleri

Irak'ta konuşlu ABD Deniz Piyadelerinde görev yapan Justin Ellworth, 2004 yılında girdiği bir çatışmada öldürülmüştür. Aile, Ellsworth'un Yahoo!Inc firması tarafından sağlanan e-mail hesabına erişebilmek için firma ile temasa geçmesine karşın firma talebi reddetmiştir. Olay daha sonra aile tarafından mahkemeye taşınmış (**Justin Ellsworth-Yahoo!Inc. Davası**) ve yerel mahkemenin kararıyla aile, mail hesabına erişim izni elde edebilmiştir<sup>49</sup>. Benzer bir olay aynı yıl Irak'ta öldürülen ABD Deniz Piyadeleri İhtiyat Kuvvetlerinde görevli asker Karl Linn'in ailesi ile Mailbank.com.Inc firması arasında gerçekleşmiş ve süreç benzer bir şekilde sonuçlanmıştır<sup>50</sup>.

ABD'nin Wisconsin Üniversitesinde öğrenci iken 2010 yılında 21 yaşındayken intihar eden Benjamin Stassen isimli öğrencinin ailesi, e-posta ve sosyal medya hesabında oğullarını intihara sürükleyen nedenleri öğrenmelerine yarayacak bilgiler olabileceğini belirterek Google ve Facebook firmaları ile irtibata geçmiştir. Her iki firma da gizlilik ve hizmet sözleşmelerini ileri sürerek ailenin talebini reddetmiştir. Bunun üzerine yerel mahkemeye başvuran aile, mahkemeden Benjamin'in hesaplarına ulaşım yetkisi almıştır (**Benjamin Stassen Davası**). Google firması mahkeme kararına uymuş ancak Facebook sosyal medya hesabındaki içeriklerin 3. kişilerle paylaşılmaması kaydıyla aileye hesaba erişim yetkisi tanımıştır<sup>51</sup>.

2012 yılında İngiltere'nin Manchester şehrinde 12. kattan düşerek yaşamını yitiren güzellik kraliçesi Sahar Daftary'nin ailesi, kızlarının intihar etmediğini ve ölümü ile ilgili Facebook hesabında deliller olabileceğini ileri sürerek California mahkemesine başvurmuşlardır (**Sahar Daftary Davası**). Ancak mahkeme ailenin talebini, ölümün ABD topraklarında gerçekleşmediği ve ailenin davaya dayanak yaptığı Stored Communications Act'in somut olaya uygulanamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir<sup>52</sup>.

2012 Eylül ayında, ABD'li sinema oyuncusu Bruce Willis, Apple şirketi

<sup>49</sup> Bkz. <<https://www.cnet.com/news/yahoo-releases-e-mail-of-deceased-marine/>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<sup>50</sup> Bkz. <[https://www.huffingtonpost.com/entry/your-digital-inheritance-what-happens-to-your-social\\_us\\_589e65a1e4b0cd37efcfe8a4](https://www.huffingtonpost.com/entry/your-digital-inheritance-what-happens-to-your-social_us_589e65a1e4b0cd37efcfe8a4)> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<sup>51</sup> Bkz. <<https://qz.com/113576/when-the-next-ernest-hemingway-dies-who-will-own-his-facebook-account-2/>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<sup>52</sup> Bkz. <<https://www.cnet.com/news/facebook-fights-for-deceased-beauty-queens-privacy/>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020.

ile bu şirketten satın aldığı iTunes hizmeti ve ilgili platformda depolanmış toplam değeri 40.000 sterlini bulan şarkılarını 3 çocuğuna ölümünden sonra miras bırakma konusunda anlaşmazlığa düşmüştür (**Bruce Willis-Apple Uyuşmazlığı**). Olay, medyada geniş yer almış ve ABD kamuoyunda büyük yankı uyandırmıştır<sup>53</sup>. Apple firması, Willis'in adı geçen hizmeti satın almadan önce onayladığı Son Kullanıcı Lisans Sözleşmesini (EULA-End User Licence Agreement) dayanak göstererek bu talebi geri çevirmiştir. Adı geçen sözleşmeye göre Willis, sadece bazı şarkıların Apple tarafından depolanması ve istenildiği zaman dinlenmesini içeren bir hizmet satın almıştır. Apple'a göre Willis, şarkıların sahibi değildir ve bu şarkıları miras olarak bırakması mümkün görünmemektedir<sup>54</sup>. Gelineen noktada, Apple firması "Apple Müzik Aile Aboneliği" ve "Aile İçi Paylaşım" çözümlerini geliştirmiştir. Bu çözümlere göre aynı aileden altı kişiye kadar sistemde tanımlanan herkes iTunes, iBooks ve App Store üzerinden satın alınan hizmetleri ortak kullanabilecek<sup>55</sup>, aileden birinin vefatı sonrasında bu kullanım hakkı devam edebilecektir<sup>56</sup>.

Birçok bilişim firması, vefat eden kişinin vasiyetinde belirtmesi durumunda miras bırakana ait hesap bilgilerini mirasçılarıyla paylaşmaktadır. ABD'nin Massachusetts eyaletinde görülen ve daha sonra ABD Federal Mahkemesine<sup>57</sup> götürülen **Ajemian-Yahoo!Inc.** davasında mahkeme tarafından miras bırakanın malvarlığını yönetmek için atanan kayyımın herhangi bir vasiyet olmasa bile vefat eden kişinin e-posta hesaplarına erişebileceğine karar verilmiştir<sup>58</sup>.

## Filipinler

2011 yılında Filipinler'de Jam Vhille "Jam" Sebastian ve Paolinne Michelle "Mich" Liggayu isimli iki arkadaş, "JamichTV" isimli bir Youtube

---

<sup>53</sup> Bkz. <<https://www.thetimes.co.uk/article/its-ihard-as-willis-fights-apple-2mfq7h7m5cw>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020.

<sup>54</sup> WONG, s. 732-733. Wong makalesinde, bazı önemli internet siteleri ile ağ platformlarının kullanıcı sözleşmelerini incelemiş ve kullanıcının ölümünden sonra ne gibi sonuçlar ortaya çıkabileceğini irdelemiştir.

<sup>55</sup> Bkz. <<https://www.apple.com/tr/family-sharing/>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2020.

<sup>56</sup> Bkz. <<https://support.apple.com/tr-tr/HT205595>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2020.

<sup>57</sup> Davanın tarafları, Marianne Ajemian ve Yahoo.Inc. sahibi Oath Holdings, Inc.'tir. Dava 26/03/2018 tarihinde kararabağlanmıştır.Bkz.<<https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/17-1005.html>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<sup>58</sup> Bkz. <<https://harvardlawreview.org/2018/05/ajemian-v-yahoo-inc/>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

kanalı ile Twitter ve Facebook hesapları açmışlardır. Kısa zamanda çok fazla takipçi sayısına ulaşan ikili, açtıkları sosyal medya hesapları üzerinden reklam geliri ve izlenme sayısı ile orantılı olarak kanal geliri elde etmişlerdir. Youtube izlenme istatistiklerini tutan “statsheep.com” verilerine göre, JamichTV videoları 2020 yılı Ekim ayına kadar toplam yaklaşık 1.210.000 tekil kullanıcı tarafından 209 milyon defa izlenmiştir. Kanalın 2018 yılı geliri 430 bin dolar olarak gerçekleşmişken, 2020 yılı Ekim ayında 523 bin dolar gelir tahmini yapılmaktadır<sup>59</sup>. Kanalın ortaklarından Jam Sebastian’ın 2015 yılında vefatı üzerine ailesi, sosyal medya hesaplarının gelir paylaşımı için diğer ortak Michelle Liggayu’yu mahkemeye vermiştir (Jam-Mich Davası). Dava halen devam etmektedir<sup>60</sup>.

### Almanya

Son yılların belki de en önemli mahkeme kararı, Almanya’da görülen **L.W.**<sup>61</sup>-**Facebook davasında** verilmiştir. 2011 yılında ailesinin rızasıyla Facebook hesabı açan L.W., 2012 yılında 15 yaşındayken bir trenin önüne atlayarak intihar etmiştir. L.W.’nin annesi, kızının sosyal medya hesabında yer alan bilgilerin, kızının intiharının arkasındaki nedenleri aydınlayabileceğini ileri sürerek hesap bilgilerine erişebilmek için Facebook şirketine müracaat etmiş ama olumsuz yanıt almıştır. Bu yanıt üzerine anne önce yerel mahkemeye ardından federal mahkemeye başvurmuştur<sup>62</sup>.

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin 12/7/2018 tarih ve III ZR 183/17 numaralı kararına göre, bir sosyal ağ kullanıcı sözleşmesi, miras olarak murislere intikal eder. Federal mahkeme, miras bırakma işleminin sözleşme hükümlerince yasaklanmadığını ve kullanım şartlarının konuya ilişkin herhangi bir hüküm içermediğini ifade etmiştir<sup>63</sup>.

Ayrıca mahkeme kararında, Alman mevzuatı açısından konuyu değerlendirmiş, günlükler ve şahsi mektupların da mirasçılara geçtiği

<sup>59</sup> Bkz. <www.statsheep.com/JamichTV> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<sup>60</sup> Ann P. Brillo Daysheelyn ve Anne C. Escalona Nadine, “Succession in the Internet Age: Dissecting the Ambiguities of Digital Inheritance”, 2015, Vol. 89, Phillipine Law Journal, s. 838.

<sup>61</sup> Birçok kaynakta ilgili kişinin açık ismi yerine, yaşı küçük olduğu gerekçesiyle isminin baş harfleri kullanılmıştır.

<sup>62</sup> Bkz.<https://www.dw.com/en/facebook-court-rules-parents-have-rights-to-dead-daughters-account/a-44642230> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<sup>63</sup> Bkz.<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh &Art=pm&Datum=2018&Seite=2&nr=85390&pos=83&anz=198> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020.

dikkate alındığında, şahsi dijital içeriklerin mirasçılara geçmesinde bir engel olmadığını belirtmiştir<sup>64</sup>.

Mahkeme olayı Alman Genel Veri Koruma Kanunu (Datenschutz-Grundverordnung-DS-GVO) açısından da incelemiş, adı geçen kanunun sadece yaşayan kişilerin verilerini kapsamına aldığını ancak vefat etmiş kişilerin verilerinin yasa kapsamında yer almadığı gerekçesiyle ölen kızın hesap bilgilerinin ailesine verilmesinin kanuna aykırı olmadığına karar vermiştir.

Kararda, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Yönetmeliğinin (The EU General Data Protection Regulation-GDPR) uygulama alanı tartışılmış ve Federal Mahkeme, yönetmeliğin ölen kimseye uygulanamayacağına ve bu korumanın sağlanmasında hukuki yarar bulunmadığına hükmetmiştir.

### **Türkiye**

Ülkemizde dijital varlıkların tespiti ve terekeye dahil edilmesi konusu nispeten yeni ve bu konuya uygulanacak yasal düzenlemeler sınırlıdır. Ayrıca dijital miras hususunda uygulamaya yön verecek az sayıda yargı kararı bulunmaktadır. Çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla bu yargı kararları arasında en dikkate değer olanı Antalya BAM 6. Hukuk Dairesinin 13 Kasım 2020 tarihli kararıdır.

Olayda, ticari ve kişisel iş ve işlemlerinde Apple marka cep telefonu ve iCloud isimli bulut bilişim sistemini kullanan şahıs bir trafik kazası sonucunda vefat etmiştir. Mirasbırakanın geride kalan eşi, mirasbırakana ait e-ticaret sitesi hesabı, hediye çekleri, kuponlar ve dokümanlar ile eşine ve aile bireylerine ait fotoğraf, ses kaydı, video ve mesajların depolandığını bildiği iCloud hesabına ulaşmak istemiş ancak iCloud kullanıcı adı ve şifresini bilmediği için bu hesaba bağlı dijital varlıklara ulaşamamıştır. Eşinin hesabına erişebilmek için ilgili telefon firmasına başvuran mirasçının talebi, konuya ilişkin herhangi bir mahkeme kararı olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Mirasçı, müteveffa eşine ait olan ve terekenin aktifine dahil olabilecek yukarıda belirtilen dijital malvarlıklarına ulaşabilmek amacıyla ve telefon firmasının taleplerini de kapsayacak şekilde sulh hukuk mahkemesine tereke tespit davası açmıştır. Ancak özel hayatın gizliliği gerekçe gösterilerek davacının bu yöndeki tereke tespit talebi ilk derece mahkemesi tarafından

---

<sup>64</sup> Bkz. <<https://www.bbc.co.uk/news/world-europe-44804599>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

kabul edilmemiştir. Davacı ret kararı üzerine istinaf kanun yoluna başvurmuş ve ilgili tereke tespit talebi Antalya BAM 6. Hukuk Dairesi tarafından uygun görülerek ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmıştır.<sup>65</sup>

Antalya BAM 6. Hukuk Dairesi kararında;

*“Sonuç olarak, mahkemece tespit talebi gereğince murisin ölüm tarihi itibariyle tüm aktif ve pasif mal varlığının tespiti ve bu minvalde dijital mal varlığının terekesine dahil olması gerektiği nazara alınarak dijital terekesinin de tespiti yapılarak araştırma ve inceleme sonucunda bir karar verilmesi gerekirken, ölü kişinin e posta hesabının özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilerek talebin reddine karar verilmiş olması hatalı olmuştur”* şeklinde önemli bir değerlendirme yapmıştır.

Önümüzdeki süreçte ülkemizde de yukarıda belirtilen yargı kararını pekiştirecek kararların alınacağını ve dijital varlıkların mirasa konu edilmesi hususunda değerli içtihatların ortaya çıkacağını öngörmekteyiz.

### **III. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR ve KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **A. Miras bırakan ile Dijital Varlık Arasındaki İlişkinin Tespiti**

Dijital varlıkların mirasa konu olabilmesi için öncelikle ilgili dijital varlıkla, miras bırakan arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu ilişkinin tespitinde bazı hususlar önem arz etmektedir. Bunlar:

- Dijital varlığın türü ve özellikleri,
- Dijital varlığa ilişkin miras bırakan ile hizmet sağlayıcı şirket arasında akdedilen farklı adlardaki sözleşmeler,
- Eğer sözleşmeler kullanıldıysa müstear ismin (nickname) miras bırakanı ait olduğunun tespit edilmesidir.

Miras bırakan, dijital varlığın özelliklerine bağlı olarak, ilgili dijital varlık üzerinde mülkiyet hak sahibi olabileceği gibi sınırlı aynı hak sahibi de olabilmektedir. Miras bırakanı ait dijital cüzdanda bulunan elektronik paralar üzerinde miras bırakanın mülkiyet hakkı vardır. Buna karşın birçok film veya

<sup>65</sup> Antalya BAM 6. Hukuk Dairesi, Karar Tarihi: 13.11.2020, 2020/1149 Esas ve 2020/905 Karar No. < <https://www.kocarslanhukuk.com/kararlar/dijitalmiras.pdf>> Erişim Tarihi 3 Aralık 2020.

müzik dinleme platformlarında kullanıcılara sadece belirli süre veya belirli sayıda film izleme, müzik parçası dinleme hakkı tanınmaktadır.

Üzerinde durulması gereken husus, miras bırakan ile internet sitesi arasında akdedilen gizlilik ve veri toplama sözleşmelerinin, ilgili internet hesaplarının mirasçılara intikalini engelleyip engellemediğidir. Bu konuda öncelikle ilgili sözleşme hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir. İncelenen bu sözleşmeler, internet hesabının kullanımıyla ilgili temel belge niteliğindedir ve kullanıcının iradesiyle ortaya çıkmıştır. Eğer sözleşmelerde internet hesabının mirasçılara intikalini engelleyen bir hüküm yoksa ya da konuya ilişkin hiçbir düzenleme bulunmuyorsa, internet hesabının mirasçılara intikalinde bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak sözleşme hükümlerine göre internet hesabının kullanımı, miras bırakanın ölümüyle son buluyorsa internet hesabının mirasçılara intikali mümkün görünmemektedir.

Bazı internet siteleri ise kullanıcılarına çeşitli menfaatler sağlamaktadır ki bu menfaatler kullanıcının sözleşme gereği ifa edeceği edimlerin karşılığıdır. Aylık ücretini ödeyerek internet sitesine üye olan bir birey, ilgili internet sitesinin içeriğinde bulunan dizileri, filmleri izleyebilmekte ve istediği müzikleri dinleyebilmektedir<sup>66</sup>. Bu tür internet hesaplarının sahibinin vefatından sonra mirasçılara intikali konusunda da ilgili hizmet sunucu ile miras bırakan arasında akdedilen sözleşmeye başvurmak gerekmektedir.

Günümüzde sanal dünya ile gerçek dünyanın iç içe geçtiği söylenebilir. Öyle ki insanlar birbirleriyle görüşmelerini, alış-verişlerini, toplantılarını, duyurularını, davetlerini ve bazı meslekler işlerinin büyük bir bölümünü internet üzerinden gerçekleştirmektedirler. Bu nedenle kişinin emek vererek oluşturduğu **internet siteleri**, her ne kadar sanal dünyada değer kazansa da maddi bir malvarlığıyla nitelik olarak aynı değerlendirilmektedir.

**Alan adlarının** fikri mülkiyet koruması altında olup olmadığı hukuki açıdan zaman zaman tartışma konusu olmuştur. İnternetin sanal ve uluslararası niteliğe haiz olması bu tür problemlerin çözümünü oldukça zorlaştırmıştır<sup>67</sup>. Ancak genel kabul gören görüşe göre alan adları kiralandığı andan itibaren ve kiralananın himayesinde bulunduğu süre boyunca fikri mülkiyet hakkı

---

<sup>66</sup> Bkz: Netflix, Spotify, Amazon Prime vd.

<sup>67</sup> Nurullah Bal, "İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi", 2013, 17(1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.345.

kazanmaktadır<sup>68</sup>.

Alan adları birçok amaç için kullanılmaktadır. Özellikle jenerik alan adları, yatırım amaçlı gelir elde etme aracı olarak da kiralanmaktadır. Nitekim alan adları daha önce alınmış ama aktif internet sayfası olarak kullanılmayan toys.com 2009 yılında 5.100.000 dolara, clothes.com 2008 yılında 4.900.000 dolara, diamond.com 2006 yılında 7.500.000 dolara devredilmiştir<sup>69</sup>.

Murisin sahip olduğu bir **sanal oyun karakteri** veya **hesabı**, yüksek maddi değerde olmasa da mirasçıları tarafından manevi duygularla sahiplenilmek ve yönetilmek istenebilmektedir.

**Kullanma ve kiralama haklarının** miras hukuku açısından değerlendirilebilmesi için alınan ürün veya hizmetin hangi platformdan hangi şartlarda sağlandığının incelenmesi gerekmektedir. Çünkü birçok şirket, ürünü (kitap, film, müzik vd.) değil ürünün bir veya birden fazla kez kendi platformları üzerinden kullanım hizmetini sağlamaktadırlar. Hatta bazı durumlarda kişi veya cihaz sınırlaması getirilmekte, sözleşmeye konu edilen hak ve menfaatlerin 3.kişiler tarafından kullanımının engellenmesi söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle ilgili şirket ile miras bırakan arasında akdedilen sözleşme incelenmeli, eğer sözleşme hükümlerine göre alınan ürün ve hizmet mirasçılara devredilebiliyorsa veya miras bırakan adı geçen ürün ve hizmetin mülkiyetini almışsa, ilgili dijital varlıklar terekeye dahil edilmelidir.

Teknik çerçevesi çizilen ve piyasa büyüklükleri belirtilen **ödeme araçları** ve **para benzerlerinin** miras bırakan tarafından satın alınması veya herhangi bir şekilde iktisap edilmesi durumunda terekeye dahil edilip mirasçılara intikali gerekmektedir. Bu işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için ilgili paraların hangi platformlarda bulunduğu veya hangi borsada işlem gördüğünün tespiti yapılmalıdır.

**Sosyal medya**, insanların birbirleri ile haberleşmelerini, fotoğraf, müzik ve video gibi dosyaları paylaşmalarını, kendi düşünce ve tecrübelerini aktarmalarını sağlayan, ağ üzerinde oluşturulmuş dijital platformlardır. Sosyal

<sup>68</sup> Bu konuda daha detaylı bilgi için Savaş Bozbel, "Domain Names (İnternet Alan Adları) ve ICANN-Tahkim Usulü", 2002, 1, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, s.215-254; Memiş Tekin, "İnternette Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu", 2001, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s. 513-527; Hasibe Işıklı, İnternet Alan İsimleri Sistemi-Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki, DPT Yayınları, 2001.

<sup>69</sup> Bkz. <<http://uk.businessinsider.com/most-expensive-domain-names-of-all-time-2016-4?r=US&IR=T>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2020.



medya için internetin yeni ve farklı bir yüzü olması nedeniyle “Web 2.0” tanımlaması da yapılmaktadır<sup>70</sup>. Bazı özel şirketler, tüketicilerin dikkatini çekmek, markalarının bilinirliğini artırmak ve ürünlerini tanıtmak gibi ticari saiklerle aktif şekilde sosyal medyayı kullanmaktadırlar<sup>71</sup>. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşları <sup>72</sup> ile sivil toplum örgütleri de sosyal medyayı kendi faaliyetlerini tanıtmak, hedef kitlelerine ulaşmak amacıyla diğer iletişim kanallarının yanında sosyal medyayı da kullanmaktadırlar.

İlk başta bireysel olma özelliği ön plana çıkan sosyal medya, son dönemde kitlelere ulaşılabilmesi, maliyet avantajı sağlaması, erişim hızı gibi birçok nedenden ötürü ticari gelir elde edilebilir hale gelmiş ve sosyal medya pazarlama hizmeti yaygınlaşmıştır. Bu sebepten sosyal medya hesaplarını, miras hukuku açısından değerlendirirken ilgili hesapları ticari veya bireysel olarak ayrı konumlandırmak faydalı olacaktır.

Statista.com tarafından 2016 yılında ABD’de çalışan sayısı 500 ve üzerinde olan şirketlerde yapılan bir araştırmaya göre sosyal medya hesapları, televizyondan sonra en etkili pazarlama aracı olarak görülmektedir<sup>73</sup>.

Ticari amaçla oluşturulan ve takipçi/abone/beğeni sayısı fazla olan **sosyal medya hesapları**, sahiplerine yüksek miktarda maddi menfaat sağlayabilmektedir. Bu tür sosyal medya hesaplarının, sahiplerinin vefatından sonra ilgili hesaplar mirasçılara intikal ettirilmelidir. Miras hukuku açısından da bir engel bulunmamaktadır. Ancak burada 3.kişilerin iyi niyetinin korunması açısından, hesap sahibinin vefat ettiği ve hesabın mirasçılar tarafından kontrol edildiğinin belirtilmesi faydalı olacaktır.

Tamamen bireysel amaçla kullanılan sosyal medya hesaplarıyla ilgili iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bu tür hesapların tamamen kişisel olduğu, miras bırakanın ilgili hesapların mirasçılara geçmesine ilişkin açık bir

---

<sup>70</sup> Sena Keskin ve Mehmet Baş, “Sosyal Medyanın Tüketici Davranışları Üzerine Etkisinin Belirlenmesi”, 2015, 17(3), Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 54.

<sup>71</sup> Emre Şaban Aslan ve Hanife Güz: “Global Markaların Sosyal Medyada Gündem Belirlemesi: Markaların 2.0 Gündemi Üzerine Bir Araştırma”, 2016, (42), İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, s. 199-200.

<sup>72</sup> Bingöl Seçkiner ve Ezgi Hava Tahtahoğlu, “Türkiye’de Üniversitelerin Sosyal Medya Kullanımı: Gazi Üniversitesi Örneği”, 2017, 22, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 2408

<sup>73</sup> Bkz. <<https://www.statista.com/statistics/624949/marketing-channel-use-usa/>>Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

iradesinin olmadığı ve 3.kişilerin zarar görebileceği iddiasıyla, kişinin ölümü sonrası kişisel sosyal medya hesaplarının mirasçılara geçmesinin doğru olmadığı yönündedir<sup>74</sup>.

Ticari amaçla kullanılan sosyal medya hesaplarının aksine tamamen kişisel amaçla kullanılan sosyal medya hesapları, sahipleri ile birebir ilişki içerisindeyler. İlgili hesaplar kullanılarak paylaşılan/gönderilen ileti veya görseller bireylerin doğrudan iradelerini yansıtmaktadır. Taneri, bireylerin, sosyal medyadaki paylaşımları ve gönderileri nedeniyle hukuki ve cezai sorumluluk altına girdiklerini ifade etmektedir.<sup>75</sup> Bu nedenle bireysel amaçla kullanılan sosyal medya hesaplarının mirasçılara veya 3.kişilere intikalini uygun bulmayan çalışmalar ve görüşler bulunmaktadır.

Buna rağmen mektup ve günlük gibi şahsi yazışmaların mirasçılara geçebilmesinden hareketle, e-posta ve sosyal medya hesapları gibi şahsi niteliği ağır basan dijital varlıkların mektup ve günlüklerle aynı nitelikte olduğunu savunan birçok çalışma ve mahkeme kararları mevcuttur.<sup>76</sup>

Dijital varlıkla miras bırakan arasındaki ilişkinin tespitinde üzerinde durulması gereken önemli bir husus da dijital varlığa ilişkin hizmet sağlayıcı şirket ile miras bırakan arasında akdedilen **üyelik, kullanıcı, hizmet** veya **gizlilik sözleşmesi** gibi farklı adlardaki sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, genel itibariyle her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmelerde ilgili dijital varlığı tanımlayan ve dijital varlığın kullanım şartlarını belirleyen hükümler bulunmaktadır. Bazı sözleşmeler dijital varlığın devrine imkân tanırken, bazı sözleşmeler (dijital varlığın türü ve özelliklerine bağlı olarak) dijital varlığın sadece miras bırakan tarafından kullanılabilmesi hususunu düzenlemektedir. Dijital varlığın devrine ilişkin sözleşmelerde bir hüküm bulunmuyorsa veya dijital varlığın mirasçılara intikalini engelleyen bir düzenleme mevcut değilse teorik olarak ilgili dijital varlık mirasçılara geçebilir. Sözleşmede devir yasağı varsa veya dijital varlığa ilişkin hakların sadece miras bırakan tarafından kullanılabilmesini belirten hükümler bulunuyorsa dijital varlığın terekeye

<sup>74</sup> Emin Hamdi Uysal, “Online Hesaplar Terekeye Dahil Edilebilir Mi?”, 2017, (2), Hukuk Gündemi Dergisi, s. 21-33.

<sup>75</sup> “Sosyal paylaşım sonucu kişi haklarının ihlâl edilmesi halinde somut olayın özelliklerine göre kişinin işini kaybetmesi, mağdura tazminat ödemesi söz konusu olabileceği gibi ceza yaptırımı ile de karşı karşıya kalması mümkündür.” Gökhan Taneri, “Sosyal Medyada Paylaşım Sorumluluğu”, 2016, (24), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 453.

<sup>76</sup> Özellikle son dönemde ABD ve Almanya’daki davalarda alınan kararlar bu yöndedir. İlgili mahkeme kararlarından bir kısmına çalışmanın üçüncü bölümünde yer verilecektir.

dâhil edilmesi mümkün değildir. Çünkü miras bırakan ile hizmet sağlayıcısı şirket arasında akdedilen sözleşme, külli halef sıfatıyla mirasçı olan kişileri de etkilemektedir. Hizmet sağlayıcı şirketler tarafından hazırlanan sözleşmelerin uzun olmasından dolayı ilgililerce okunmadan onaylandığı ileri sürülse de sözleşmenin ilk kurulduğu anda miras bırakanın sözleşmeyi okuyup okumadığı veya hangi saikle hareket ettiğinin tespiti zor olduğundan, sözleşmenin ilgili hükümlerinin geçersiz sayılması mümkün görülmemektedir.

Kişiler, sosyal medya üzerinde gerçek kimlikleri ile hesap açabildikleri gibi rumuz veya takma adla (nickname) da hesap açabilmektedirler.<sup>77</sup> Eğer miras bırakan kendi gerçek kimliğiyle hesap açmışsa ilgili dijital varlıklar ile miras bırakan arasındaki ilişkinin tespiti mümkündür. Fakat takma adla hesap açılması durumunda, ilgili hesabın miras bırakana ait olduğunun ispatı gerekmektedir.

## **B. Şifre ve Hesap Bilgilerinin Saklanması ve Mirasçılara İntikali**

Dijital varlıklara ulaşmanın en temel yolu e-posta adresi ve şifresinin bilinmesidir. Bazı ağ tabanlı sistemler cep telefonu, anlık şifre üretici, ses ve parmak izi tanımlama gibi çoklu kimlik doğrulama prosedürlerini tercih ediyor olsalar da bazı sistemlerin kullanımı bir e-posta adresi ve şifre ile mümkün olabilmektedir. Bu nedenle miras bırakanın ilgili dijital varlığının (e-posta adresleri, sosyal medya hesapları, internet hesapları, oyun hesapları, bulut bilişim hesapları, elektronik ticaret hesapları, kripto para cüzdanları vd.) hesap ve şifre bilgilerine erişebilmek son derece önemlidir. Aksi takdirde bu dijital varlıklara ulaşmak pek mümkün olmamaktadır.

İlgili soruna ilişkin literatürde iki farklı çözüm önerilmiştir. İlk çözüm önerisi, kişilerin e-posta ve şifreleri ile diğer hesaplarına ilişkin bilgilerin, sanal emanet kasa hizmeti veren firmaların veri tabanlarına kaydedilmesidir. Bu durumda kişinin ölümünden sonra şifre ve hesap bilgileri, ilgili firma tarafından mirasçılara ulaştırılmaktadır<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> The Independent gazetesinde yer alan habere göre, 2018 yılında 1.2 milyar sahte isimle açılmış hesap Facebook tarafından silinmiştir. Bu rakam 2019 yılının ilk dört ayında ise 2.2 milyara ulaşmıştır. Verilen örnekten de anlaşılacağı üzere, farklı nedenlerle kişilerin sahte isimler kullanarak hesap açması sosyal medyada yaygın bir uygulamadır <<https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/facebook-fake-accounts-delete-abuse-social-media-whatsapp-a8928391.html>> Erişim Tarihi 1 Kasım 2020.

<sup>78</sup> Emily Stutts, "Will Your Digital Music and E-Book Libraries Die Hard with You: Transferring Digital Music and E-Books upon Death", 2013, Vol.16, SMU Science and Technology Law Review, s. 377-378.

KeePass, 1Password, RoboForm, LastPass, Password Safe, Clipperz gibi şifre saklama programları ile Digipulse, Safe4, SafeHaven gibi tüm dijital varlıkları saklayan ve sanal emanet kasa hizmeti veren internet siteleri ve uygulamalar bulunmaktadır.

Şifre ve hesap bilgilerinin emanetçi bir şirkete bırakılması bazı riskleri barındırmaktadır. İlk olarak emanetçi şirket iflas edebilir veya yıllar sonra edimini ifa edecek maddi imkânlarla sahip durumda olamayabilir. Stutts tarafından 2013 yılında kaleme alınan makalede şifre ve hesap emanet hizmeti veren şirketler arasında “deathswitch.com” isimli bir internet firması da sayılmıştır<sup>79</sup>. Sonrasında söz konusu şirketin internet sitesi kapatılmıştır. Bugün itibariyle de bu isimle bir şirket bulunmamaktadır. Aynı çalışmada “legacylocker.com” sitesi de örnek olarak gösterilmiştir. Bu site ilk olarak Intel’in sahibi olduğu “PasswordBox” uygulamasına katılmış ve daha sonrasında bir antivirüs programı olan McAfee bünyesinde faaliyetlerine devam etmiştir<sup>80</sup>. Bu tür olaylar, kullanıcıların şifre ve hesap emanet sistemlerine güvenini sarsmaktadır.

Bir diğer risk ise bu tür şirketlerin veri tabanlarında tuttıkları şifre ve hesap bilgilerinin kötü niyetli kişiler tarafından ele geçirilme ihtimalidir. Birçok kişinin hesap bilgilerinin bir şirkete ait bilgisayarlarda tutulması bilgisayar korsanları açısından büyük bir avantaj oluşturmaktadır. Şifre ve hesap emanet hizmetinin gerçek bir çözüm olarak değerlendirilebilmesi için ilgili hususlarda belirli güvencelerin sağlanması gerekmektedir.

Başka bir çözüm önerisi de kişilerin vasiyetnamelerinde hesap bilgileriyle şifrelerinin hangi kişiye bırakacağını açıkça belirtmesidir<sup>81</sup>. Bu tür vasiyetnameleri birçok şirket dikkate almakta ve miras bırakana ait şifre ile hesap bilgileri vasiyetname doğrultusunda mirasçılara intikal etmektedir. Ancak yapılan araştırmalara göre vasiyetname yazma oranı yüksek olan ABD ve İngiltere’de bile insanların birçoğunun vasiyetlerinin bulunmadığı görülmektedir<sup>82</sup>. Hatta gençlerde vasiyet yazma oranı daha da düşmektedir. Bu nedenle dijital varlıkların, ölüme bağlı tasarrufla mirasçılara intikal ettirilmesi

<sup>79</sup> Emily Stutts, s. 378.

<sup>80</sup> <<https://www.truekey.com>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

<sup>81</sup> Emily Stutts, s. 379.

<sup>82</sup> <<https://news.gallup.com/poll/191651/majority-not.aspx>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.  
<<https://business.unbiased.co.uk/press-releases/31-million-uk-adults-at-risk-of-dying-without-a-will-2-10-2017>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

önerisi ülkemiz açısından uygulanabilir bir çözüm olarak görülmemektedir.

### **C. Mevzuatta Yer Alan Boşlukların Giderilmesi ve Yapısal Değişiklikler**

Mevzuatımızda dijital varlıkların, miras yoluyla mirasçılara geçmesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Miras kavramının geniş anlamdaki tanımından hareketle miras bırakana ait dijital varlıkların, mirasçılara intikalinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Buna karşın dijital varlıkların hukuki, ekonomik ve güvenlik konuları açısından ayrıca incelenmesine gerek duyulmaktadır.

Dijital varlık sahibi kişilerin, dijital varlıklarının maddi bir değerinin bulunması iki açıdan dikkate değer bir durumdur. Öncelikle vergi hukuku açısından değerlendirildiğinde dijital varlıklar üzerinden gelir elde edilmesi sonucunda gerçek kişiler açısından gelir vergisi, tüzel kişiler açısından kurumlar vergisi doğabilmektedir. Bununla birlikte gerçek kişinin vefatı ile dijital varlıkların, mirasçılara intikali esnasında veraset ve intikal vergisi gündeme gelmektedir.

Çalışmanın önceki bölümlerinde ifade edildiği üzere dijital varlıklar çok yüksek maddi değerlere ulaşabilmektedir. Dijital ekonominin büyümesiyle dijital varlıklar da çeşitlenmektedir. 2017 yılında Chainalysis isimli dijital adli bilim firması tarafından yapılan bir araştırmaya göre 2.780.000 adet bitcoinin kayıp olduğu tespit edilmiştir. Bir diğer araştırmaya göre ise günlük ortalama 1.500 adet bitcoin kaybolmaktadır ve 2010 yılından itibaren üretilen bitcoinlerin ortalama %4'üne ulaşılması imkânsız hale gelmiştir. Bu rakamlar dikkate alındığında piyasadaki toplam üretilen bitcoin miktarının %28'ine geri dönüşü mümkün olmayacak şekilde ulaşım sorunu yaşanmaktadır. Yukarıda belirtilen rakamlar güncel bitcoin fiyatıyla çarpılınca karşımıza muazzam bir ekonomik kayıp çıkmaktadır<sup>83</sup>. Bu büyüklükteki maddi varlığın mirasa konu olamamasının ve mirasçılara geçememesinin temel nedenleri arasında kişilerin sahip oldukları kripto paraları unutmaları, dijital cüzdanlarına erişim için gerekli güvenlik aşamalarını geçememeleri veya kişilerin ölümü gibi hususlar sayılmaktadır<sup>84</sup>. Dijital varlıkların, milli ekonomiye kazandırılması ve dijital kayıt dışılığın engellenmesi son derece önemlidir. Vatandaşların

---

<sup>83</sup> Bkz. <<https://news.bitcoin.com/analyst-1500-bitcoins-lost-every-day-less-than-14-million-coins-will-ever-circulate/>> Erişim Tarihi 1 Kasım 2020.

<sup>84</sup> Bkz. <<http://fortune.com/2017/11/25/lost-bitcoins/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020.

özellikle yurtdışında bulunan dijital varlıklarının, kişilerin ölümünden sonra kayıt altına alınması ve mirasçılara intikal ettirilmesi bu amaca hizmet edecek bir uygulama olarak değerlendirilmelidir.

Dijital varlıklar ve özellikle kripto paralar, yasadışı amaçlar için sık bir şekilde kullanılmaktadır. 2017 yılında yapılan bir araştırmaya göre bitcoin kullanıcılarının %25'i bitcoini, yasadışı işlemlerde kullanmıştır. Aynı yıl gerçekleşen bitcoin işlemlerinin %44'ü yasadışı faaliyetlere ait para trafiği olmakla beraber toplam değeri 72 milyar dolardır. Son yıllarda yeni kripto para birimlerinin ortaya çıkması ve farklı yatırımcıların bu para birimlerine yatırım yapması sonucunda yasadışı işlemler için bitcoin kullanımının oransal olarak azaldığı görülmektedir (Foley vd, 2018). Etkin bir şekilde suçla mücadele ve kara para aklanmasının kontrolü açısından bu alanda mevzuat düzenlemesi ile yapısal değişikliklerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Dijital dünyada gerçekleştirilen faaliyetlerin düzenlenmesine ilişkin farklı ülkelerde birçok çalışma yürütülmektedir. Bunların başında ABD'de Hukuk Birliği Komisyonu (Uniform Law Commission)<sup>85</sup> tarafından 2014 yılında hazırlanan ve 2015 yılında revize edilen Fiduciary Access to Digital Assets Act (Dijital Varlıklara Emanetçi/Mutemet Erişimi Yasası-Taslağı)<sup>86</sup>, ABD'nin 11 eyaletinde, eyalet meclisine sunulmuş ve 5 eyalette kabul edilerek yasa haline gelmiştir. Bu yasa, dijital varlıkların korunması ve ilgili kişinin ölümünden sonra mirasçılara aktarılması hususunda önemli bir adım olmuştur. Yasaya göre kullanıcılar, herhangi bir çevrimiçi araç kullanarak dijital varlıkları için emanetçi/mutemet/vasi tayin edebilecektir. Hizmet şartları sözleşmesi ile kullanıcıların vasi tayini iradesinin çatışması durumunda yasanın 4'üncü maddesi hükmü gereği kullanıcıların iradesi esas alınacaktır.

<sup>85</sup> ABD'de 1892 yılında kurulan ve kâr amacı gütmeyen Hukuk Birliği Komisyonu (Uniform Law Commission), eyaletlerde uygulanabilir ve yeknesak hukuk kurallarının hazırlanabilmesi için çalışmalar yürütmektedir.Şimdiye kadar Komisyonun hazırladığı üçyüzden fazla kanun taslağı yasalasmıştır. Bkz. <<http://www.uniformlaws.org/aboutulc/faq#What%20is%20the%20Uniform%20Law%20Commission?>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020.

<sup>86</sup> Bazı kaynaklarda Revised Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act – RUFADAA olarak geçmektedir. Bkz. <<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22#:~:text=The%20Revised%20Uniform%20Fiduciary%20Access,ability%20to%20manage%20the%20account.&text=This%20act%20extends%20the%20traditional,include%20management%20of%20digital%20assets.>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020.

#### IV. SONUÇ

Geniş anlamda miras, kişinin ölümü ile mirasçılara geçebilen tüm malvarlığı değerlerini, özel hukuk ilişkilerini ve kişisel hakların tamamını ifade etmektedir. Hukukumuzda mirasa ilişkin hükümler, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 3'üncü kitabında "Miras Hukuku" başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak adı geçen kanunda miras bırakana ait dijital varlıkların tespiti, terekeye dâhil edilmesi ve mirasçılara intikaline ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Geniş anlamda miras tanımından yola çıkarak kişinin ölümüyle kendisine ait dijital varlıkların, mirasçılara geçmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmadığını söylemek mümkündür.

Dijital miras hem hukuki hem de teknik boyutları olan çok yönlü bir konudur. Hangi varlıkların dijital varlık tanımı içinde yer aldığı, ilgili varlıklar ile miras bırakan arasındaki ilişkinin tespiti, ilgili dijital varlığa ilişkin ulaşılabiliyorsa miras bırakanın iradesinin tespiti ve miras bırakan ile hizmet sağlayıcı firma arasında akdedilen sözleşmelerin miras hukuku açısından incelenmesi teknik konulara örnek gösterilebilir.

Süreç açısından değerlendirmek gerekirse ilk olarak dijital varlıkların tespiti yapılmalı ve ilgili varlıklara ilişkin varsa miras bırakanın iradesi çerçevesinde işlem tesis edilmelidir. Miras bırakanın iradesini, ölüme bağlı tasarrufla ortaya koyması hem dijital varlıkların tespiti hem de dijital varlıkların mirasçılara intikali açısından büyük kolaylık sağlayacaktır. Aksi halde miras bırakana ait dijital varlıkların tespiti doğru bir şekilde yapılamayacak ve tespit edilen varlıklara erişimde bazı teknik sorunlarla karşılaşılabilir.

Miras bırakan ile hizmet sağlayıcı firma arasında yapılan sözleşmeler, mirasa konu olabilecek hak veya menfaatin terekeye dâhil edilmesi açısından dikkatle incelenmelidir. Bazı dijital hak ve menfaatler, taraflar arasında akdedilen sözleşmeler nedeniyle 3.kişilere hiçbir koşulda intikal ettirilememektedir. Bu tür sözleşme hükümlerinin mevcudiyeti, ilgili hak veya menfaatin terekeye dâhil edilmesine ve mirasçılara intikaline engel teşkil etmektedir.

Önceki yıllarda e-posta ve sosyal medya hesapları gibi bazı dijital varlıkların miras bırakana ait özel bir alan olduğu, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak değerlendirilmesi gerektiği ve kişinin ölümünden sonra bu dijital varlıkların mirasçı vasfı olsa dahi 3.kişilerin erişimine açılmasının doğru olmadığı şeklinde tartışmalar yaşanmıştır. Ölen kişinin, özel hayatın gizliliğine ilişkin menfaati ile mirasçıların Türk Medeni Kanunu'nda

düzenlenen menfaatlerinin çatıştığını ve bu nedenle miras bırakanın açık bir iradesi olmadan bazı dijital varlıklara, mirasçılarının erişiminin yasal olmadığı ileri sürülmüştür. Son dönemde birçok internet hizmet sağlayıcısı firma tarafından geliştirilen uygulamalar ve farklı ülkelerde alınan mahkeme kararları belirtilen iddiaların aksine bir çözüm ortaya koymuştur. Ölen kişiye ait günlükler ve mektuplar, mirasçılara intikal ettirildiği gibi miras bırakana ait e-posta ve sosyal medya hesaplarının da mirasçılarının erişimine açılması doğru bir uygulamadır. Buna karşın 3.kişilerin iyi niyetinin korunması açısından ilgili dijital varlıklara erişimin sadece anı niteliğinde paylaşım yapma veya dijital kopya alma şeklinde sınırlandırılması daha uygun olacaktır. Aksi takdirde ilgili e-posta ve sosyal medya hesapları 3.kişileri yanıltabilir ve menfaatlerine zarar verebilir.

Dijital varlıkların, mirasçılara intikalinde karşılaşılan en önemli iki sorun miras bırakana ait dijital varlıkların belirlenememesi ve bu dijital varlıklara erişim için gerekli güvenlik anahtarlarına ulaşılamamasıdır. Özellikle sosyal medyada kişilerin farklı adlarla (nick name) hesap açmaları nedeniyle hem miras bırakana ait hesapların belirlenmesi hem de bu hesaplar ile miras bırakan arasındaki ilişkinin kurulması zorlaşmaktadır. Ayrıca dijital varlıklara erişim ve kullanım için gerekli olan başka dijital varlıklar için farklı düzeyde talep edilen güvenlik anahtarlarının bilinmemesi veya mirasçılarca bu bilgilere sahip olunmaması da bir diğer sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde veri güvenliğini sağlamak ve dijital varlıklara erişimi daha etkin bir şekilde sağlamak amacıyla kullanıcı adı ve şifre dışında yüz tanıma, sesli komut ve 2 adımlı doğrulama gibi farklı uygulamalar geliştirilmiştir. Bu uygulamalar nedeniyle dijital varlığın, mirasçılara intikalinde bazı zorluklar yaşanabilmektedir.

Karşılaşılan sorunların çözümü açısından iki farklı öneri getirilmiştir. Bu önerilerden ilki, kişiye ait dijital varlıklara ulaşımı sağlayan e-posta, kullanıcı adı ve şifre bilgilerinin bir dijital kasa hizmet sunucunda tutulması ve kişinin ölümünden sonra mirasçılarla bu bilgilerin paylaşılmasıdır. Dijital kasa hizmeti sunan firmaların kapanması ve çeşitli nedenlerle edimini ifa edememesi veya kullanıcı bilgilerinin ele geçirilmesi gibi riskler göz önünde bulundurulduğunda söz konusu önerinin etkili ve kalıcı bir çözüm olmadığı görülmektedir.

Bir diğer öneri ise miras bırakanın, mirasa konu olabilecek dijital varlıklara erişimi sağlayacak bilgileri, ölüme bağlı tasarrufla mirasçılara intikal ettirmesidir. Bu öneri sorunun çözümü açısından en etkili uygulama olarak



değerlendirilebilir. Fakat yapılan araştırmalarda dijital varlık sahiplerinin büyük oranda genç yaştaki kişiler olduğu görölmektedir. Buna ek olarak ölkemizdeki vasiyet düzenleme kültürü ve alışkanlığı dikkate alındığında ölüme bağlı tasarruf ile sorunun çözümü kısa ve orta vadede mümkün görünmemektedir.

Sorunun çözümüne ilişkin bu çalışmada geliştirilen öneri, her bir dijital varlık açısından konunun kategorik olarak ayrı ayrı değerlendirilmesidir. Öncelikle miras bırakanın ölüme bağlı bir tasarrufu varsa bunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Ölüme bağlı bir tasarrufu bulunmuyorsa mirasçıların talebi ile veraset ilamında murise ait dijital varlıkların tespiti ve mirasçıların ilgili varlıkların üzerindeki haklarının belirtilmesi gerekmektedir. Veraset ilamıyla mirasçılar ilgili internet hizmet sağlayıcılarına başvuruda bulunabilir ve gerekli erişim izinlerini talep edebilirler.

Uygulamada özellikle e-posta ve sosyal medya hesaplarıyla ilgili mahkeme kararlarının dikkate alındığı ve mirasçılara erişim izni verildiği görölmektedir. Ancak 3.kişileri korumak ve karşılaşılan suiistimallerin önüne geçmek amacıyla bazı sosyal medya platformları, ölen kişinin hesabını anı sayfasına çevirerek bu sayfadan yapılan paylaşımları sınırlamaktadırlar.

E-posta ve sosyal medya hesabı dışındaki dijital varlıklar için daha detaylı ve uzun vadeli bir çalışma yapmak gerekmektedir. Örneğin, murisin kripto parası varsa bu kripto paranın türünün ve hangi borsada işlem gördüğünün bilinmesi, ilgili borsa ile iletişime geçilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde bu dijital varlıklara erişim mümkün olamayacaktır.

Vatandaşlarımıza e-devlet uygulaması üzerinden bir e-posta adresi tanımlanması ve dijital varlıklarının kurtarılabilmesi için ilgili e-posta adresinin belirlenmesi hukuki sürecin yürütülmesi ile birlikte dijital varlıklara erişim açısından büyük kolaylık sağlayacaktır. Bunun yanında mevzuatımızda dijital varlıkların yönetimine ilişkin düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Dijital miras meselesi de bu bütünün önemli bir parçasıdır. Özellikle ABD’de dijital varlıkların yönetimi ve mirasçılara intikali konusunda uzmanlaşmış birçok özel girişim bulunmaktadır. Ölkemizde ise bu konuda kamu tarafında sorumlu ve yetkili kurum veya kuruluş bulunmamakta, bunun sonucu olarak da ilgili konuda yasal boşluk doğmaktadır. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun yanında Adalet Bakanlığı bünyesinde bulunan bir daire başkanlığının konuya ilişkin ulusal ikincil mevzuatı hazırlaması ve uluslararası firma ve örgütlerle iletişime geçmesi önem arz etmektedir.

Hızla gelişen bilişim teknolojilerinin yanında hukuk kuralları bu süreçteki hıza yetişemese de yasama ekonomisi ilkesi gereği mevcut düzenlemelerden yola çıkarak bahsedilen sorunlara çözüm üretilmeye çalışılmalıdır. Kişisel olduğu kadar ulusal maddi varlığımızın bir parçası olan dijital varlıkların tespiti, kayıt altına alınması ve kişinin ölümünden sonra mirasçılara intikali hem mirasçılarının haklarını hem de milli varlığımızı korumak açısından üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir konudur. Ayrıca konunun ulusal güvenliğe ilişkin kısmı, vergi ve kayıt dışı ekonomi ile ceza hukuku (kara paranın aklanması vd.) boyutu da detaylıca değerlendirilmelidir.

### KAYNAKÇA

- Akkanat H, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, 2004.
- Alman Federal Adalet Mahkemesi (Der Bundesgerichtshof), <[https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py? Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Seite=2&nr=85390&pos=83&anz=198](https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Seite=2&nr=85390&pos=83&anz=198)> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020
- Aslan EŞ ve Güz H, “Global Markaların Sosyal Medyada Gündem Belirlemesi: Markaların 2.0 Gündemi Üzerine Bir Araştırma”, 2016, İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, (42), s. 191-212.
- Avşar Z ve Öngören G, Bilişim Hukuku, Yayın No: 270, Türkiye Bankalar Birliği, 2010.
- Babeanu D, Gavrilă A ve Valerica M, “Strategic Outlines: Between Value and Digital Assets Management”, 2009, Volume: 11, Annales Universitatis Apulensis Series Oeconomica, s. 318-324.
- Bal N, “İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözülmesi”, 2013, 17(1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 315-351.
- Başpınar V ve Kocabey D, İnternette Fikri Hakların Korunması, Yetkin Yayıncılık, 2007.
- Beyer WG ve Hargrove GC, “Digital Wills: Has the Time Come for Wills to Join the Digital Revolution”, 2007, Volume: 33, Ohio Northern

- University Law Review, s. 865-902.
- Bozbel S, “Domain Names (İnternet Alan Adları) ve ICANN-Tahkim Usulü”, 2002, 1, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, s. 215-254
- Cahn N ve Zietlow A, “Digital Planning”, 2014, Volume: 28, Probate and Property, s. 22-31.
- Comer ED, Internet Working With TCP/IP: Principles, Protocols, and Architecture, Volume 1, Fifth Edition, Pearson Prentice Hall, 2006.
- Daysheelyn APB ve Nadine ACE, “Succession in the Internet Age: Dissecting the Ambiguities of Digital Inheritance”, 2015, Volume: 89, Phillipine Law Journal, s. 835-864.
- Dural M ve Öz T, Türk Özel Hukuku Cilt: 4 Miras Hukuku, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, 2015.
- Dural M, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, 1995.
- European Central Bank (2012) Virtual Currency Schemes, <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.
- Foley S, Karlsen JR ve Talis PJ, “Sex, drugs, and bitcoin: How much illegal activity is financed through cryptocurrencies?”, 2018, Review of Financial Studies, Forthcoming <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3102645](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3102645)> Erişim Tarihi 28 Aralık 2020.
- Gürsoy KT, “Manevi Zarar ve Tazmini”, 1973, 30(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 7-56.
- Hileman G ve Rauchs M, Global Cryptocurrency Benchmarking Study Report, Cambridge University Judge Business School, Cambridge Centre for Alternative Finance, 2017.
- Hopkins PJ, “Afterlife in the Cloud: Managing a Digital Estate”, 2013, 5(2), Hastings Science and Technology Law Journal, s. 209-244.
- Işıklı H, İnternet Alan İsimleri Sistemi-Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki, DPT Yayınları, 2001
- İlkiz F ve Günaydın B, “Kişilik Hakları- Medyada Etik ve Yargı Kararları”, 2006, (2), Küresel İletişim Dergisi, s. 1-15

- İmre Z ve Erman H, Miras Hukuku, Der Yayınları, 13. Basım, 2017.
- Kemp S, (2017), “Digital in 2017: Global Overview”, We are Social, <<https://wearesocial.com/special-reports/digital-in-2017-global-overview>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.
- Keskin S ve Baş M, “Sosyal Medyanın Tüketici Davranışları Üzerine Etkisinin Belirlenmesi”, 2015, 17(3), Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 51-69.
- Kılıçoğlu A, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 3.Baskı, Turhan Kitabevi, 2008.
- Kocayusufpaşaoğlu N, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 1987.
- Mccarthy L, “Digital Assets and Intestacy”, 2015, (21), Boston University Journal of Science and Technology Law, s. 384-412.
- Öztan B, Şahsın Hukuku Gerçek Kişiler, Turhan Kitabevi, 1994
- Seçkiner Bingöl E ve Tahtaloğlu H, “Türkiye’de Üniversitelerin Sosyal Medya Kullanımı: Gazi Üniversitesi Örneği”, 2017, 22, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 2405-2424.
- Serçemeli M, “Kripto Para Birimlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesi”, 2018, (639), Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar, s. 33-66.
- Seren M, Çevik T, Özgeldi N ve Dumankaya EM, Sosyal Medya El Kitabı, Baskı No:1, Orion Kitabevi, 2018.
- Stutts E, “Will Your Digital Music and E-Book Libraries Die Hard with You: Transferring Digital Music and E-Books upon Death”, 2013, Vol.16, SMU Science and Technology Law Review, s. 371-407.
- Taneri G, “Sosyal Medyada Paylaşım Sorumluluğu”, 2016, (24), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 433-460.
- Tekin M, “İnternette Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu”, 2001, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, s. 513-527.
- Uysal EH, “Online Hesaplar Terekeye Dâhil Edilebilir Mi?”, 2017, (2), Hukuk Gündemi Dergisi, s. 21-33.

Wong C, “Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection To His Children?: Inheritability Of Digital Media In The Face Of EULAs”, 2013, 29(4), Santa Clara High Technology Law Journal, s. 703-761.

<<https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/17-1005.html>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<<https://www.alexa.com/topsites>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020.

<<https://support.apple.com/tr-tr/HT205595>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2020

<<https://www.apple.com/tr/family-sharing/>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2020

<<https://www.bbc.co.uk/news/world-europe-44804599>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<<http://uk.businessinsider.com/most-expensive-domain-names-of-all-time-2016-4?r=US&IR=T>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2020)

<<https://www.cnet.com/news/yahoo-releases-e-mail-of-deceased-marine/>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<<https://www.cnet.com/news/facebook-fights-for-deceased-beauty-queens-privacy/>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020.

<<https://coinmarketcap.com/currencies/volume/24-hour/>> Erişim Tarihi 29 Ekim 2020)

<<https://coinmarketcap.com/exchanges/volume/24-hour/all/>> Erişim Tarihi 29 Ekim 2020)

<<https://www.dw.com/en/facebook-court-rules-parents-have-rights-to-dead-daughters-account/a-44642230>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<<https://www.facebook.com/help/828408313868251?helpref=related&ref=related>> Erişim Tarihi 20 Ekim 2020)

<<https://www.forbes.com/sites/oliverchiang/2010/11/13/meet-the-man-who-just-made-a-cool-half-million-from-the-sale-of-virtual-property/#5946819321cd>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020.

<<https://www.forbes.com/sites/danielnyegriffiths/2013/11/14/dota-2-three-spirits-update-38000-dollar-loot-auction/#5d0a25b2a5c7>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020.

<<http://fortune.com/2017/11/25/lost-bitcoins/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020.

<<https://news.gallup.com/poll/191651/majority-not.aspx>> Erişim Tarihi 18

Ekim 2020.

<<https://harvardlawreview.org/2018/05/ajemian-v-yahoo-inc/>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<[https://www.huffingtonpost.com/entry/your-digital-inheritance-what-happens-to-your-social\\_us\\_589e65a1e4b0cd37efcfe8a4](https://www.huffingtonpost.com/entry/your-digital-inheritance-what-happens-to-your-social_us_589e65a1e4b0cd37efcfe8a4)> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<<https://www.icann.org/resources/pages/factsheets-2012-02-25-en>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2020)

<<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2018/04/03/022818-measuring-the-digital-economy>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020.

<<https://qz.com/113576/when-the-next-ernest-hemingway-dies-who-will-own-his-facebook-account-2/>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<<https://www.statista.com/markets/424/topic/540/social-media-user-generated-content/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020.

<<https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020.

<<https://www.statista.com/statistics/278414/number-of-worldwide-social-network-users/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020.

<<https://www.statista.com/statistics/624949/marketing-channel-use-usa/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020.

<<https://www.statista.com/statistics/277483/market-value-of-the-largest-internet-companies-worldwide/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020.

<<https://www.statista.com/study/12322/global-internet-usage-statista-dossier/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020.

<<https://www.statsheep.com/JamichTV>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

<<https://csgo.steamanalyst.com/inventory-top500>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020.

<<https://steamcommunity.com/id/Timur1214>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020.

<<https://www.theguardian.com/technology/2018/may/15/facebook-closed-583m-fake-accounts-in-first-three-months-of-2018>> Erişim Tarihi 20 Ekim 2020)

<<https://www.telegraph.co.uk/finance/11835609/How-to-manage-your-estate-in-the-digital-age.html>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020.

<<https://www.thetimes.co.uk/article/its-ihard-as-willis-fights-apple-2mfq7h7m5cw>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2020.

<<https://www.truekey.com>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

<<https://business.unbiased.co.uk/press-releases/31-million-uk-adults-at-risk-of-dying-without-a-will-2-10-2017>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

<<http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets%20Act,%20Revised%20>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.

<<http://www.uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=Frequently%20Asked%20Questions>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020.





**KAMU HUKUKU >>**

BOŞ

**FREIHEIT UND SICHERHEIT IM KONTEXT DER  
VERSAMMLUNGS-, DEMONSTRATIONS- UND  
REISEFREIHEIT IM TÜRKISCHEN RECHT**

**TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HÜRRİYETİ İLE  
SEYAHAT HÜRRİYETİ BAĞLAMINDA  
ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK İLİŞKİSİ**

**İzzet ÖZGENÇ\***

**İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI\*\***

**Öz**

*İnsanın doğuştan sahip olduğu devredilmez hak ve özgürlüklerin hiçbiri sınırsız değildir. Güvenlik, bir hak ve özgürlüğün sınırlandırma sebeplerinden birini oluşturmaktadır.*

*Hak ve özgürlükler ile güvenlik arasında sıkı bir ilişki, hassas bir denge mevcuttur. Ancak bu durum, hak ve özgürlüklerle güvenlik arasında karşılık bulunduğu şeklinde bir değerlendirmeye tabi tutulmamalıdır.*

*Kişiler, herhangi bir korku ve endişeye kapılmaksızın, hak ve özgürlüklerini kullanabilmelidirler. Keza, hak ve özgürlükler kullanılırken, başkaları bakımından korku ve endişe verici bir duruma da sebebiyet verilmemelidir.*

*Hak ve özgürlükler, ancak demokratik bir toplum düzeninde ve kamunun güvenliği sağlanarak kullanılabilir. Bu itibarla, hak ve özgürlüklere demokratik toplum düzeninin gerekli kaldığı ölçüde ve kamu güvenliği sebebiyle sınırlama getirilebilir.*

*Toplantı ve gösteri yürüyüşü hürriyeti ile seyahat hürriyeti esas alınarak, özgürlük ve güvenlik ilişkisine açıklama getirmek, konunun anlaşılabilirliğini sağlama bakımından büyük bir önem taşımaktadır.*

---

\* **Prof. Dr.**, Ankara HBV Universität, Juristische Fakultät, Lehrstuhl Straf- und Strafprozessrecht. /ANKARA e-posta: oezgenc@gmail.com  
**Orcid ID:** 0000-0002-1805-8572

\*\* **Doç. Dr.**, Ankara HBV Universität, Forschungszentrum für Türkisches Strafrecht./ ANKARA e-posta: ihsanyb@gmail.com  
**Orcid ID:** 0000-0002-7375-2137

**DOI :** 10.34246/ahbvuhfd.871257

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 02/11/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 30/12/2020

*Genel olarak, toplantı ve gösteri yürüyüşü hürriyetinin kullanılmasına, milli güvenlik veya kamu düzeni sebebiyle genel düzenleyici idari işlemle sınırlama getirilebilir:*

*Buna karşılık kamu güvenliği sebebiyle ancak belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne sınırlama getirilebilir.*

*Düzenlenen “barışçıl/silahsız-saldırı” bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmak isteyen kişilerin bu toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında herhangi bir suç işleyebileceği ihtimaline binaen, seyahatinin engellenmesi, hukuken mümkün değildir.*

*Buna karşılık, kişilerin hayatına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına saldırı mahiyetinde yaygın şiddet hareketlerinin baş gösterdiği veya baş göstereceği hususunda somut tehlikenin ortaya çıktığı hallerde, icra edilmek istenen veya edilen toplantı ve gösteri yürüyüşüne iştirak etmenin engellenmesi, hukuka uygundur.*

*Keza, kişilerin hayatına veya vücut bütünlüğüne saldırı mahiyetinde yaygın şiddet hareketlerinin baş göstermesi veya baş göstereceği hususunda somut tehlikenin ortaya çıkması halinde, idari tedbir olarak, konularından dışarı çıkmasını önlemek suretiyle seyahat hürriyetine sınırlama getirilebilir. Dikkat edilmelidir ki, kişilerin konularından dışarı çıkmasını önlemeye yönelik idari tedbir, ancak söz konusu tehlikelilik durumuyla sınırlı olarak ve tehlike devam ettiği sürece uygulanabilir. Ayrıca, konularından dışarı çıkmasını önlemeye yönelik tedbire başvurulması halinde, kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik gerekli tedbirlerin de idare tarafından alınması gerekmektedir. Hayata veya vücut bütünlüğüne yönelik saldırı tehlikesinin önüne geçmek amacıyla başvuru bu tedbirin uygulanması sürecinde, ölçülülük ilkesi gereğince, kişilerin hayatını kaybetmesine ve sağlıklarının bozulmasına sebebiyet verilmemelidir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Toplantı ve gösteri hürriyeti, Seyahat hürriyeti, Özgürlük ve güvenlik ilişkisi, Sınırlama sebepleri, Milli güvenlik, Kamu güvenliği, Genel sağlık, Kamu düzeni.*

### **Abstract**

*Though inherent and inalienable, fundamental rights and freedoms are mostly non-absolute. Security displays one of the reasons for the restriction of rights and freedoms. Indeed, there is a close relation and a delicate balance between rights and freedoms on the one hand, and security on the other. However, there is no contradiction between those two categories. The overhauling idea should be that people enjoy their rights and freedoms without any fear or concern. Likewise, no person enjoying his/her rights and freedoms should intimidate others.*

*Rights and freedoms can be enjoyed only in a democratic society and by ensuring public safety. Therefore, rights and freedoms may only be restricted in proportion to the requirements of a democratic order of the state and society.*

*It is of great importance to explain the relations between liberty and security in order to make the subject-matter of this essay easily understandable, namely the right to hold meetings and demonstration marches and the freedom of movement. In general, the right to hold meetings and demonstration marches can be restricted by administrative measures only on the grounds of national security or public order. Nonetheless, restrictions on the ground public order may only be imposed on certain type of meetings and demonstration marches. Depriving individuals, who wish to participate in a peaceful/unarmed meeting and demonstration march of their freedom of movement on the possibility of involvement in a crime is legally not justifiable. On the other hand, prevention of participation in a meeting and demonstration march should be permitted in cases, where common violence attacks against people's life, physical integrity or property have occurred or there is a real threat that such attacks are most likely to occur.*

*Moreover, whenever common violence attacks against people's life, physical integrity or property have occurred or there is a real threat that such attacks are most likely to occur, it is arguable to restrict the freedom of movement by imposing a curfew as an administrative measure. It is worth noting that such an administrative measure can only be imposed as a proportionate response in accordance with the severity of the threat, and as long as the threat is present. Furthermore, once such an administrative measure is imposed, all the necessary measures should be taken by the administration in order to provide the needs of the people as regards their life and health. During the application of the measures taken in order to provide the needs of the people as regards their life and health and taking to principle of proportionality into due consideration, no harm should be done to life or health of the individuals.*

**Keywords:** *right to hold meetings and demonstration marches, freedom of movement, relationship between liberty and security, restriction reasons, national security, public safety, public health, public order.*

### **Zusammenfassung**

*Der Mensch hat von Geburt an unveräußerliche Grundrechte und Freiheiten, jedoch sind diese nicht unbegrenzt und können unter anderem aus Sicherheitsgründen eingeschränkt werden. Auch wenn das Verhältnis zwischen Grundrechten und Freiheit und der Sicherheit ein enges und konflikträchtiges ist, besteht doch kein Widerspruch zwischen diesen beiden Kategorien. Es gilt, dass die Menschen imstande sein müssen, ihre Grundrechte und Freiheiten ohne Furcht und Sorge wahrnehmen zu können. Gleiches gilt, wenn die Einzelnen von ihren Grundrechten und Freiheiten Gebrauch machen. Auch diese dürfen dadurch die anderen nicht in Angst und Sorge versetzen.*

*Grundrechte und Freiheiten können nur in einer demokratischen Gesellschaft und nur durch Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit genutzt werden. Daraus folgt,*

*dass die Grundrechte und Freiheiten nur dann eingeschränkt werden, wenn dies für die Wahrung der Interessen einer demokratischen Gesellschaft und der öffentlichen Sicherheit notwendig ist.*

*Diese Frage stellt sich nicht zuletzt auch für die Versammlungs-, Demonstrations- sowie Reisefreiheit, die im Zusammenhang mit dem Recht auf Freiheit und Sicherheit verstanden werden muss. Im Allgemeinen kann die Ausübung der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit durch allgemeine ordnungspolitische Verwaltungsmaßnahmen aufgrund der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung eingeschränkt werden. Allerdings sind diese Einschränkungsründe teilweise unspezifisch und weitreichend, sodass bei bestimmten Versammlungen und Demonstrationen einen engeren Maßstab, nämlich die öffentliche Sicherheit, angelegt werden muss. Ungerechtfertigt ist etwa, die Reisefreiheit einer Person zu verhindern, die an einem friedlichen und unbewaffneten Versammlungs- und Demonstrationzug teilnimmt, mit der Begründung, dass während des Versammlungs- und Demonstrationzuges eine Straftat begangen werden könnte. Andererseits kann das Verhindern der Teilnahme an einer laufenden oder bereits stattgefundenen Versammlung oder Demonstration in jenen Fällen gerechtfertigt werden, in denen eine konkrete Gefahr dafür besteht, dass sich weit verbreitete Gewalttaten in Form eines Angriffs auf das Leben, die Körperintegrität oder auf das Eigentum von Personen fortbestehen oder bevorstehen. Dieses Verhindern kann etwa dadurch erfolgen, indem die Reisefreiheit als administrative Maßnahme durch die Verhängung einer Ausgangssperre eingeschränkt wird. Allerdings muss in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass sich eine solche Verwaltungsmaßnahme nur als verhältnismäßige Gegenmaßnahme und beim Vorliegen eines bestimmten Grades der Gefahr vertreten lässt. Es liegt außerdem auf der Hand, dass die Fortsetzung der Ausgangssperre des Fortbestehens der Gefahr bedingt. Des Weiteren ist anzumerken, dass, sobald eine solche Verwaltungsmaßnahme verhängt ist, alle erforderlichen Maßnahmen von der Verwaltung ergriffen werden müssen, um die Bedürfnisse der betroffenen Personen hinsichtlich ihres Lebens und ihrer Gesundheit zu erfüllen. Bei der Umsetzung dieser Maßnahme, die zur Verhinderung der Gefahr eines Angriffs auf das Leben oder die Körperintegrität gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angewandt wird, darf weder das Leben noch die Gesundheit der meist unbeteiligten und unbescholtenen Einzelnen gefährdet werden.*

**Schlüsselwörter:**  *Versammlungs-, Demonstrations- und Reisefreiheit, Das Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit, Nationale Sicherheit, Öffentliche Sicherheit, Öffentliche Ordnung.*

## A. Einführung

Der Mensch hat von Geburt an unveräußerliche Rechte und Freiheiten.<sup>1</sup> Diese Rechte und Freiheiten werden in internationalen Regelwerken und im innerstaatlichen Recht insbesondere in Verfassungen festgelegt und durch diese gewährleistet. Das Individuum kann seine Persönlichkeit nur dann entwickeln und sich entfalten, wenn es diese Rechte und Freiheiten nutzen kann.<sup>2</sup> Jedoch sind diese Rechte und Freiheiten nicht grenzenlos; jedem Recht und jeder Freiheit sind Grenzen gesetzt. Sie können aus bestimmten Gründen und in Übereinstimmung mit einigen Kriterien eingeschränkt werden. So ist beispielsweise die Gefährdung der Sicherheit ein Grund für die Einschränkung von Rechten und Freiheiten.

Entgegen einer weitverbreiteten Ansicht besteht kein Widerspruch zwischen Freiheit und Sicherheit. Sicherheit entsteht aus Freiheit und ist ein Mittel, um Freiheit zu garantieren. Es bestehen daher eine enge Beziehung und ein empfindliches Gleichgewicht zwischen Rechten, Freiheiten und Sicherheit. Damit ist jedoch nicht gemeint, dass zwischen Rechten, Freiheiten und Sicherheit eine Diskrepanz besteht. Einerseits gilt, dass die Einzelnen imstande sein sollen, ihre Rechte und Freiheiten ohne Furcht und Sorge demonstrativ wahrnehmen zu können. Andererseits darf die Inanspruchnahme von Rechten und Freiheiten andere nicht in Angst und Sorge versetzen. Die Gesellschaftsform, in der beides möglich ist und gewährleistet werden kann, ist die Demokratie. Ob und in welchem Maße Rechte und Freiheiten entsprechend den Bedürfnissen der demokratischen Gesellschaftsordnung eingeschränkt werden müssen, wird durch die Notwendigkeit bestimmt, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten.

Wie sich das spannungsreiche Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit im Einklang mit den eben genannten Grundpfeilern einer freiheitlichen Demokratie konkret zeigen soll, wird im Rahmen dieses Beitrags im Zusammenhang zweier fundamentaler Freiheiten, nämlich der Versammlungs-

---

<sup>1</sup> Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948, Art. 1: Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geist der Brüderlichkeit begegnen. Die Erklärung der Menschenrechte von 1789, Art. 1: Die Menschen sind und bleiben von Geburt an frei und gleich an Rechten. Soziale Unterschiede dürfen nur im gemeinen Nutzen begründet sein.

<sup>2</sup> *Özgenç, İzzet*: İnsan Haklarının Felsefi Temeli, in: İnsan Hakları, İstanbul, 1995, S. 41 ff.; *Özgenç, İzzet*: İnsan Haklarının Özüne Dönüş, in: Yeni Türkiye, Mai-Juni 1998, Jahrgang 4, Nr. 21, S. 606.

und Demonstrationsfreiheit sowie der Reisefreiheit, dargelegt. Es kann kein Hehl daraus gemacht werden, dass die Demokratie in der Türkei im Hinblick auf diese Freiheiten immer wieder auf den Prüfstein gestellt wird. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der Anzahl von Beschwerden, die in Straßburg gegen die Türkei entschieden wurden und auf die auch in Rahmen dieses Beitrags Bezug genommen wird. Gleichwohl ist es auch unerlässlich, das geltende Recht in der Türkei – nämlich die einschlägige Gesetzgebung sowie die Rechtsprechung des türkischen Verwaltungsgerichtshofs – im Blick zu behalten und Gründe auszumachen, wo sich die Unzulänglichkeiten zeigen und was die Ursachen dafür sind.

## **B. Versammlungs- und Demonstrationfreiheit und Sicherheit**

### **I. Friedlichkeit und Genehmigungsfreiheit**

Damit der Einzelne seine Persönlichkeit fortentwickeln und sich so entfalten kann, muss es ein ureigenes Anliegen sein, seinen Ideen frei Ausdruck verleihen, mit anderen Menschen zusammenkommen und sich für eine gemeinsame Idee einsetzen, so z.B. demonstrieren zu wollen, um die Gesellschaft auf ein bestimmtes Thema aufmerksam zu machen. Entsprechend diesem Ideal ist die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit eines der wichtigsten Erfordernisse demokratischer Gesellschaften, die ihre Kraft gerade aus der Möglichkeit zur persönlichen Entfaltung und aus dem gesellschaftlichem Engagement des einzelnen Bürgers speisen.<sup>3</sup> Auf europäischer Ebene wird die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit insbesondere durch die Europäische Menschenrechtskonvention des Europarates (EMRK) in Art. 11 Abs. 1 verankert wie folgt:

*“Jede Person hat das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen;....”*

Die Konkretisierung dieser knapp umrissenen Freiheiten erfolgt primär durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Zurecht weist der Gerichtshof darauf hin, dass mutmaßliche Verstöße gegen das Recht auf Versammlungs- und Demonstrationfreiheit unter anderem im engen Zusammenhang mit dem Recht auf Meinungsfreiheit nach Art. 10

---

<sup>3</sup> Hierzu siehe auch EGMR, Friedl/Österreich, 15225/89, 30 November 1992; alle Entscheidungen des EGMR sind unter der offiziellen Webseite des Gerichtshofs <https://hudoc.echr.coe.int/eng> abrufbar.



Abs. 1 EMRK geprüft werden müssen.<sup>4</sup> Gleichzeitig hebt er hervor, dass die Versammlungs- und Demonstrationfreiheit weit ausgelegt werden müssen, da sie eine der fundamentalen Erfordernissen der demokratischen Grundordnung sind.<sup>5</sup>

In der Türkei garantiert Art. 34 Abs. 1 der türkischen Verfassung (tVerf.) die Versammlungs- und Demonstrationfreiheit wie folgt:

*“Jedermann hat das Recht, ohne vorherige Genehmigung unbewaffnete und gewaltlose Versammlungen und Demonstrationen zu veranstalten.”<sup>6</sup>*

Abs. 3 des Art. 34 tVerf. erlegt dem Gesetzgeber auf, die Form, die Bedingungen und das Verfahren zur Ausübung dieser Freiheit durch ein Gesetz näher zu regeln. Dieser Gestaltungspflicht kommt der türkische Gesetzgeber durch das Gesetz Nr. 2911 über Versammlungen und Demonstrationen vom 06.10.1983 (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu: abgekürzt TGYK) nach, dem in der Praxis eine große Bedeutung zukommt. Durch § 3 Abs. 1 konkretisiert dieses Gesetz die Versammlungs- und Demonstrationfreiheit weiter wie folgt:

*“Jedermann hat das Recht, ohne vorherige Genehmigung unbewaffnete und gewaltlose Versammlungen und Demonstrationen nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zu Zwecken, die keine Straftaten zur Folge haben, zu veranstalten.”<sup>7</sup>*

Schaut man sich die oben aufgeführten Vorschriften der EMRK und des türkischen Rechts näher an, so lässt sich feststellen, dass das türkische Recht verfassungsrechtlich sowie einfachgesetzlich den Anforderungen des Art. 11 Abs. 1 EMRK genügt. Das Erfordernis der Friedlichkeit von Versammlungen und Demonstrationen nach Art. 11 Abs. 1 EMRK wird im türkischen Recht dadurch verdeutlicht, dass diese unbewaffnet und gewaltlos sein müssen.<sup>8</sup> Gleichwohl sind diese Begriffe entsprechend der Rechtsprechung des EGMR zu verstehen. Hiernach schließt das Kundtun von verstörenden, kränkenden

---

<sup>4</sup> EGMR, Öllinger/Österreich, 76900/01, 29 Juni 2006.

<sup>5</sup> EGMR, Friedl/Österreich, 15225/89, 30 Juni 1992.

<sup>6</sup> Sinngemäße Übersetzung von den Verfassern.

<sup>7</sup> Sinngemäße Übersetzung von den Verfassern.

<sup>8</sup> Sowohl in Art. 34 Abs. 1 tVerf als auch in § 3 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 2911 über Versammlungen und Demonstrationen vom 1983 ist der Begriff “saldırısız” verwendet. Dieser kann zwar wortwörtlich als “ohne Übergriffe” oder “Frei von Angriffen” übersetzt werden. Gemeint ist aber im Ergebnis, dass keine Gewalt gegen Personen und Sachen ausgeübt wird. Daher wurde “saldırısız” in diesem Beitrag sinngemäß als gewaltlos übersetzt.

und sogar schockierenden Ideen, die von der Mehrheitsgesellschaft als unangenehm wahrgenommen oder von der Öffentlichkeit nicht akzeptiert werden, den friedlichen Charakter der Versammlung oder Demonstration nicht aus.<sup>9</sup> Entsprechend dieser Rechtsprechung kommt es bei der Bestimmung der Friedlichkeit – im türkischen Recht: Unbewaffnetsein und Gewaltlosigkeit – zunächst auf die Absicht der Veranstalter und Teilnehmer einer Versammlung sowie einer Demonstration an, sie friedlich durchzuführen. Dieser Absicht muss jedoch die Tatsache zur Seite gestellt werden, dass dabei weder tätliche physische Gewalt während der Versammlung oder eines Demonstrationzuges ausgeübt wird, noch zur Gewaltanwendung aufgerufen oder auch nur Anreize dafür geschaffen werden. Mit anderen Worten darf während einer friedlichen Versammlung oder Demonstration nicht zu Gewalt aufgefordert oder ermutigt werden. Hiervon zu unterscheiden ist allerdings der Einsatz von Gewalt durch einzelne Teilnehmer einer Versammlung oder Demonstration. Dies kann den friedlichen Charakter einer Veranstaltung oder Demonstration nicht aufheben.<sup>10</sup> Die Versammlung und Demonstration verliert nur dann ihren friedlichen Charakter, wenn im Rahmen der jeweiligen Veranstaltung verbreitet Gewalttaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder das Eigentum begangen werden.<sup>11</sup> Wird ein Demonstrationzug von Sicherheitskräften gewaltsam aufgelöst, weil eine Gruppe der Demonstranten gemeinschaftlich z.B. parkende Zivildfahrzeuge und an der Straße liegende Geschäfte angreifen, so liegt nach dem EGMR keine Konventionsverletzung vor.<sup>12</sup>

Aus dem Gesagten lässt sich klar entnehmen, dass das Recht, von der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit Gebrauch zu machen, nicht unbegrenzt gilt. Diese Rechte haben eine immanente Grenze. Bevor im Folgenden auf die Frage eingegangen wird, aus welchen Gründen die Ausübung der Freiheit auf Veranstaltung einer friedlichen Versammlung oder Demonstration legitimerweise noch eingeschränkt werden darf, ist es notwendig, das zweite Tatbestandsmerkmal des Art. 10 Abs. 1 EMRK und des Art. 34 Abs. 1 tVerf., nämlich die Genehmigungsfreiheit, weitergehend zu klären. Eine erste Ausnahme von der Genehmigungsfreiheit enthält das Gesetz Nr. 2911 über Versammlungen und Demonstrationen von 1983 (TGYK)

---

<sup>9</sup> EGMR, Prager et Oberschlick/Österreich, 15974/90, 26 Nisan 1995.

<sup>10</sup> EGMR, İzci/Türkei, 42606/05, 23 Juli 2013.

<sup>11</sup> EGMR, Ezelin/Frankreich, 11800/85, 26 April 1991.

<sup>12</sup> EGMR, Kartal/Türkei, 29768/03, 16 Dezember 2008.

dahingehend, dass Ausländer eine Genehmigung beim Innenministerium beantragen müssen, um eine Versammlung oder Demonstration im Sinne dieses Gesetzes veranstalten zu dürfen (§ 3 Abs. 2).<sup>13</sup> Die Genehmigungsfreiheit ist außerdem nicht tangiert, wenn das Gesetz lediglich verlangt, die Versammlung oder Demonstration unter Angabe bestimmter Informationen der zuständigen Behörde zu melden. Nach der Rechtsprechung der EGMR ist ein solches Meldeverfahren von der Gestaltungsaufgabe und -befugnis des nationalen Gesetzgebers umfasst.<sup>14</sup> Allerdings gilt die Unbedenklichkeit des Meldeverfahrens, solange es eine nur organisatorische Funktion hat und die Verwaltung der Genehmigungsfreiheit ihres Sinnes und Zwecks nicht beraubt. In der Tat ist es in der Praxis nicht unüblich, dass dem Meldeverfahren die Wirkung einer echten Genehmigungspflicht verliehen bzw. dieses als bloßes Instrument verwendet wird, mit dem die Organisation von Versammlungen oder Demonstrationen erschwert wird. In diesen Fällen ist gleichwohl davon auszugehen, dass die Versammlungs- bzw. Demonstrationsfreiheit nach Art. 10 Abs. 1 EMRK und Art. 34 Abs. 1 tVerf. verletzt ist.<sup>15</sup> Des Weiteren löst die Meldepflicht nicht selten einen voreiligen Verbotsbeschluss der Verwaltung aus, die sich meist lediglich lapidar auf einige Einschränkungsgründe bzw. auf schwache Prognosen beziehen (hierzu gleich unten). Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Meldeverfahren auch in anderen Zusammenhängen nur eine organisatorische Wirkung haben, aber keine echte Ausnahme von der Genehmigungsfreiheit darstellen darf. So ist das Recht auf die Durchführung einer Versammlung oder Demonstration auch dann von Art. 10 Abs. 1 EMRK und Art. 34 Abs. 1 tVerf. umfasst, wenn etwa die Massen ohne ein vorausgegangenes Meldeverfahren zusammenkommen, um gegen plötzlich eingetretene Ereignisse zu protestieren. Nur mit der Begründung, dass das Meldeverfahren nicht befolgt wurde, darf eine solche Versammlung oder Demonstration nicht aufgelöst bzw. für eine Auflösung kein Zwang

---

<sup>13</sup> §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 2911 über Versammlungen und Demonstrationen regeln, was im Sinne dieses Gesetzes als Versammlung und Demonstration zu verstehen ist und auf welche Versammlungen und Demonstrationen dieses Gesetzes nicht anzuwenden ist. Handelt es sich bei einer Versammlung von der Pflege bestimmter Traditionen oder von der Erfüllung sportlicher, wissenschaftlicher, kommerzieller oder wirtschaftlicher Zwecke (§ 4 Abs. 1 lit. b und c), so ist eine solche Versammlung den Einschränkungen des Gesetzes Nr. 2911 über Versammlungen und Demonstrationen nicht unterworfen. Dadurch entfällt auch die Genehmigungspflicht für die Ausländer in genannten Fällen.

<sup>14</sup> EGMR, Andersson/Schweden, 12781/87, 13 Dezember 1998.

<sup>15</sup> EGMR, Çiloğlu und andere/Türkei, 73333/01, 6 März 2007; Balçık und andere/Türkei, 25/02, 29 November 2007.

angewendet werden.<sup>16</sup> Hiervon bleibt jedoch unberührt, dass die Polizei, erforderlichenfalls durch die Anwendung unmittelbarem Zwangs, eingreift, wenn die Versammlung oder die Demonstration in Gewaltaktionen mündet.<sup>17</sup> In diesem Fall kann nicht mehr die Rede von einer Ausübung des Rechts auf Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit sein, weil die genannten Veranstaltungen nicht mehr friedlich bzw. gewaltlos sind.

## II. Legitime Einschränkungsgünde

Auch wenn eine Versammlung oder Demonstration friedlich bzw. unbewaffnet und gewaltlos stattfindet, darf die Ausübung der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit unter Berufung auf einige im Gesetz ausdrücklich genannten Gründe eingeschränkt werden. Der Gesetzesvorbehalt ist sowohl in Art. 11 Abs. 2 EMRK als auch in Art. 34 Abs. 2 tVerf. vorgesehen.<sup>18</sup> Außerdem besteht zwischen der EMRK und dem türkischen Recht eine vollständige Übereinstimmung hinsichtlich der Gründe, die Einschränkungen der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit in der Türkei rechtfertigen. Diese sind: nationale Sicherheit, öffentliche Ordnung, Verhütung von Straftaten, allgemeiner Gesundheitsschutz, Schutz der guten Sitten und Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Der EGMR erlegt den nationalen Behörden nicht nur die Pflicht auf, bei einer Einschränkung im Einzelfall ausdrücklich anzugeben, welcher oder welche von diesen Gründen für die Einschränkung einschlägig sind,<sup>19</sup> sondern auch die Pflicht, dass die entsprechende Erklärung der Behörde nachvollziehbar zu sein hat.<sup>20</sup> Im Einklang mit dieser Anforderung steht das türkische Recht etwa

---

<sup>16</sup> EGMR, Cisse/Frankreich, 51346/99, 9 April 2002; Ataman/Türkei, 74552/01, 5 Dezember 2006; Çiloğlu und andere/Türkei, 73333/01, 6 Mart 2007; Bukta und andere/Ungarn, 25691/04, 17 Juli 2007; Balçık und andere/Türkei, 25/02, 29 November 2007; İzci/Türkei, 42606/05, 23 Juli 2013.

<sup>17</sup> Zur Auflösung von rechtswidrigen Versammlungen und Demonstrationen siehe § 24 des Gesetzes Nr. 2911 über Versammlungen und Demonstrationen sowie § 16 des Gesetzes Nr. 2559 über Aufgaben und Befugnisse der Polizei (PVSK).

<sup>18</sup> Ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt im türkischen Recht ist außerdem in Art. 13 Satz 1 tVerf. garantiert. Hiernach "dürfen die Grundrechte und Freiheiten je nach den in den einschlägigen Artikeln der Verfassung genannten Gründen nur durch das Gesetz eingeschränkt werden. ..."

<sup>19</sup> In der Praxis enthalten die Verwaltungsentscheidungen nicht selten mehrere Einschränkungsgünde; siehe etwa 10. Kammer des Verwaltungsgerichtshofs Entscheidung v. 08.11.2010 mit den Nummern E. 2007/6515, K. 2010/8931.

<sup>20</sup> EGMR, Emine Yaşar /Türkei, 863/04, 9. Februar 2010.

insofern, als es bei der Einschränkung mit der Begründung der Verhütung von Straftaten verlangt, dass eine offenkundige und nahe Gefahr (açık ve yakın tehlike) vorliegen muss.<sup>21</sup>

Im Folgenden werden aufgrund ihrer Praxisrelevanz nur die ersten drei Einschränkungsgründe in Grundzügen dargelegt. Vorauszuschicken ist an dieser Stelle noch der unserer Ansicht nach allgemeine Charakter der obengenannten Einschränkungen, dass nämlich in deren Essenz die Idee des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer in einer demokratischen Grundordnung liegt. Die Tatsache, dass der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sowohl in der EMRK als auch im türkischen Recht noch gesondert aufgeführt ist, stützt unsere Ansicht, weil dieser Einschränkungsgrund als eine Art Generalklausel, auf die sich alle anderen zurückführen lassen, gesondert genannt ist. Deshalb müssen alle Einschränkungsgründe im Lichte dieser Urdee ausgelegt werden. Mit anderen Worten muss sich die Verwaltung bei deren konkreter Heranziehung in Einzelfällen auf die Idee des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer in einer demokratischen Grundordnung rückbesinnen.

## 1. Nationale Sicherheit

Bei der Einschränkung der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit aus Gründen der **nationalen Sicherheit** (national security/milli güvenlik) ist Vorsicht geboten, weil der Begriff der nationalen Sicherheit nicht nur sehr vage ist, sondern auch bereichsübergreifend sämtliche zum Schutze der für die Nation wichtigen Interessen zu treffenden Maßnahmen zu umfassen scheint. Somit führt das Adjektiv “national” kaum zu einer Klarheit, sondern verweist auf ein mögliches Verständnis von Sicherheit, die sich schlechthin als Gegenpol individueller Freiheiten abzeichnet. In Anbetracht der Gefahr einer solchen Reichweite muss der Grund, dass die nationale Sicherheit gefährdet sei, eng ausgelegt werden. Dementsprechend lässt sich ein Kernbereich des Schutzes strategisch wichtiger staatlicher Institutionen feststellen, der unter die nationale Sicherheit fallen würde. Mit einem Verwaltungsakt kann etwa die Organisation von Versammlungen und Demonstrationen in der Nähe von öffentlichen Gebäuden und militärischen Anlagen, die im Hinblick auf die nationale Sicherheit von strategischer Bedeutung sind, verboten werden. Allerdings darf die Tatsache der genannten „Nähe“ nicht zu pauschalen Verboten führen. Hinzutreten muss die Darlegung von Sachgründen, die

---

<sup>21</sup> §§ 17 Abs. 1, 19 Abs. 1 GTYK.

nachvollziehbar aufzeigen, inwiefern die Veranstaltung einer Versammlung oder Demonstration den Institutionenschutz gefährden könnte. Auch muss eine zeitliche Verschiebung der Versammlung oder Demonstration entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Erwägung gezogen werden, bevor eine solche gänzlich untersagt wird.<sup>22</sup>

## 2. Öffentliche Ordnung

Als Begründung für die Einschränkung der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit kann auch der Schutz der **öffentlichen Ordnung** herangezogen werden (Art. 11 Abs. 1 EMRK und Art. 34 Abs. 2 tVerf.). Wie sich die öffentliche Ordnung von der nationalen Sicherheit begrenzen lässt, ist zwar nicht näher geklärt. Im Allgemeinen gilt jedoch, dass die öffentliche Ordnung mit einem ungestörten Verlauf gemeinwesenbezogener Einrichtungen wie alltägliche gewerbliche Tätigkeiten oder Nutzung elementarer öffentlicher Dienstleistungen, sowie auch mit dem friedlichen Zusammenleben von Bewohnern einer Ortschaft einhergeht. Dementsprechend können sich Einschränkungen ergeben, indem die Versammlungen oder Demonstrationzüge im Hinblick auf den Ort und die Zeit der Veranstaltung bestimmten Auflagen genügen müssen. Diese können sich auf das Gebäude, die Straße oder den Platz der Veranstaltungen – etwa unter dem Aspekt der Dichte des Fußgänger- und Fahrzeugverkehrs oder auch von Ruhezeiten – beziehen. In letzterer Hinsicht kämen Einschränkungen hinsichtlich der Abhaltung bestimmter Veranstaltungen während der Nacht auf Straßen oder öffentlichen Plätzen in Betracht. Probleme entstehen bei der Heranziehung der öffentlichen Ordnung als Einschränkungsgrund dann, wenn die Verwaltung die öffentliche Ordnung dadurch bewahren möchte, indem Veranstaltungen mit bestimmten Inhalten, die von der Allgemeinheit als provokant oder störend empfunden werden könnten, pauschal und von vorneherein verboten wird. In solchen Fällen führt die Verwaltung teilweise auch an, dass Veranstaltungen mit solchen aufstachelnden Inhalten die Gefahr der Begehung von Straftaten

---

<sup>22</sup> Die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Grundrechtseinschränkungen ist nach Art. 13 Satz 2 tVerf. geboten: "... Diese Einschränkungen dürfen dem Wortlaut und Geist der Verfassung, den Erfordernissen einer demokratischen Gesellschaftsordnung und einer laizistischen Republik und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht zuwiderlaufen." Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist auch in Art. 11 Abs. 1 EMRK dahingehend verankert, dass die Einschränkungen "in einer demokratischen Gesellschaft notwendig" sein müssen. Der Gerichtshof betont in diesem Zusammenhang, dass der Zweck dieser Bestimmung darin liegt, die Einschränkungen auf ein dringendes soziales Bedürfnis einzuzugrenzen; für mehr siehe EGMR, Ataman/Türkei, 74552/01, 5 Dezember 2006.

gegen den öffentlichen Frieden (tStGB §§ 213 ff.) beinhalten. Der türkische Verwaltungsgerichtshof betont in diesem Zusammenhang, dass in solchen Fällen nicht nur die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit der Betroffenen aufs Spiel gesetzt wird, sondern auch deren Meinungsfreiheit. Einem entsprechenden Beschluss des tVerwGH v. 11.02.2015 lag etwa der folgende Fall zugrunde:

Eine politische Partei meldete bei der Kreisstadtverwaltung eine Aktion an, bei der vom 22.04.2009 bis 30.04.2009 ein Plakat in der Größe 70x100 cm mit der Aufschrift *“Unsere Arbeiterklasse, alle unsere unterdrückten Menschen, unsere zivil und militärische Jugend, unsere kurdischen Geschwister, schließt Euch der Volksbefreiungsfront an! Gegen die Marionetten der amerikanischen Geldprotze und der Renegatenfront”* aufgehängt werden sollte. Daraufhin verbot die Kreisstadtverwaltung die Aktion. Nach dem tVerwGH war jedoch die Verbotsentscheidung der Verwaltung rechtswidrig. Der Gerichtshof führte folgende Begründung an: *“In diesem Fall führte die angeklagte Verwaltung an, dass das an die Öffentlichkeit gerichtete Plakat die Öffentlichkeit provozieren und negative Reaktionen herbeiführen kann, was zum Friedensbruch der Öffentlichkeit führen wird. Im Übrigen ist die Behauptung des Klägers, dass die gewählte Wortwahl ein Aufruf zur Separation und Polarisierung der Gesellschaft sei, nicht nachvollziehbar. Der Gerichtshof kam zum Schluss, dass die auf dem Plakat aufgeführten Begriffe alles andere als das Ergebnis von Separation und Polarisierung der Gesellschaft sind und dass diese Aktivität, die den Pluralismus der politischen Parteien als Notwendigkeit eines pluralistischen demokratischen Systems widerspiegelt, als im Rahmen der Meinungsfreiheit zu bewerten ist.”*

Mangelnder Beachtung der Meinungsfreiheit begegnet man nicht nur in Verbotsentscheidungen, die Veranstaltungen mit linken bzw. kommunistischen Inhalten betreffen. Eine Veranstaltung, die religiös-konservative Themen bestimmter Art zum Gegenstand hat, kann etwa in einer Stadt, deren Einwohner mehrheitlich einer anderen Konfession angehören bzw. eher laizistisch sein mögen, ebenfalls von der Verwaltung verboten werden. Ein entsprechender Fall lag dem Beschluss des türkischen Verwaltungsgerichtshofs vom 12.09.2013 zugrunde, in dem der Gerichtshof eine Verbotsentscheidung ebenfalls für rechtswidrig erklärte.

Im konkreten Fall meldete die Gesellschaft für die Pflege der Osmanischen Kultur in der Provinzstadt Tunceli eine Veranstaltung an, bei der ein Schriftsteller über das Thema *„Die Welt, die die Erlösten, die Heiligen und*

*die Meister durch das Praktizieren der göttlichen Liebe erreicht haben, die Glückseligkeit im Jenseits und der Islam, die Mystik und Glückseligkeit, welche die Gefährten des Propheten praktizierten“ in einem geschlossenen Raum einen Vortrag halten sollte. Daraufhin verbot das Gouvernement von Tunceli die Veranstaltung gemäß Artikel 17 des Gesetzes Nr. 2911 über Versammlungen und Demonstrationen, wohl aus der Überlegung heraus, dass eine Veranstaltung mit einer klar sunnitischen Ausrichtung in einer alevitischen Stadt die öffentliche Ordnung stören kann. Der tVerwGH führte in diesem Beschluss an: „da diese Veranstaltung im Rahmen der Meinungsfreiheit der von der Verfassung garantierten Grundrechte und Freiheiten zu betrachten ist, ist es erforderlich, für eine Verbotsentscheidung konkrete und eindeutige Beweise vorzulegen. Ohne konkrete Informationen und entsprechende Belege allein auf der Grundlage einer Hypothese, dass eine konkrete und unmittelbar nahe Gefahr für die Begehung einer Straftat bestehe, darf die Versammlungsfreiheit nicht eingeschränkt werden. Aus diesem Grund ist der Verwaltungsakt bezüglich des Verbots der Versammlung rechtswidrig.“<sup>23</sup>*

Selbst bei einer fundierten nachvollziehbaren Gefahr für die öffentliche Ordnung ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz weiterhin etwa dahingehend zu beachten, dass ein Teilverbot einem vollständigen vorzuziehen ist. Demenstprechend soll eine Versammlung oder ein Demonstrationmarsch etwa mit der Begründung, dass dies eine ernsthafte Herausforderung für Menschen darstelle, weil dadurch eine Verkehrsstauung auf den Arbeitswegen entstehen würde, dahingehend eingeschränkt werden, dass diese auf einen anderen Tag außerhalb der normalen Arbeitszeit verschoben wird. Andererseits ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht eingehalten, wenn eine Verbotsentscheidung mit dem Argument der Gefährdung der öffentlichen Ordnung ausgesprochen wird, obwohl die beabsichtigte Versammlung oder Demonstration lediglich die Sperrung bestimmter Straßen erfordern würde und die Sperrung dieser Straßen zu überschaubaren Verspätungen für unbeteiligte Passanten führen könnte.<sup>24</sup> Auch der türkische Verwaltungsgerichtshof betont in seiner Rechtsprechung, dass Einschränkungen der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit die Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes berücksichtigen müssen. Seiner Entscheidung vom 08.11.2010 ging der folgende Vorfall voraus:

---

<sup>23</sup> tVerwGH Entscheidung v. 12.09.2013 mit den Nummern E. 2009/16392 und K. 2013/6160.

<sup>24</sup> EGMR, Ulusoy/Türkei, 9049/06, 4 Juni 2013; Berladir und andere/Russland, 34202/06, 10 Juli 2012.



Die Vereinigung der 78'er und die Vereinigung für interkulturelle Kommunikation meldeten bei der Kreisstadtverwaltung Marmaris zum 12.09.2004 eine Veranstaltung mit dem Titel "1. Marmaris-Festival für Demokratie und Kultur - Netekim"<sup>25</sup> an. Als Zweck der Veranstaltung war angegeben, gegen die Übernahme der Regierungsgewalt vom 12. September 1980 durch die Streitkräfte zu protestieren.

In der Verbotsentscheidung nach § 17 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 2911 wies die Kreisverwaltung darauf hin, dass Veranstaltungen mit diesem Inhalt häufig in der lokalen und nationalen Presse aufgeführt werden und die politischen Parteien und Verbände gegensätzliche Presseerklärungen dazu abgeben, was zu Spannungen führe. Da Erklärungen in den Medien einen breiten Platz einnehmen, werde die Allgemeinheit darauf aufmerksam und unruhig. Würde die genannte Veranstaltung stattfinden, bestehe eine offenkundige und unmittelbare Gefahr, dass die öffentliche Ordnung gestört, der Tourismus beeinträchtigt und höchstwahrscheinlich eine Straftat begangen wird, indem zwei gegnerische Gruppen aufeinander losgehen könnten.

Das türkische Verwaltungsgerichtshof befand die genannte Verbotsentscheidung aus zwei Gründen für rechtswidrig: Erstens wies der Gerichtshof darauf hin, dass die Verwaltung unter den Umständen dieses Falles keine klare, offenkundige und unmittelbar nahe Gefahr für die Begehung von Straftaten aufzuführen vermochte. Zweitens hätte man als mildere Maßnahme zunächst eine Verschiebung der Veranstaltung in Betracht ziehen müssen, ehe eine Verbotsentscheidung hätte ausgesprochen werden dürfen. Da der beabsichtigte Zweck womöglich auch durch eine Verschiebung hätte erreicht werden können, ohne dass der Kern der Versammlungsfreiheit berührt worden wäre, sei die Verbotsentscheidung rechtswidrig.<sup>26</sup>

### 3. Verhütung von Straftaten

Ein weiterer Einschränkungsground ist die **Verhütung von Straftaten** (Art. 11 Abs. 1 EMRK und Art. 34 Abs. 2 tVerf.). Allerdings ist nicht klar, ob die Verhütung von Straftaten erst nach dem Erreichen einer gewissen Erheblichkeit

---

<sup>25</sup> Das Wort *Netekim* bedeutet im Türkischen „sonuç olarak“ (= denn, so) und wurde von dem General und Staatspräsidenten Kenan Evren der 80'er Jahren verwendet. Er sprach das Wort *Nitekim* als *Netekim* aus. Kenan Evren wohnte nach Ende seiner Amtszeit in der oben genannten Ortschaft Marmaris.

<sup>26</sup> 10. Kammer des Verwaltungsgerichtshofs Entscheidung v. 08.11.2010 mit den Nummern E. 2007/6515, K. 2010/8931.

der zu verhindernden Straftaten zur Rechtfertigung von Einschränkungen der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit angeführt werden darf oder ob die Gefahr einer Begehung von Straftaten allgemein hinreichend ist. Praxisrelevant ist insbesondere die Propaganda einer terroristischen Organisation (§ 220 Abs. 8 tStGB),<sup>27</sup> die bei bestimmten politischen Versammlungen oder Demonstrationen nicht selten als Einschränkungsgrund herangezogen wird. In der Tat spricht kaum etwas dagegen, dass auch die Verhütung dieser Straftat von Art. 11 Abs. 1 EMRK und Art. 34 Abs. 2 tVerf. umfasst ist. Unseres Erachtens ergeben sich Probleme aus dem Anführen dieses Einschränkungsgrunds eher dann, wenn die Einschränkungen lediglich auf eine allgemeine, abstrakte Gefahr der Begehung der Propaganda einer terroristischen Organisation (§ 220 Abs. 8 tStGB) gestützt werden. Dadurch wird nicht nur die Versammlungs- oder Demonstrationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 EMRK und Art. 34 Abs. 1 tVerf. verletzt, sondern oft auch in die Meinungsfreiheit von Betroffenen eingegriffen, weil ihnen unter Berufung auf eine nicht fundierte Gefahr für die Begehung einer Straftat von vorneherein die Möglichkeit entzogen wird, ihre Meinung in der Öffentlichkeit kundzutun. Schaut man sich die Spruchpraxis des türkischen Verwaltungsgerichtshofs an, so lässt sich feststellen, dass es den entsprechenden Verwaltungsentscheidungen an der Darlegung einer offenkundigen und nahen Gefahr mangelt und sie die Meinungsfreiheit gar nicht in ihre Entscheidungen einbeziehen. Ein solcher Fall lag dem Beschluss des türkischen Verwaltungsgerichtshofs (tVerwGH) vom 10.06.2015 zugrunde:

Am 10.05.2010 meldete eine politische Partei in der Provinzstadt Eskişehir beim Gouverneur an, für die Zeit zwischen dem 11.05.2010 und dem 11.06.2010 eine Unterschriftenaktion organisieren zu wollen, die den Slogan *“Es ist Zeit, diejenigen, die die Arbeit und das Brot der Menschen stehlen, zur Rechenschaft zu ziehen - Ich möchte, dass die Diebe, Plünderer und die Gesetzesbrecher zur Rechenschaft gezogen werden”* trug. Daraufhin verbot der Gouverneur von Eskişehir die Unterschriftenaktion. Im Revisionsverfahren stellte das tVerwGH die Rechtswidrigkeit der Verbotsentscheidung mit folgender Begründung fest:

---

<sup>27</sup> Hiernach ist “mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer die Propaganda einer Organisation in der Weise vornimmt, dass die gewalt-, zwangs- oder drohungsbeinhaltenden Methoden der Organisation gerechtfertigt, angepriesen oder die Anwendung dieser Methoden gefördert wird. Wird die Straftat durch Presse- und Funkmedien begangen, wird die zu verhängende Strafe um die Hälfte erhöht.”

*„Der Gouverneur hat gemäß Artikel 11 des Provinzverwaltungsgesetzes Nr. 5442 die Befugnis, als Vorgesetzter der Sicherheitskräfte und deren Behörde die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Begehung einer Straftat innerhalb der Grenzen der Provinz zu verhindern. Der Gouverneur hat von dieser Autorität Gebrauch zu machen, wenn sich Vorgänge abzeichnen, die eine offenkundige und unmittelbar bevorstehende Gefahr für die Begehung einer Straftat enthalten. Unzulässig ist dagegen, eine Handlung, Tätigkeit oder Veranstaltung mit einem Verwaltungsakt zu verbieten, ohne vorher zu bestimmen, ob es sich dabei um einen solchen Vorgang handelt oder nicht. In dem genannten Verfahren beabsichtigte eine der politischen Parteien, die eines der unverzichtbaren Elemente des demokratisch politischen Lebens ist, als Klägerin eine Unterschriftaktion zu organisieren, in der dargelegte Bilder und Textinhalte in Bezug auf Erklärungen und Bewertungen innerhalb des Bereichs der Meinungsfreiheit betrachtet werden müssen. Es ist klar, dass die politischen Parteien ein gewisses Recht haben, gegen manche soziale und politische Missstände, die seitens der regierenden Gewalt verursacht sind, zu protestieren. In diesem Sinne können politische Parteien eine friedliche Unterschriftenaktion durchführen und ähnliche politische Aktivitäten organisieren, um ihre Meinungen zu diesem Thema zu verbreiten und auf diese Weise eine öffentliche Meinungsbildung darüber zu ermöglichen. Der hier genannte und sich nicht auf konkrete Gründe stützende Verwaltungsakt ist deshalb rechtswidrig.“<sup>28</sup>*

### **III. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**

Wie bereits an einigen Stellen angedeutet, darf selbst beim Vorliegen legitimer, konkreter und nachvollziehbarer Einschränkungsründe die Gewährleistung der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit nicht gänzlich aufgegeben werden. Die Einschränkungen müssen sich an den Vorgaben des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** messen lassen. In dieser Hinsicht lohnt es sich, einen Blick auf die Bestimmungen des Gesetzes Nr. 2911 über Versammlungen und Demonstrationen von 1983 (TGYK) zu werfen, denn dieses Gesetz ist nicht nur aufgrund eines doppelten verfassungsrechtlich vorgegebenen Vorbehalts (Art. 13, 34 Abs. 3 tVerf.) sondern auch zum Verständnis der Praxis von großer Relevanz.

---

<sup>28</sup> tVerwGH Entscheidung v. 10.6.2015 mit den Nummern E. 2011/8323, K. 2015/2868; für eine ähnliche Entscheidung siehe auch Entscheidung v.10.6.2015 mit den Nummern E. 2011/9742, K. 2015/2870.

§§ 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 TGYK lassen zu, dass *eine bestimmte* Versammlung oder *ein bestimmter* Demonstrationzug aus den oben genannten Gründen verschoben oder sogar gänzlich verboten wird.<sup>29</sup> Während eine Versammlung oder eine Demonstration um höchstens einen Monat verschoben werden kann, um die nationale Sicherheit, die öffentliche Ordnung, die Kriminalprävention, die allgemeine Gesundheit und die guten Sitten oder um die Rechte der anderen zu gewährleisten, so können sie gänzlich verboten werden, wenn eine offenkundige und nahe Gefahr für die Begehung von Straftaten vorliegt. Verschiebungs- oder Verbotsentscheidungen nach §§ 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 TGYK bleiben jedoch auf Einzelfälle begrenzt.

§§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 TGYK gehen darüber hinaus und räumen dem Regionalgouverneur ein, *alle* beabsichtigten Versammlungen und Demonstrationen in einer oder mehreren Provinzen der Region oder in einem oder mehreren Bezirken der Provinzen aus den eben genannten Gründen um höchstens einen Monat zu verschieben. Des Weiteren ist der Gouverneur einer Provinz nach §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 TGYK befugt, alle beabsichtigten Versammlungen und Demonstrationen in einem oder mehreren Bezirken der Provinz aus den eben genannten Gründen *und* beim Vorliegen einer offenkundigen und nahen Gefahr für die Begehung von Straftaten um höchstens für die Dauer eines Monats zu verbieten. Inwiefern sich das Verbieten im letztgenannten Fall vom Verschieben im erstgenannten Fall unterscheidet bzw. wie sich Versammlungen und Demonstrationen zeitlich verbieten lassen(!), ist unklar.<sup>30</sup> Eine weitere gesetzestextbedingte Unklarheit besteht insofern, dass bei den obengenannten Verschiebungs- bzw. Verbotsentscheidungen, §§ 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 und §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 TGYK keine ausdrückliche Beschränkung hinsichtlich deren Wiederholbarkeit vorgesehen ist. Dass bei jeder Wiederholung die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen nach den genannten Vorschriften gegeben sein muss, ändert nichts an der Tatsache, dass die Verschiebungs- bzw. Verbotsentscheidungen praktisch auf unbestimmte Zeit wiederholt werden können. Beim näheren Hinsehen

---

<sup>29</sup> § 17 lautet wie folgt: “Der Regionalgouverneur, der Gouverneur oder der Landrat (kaymakam) kann eine bestimmte Versammlung um höchstens einen Monat verschieben, um die nationale Sicherheit, die öffentliche Ordnung, die Kriminalprävention, die allgemeine Gesundheit und die guten Sitten oder um die Rechte der anderen zu gewährleisten, oder wegen des Vorhandenseins einer offenkundigen und nahen Gefahr eines Verbrechens verbieten.“

<sup>30</sup> Für die weiteren begrifflichen Unklarheiten im Bereich der Sicherheitsgesetzgebung siehe *Göztepe, Ece*, Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat, S. 123, in: Lemke, Matthias (Hrsg.), *Ausnahmestand, Theoriegeschichte – Anwendungen – Perspektiven*, Wiesbaden 2017, S. 105–127.

lässt sich konstatieren, dass das Gesetz dadurch den Unterschied zwischen dem Normalzustand und dem Ausnahmezustand völlig verwischt. §§ 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 und §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 TGYK lassen die Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dermaßen außer Acht, dass sie in den Normalzustand die Möglichkeit der Verhängung eines Ausnahmezustands einbauen.<sup>31</sup> Die Nichtberücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes führt unserer Ansicht nach unter dem Aspekt der unbegrenzten Wiederholbarkeit zu der Konventions- und Verfassungswidrigkeit der genannten Vorschriften.

Der verfassungswidrige Einbau eines Ausnahmezustandsrechts in die Gesetze des Normalzustandes ist auch wesentlich für die Reisefreiheit an, die im Folgenden erörtert wird.

### **C. Verhältnis zwischen Reisefreiheit und Sicherheit**

#### **I. Legitime Einschränkungsründe**

Die Reise- und Niederlassungsfreiheit sind in Art. 2 des Vierten Zusatzprotokolls zur EMRK und in Art. 23 Abs. 1 tVerf. verankert. Bereits die gemeinsame Regelung der beiden Freiheiten in einer Vorschrift weist auf die enge Verknüpfung zwischen ihnen hin. Zwar kommt es im Rahmen des vorliegenden Beitrages nicht auf deren genaue Abgrenzung voneinander im Einzelnen an. Dennoch könnte diese von Bedeutung sein, wenn es zu Einschränkungsgründen kommt, die im türkischen Recht für die beiden Freiheiten unterschiedlich geregelt sind (dazu gleich unten). Dagegen unterscheidet die EMRK zwischen den Einschränkungsgründen für die Reise- und Niederlassungsfreiheit nicht. Art. 2 Abs. 3 des Vierten Zusatzprotokolls zur EMRK, der in der Überschrift die beiden Freiheiten als Freizügigkeit benennt, lautet wie folgt;

---

<sup>31</sup> In der Tat existiert eine ähnlich allgemeine Befugnis der Verwaltung, alle Versammlungen und Demonstrationen zeitlich und räumlich praktisch unbegrenzten Einschränkungen zu unterwerfen, nach § 11 Abs. 1 lit. m des Ausnahmezustandsgesetzes Nr. 2935 vom 25.10.1983. Diese Vorschrift, die nur im Falle eines Ausnahmezustands gilt, lautet wie folgt: “.... folgende Maßnahmen zu treffen;

.....

m) Alle in geschlossenen oder offenen Räumen abzuhaltenden Versammlungs- und Demonstrationen zu verbieten, zu verschieben, von einer Genehmigung abhängig zu machen, zu bestimmen, wann und wo die Versammlung und Demonstrationen in geschlossenen und offenen Räumen abgehalten werden müssen, und die genehmigten Versammlungen und Demonstrationen zu beobachten, zu beaufsichtigen und erforderlichenfalls aufzulösen.“

*“Die Ausübung dieser Rechte darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung sind, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten Anderer.”*

Das am 16.09.1963 in Straßburg zur Unterzeichnung vorgelegte Vierte Protokoll wurde am 19.10.1992 von der Türkei unterzeichnet und später durch das Gesetz Nr. 3975 vom 23.02.1994 in nationales Recht übertragen. Da jedoch die Ratifikationsdokumente bis zum 14.09.2014 beim Generalsekretär des Europarats nicht hinterlegt wurden, ist das Vierte Protokoll für das innerstaatliche Recht zwar in Kraft getreten, jedoch noch nicht als einklagbare internationale Verpflichtung. Hinzukommt, dass bei der Geltung der Reise- und Niederlassungsfreiheit nach Art. 2 des Vierten Zusatzprotokolls im nationalen Recht die Günstigkeitsklausel nach Art. 53 EMRK zu beachten ist. Danach kommt das besser gestellte nationale Recht zur Anwendung und eine unmittelbare Heranziehung der EMRK zu Lasten der innerstaatlichen Garantien für Menschenrechte ist unzulässig. Daraus ergibt sich für das türkische Recht insbesondere, dass die in Art. 2 Abs. 3 des Vierten Zusatzprotokolls genannten Einschränkungsgründe im nationalen Recht nicht ohne Weiteres übernommen werden dürfen. Schaut man sich diese Gründe an, so fällt es auf, dass sie in der Anzahl nicht nur deutlich begrenzt, sondern auch mit den für die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 EMRK und Art. 34 Abs. 1 tVerf. vorgesehenen Einschränkungsgründen identisch sind.

Anzumerken ist außerdem, dass zwischen der Ausübung der Reisefreiheit und anderer Menschen- und Grundrechte sowie Freiheiten häufig ein enger Zusammenhang besteht. Die Einschränkung der Reisefreiheit führt oft zu einer Einschränkung anderer Rechte und Freiheiten, etwa auf die freie Ausübung eines Gewerbes (Art. 48 Abs. 1 tVerf.), auf die Bildung (Art. 2 Abs. 1 des Zweiten Zusatzprotokolls zur EMRK; Art. 42 Abs. 1 tVerf.), auf das Privatleben (Art. 8 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 1 tVerf.) oder auch auf die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit (Art. 11 Abs. 1 EMRK; Art. 34 Abs. 1 tVerf.).<sup>32</sup> Aufgrund dieser Ausstrahlungswirkung ist die Zurückhaltung

---

<sup>32</sup> In der Praxis kommt es zu Einschränkungen der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit etwa durch ständige zweckentfremdete Verkehrskontrollen, die gleichzeitig die Reisefreiheit von Betroffenen nach Art. 23 Abs. 1 tVerf. verletzen. Solche Praktiken stellen die Straftat der Freiheitsberaubung der Personen unter Missbrauch der Amtsgewalt nach § 109 Abs.

der türkischen Verfassung, Einschränkungsgründe für die Reisefreiheit etwa im Vergleich zu jenen der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 tVerf.) deutlich gering zu halten, zutreffend. Nach Art. 23 Abs. 3 tVerf. darf die Reisefreiheit nämlich nur *“aufgrund der Ermittlung und Verfolgung von Straftaten oder zur Verhütung von Straftaten durch das Gesetz eingeschränkt werden.”*<sup>33</sup> Hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit muss sich der Verfassungsgeber wohl völlig andere Sachverhalte vor Augen geführt haben, die den Einschränkungen dieser Freiheit zugrundeliegen können: Die Niederlassungsfreiheit darf *“zur Sicherung der sozialen und wirtschaftlichen Entwicklung, zur Gewährleistung einer gesunden und ordentlichen Urbanisierung und zum Schutz des öffentlichen Eigentums”* (Art. 23 Abs. 2 tVerf.) eingeschränkt werden.

Wie oben ausgeführt, lässt sich für die Zwecke des vorliegenden Beitrages konstatieren, dass die Reisefreiheit im türkischen Recht – im Gegensatz zur EMRK – unter Berufung auf die öffentliche Sicherheit oder etwa die öffentliche Ordnung keinen Einschränkungen unterzogen werden darf (Art. 23 Abs. 2 tVerf.).<sup>34</sup> Wie im Folgenden noch erörtert wird, hat jedoch der türkische Gesetzgeber diese verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht eingehalten und insbesondere aus Gründen der öffentlichen Sicherheit wichtige Einschränkungen der Reisefreiheit einfachgesetzlich eingeführt (dazu gleich). In diesem Zusammenhang gewinnt die Frage an Bedeutung, unter welchen

---

3 lit. d tStGB dar. Hinzu kommt die Gewaltanwendung seitens der Polizei, wenn Personen, die ungerechtfertigt festgehalten sind, ihre Reise fortsetzen wollen. Geht auch von diesen Personen keine Gewaltanwendung aus, so wird die polizeiliche Gewaltanwendung unter Umständen auch die Tatbestandsmerkmale der Körperverletzung im Amt erfüllen können (§ 86 Abs. 3 lit. d tStGB).

<sup>33</sup> In der Tat ist die Reisefreiheit insbesondere durch die Anordnung einiger Zwangsmaßnahmen der türkischen Strafprozessordnung in vielerlei Weise eingeschränkt. Da dies nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung darstellen, wird darauf nicht gesondert eingegangen; hierzu siehe *Arslan, Mehmet*, Die türkische Strafprozessordnung. Ceza Muhakemesi Kanunu, Übersetzung und Einführung, Berlin 2017, S. 20 f.

<sup>34</sup> Im Vergleich dazu enthielt die vormalige türkische Verfassung von 1961 als Einschränkungsgründe ausdrücklich die nationale Sicherheit und die Vorbeugung von Epidemien (Art. 18 Abs. 1). In der Tat wurde die geltende Verfassung von 1982 in der Literatur dahingehend kritisiert, dass sie hinsichtlich der Reisefreiheit als Einschränkungsgrund nicht einmal den Schutz der allgemeinen Gesundheit nennt; siehe *Gözler, Kemal*: Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme, in: Ankara Barosu Dergisi, Jahrgang 59, Bd. Nr. 4/2001, S. 64 ff.; *Arslan, Zühtü*: Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, in: Anayasa Yargısı, Bd. 19, 2002, S. 219; *Sağlam, Fazıl*: 2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları, in: Anayasa Yargısı, Bd. Nr. 19, 2002, S. 254.

Voraussetzungen die Reisefreiheit, wenn nicht zum Zwecke der nationalen Sicherheit, so doch zur Verhütung von Straftaten eingeschränkt werden darf.

## II. Einschränkungen nach dem Provinzverwaltungsgesetz

Nach § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes Nr. 5442 von 1949 (İl İdaresi Kanunu) bestehen die Aufgaben und Pflichten des Gouverneurs darin, *“den Frieden und die Sicherheit, den Schutz der Unantastbarkeit der Person, die Veräußerungssicherheit, das öffentliche Wohl zu gewährleisten und die Befugnisse der gefahrenabwehrenden Polizei auszuüben. Um dies zu gewährleisten, trifft der Gouverneur die notwendigen Entscheidungen und Maßnahmen.”* § 11 Abs. A) des Provinzverwaltungsgesetzes ermächtigt den Gouverneur, die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung von Kriminalität zu ergreifen, um die öffentliche Ordnung und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsordnung zu schützen.

Bis zu einer Gesetzesänderung vom 25.07.2018 (Nr. 7145) war umstritten, ob § 11 Abs. A) und C) des Provinzverwaltungsgesetzes bloße Aufgabennormen darstellen oder den Gouverneur einer Provinz unter anderem auch mit der Befugnis ausstatten, Ein- und Ausreiseverbote, Ausgangssperren oder auch Wohnverbote zu verhängen. Anlass für den Streit gab die Verhängung solcher Maßnahmen in einigen Städten im Südosten der Türkei ab 2014, nachdem die Terrororganisation PKK in einigen Stadtteilen Straßen verbarrikadiert und Sicherheitskräfte sowie staatliche Institutionen angegriffen hatte.<sup>35</sup> Das genannte Änderungsgesetz versuchte den Streit durch die Einführung einer ausdrücklichen Befugnisnorm zu beenden. Nach der neueren Fassung des § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes darf nun der Gouverneur *“die Ein- und Ausreise der Personen, die unter Verdacht stehen, die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit beeinträchtigen zu können, an bestimmten Orten der Provinz um höchstens 15 Tage einschränken, wenn ernsthafte Anzeichen dafür vorliegen, dass die öffentliche Ordnung oder Sicherheit in der Weise beeinträchtigt ist oder beeinträchtigt werden kann, dass der gewöhnliche Verlauf des Lebens zum Erliegen kommt oder unterbrochen wird.”* Darüberhinaus hat der Gouverneur nach der genannten Vorschrift unter anderem die Befugnis, *“die Bewegung von Personen, ..., das Führen von Fahrzeugen an bestimmten Orten oder Uhrzeiten zu regeln oder einzuschränken.”*

---

<sup>35</sup> Hierzu mehr siehe bei *Göztepe, Ece*, Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat, S. 119 f.



Während § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes hinsichtlich der Wiederholbarkeit der Einschränkungen schweigt und somit erneut die Frage aufgeworfen werden muss, ob diese praktisch auf unbestimmte Zeit verhängt werden können, ist der Gouverneur nach der neueren Fassung des § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes ermächtigt, die genannten Einschränkungen nicht nur gegen verdächtige Störer oder einzelne unbescholtene Personen, sondern auch gegen eine nicht näher bestimmte Gruppe von Personen zu verhängen. Dies ist der Fall, wenn der Gouverneur nach § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes die Bewegung von Personen oder das Führen von Fahrzeugen an bestimmter Orten oder Uhrzeiten regelt oder einschränkt. Bemerkenswert ist die Wortwahl der Vorschrift dahingehend, dass sie den Gegenstand der Einschränkungen zwar nennt, jedoch dem Gouverneur die kaum zu begrenzende Befugnis einräumt, diesen zu "regeln". Somit kann er nach § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes eigentlich allgemeine Verfügungen erlassen, die im Ergebnis etwa die Bewegungsfreiheit von Personen an bestimmten Orten in vielerlei Hinsicht einschränken (dazu gleich). Da der Gouverneur als Vertreter des Präsidenten der Republik ein eher politisches Amt innehat<sup>36</sup> und ihm in Sicherheitsfragen die nötige Expertise fehlen wird, ist davon auszugehen, dass den genannten allgemeinen Verfügungen des Gouverneurs die entsprechenden Stellungnahmen bzw. Empfehlungen der Sicherheitsbehörden vorausgehen werden.

Aus dem Umstand, dass die Einschränkungen nach § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes gegen die Allgemeinheit vorgenommen werden können, will man etwa ableiten, dass der Gouverneur nach diesem Paragraphen des Provinzverwaltungsgesetzes auch mit der Befugnis ausgestattet sei, eine Ausgangssperre anzuordnen. Zur Unterstützung dieser Ansicht wird zuweilen auf § 91 Abs. 4 lit. e) der türkischen Strafprozessordnung (tStPO) hingewiesen, wonach eine präventive Polizeihaft von bis zu 4 Tagen bei schweren gewalttätigen Unruhen und unter anderem bei gemeinschaftlich begangenen Zuwiderhandlungen gegen die nach dem Provinzverwaltungsgesetz verhängte Ausgangssperre zulässig ist.<sup>37</sup> Insofern sei die Ausgangssperre auch im Normalzustand gesetzesrechtlich anerkannt. Allerdings belegt der Begriff „Ausgangssperre“ in der tStPO nicht, dass diese nach dem Provinzverwaltungsgesetz verhängt werden darf. Im Gegenteil verweist die

---

<sup>36</sup> § 9 Abs. 1 Provinzverwaltungsgesetz.

<sup>37</sup> Hierzu siehe auch *Arslan, Mehmet*, Die türkische Strafprozessordnung – Türk Ceza Mahkemesi Kanunu; Übersetzung und Einführung, S. 21.

genannte Vorschrift der tStPO lediglich auf das Provinzverwaltungsgesetz, das unserer Ansicht nach verfassungswidrig ist (dazu gleich).

### **III. Verfassungswidrigkeit des Provinzverwaltungsgesetzes**

#### **1. Verletzung des verfassungsrechtlich garantierten Numerus Clausus**

Sowohl die Einschränkung der Ein- und Ausreise als auch die sonstigen Einschränkungen hinsichtlich der Bewegung von Personen und des Führens von Fahrzeugen an bestimmten Orten betreffen die Reisefreiheit nach Art. 23 Abs. 1 tVerf., nicht aber die Niederlassungsfreiheit. Wie bereits oben festgestellt, darf in den Schutzbereich der Reisefreiheit jedoch lediglich zum Zwecke der Ermittlung und Verfolgung von Straftaten oder der Verhütung von Straftaten eingegriffen werden. Bei näherem Hinsehen stellt sich jedoch heraus, dass sich die oben genannten neuen Befugnisse des Gouverneurs nach § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes in einer allgemeinen Weise auf die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit und deren bereits erfolgte oder bevorstehende Beeinträchtigung beziehen. Die entsprechenden Beeinträchtigungen müssen aber nicht die Schwelle einer Straftat erreichen, sodass von der Ermittlung bzw. Verfolgung oder der Verhütung von Straftaten nach Art. 23 Abs. 3 tVerf. die Rede sein könnte. Die öffentliche Ordnung und Sicherheit werden durch § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes als allgemeine präventivpolizeiliche Rechtsgüter geschützt. Diese sind jedoch von Art. 23 Abs. 1 tVerf. nicht in der Weise umfasst.<sup>38</sup> Somit verletzt diese Vorschrift die verfassungsrechtliche Norm, wonach die Grundrechte- und Freiheiten lediglich unter Berufung auf den in den jeweiligen Grundrechtsnormen numerus clausus und ausdrücklich genannten Gründen eingeschränkt werden (Art. 13 tVerf.). Zudem sind die genannten Rechtsgüter nicht nur höchst vage und klärungsbedürftig, sondern unter deren vermeintlichem Schutz bieten sich hinreichende Anlässe dafür an, öffentliche Macht zu missbrauchen.

In der Tat ist § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes in dieser Hinsicht keine Ausnahme im türkischen Recht. So verbietet das Gesetz Nr. 2565 über die Sicherheits- und militärischen Verbotszonen vom 18.12.1981 die Einreise von Personen in bestimmte Regionen. Dabei kommt ebenfalls die nationale Sicherheit als einschlägiger Einschränkungsgrund in Betracht. Das Gesetz entbehrt somit auch einer verfassungsrechtlichen Grundlage. Ein weiteres Beispiel ist das Ausreiseverbot nach § 23 Abs. 1 Passgesetz Nr. 5692 vom

---

<sup>38</sup> Für die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu den Einschränkungsgründen des Art. 23 Abs. 1 tVerf. siehe *Göztepe*, Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat, S. 121.

15.07.1950. Auch hier ist die Reisefreiheit nach Art. 23 Abs. 1 tVerf. unter anderem unter Berufung auf die allgemeine Sicherheit eingeschränkt.<sup>39</sup> Die öffentliche Ordnung und Sicherheit sind ferner als Gründe für eine Verweigerung der Einreise von Ausländern in die Türkei einschlägig.<sup>40</sup> Des Weiteren sehen verschiedene Bestimmungen des Hygienegesetzes Nr. 1593 vom 24.04.1930 eine Einschränkung der Reisefreiheit etwa aus Gründen der öffentlichen Gesundheit oder der Moral – durch die Errichtung von Quarantäne oder Regulierung der Prostitution – vor. Wie bereits oben erwähnt, sind diese Einschränkungsgründe zwar in Art. 2 Abs. 3 des Vierten Zusatzprotokoll genannt, diese gelten aber in Anbetracht der Gültigkeitsklausel nach § 53 EMRK im türkischen Recht nicht.

## **2. Einflüsse des Ausnahmezustandsrechts auf das Provinzverwaltungsgesetz**

Soweit die Einschränkungsgründe hinsichtlich der Reisefreiheit nach Art. 23 Abs. 1 tVerf. oben erörtert wurden, ist darauf hinzuweisen, dass dies nach der türkischen Verfassung nur im Normalzustand gilt. Außerhalb von dieser verfassungsrechtlich dem einfachen Gesetzgeber verordneten Schranke darf der Gebrauch der Reisefreiheit nach Art. 23 Abs. 1 tVerf. im Kriegs-, Generalmobilisierungs- und Ausnahmezustand unter bestimmten Voraussetzungen teilweise oder völlig ausgesetzt werden (Art. 15 Abs. 1). Daraus ergibt sich eine wichtige Ausnahme von der Gewährleistung der Grundrechte und -freiheiten in der Türkei. So darf der Gesetzgeber im Ausnahmezustand für die Einschränkung der Reisefreiheit die nationale Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder auch die öffentliche Sicherheit anführen. Insofern fällt der verfassungsrechtlich zulässige Umfang der Einschränkungen der Reisefreiheit im Ausnahmezustand weitreichender als im Normalzustand aus.<sup>41</sup> Dementsprechend sieht etwa das Ausnahmezustandsgesetz Nr. 2935 von

---

<sup>39</sup> Nach § 23 Abs. 1 Passgesetz ist kein Pass bzw. Reisedokument für Personen auszustellen, deren Ausreise gerichtlich verboten oder vom Innenministerium für die allgemeine Sicherheit als schädlich eingestuft wurde sowie für jene, die nach den Feststellungen des Innenministeriums als Gründer, Verwalter oder Beschäftigte einer Bildungs-, Ausbildungs- oder Gesundheitsinstitution jeglicher Art sowie einer Stiftung, eines Verein oder einer Gesellschaft im Ausland sind, welche feststelltermaßen einer Terrororganisation angehören, mit dieser affiliert oder verbunden sind. Außer für Personen, deren Ausreise gerichtlich verboten wurde, darf allerdings ein Pass oder Reisedokument in notwendigen Fällen auf die Bewilligung des Präsidenten der Republik hinausgestellt werden.

<sup>40</sup> Hierzu siehe § 15 Abs. 1 lit. c) des Gesetzes Nr. 6458 vom 04.04.2013 über Ausländer und internationalen Schutz.

<sup>41</sup> Die Voraussetzungen des Ausnahmezustands sind in Art. 199 tVerf. aufgeführt; hierzu siehe *Göztepe*, Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat, S. 109 f.

1983, das nur nach einer förmlichen Verkündung des Ausnahmezustandes gilt und dessen Geltung zuvor ruht, vor, Ein- und Ausreisebeschränkungen in bzw. aus bestimmten Siedlungsgebieten vorzunehmen, das Wohnen in diesen zu verbieten, bestimmte Siedlungsgebiete zu evakuieren oder zu verlegen, wenn der Ausnahmezustand aufgrund von Naturkatastrophen und gefährlichen Epidemien erklärt wurde (§ 9 Abs. 1 lit. a). Ähnliche Einschränkungen der Reise- und Niederlassungsfreiheit sind auch zulässig, wenn der Ausnahmezustand beim „*Auftreten ernsthafter Anzeichen wegen verbreiteter gewalttätiger Handlungen, die darauf abzielen, die freiheitliche demokratische Ordnung oder die durch die Verfassung verankerten Grundrechte- und Freiheiten abzuschaffen, oder wegen ernsthafter Beeinträchtigungen der öffentlichen Ordnung infolge der Gewalthandlungen verhängt wurde*“ (§ 3 Abs. 1 lit. b).“ In diesem Fall dürfen zum Zwecke der allgemeinen Sicherheit, der Ruhe und der öffentlichen Ordnung sowie zur Vorbeugung der Ausbreitung von Gewalttaten etwa

- der Ausgang auf die Straße eingeschränkt oder verboten (§ 11 Abs. 1 lit. a),
- das Sich-Bewegen, Befahren und Sich-Versammeln an bestimmten Orten und zu bestimmten Zeiten verboten (§ 11 Abs. 1 lit. b) oder auch
- die Ein- oder Ausreise von Personen oder Personengruppen, die die öffentliche Ordnung und die öffentliche Sicherheit dem Anschein nach beeinträchtigen könnten, in die Region, in bestimmte Orte der Region, aus der Region, oder deren Ansiedlung in der Region verboten oder deren Verweisung aus der Region angeordnet (§ 11 Abs. 1 lit k)

werden. An dieser Stelle muss betont werden, dass nach § 11 Abs. 1 lit. k des Ausnahmezustandsgesetzes nur die Reise- und auch die Niederlassungsfreiheit von bestimmten Personen eingeschränkt werden kann, jedoch nicht die der Allgemeinheit.<sup>42</sup> Dagegen richten sich die Ausgangssperre oder etwa Verbote hinsichtlich der Bewegungsfreiheit von

---

<sup>42</sup> Ähnliche Maßnahmen (Wohnsitzverweise, Einreise- und Niederlassungsverbote, Ausreisegebote, Wohnsitzpflichten, Ein- und Ausfuhrverbote, Registrierungsgebote, Ausgangssperren) waren im Generalmobilmachungsgesetz Nr. 1402 vom 13.05.1971 geregelt. Die entsprechenden Vorschriften wurden jedoch durch das Änderungsgesetz Nr. 7145 vom 25.7.2018 aufgehoben.

Personen an bestimmten Orten im Ausnahmezustand nach § 11 Abs. 1 lit. a und b Ausnahmezustandsgesetz gegen die Allgemeinheit. Vergleicht man §§ 9 Abs. 1 lit. a, 11 Abs. 1 lit. a, b und k des Ausnahmezustandsgesetzes (etwa Wohnverweise, Ein- und Ausreisebeschränkungen oder auch Ausgangssperren) mit der oben ausgeführten neueren Fassung des § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes, so stellt sich heraus, dass der Gesetzgeber einige Vorschriften des Ausnahmezustandsgesetzes fast wortwörtlich in das Provinzverwaltungsgesetz, das im Normalzustand gilt, aufgenommen hat. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn es um die Ausgangssperre oder auch Wohnverweise geht. Beide Maßnahmen wurden bei der genannten Übernahme einiger Befugnisnormen aus dem Ausnahmezustandsgesetz gänzlich weggelassen. Da § 11 Abs. C) Provinzverwaltungsgesetz jedoch nach unserer Auffassung, wie oben gezeigt, verfassungswidrig ist, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Gouverneur im Normalzustand im Einklang mit Art. 23 Abs. 1 und 3 tVerf. für die Reisefreiheit einschneidende Maßnahmen wie Ein- und Ausreiseverbote, Ausgangssperren oder Wohnsitzverweise treffen darf.

#### **IV. Maßnahmen nach dem Polizeigesetz**

Wie oben erwähnt, kann die Reisefreiheit im Normalzustand gemäß der Verfassung nur aus Gründen der Ermittlung und Verfolgung von Straftaten oder zur Verhütung von Straftaten eingeschränkt werden. Was die Strafermittlung bzw. Verfolgung angeht, kann die Reisefreiheit insbesondere durch die Anordnung einiger Zwangsmaßnahmen der türkischen Strafprozessordnung in vielerlei Weise eingeschränkt werden. Da dies nicht den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung darstellt, wird darauf nicht gesondert eingegangen.<sup>43</sup>

Von Bedeutung ist dagegen die Verhütung von Straftaten, die in den Aufgabenbereich der gefahrenabwehrenden Polizei fällt.<sup>44</sup> Zur Erfüllung

---

<sup>43</sup> Hierzu siehe *Arslan*, Übersetzung und Einführung, S. 20 f.

<sup>44</sup> Nach § 2 Abs. 1A des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei (Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu: abgekürzt PVSK) Nr. 2559 vom 04.07.1934 hat die Polizei die Aufgabe, im Rahmen des Polizeigesetzes Zuwiderhandlungen gegen die Gesetze, Dekrete des Präsidenten der Republik, Rechtsverordnungen, Erlasse der Regierung sowie die öffentliche Ordnung vorzubeugen; zu den Gesetzen im Sinne des § 2 Abs. 1A PVSK gehören auch die Strafgesetze.

dieser Aufgabe ist die Polizei<sup>45</sup> nach dem Polizeigesetz<sup>46</sup> mit einem breiten Katalog einzelner Maßnahmen ausgestattet, die sie gegen Personen zum Zwecke der Prävention ergreifen darf.<sup>47</sup> Hierzu gehören etwa Aufhalten und Ausweiskontrolle,<sup>48</sup> Durchsuchung von Personen, Fahrzeugen, Sachen und Dokumenten,<sup>49</sup> Festnahme und Platzverweise<sup>50</sup> oder Abnahme von Fingerabdrücken und Speichern von Personenbildern.<sup>51</sup>

Unklar ist jedoch, ob die Polizei bei der Erfüllung ihrer Präventionsaufgabe einschließlich der Verhütung von Straftaten, die über die im Gesetz ausdrücklich genannten Maßnahmen hinausgehen, ergreifen darf. Zwar findet sich im türkischen Polizeigesetz keine Generalklausel als eine allgemeine Befugnisnorm. Aus der allgemeinen Aufgabenorm<sup>52</sup> sowie der Gehorsampflicht der Polizeibeamten<sup>53</sup> wird jedoch abgeleitet,<sup>54</sup> dass sich die Befugnisse nicht nur in den im Gesetz speziell genannten Maßnahmen erschöpfen. Insofern stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Polizei zur Gefahrenabwehr auf Maßnahmen – etwa Ein- und Ausreiseverbote, Wohnverweise<sup>55</sup> oder Ausgangsperren – zurückgreifen kann, die die

---

<sup>45</sup> Zur Polizei (polis) gehört im weiteren Sinne (kolluk) auch die Gendarmerie. Während die Polizei grundsätzlich in den Städten vertreten ist, erfüllt auf dem Land die Gendarmerie die polizeibehördlichen Aufgaben (siehe § 12 Abs. 1 Gesetz über die Organisation der Polizei Nr. 3201, R.G. 12.06.1937, Nr. 3629). Im Rahmen dieser Untersuchung wird mit „Polizei“ auch die Gendarmerie gemeint, solange es um Sachverhalte auf dem Land geht.

<sup>46</sup> Gesetz Nr. 2559 vom 04.07.1934. Türkische Abkürzung: PYSK.

<sup>47</sup> Die genannten Befugnisse stehen nach § 25 Abs. 1 PYSK auch der Gendarmerie zu.

<sup>48</sup> § 4/A PYSK.

<sup>49</sup> § 9 Abs. 1 PYSK.

<sup>50</sup> § 13 Abs. 1 PYSK.

<sup>51</sup> § 5 Abs. 1 PYSK. Die genannten Befugnisse stehen nach § 25 Abs. 1 PYSK auch der Gendarmerie zu.

<sup>52</sup> Nach § 1 Abs. 1 PYSK schützt die Polizei die öffentliche Sicherheit, die Sicherheit der Person, die Veräußerungssicherheit und die Unantastbarkeit der Wohnung. Sie gewährleistet die Ehre, das Leben, das Eigentum und die öffentliche Ruhe.

<sup>53</sup> Nach § 2 Abs. 3 PYSK haben die Beamten der Polizei beispielweise in folgenden Fällen die mündlichen Anweisungen der zuständigen Vorgesetzten zu befolgen, wenn das Leben, die Ehre und die Eigentumssicherheit geschützt, Widerstände gegen die staatliche Gewalt, gegen die Regierung, Angriffe gegen bestimmte Gebäude abgewehrt oder gesetzeswidrige Versammlungen aufgelöst werden müssen.

<sup>54</sup> In der Tat besteht im türkischen Polizeirecht keine strenge Trennung zwischen Aufgabe- und Befugnisnormen; hierzu vgl. *Yenisey, Feridun*, Kolluk Hukuku (Polizeirecht), S. 111 ff. und S. 215 ff.

<sup>55</sup> Dagegen regelt § 13 PYSK lediglich den einfachen Platzverweis.

Reisefreiheit nach Art. 23 Abs. 1 tVerf. einschränken würden.<sup>56</sup> Unserer Ansicht nach bestehen im Prinzip keine Bedenken dagegen, dass die Polizei bei der Abwehr von Gefahren, die Straftaten nach sich ziehen würden, im Einklang mit Art. 23 Abs. 1 tVerf. auf die genannten Maßnahmen zurückgreift. Mit anderen Worten ist die Verhängung von Ein- und Ausreiseverboten, Wohnverweisen oder Ausgangsperren mit Art. 23 Abs. 1 tVerf. im Prinzip vereinbar. Zu klären ist jedoch, wann bzw. unter welchen Voraussetzungen die Polizei von diesen Maßnahmen Gebrauch machen soll.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass das türkische Polizeigesetz keine Anfangsschwelle für das Tätigwerden der Polizei im Bereich der Prävention einschließlich der Verhütung von Straftaten kennt, etwa in Gestalt einer bestimmten Art und einem bestimmten Grad der Gefahr, die sich gegen die polizeirechtlich geschützten Rechtsgüter einschließlich der Strafgesetze richten oder diese beeinträchtigen würden. Im Gegensatz dazu beschreibt das Gesetz die Prävention pauschal als eine behördliche Vorgehensweise, die darin besteht, der Begehung normwidriger Handlungen im Voraus vorzubeugen.<sup>57</sup> Dennoch lässt sich in Anbetracht der Schwere eines Ein- und Ausreiseverbotes, eines Wohnverweises oder einer Ausgangsperre und des Umstandes, dass diese Maßnahmen gesetzlich nicht speziell geregelt sind, argumentieren, dass nur eine konkrete Gefahr der Begehung von Straftaten deren Anordnung rechtfertigen könnte. Diese Gefahr kann sowohl bevorstehen als auch bei bereits begangenen Straftaten fort dauern. Ferner bedarf es unter anderem aus denselben Gründen weiterer Einschränkung hinsichtlich der prognostizierten Straftaten bzw. Rechtsgüter, deren Beeinträchtigung durch Verhängung von Ein- und Ausreiseverboten, Wohnverweisen oder Ausgangsperren vorzubeugen ist. Nach unserem Dafürhalten lassen sich diese Maßnahmen bei einer konkreten Gefahr nur zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit von Einzelnen rechtfertigen.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> In diesem Zusammenhang ist auf die Maßnahmen des Gesetzes zum Schutz der Familie und der Vorbeugung der Gewalt gegen Frauen (Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun) Nr. 6284 vom 08.03.2012 hinzuweisen. § 5 Abs. 1 lit. b) und c) lassen etwa zu, gegen die Gewaltanwender einen Wohnverweis oder ein Annäherungsverbot zu verhängen.

<sup>57</sup> § 2 Abs. 1 B PVSK.

<sup>58</sup> Insofern stellt sich auch die Frage, ob und inwiefern im Falle des Eintretens von Natur- oder menschlich verursachten Katastrophen, wie Erdbeben, Erdbeben Überschwemmungen, Feuer oder Explosionen, die Reise- und Niederlassungsfreiheit nach Art. 23 Abs. 1 tVerf. ebenfalls zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit von Personen durch die Verhängung der polizeilichen Schutzmaßnahmen, wie Einreiseverbote, Platz- oder

Des Weiteren muss sich die konkrete Gefahr auf einen antizipierten Angriff auf diese Rechtsgüter beziehen, der nicht nur dadurch qualifiziert ist, dass er eine Straftat darstellen würde, sondern auch dadurch, dass dieser nicht von einzelnen Störer gegen einzelne Personen ausgeht, sondern von einer Mehrzahl von Personen gegen ebenfalls eine Mehrzahl von Betroffenen. Mit anderen Worten müssen weitreichende Gewalthandlungen in Form eines Angriffs auf das Leben oder die körperliche Unversehrtheit von Personen vorliegen. Denn nicht nur die erhebliche Reichweite von Ein- und Ausreiseverboten, Ausgangssperren oder Wohnverweisen verlangt einen eng beschränkten Bereich der zu schützenden Güter, damit diese Maßnahme einen Anspruch auf Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlich garantierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 13 tVerf.) unter dem Aspekt der Angemessenheit erheben kann. Diese Maßnahmen können auch nur dann geeignet oder erforderlich sein, wenn sie ausschließlich in den beschriebenen Fällen eingesetzt werden. Bei einer konkreten Gefahr der Begehung irgendeiner Straftat wäre die Anordnung dieser Maßnahmen dagegen gänzlich unangemessen. Darüber hinaus dürfen Ein- und Ausreiseverbote, Wohnverweise oder Ausgangssperren nach unserer Ansicht nicht nur gegen die Störer selbst verhängt werden, sondern auch gegen unbescholtene Dritte.

Schließlich stellt sich die Frage, wie lange diese Maßnahmen aufrechterhalten werden dürfen. Im Prinzip lässt sich argumentieren, dass etwa eine Ausgangssperre solange in Kraft bleiben dürfen soll, bis keine konkrete Gefahr mehr für das Leben und die körperliche Unversehrtheit einzelner Personen besteht. Allerdings ist insbesondere im Hinblick auf die Betroffenen, die keine Störer sind, und im Einklang mit dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 13 tVerf.) angezeigt, dass der Gesetzgeber bestimmte Fristen vorsieht. Analog lässt sich die 15 Tage-Frist des § 11 Abs. C) Provinzverwaltungsgesetz heranziehen, wobei die Frage der Wiederholbarkeit ebenfalls gesetzlich geklärt werden muss. Zudem müssen die Interessen der Betroffenen in Übereinstimmung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch dahingehend berücksichtigt werden, dass die Verwaltung von sich aus Maßnahmen ergreift, um die Bedürfnisse der Betroffenen während der Ausgangssperre zu erfüllen. Insbesondere darf die Härte einer Ausgangssperre keineswegs dazu führen, dass unbescholtene Betroffene dadurch gesundheitlich beeinträchtigt werden oder auch sterben.

---

Wohnverweise, eingeschränkt werden darf. Auf diese Frage wird jedoch im Rahmen dieses Beitrags nicht näher eingegangen.



#### **D. Schlussfolgerungen**

Entsprechend den obigen Ausführungen lassen sich hinsichtlich der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit und der Reisefreiheit folgende Schlussfolgerungen ziehen:

Art. 34 Abs. 1 der türkischen Verfassung garantiert die Freiheit, ohne vorherige Genehmigung unbewaffnete und gewaltlose Versammlungen und Demonstrationen zu veranstalten. Die Ausübung der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit darf im türkischen Recht unter anderem mit der Begründung, dass die nationale Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder die Verhütung von Straftaten gewährleistet sein muss, eingeschränkt werden. Allerdings sind diese Gründe nicht nur eng auszulegen, sondern müssen, insbesondere das Argument der Gewährleistung der öffentlichen Ordnung und der Verhütung von Straftaten, der Meinungsfreiheit gegenübergestellt werden. Außerdem trägt die Verwaltung die Darlegungspflicht, wie und inwiefern eine bestimmte Versammlung oder Demonstration die Wahrung öffentlicher Interessen der genannten Art gefährden wird. Des Weiteren muss selbst bei einer gerechtfertigten Einschränkung der verfassungsrechtlich gebotene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingehalten werden.

Die Entscheidungspraxis des türkischen Verwaltungsgerichtshofs zeigt, dass die Verwaltung bei Einschränkungen der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit nicht selten die Darlegung von nachvollziehbaren Sachgründen versäumt bzw. sich auf schematische Gründe oder abstrakte Gefahren bezieht. Unzulässig ist insofern, etwa die Teilnahme an einem friedlichen und unbewaffneten Versammlungs- und Demonstrationzug mit der schlichten Begründung zu verhindern, dass während des Versammlungs- und Demonstrationzuges eine Straftat begangen werden könnte. Dies gilt auch, wenn bloß angenommen wird, dass sich eine Veranstaltung zum Beispiel zu einer Art Propagandabühne einer terroristischen Organisation entwickeln könnte. Erforderlich ist für eine Einschränkung der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit unserer Ansicht nach nicht nur das Vorliegen einer entsprechenden konkreten Gefahr, sondern auch die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundes. Wird etwa durch das Tragen von bestimmten Gegenständen eine Straftat begangen, so müssen als erste Maßnahme diese Gegenstände beschlagnahmt werden, ehe etwa die ganze Versammlung oder der Demonstrationzug aufgelöst wird. Allerdings greift der Schutz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht nur in der Praxis zu kurz, sondern es wird unseres Erachtens auch einfachgesetzlich durch einige Bestimmungen

des Gesetzes Nr. 2911 über Versammlungen und Demonstrationen von 1983 (TGYK) gegen diesen Grundsatz verstoßen. Die praktisch unbegrenzte Wiederholbarkeit der Verschiebungs- bzw. Verbotsentscheidungen, die im Ergebnis das Ausnahmestandsrecht in den Normalzustand importiert, ist eine klare Verletzung der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit unter dem Aspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Verfassungsrechtliche Probleme verursacht auch das Provinzverwaltungsgesetz Nr. 5411 von 1949, weil es Einschränkungen der Reisefreiheit, die gemäß Art. 23 Abs. 3 tVerf. nur aufgrund der Ermittlung und Verfolgung von Straftaten oder zur Verhütung von Straftaten verhängt werden dürfen, zum Schutz der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung vorsieht. Dies betrifft insbesondere neue Befugnisse der Gouverneure nach § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes, die 2018 eingeführt wurden und unter anderem die Verhängung von Ausgangssperren umfassen soll. Unserer Ansicht nach ist diese Vorschrift verfassungswidrig, weil sie die Reisefreiheit ausdrücklich zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit einschränkt: Gründe, die Art. 23 Abs. 3 tVerf. in dieser Allgemeinheit nicht kennt. Dadurch verletzt sie die Numerus Clausus-Garantie der türkischen Verfassung bei Einschränkungsgründen der Grundrechte und -freiheiten nach Art. 13 tVerf. Bei näherem Hinsehen stellt sich heraus, dass sich der Gesetzgeber beim Ausbau der Befugnisse der Gouverneure nach § 11 Abs. C) des Provinzverwaltungsgesetzes das Ausnahmestandsgesetz zum Vorbild genommen hat – ein Gesetz, dessen Vorschriften nach dem richtigen Verständnis nur im Ausnahmestand, nicht aber im Normalzustand gelten dürfen.

Auch wenn das Verhängen von Maßnahmen, wie Ein- und Ausreiseverbote, Wohnverweise oder Ausgangssperren, die die in Art. 23 Abs. 1 tVerf. verankerte Reisefreiheit einschränken, nach dem Provinzverwaltungsgesetz unserer Ansicht nach unzulässig ist, so kommt als einschlägige Rechtsgrundlage das Polizeigesetz in Betracht, das die Polizei zur Verhütung von Straftaten, so wie es Art. 23 Abs. 3 tVerf. für die Einschränkung der Reisefreiheit vorsieht, ermächtigt und ihr zu diesem Zweck bestimmte Maßnahmen zur Verfügung stellt. Zwar sind die genannten Maßnahmen im Polizeigesetz nicht ausdrücklich aufgeführt. Allerdings lassen sich diese aus der allgemeinen polizeilichen Befugnis, der Begehung von Straftaten vorzubeugen, grundsätzlich ableiten. Im Ergebnis ist das Ergreifen dieser Maßnahmen nach dem Polizeigesetz unseres Erachtens in jenen Fällen gerechtfertigt, in denen eine konkrete Gefahr weitreichender Gewalttaten in Form eines Angriffs auf das Leben und auf die körperliche Unversehrtheit von Personen vorliegt.

## Literatur

- ARSLAN, MEHMET: *Die türkische Strafprozessordnung. Übersetzung und Einführung*. Berlin 2017.
- ARSLAN, ZÜHTÜ: *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler*, Anayasa Yargısı, sayı 19, yıl 2002, s. 219.
- GÖZLER, KEMAL: *Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme*, Ankara Barosu Dergisi, yıl 59, sayı 2001/4, s. 64 vd.
- GÖZTEPE, ECE: *Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat. Die Praxis des Ausnahmezustandes im Südosten der Türkei*, in: Matthias Lemke (Hrsg.), *Ausnahmezustand, Theoriegeschichte – Anwendungen – Perspektiven*, Wiesbaden 2017, S. 105–127.
- ÖZGENÇ, İZZET: *İnsan Haklarının Felsefi Temeli*, İnsan Hakları, İstanbul, 1995, S. 41.
- ÖZGENÇ, İZZET: *İnsan Haklarının Özüne Dönüş*, Yeni Türkiye, Mayıs-Haziran 1998, yıl 4, sayı 21, S. 606.
- ÖZGENÇ, İZZET: *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti ile Seyahat Hürriyeti Bağlamında Özgürlük ve Güvenlik İlişkisi*, Anayasa Yargısı, cilt 35, yıl 2018, S. 163.
- ÖZGENÇ, İZZET: *Relation between Liberty and Security in the context of the Right to Organize Meetings and Demonstration Marches and the Freedom of Movement*, Constitutional Justice in Asia, “Right to Liberty and Security”, Ankara, April 2020, S. 29.
- ÖZGENÇ, İZZET / ŞAHİN, CUMHUR / ÜZÜLMEZ, İLHAN (Editörler): *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu*, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, 2. bası, Ankara, 2012.
- SAĞLAM, FAZİL: *2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları*, Anayasa Yargısı, sayı 19, yıl 2002, s. 254.
- YENİSEY, FERİDUN: *Kolluk Hukuku*, İstanbul 2015.

## Entscheidungen

1. EGMR, Öllinger/Österreich, 76900/01, 29 Juni 2006.
2. EGMR, Friedl/Österreich, 15225/89, 30 Juni 1992.
3. EGMR, Prager et Oberschlick/Österreich, 15974/90, 26 April 1995.
4. EGMR, Yaşar, Emine/Türkei, 863/04, 9. Februar 2010.
5. EGMR, Ulusoy/Türkei, 9049/06, 4 Juni 2013.
6. EGMR, Berladir und andere/Russland, 34202/06, 10 Juli 2012.
7. EGMR, İzci/Türkei, 42606/05, 23 Juli 2013.
8. EGMR, Kartal/Türkei, 29768/03, 16 Dezember 2008.
9. EGMR, Ezelin/Frankreich, 11800/85, 26 April 1991.
10. EGMR, Andersson/Schweden, 12781/87, 13 Dezember 1998.
11. EGMR, Çiloğlu und andere/Türkei, 73333/01, 6 März 2007.
12. EGMR, Balçık und andere/Türkei, 25/02, 29 November 2007.
13. EGMR, Cisse/Frankreich, 51346/99, 9 April 2002.
14. EGMR, Ataman/Türkei, 74552/01, 5 Dezember 2006.
15. EGMR, Çiloğlu und andere/Türkei, 73333/01, 6 Mart 2007.
16. EGMR, Bukta und andere/Ungarn, 25691/04, 17 Juli 2007.
17. Türkischer Verwaltungsgerichtshof (Danıştay); Entscheidung der 10. Kammer vom 8.11.2010 und E. 2007/6515, K. 2010/8931.
18. Türkischer Verwaltungsgerichtshof (Danıştay); Entscheidung der 10. Kammer vom 12.9.2013 und E. 2009/16392, K. 2013/6160.
19. Türkischer Verwaltungsgerichtshof (Danıştay); Entscheidung der 10. Kammer vom 25.11.2013 und E. 2009/11151, K. 2013/8354.
20. Türkischer Verwaltungsgerichtshof (Danıştay); Entscheidung der 10. Kammer vom 11.2.2015 und E. 2011/8848, K. 2015/394.
21. Türkischer Verwaltungsgerichtshof (Danıştay); Entscheidung der 10. Kammer vom 10.6.2015 und E. 2011/8323, K. 2015/2868.
22. Türkischer Verwaltungsgerichtshof (Danıştay); Entscheidung der 10. Kammer vom 10.6.2015 und E. 2011/9742, K. 2015/2870.

# SAN FRANCİSCO KONFERANSI GÖRÜŞMELERİ VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER KARARLARI İŞİĞİNDA SELF- DETERMİNASYON KAVRAMININ İNCELENMESİ

Şahin Eray KIRDIM\*

Atahan DEMİRKOL\*\*

## ÖZ

*Bu çalışma uluslararası hukuk ve ilişkilerin en tartışmalı kavramlarından biri olan self-determinasyonun 20'nci yüzyıldaki gelişim sürecine odaklanmaktadır. Çalışmada, İkinci Dünya Savaşı öncesi ortaya çıkmakla birlikte, ilk defa Birleşmiş Milletler Şartı ile geniş kapsamlı bir uluslararası antlaşma içerisinde muğlak bir şekilde kendine yer bulan bu kavram San Francisco Konferansı'ndan itibaren detaylı bir incelemeye tabi tutulmuştur. Birleşmiş Milletler teşkilatı tarafından hayata geçirilen düzenlemeler özelinde incelenen self-determinasyon tartışmalarının temelde üç ana ekseninde yapıldığı tespit edilmiştir. İç self-determinasyon ve dış self-determinasyon olarak ifade edilen birinci tartışma self-determinasyonun kapsamına yöneliktir. İlke ve hak kavramları üzerinden yapılan ikinci tartışma self-determinasyonun anlamına ilişkindir. Son tartışma ise self-determinasyona dayanacak olan özne, yani, "peoples" kavramı üzerinde yaşanmaktadır. Çalışma, literatürden ayrılan bir yönüyle San Francisco Konferansı tutanakları ile konuya ilişkin önem arz eden Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararları görüşme tutanaklarını detaylı bir şekilde incelemektedir. Bu anlamda çalışma, self-determinasyon kavramına ilişkin ilke-hak tartışmasının ikinci lehine artık son bulduğunu, ancak diğer iki tartışmanın daha sıcaklığını koruduğunu göstermektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Self-determinasyon, Öz-Yönetim, Ayrılma Hakkı, Birleşmiş Milletler, San Francisco Konferansı.

---

\* **Dr. Öğr. Üyesi,** Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü /AFYON **e-posta:** yekirdim@aku.edu.tr  
**Orcid ID:** 0000-0003-4207-6559

\*\* **Arş.Gör.,** Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü. **e-posta:** ademirkol@aku.edu.tr  
**Orcid ID:** 0000-0002-7185-5781

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.871264

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 20/11/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 04/01/2021

**THE EXAMINATION OF THE CONCEPT OF SELF-DETERMINATION  
IN THE LIGHT OF THE SAN FRANCISCO PROCEEDINGS AND THE  
UNITED NATIONS RESOLUTIONS**

**Abstract**

*This study focuses on the development process of self-determination in the 20th century, which is one of the most controversial concepts of international law and relations. Although emerged before the Second World War, this concept, which was ambiguously included in a comprehensive international agreement with the United Nations Charter for the first time, has been subjected to a detailed examination in the study since the San Francisco Conference. It has been determined that the self-determination discussions, which are examined in terms of the regulations implemented by the United Nations, are basically held in three main axes. The first discussion, expressed as internal self-determination and external self-determination, is about the extent of the concept. The second discussion, made through the concepts of principle and right, is about the meaning of self-determination. The last discussion is on the subject, namely “peoples”, who may rest on self-determination. The study examines in detail the minutes of the San Francisco Conference and the meeting minutes of the United Nations General Assembly resolutions, which are important on the subject, in a way that differs from the literature. In this sense, the study shows that the principle-right debate on the concept of self-determination is now ended in favor of the latter, but the other two discussions remain warm.*

**Keywords:** *Self-determination, Self-government, Right to Secede, United Nations, San Francisco Conference.*

**GİRİŞ**

Henüz İkinci Dünya Savaşı devam ederken Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) Dumbarton Oaks kasabasında toplanan dönemin dört büyük gücü (ABD, Birleşik Krallık, Sovyetler Birliği ve Çin) savaş sonrası düzenin hamiliği konusunda oldukça kararlıydı.<sup>1</sup> 21 Ağustos-7 Ekim 1944 tarihlerinde bir araya gelen dört devlet, barış ve güvenliği sağlamakla görevli uluslararası bir örgüt kurulması konusunu tartışmaya açtılar.<sup>2</sup> Müzakereler sonucunda ortaya çıkan Dumbarton Oaks Önerileri (“Dumbarton Oaks Proposals”), Birleşmiş Milletler'in (BM) kurucu antlaşmasının (BM Şartı) temellerini oluşturmaktaydı. 5 Mart 1945'te diğer ülkelere gönderilen

<sup>1</sup> Hans Kelsen, “The Old and the New League: The Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals”, 1945, 39(1), The American Journal of International Law, s. 45.

<sup>2</sup> Yearbook of United Nations 1946-47, s. 4.

davetiye ise, bu örgütün kurulması konusunu tartışmak için yine ABD'nin San Francisco şehrinde toplanacak konferansa katılımcıları davet etmekteydi.<sup>3</sup>

1941 yılına dönüldüğünde ise İkinci Dünya Savaşı sırasında ABD ve Birleşik Krallık, self-determinasyonu<sup>4</sup> savaş sonunda sağlanması gereken bir hedef olarak görmekteydi. Bunun somut bir göstergesi olarak da 14 Ağustos 1941 tarihinde dönemin ABD Başkanı Roosevelt ve Birleşik Krallık Başbakanı Churchill tarafından ilan edilen Atlantik Bildirisi ortaya çıkmıştır.<sup>5</sup> Bildiride ifade edilen haliyle "... [ABD ve Birleşik Krallık], tüm insanların sahip olmak istedikleri hükümet şeklini seçme hakkına saygı duyar ve [bu haktan] zor kullanılarak yoksun bırakılanların egemenlik haklarının ve öz-yönetimlerinin geri verildiğini görmeyi arzulamaktadır."<sup>6</sup> İki güç arasındaki bir anlaşmadan ziyade geleceğe dair görüşleri içeren bildiri,<sup>7</sup> bu maddesiyle daha sonra San Francisco Konferansı'nda ele alınacak olan self-determinasyon için bir öngörü olarak ifade edilmektedir.<sup>8</sup>

İlerleyen yıllarda Atlantik Bildirisi'ndeki bu hakkın tüm halklara uygulanıp uygulanmayacağına yönelik bir tartışma da yaşanmıştır. Doğrudan self-determinasyona yer vermeyen Bildiri'de hükümet şeklini seçme hakkı, kolonyalizm kaynaklı bir görüş ayrılığı doğurmuştur.<sup>9</sup> Başbakan Churchill'in açıkça ifadesine göre, Bildiri'de bahsedilen ve self-determinasyona kaynaklık ettiği öngörülen haklar Nazi işgali altındaki halklara uygulanabilecekken,

---

<sup>3</sup> Huntington Gilchrist, "Colonial Questions at the San Francisco Conference", 1945, 39(5), *The American Political Science Review*, s. 982-83.

<sup>4</sup> Türkçe literatürdeki bazı çalışmalarda self-determinasyon kavramı yerine "kendi kaderini tayin" ifadesi de kullanılmaktadır. Ancak bu çalışmada self-determinasyon kavramı üç nedenden ötürü tercih edilmiştir. Birincisi "self-determinasyon" ifadesi diğer pek çok yabancı kökenli kelime gibi Türkçeleşmiş ve literatürdeki pek çok çalışmada da bu haliyle kullanılmıştır. İkincisi kavram artık uluslararası bir kimlik kazanmış ve "diller üstü" bir özellik kazanmıştır. Üçüncü olarak, BM Şartı ve diğer uluslararası belgelerle uyumlu kalabilmek arzulanmıştır.

<sup>5</sup> Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, 2. Baskı, Cambridge University Press, 1996, s. 37.

<sup>6</sup> *Yearbook of United Nations* 1946-47, s. 2.

<sup>7</sup> <<https://www.un.org/en/sections/history-united-nations-charter/1941-atlantic-charter/index.html>> Erişim Tarihi 07 Kasım 2020.

<sup>8</sup> Wolfgang Danspeckgruber, *The Self-Determination Of Peoples: Community, Nation, And State In An Interdependent World*. Lynne Rienner Publishers, 2002, s. 101.

<sup>9</sup> Bonny Ibhawoh, "Testing The Atlantic Charter: Linking Anticolonialism, Self-Determination And Universal Human Rights", 2014, 18(7-8), *The International Journal of Human Rights*, s. 842.

Birleşik Krallık hükmü altında yaşayan koloniler için söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık Başkan Roosevelt ise daha sonradan bu hakkın kısıtlı bir topluluğa değil tüm insanlara yönelik olduğunu ifade etmiş ve hatta daha da ileri giderek küresel bir güvenliğin ancak evrensel olarak self-determinasyon ilkesinin tanınmasıyla elde edileceğini söylemiştir.<sup>10</sup> Ancak Atlantik Bildirisi'ndeki self-determinasyonun, ayrılıkçılık (dış self-determinasyon) veya öz-yönetim (iç self-determinasyon) olduğu konusuna da açıklık getirmek gerekmektedir. Bildiri'de self-determinasyona yönelik kavrayış genel bir prensip şeklinde ve öz-yönetime ilişkin olarak anlaşılmıştır.<sup>11</sup> ABD için İkinci Dünya Savaşı boyunca bir "savaş zamanı sloganı" olarak adlandırılan self-determinasyon, bu süreçte sık sık Amerikan hükümetinin de gündemine gelmiş ve açıklamalarında yer bulmuştur. Açık bir şekilde self-determinasyon ilkesini dış politikasının bir parçası olarak deklare eden ABD, bunun bir hak olduğunu ifade etmekten ise çekinmiştir.<sup>12</sup> İlk defa Atlantik Bildirisi'nde ele alınan self-determinasyon kavramı, sonrasında bir prensip veya hak olması hususunun tartışıldığı San Francisco Konferansı'nda gündeme gelmiştir.<sup>13</sup>

Cassese'ye göre self-determinasyon kavramı Amerikan Bağımsızlık Bildirisi (1776) ve Fransız Devrimi (1789)'nin bir yansımasıdır ve kökleri bu olaylara uzanmaktadır.<sup>14</sup> Wilson'dan Obama'ya kadar neredeyse tüm ABD başkanları tarafından ABD'nin fikri olması iddiasıyla sahip çıkılan ve ABD'nin demokratik ve antikolonyal mücadelesinin ürünü olduğu ileri sürülen kavramın,<sup>15</sup> Fransa'dan Avrupa'ya yayıldığı görüşü de mevcuttur.<sup>16</sup> Bu düşünce hiç şüphesiz kavramın Fransız Devrimi ve sonrasında Amerikan bağımsızlık süreci ile karşılaştırıldığında halk egemenliğini daha fazla öne çıkartan bir şekilde kullanılmasıyla alakalıdır.<sup>17</sup> İtalya'da Mazzini'nin halkların kendi statülerini özgürce belirlemesi, Sovyetler'de Lenin'in sosyalizmin

<sup>10</sup> Ibhawoh, s. 843.

<sup>11</sup> Cassese, s. 37.

<sup>12</sup> Brad Simpson, "The United States And The Curious History Of Self-Determination", 2012, 36(4), *Diplomatic History*, s. 679.

<sup>13</sup> Ibhawoh, s. 843.

<sup>14</sup> Cassese, s. 11.

<sup>15</sup> Simpson, *The United States*, s. 675.

<sup>16</sup> Lea Brilmayer, "Secession And Self-Determination: A Territorial Interpretation", 1991, 16, *Yale J. Int'l L.*, s. 180.

<sup>17</sup> Mustafa Koçak, "Self Determinasyon Hakkı ve Self Determinasyon Hakkı Teorileri", 2018, 23(38), *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 91.



dünyaya yayılması için bir yöntem ve ABD’de Wilson’un Avrupa’da barışı sağlamak için bir araç olarak gördüğü self-determinasyon böylece kısa sürede uluslararası alanda gündeme gelmiştir.<sup>18</sup> Ancak self-determinasyonun, Churchill’in de açık ifadesindeki gibi, galip ülkelerin kolonileri için neredeyse hiçbir etkisi olmamıştır.<sup>19</sup>

Aşağıda da değinildiği üzere, kavramın anlamı ve kapsamı hakkında San Francisco konferansında bile bir uzlaşmaya varılamamıştır.<sup>20</sup> Bu kapsamda kavramın doğrudan bir tanımını yapmak bu çalışmanın ruhuna da uygun olmayacaktır, zira self-determinasyon üzerine birçok görüş ve tanımlama vardır.<sup>21</sup> Britannica Ansiklopedisi’ne göre “self-determinasyon, genellikle belirli bir seviyede milli bilinç içeren bir insan grubunun kendi devletlerini kurma veya kendi yönetimlerini seçme sürecidir.”<sup>22</sup> Lenin’e göre “halkların self-determinasyon hakkı özellikle siyasal anlamda bağımsızlık hakkı ve baskıcı ulustan özgür bir şekilde siyasal ayrılma hakkını ifade eder. Özellikle, bu siyasal demokrasi talebi ayrılıkçılık için ve ayrılan halk tarafından ayrılıkçılık referandumu [yapılması] için propaganda yapma konusundaki tam özgürlüğü ifade eder.”<sup>23</sup> Berman’a göre “self-determinasyon, insanlar tarafından ... kendi kaderleri hakkında söz sahibi olmak için ileri sürülen hakka işaret eder.”<sup>24</sup> Self-determinasyonu hem bir ilke hem bir hak olarak ele alan Malanczuk için “self-determinasyon ilkesi bir bölgede yaşayan insanların o bölgenin siyasal ve yasal statüsüne karar verme hakkını ifade eder. Örneğin kendi devletlerini kurmaları veya başka bir devletin parçası olmayı seçmeleri gibi.”<sup>25</sup> Sterio ise

---

<sup>18</sup> Cassese, s. 13. Wilson’un self-determinasyon ile neyi kastettiğine dair bir tartışma vardır. Bkz. Allen Lynch, “Woodrow Wilson And The Principle Of National Self-Determination: A Reconsideration”, 2002, 28(2), *Review of International Studies*, s. 419-436.; Trygve Throntveit, “The Fable Of The Fourteen Points: Woodrow Wilson And National Self-Determination”, 2011, 35(3), *Diplomatic History*, s. 445-481.

<sup>19</sup> Brillmayer, s. 180.

<sup>20</sup> Frederic L Kirgis, “The Degrees Of Self-Determination In The United Nations Era”, 1994, 88(2), *The American Journal of International Law*, s. 304.

<sup>21</sup> Helen Quane, “The United Nations And The Evolving Right To Self-Determination”, 1998, 47(3), *International and Comparative Law Quarterly*, s. 537.

<sup>22</sup> <<https://www.britannica.com/topic/self-determination>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2020.

<sup>23</sup> Vladimir Ilyich Lenin, *Collected Works Volume 22*, Progress Publishers, Moscow, 1964, s. 146.

<sup>24</sup> Nathaniel Berman, “Sovereignty In Abeyance: Self-Determination And International Law”, 1988, 7(51), *Wis. Int’l LJ*, s. 52.

<sup>25</sup> Peter Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7. Baskı, Routledge, 1997, s. 326.

“uluslararası hukukta self-determinasyon, bir ‘halkın’ yönetenden belirli bir derecede özerklik kazanmasını sağlayan hukuki haktır”<sup>26</sup> diyerek kavrama ilişkin bir tanım yapmaktadır.

Self-determinasyon, öz-yönetim kavramıyla sıklıkla iç içe geçmiş bir anlamda da kullanılabilen, aslında ayrılıkçılık ve öz-yönetim üzerinde bir çatı olarak konumlanmış bir kavramdır. Daha geniş bağlamda self-determinasyon, kolonileşme karşıtı, işgalciliği yasaklayan ve bağımsız devletlerde insanların kendi kaderlerini tayin etmelerini sağlayan bir kavram olarak da anlaşılabilir.<sup>27</sup> Bu hususta iç self-determinasyon ve dış-self determinasyon tanımlamalarına bakmak yararlı olacaktır. Arsava’ya göre bu iki kavram birbirine alternatif değil, aksine hiyerarşik ilişki içerisindedir.<sup>28</sup> İç self-determinasyon olarak bilinen öz-yönetim, aslında bir özerklik durumudur. Daha açık bir ifadeyle, iç self-determinasyonda belirli bir derecede özerklik talep eden grup, içinde yaşadığı devletten bağımsız bir hale gelmeden kendi yönetimini kurmayı talep etmektedir. Bu bağlamda iç self-determinasyon bir halkın devletin iç yapısındaki yönetim biçimini özgürce seçebilmesiyle de alakalıdır; egemenliği ifade etmez.<sup>29</sup> Diğer yandan dış self-determinasyon ise ayrılıkçılık olarak ifade edilmektedir. Bu ayrılma hareketi, bağımsız bir devletten ayrılma veya başka bir bağımsız devlete katılma olarak anlaşılabilir.<sup>30</sup>

Bu çalışmada, self-determinasyon kavramı İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde ve BM çatısı altında yaşanan gelişmeler üzerinden ele alınmakta ve hem literatürde hem de devlet uygulamalarında oldukça tartışmalı olan kavramın seyir defterinin birkaç sayfası detaylı şekilde incelenmektedir. Her ne kadar self-determinasyon, İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve özellikle Wilson ilkeleri temelinde uluslararası ilişkiler ve hukukun konusu olsa da bu dönem çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır, zira bu dönemde kavram hukuki bir statü kazanmaktan ziyade salt politik bir tartışma yaratmıştır. Benzer şekilde kavramın BM dışı uluslararası kurum ve dokümanlarda ele

<sup>26</sup> Milena Sterio, *The Right to Self-Determination Under International Law*, New York: Routledge, 2013, s. 9.

<sup>27</sup> Bossacoma Busquets, *Morality and Legality of Secession*, Springer International Publishing, 2020, s. 148.

<sup>28</sup> Füsun Arsava, “Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler”, 2013, 8(Prof.Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan), Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, s. 389.

<sup>29</sup> Koçak, s. 109; Arsava, s. 389.

<sup>30</sup> Busquets, s. 148.

alındığı bir gerçeklik olsa da<sup>31</sup> bu gelişmeler çalışmanın kapsamına alınmamış ve BM odaklı bir inceleme yapılmıştır.

Bu bağlamda çalışma, kavramı BM Şartı'nın ortaya çıktığı San Francisco Konferansı görüşmelerinden itibaren izlemekte ve BM tarafından self-determinasyon açısından önem arz eden kararları hem bu kararların arka planları hem de doktrin üzerinden değerlendirmektedir. Çalışmada, self-determinasyonun anlam ve kapsamında San Francisco Konferansı'ndan bu yana herhangi bir değişim olup olmadığı sorusuna cevap aranmaktadır. Bu sorunun cevaplanmasında, San Francisco Konferansı görüşme tutanakları, BM Şartı, BM Genel Kurul kararları ve bu kararların görüşme tutanaklarının lafzi ve tarihsel yorum yöntemlerine başvurulmuştur. Ayrıca BM Genel Kurulu'nun 2625 sayılı kararla ilgili değerlendirmemizde *a contrario* yorum yöntemi de kullanılmıştır.

20'nci yüzyıl boyunca gelişen self-determinasyon hakkının BM dokümanları özelinde tarihini sunan çalışma üç bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde San Francisco Konferansı'nı toplantı tutanakları üzerinden inceleyen çalışma, ikinci bölümde Şart sonrası dönemde BM tarafından ortaya konulan hukuki metinleri ele almaktadır. Üçüncü bölümde ise tüm bu süreç hem bu tarihi arka plan hem de doktrin üzerinden özgün bir değerlendirmeyle sunulmaktadır. Bu değerlendirme üç temel tartışma üzerinden yapılmaktadır. Birincisi self-determinasyonun anlamına ilişkin olup, hakkın öz-yönetim mi yoksa bağımsızlık mı anlamına geldiği tartışmasıdır. İkinci anlaşmazlık bunun bir ilke mi yoksa hak mı olduğu yönündedir. Üçüncüsü ise hakkı kullanacak özneye ilişkin olup, "people" kavramının anlam ve kapsamına odaklanmaktadır. Çalışma, ilke-hak tartışmasının artık son bulduğu, ancak diğer tartışmaların hala sıcaklığını koruduğunu göstermektedir.

## I. SAN FRANCİSCO KONFERANSI'NDA SELF-DETERMİNASYON

Birinci Dünya Savaşı öncesinde bir fikir olarak gündeme gelen ve ABD Başkanı Wilson tarafından Milletler Cemiyeti sözleşmesine de eklenmeye çalışılan self-determinasyon,<sup>32</sup> BM Şartı'nın hazırlanması sürecinde San

---

<sup>31</sup> Boris Meissner, "The Right of Self-Determination after Helsinki and Its Significance for the Baltic Nations", 1981, 13(2), Case Western Reserve Journal of International Law, s. 375-384.

<sup>32</sup> Jorri C Duursma, Fragmentation and the International Relations of Micro-states: Self-determination and Statehood, Cambridge University Press, 1996, s. 10.

Francisco Konferansı ile bir fikirden hukuki bir temeli olan uluslararası bir kavram haline gelmiştir.<sup>33</sup> Ancak self-determinasyon ile ilgili görüşler Konferans'ta farklılıklar göstermiştir. Aşağıda üzerinde durulacağı gibi self-determinasyonun anlamı ve kapsamı, “peoples/nations/states” kavramlarının tercihi, öz-yönetim ve ayrılıkçılık gibi konular tartışmaya açılmıştır.

Lenin'in self-determinasyon hakkının halkların özgürleştirilmesi için genel bir prensip haline gelmesi konusunu ilk dile getiren kişi olduğu ifade edilmektedir.<sup>34</sup> Bu bağlamda Lenin'in self-determinasyon hakkı savunusu, milliyetçilik ve baskı karşıtlığı temelinde olan ve ayrılıkçılığı da kapsayan bir anlayış üzerine inşa edilmiştir.<sup>35</sup> Dolayısıyla Lenin'in self-determinasyona verdiği önemin bir göstergesi olarak, Sovyetler Birliği'nin girişimleri sonucu, Dumbarton Oaks Önerileri'nde yer almayan self-determinasyon ilkesi BM Şartı'na dahil edilmiştir.<sup>36</sup> Her ne kadar bu kavrama Şart'ta yer verilmesi önemli olsa da kavrama ilişkin maddelerde birçok belirsizlik bulunmaktadır.<sup>37</sup> Söz konusu maddelerdeki anlam belirsizliği nedeniyle self-determinasyonun tanımından uygulanmasına kadar pek çok konu muğlaktır. Hatta bizatihi “self” kavramının kendisinin ne ifade etmesi gerektiği, kimlerin “self” olabilecekleri ve dolayısıyla bu ilkeye dayanabilecekleri dahi muallaktadır. San Francisco Konferansı sırasında self-determinasyon konusu komiteler ve alt komiteler tarafından ele alındığından, buradaki tartışmaları incelemek kavramın özünün anlaşılması açısından aydınlatıcı olacaktır. Zira böyle bir inceleme en azından Şart'ın hazırlanması sırasında devletlerin self-determinasyona yönelik yaklaşımlarını ortaya koyacaktır.

San Francisco Konferansı'nda self-determinasyon ilkesine<sup>38</sup> ilişkin olarak ilk sinyal Meksika delegasyonunun Dumbarton Oaks Önerileri'ne vermiş olduğu yanıtta geçmektedir.<sup>39</sup> Dumbarton Oaks Önerileri'nde yer

<sup>33</sup> Cassese, s. 3-4; Christine Griffioen, *Self-Determination as a Human Right: The Emergency Exit of Remedial Secession*, Science Shop of Law, Utrecht, 2010, s. 10.

<sup>34</sup> Cassese, s. 14, 19.

<sup>35</sup> Busquets, s. 152.

<sup>36</sup> Cassese, s. 38.

<sup>37</sup> Cassese, s. 38.

<sup>38</sup> Burada self-determinasyon için “ilke” ifadesinin kullanımı bilinçli bir tercihtir, zira aşağıda gösterildiği üzere San Francisco görüşmeleri sırasında bunun bir “hak” mı yoksa “ilke” mi olarak anlaşılması gerektiği yönünde bir görüş birliğine varılamamıştır. Bu nedenle BM Şartı'nda geçtiği haliyle alınmıştır.

<sup>39</sup> “Bölüm I... Örgütün amaçları [şunlar] olmalıdır... 2. Halklar arasında dostça ilişkiler

verilen “Uluslararası Ekonomik ve Sosyal İşbirliği Düzenlemeleri” bölümüne eklemek istediği bir madde ile Meksika, self-determinasyonu tüm dünyada uygulanabilir bir ilke haline getirmek arzusunda olmuştur.<sup>40</sup> Aslında manda yönetimleri altında bulunan ülkelerin bağımsızlığına yönelik olan bu öneriye göre, manda yönetimi altındaki bir bölge kendini yönetmek için gerekli ilerleme derecesine ulaşır ulaşmaz, bu bölgenin egemen bir devlet haline gelmesi için gerekli adımlar atılmalıydı.<sup>41</sup>

Bugün BM Şartının 1(2) ve 55’inci maddelerinde ifadesi bulan self-determinasyon ilkesi Dumbarton Oaks Önerileri’nde yer almamıştır. Her ne kadar böyle bir ilkenin BM Şartı’na eklenmesine yönelik öneri dört büyük devlet tarafından San Francisco Konferansı sırasında resmi olarak ortaklaşa yapılmış olsa da<sup>42</sup> bu öneriye ön ayak olan ülkenin Sovyetler Birliği olduğu konusunda genel bir uzlaşma vardır.<sup>43</sup> 5 Mayıs 1945’te yapılan bu öneriyle,

---

geliştirmek ve evrensel barışı güçlendirmek için gerekli diğer önlemleri almak...” Yearbook of United Nations (1946–7), s. 4.

<sup>40</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 3, s. 140-142. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020)

<sup>41</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 3, s. 142; Meksika bu ilkenin Amerika kıtası başta olmak üzere tüm dünya için uygulanmasını önermiştir: “Tüm dünya ve özellikle Amerika’daki halklar için self-determinasyon ilkesi geçerli olmalı ve etkili bir şekilde uygulanabilmelidir. [Meksika] bunun mümkün olan en kısa sürede ve tercihen mevcut savaş sona erdiğinde gerçekleşmesini tavsiye etmektedir. Birleşmiş Milletler’in bugün mücadele ettiği ideallerin doğal bir sonucu olarak, söz konusu ilkenin kitabımızda tam olarak uygulanabilmesi için gerekli önlemler alınmalıdır. (Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 3, s. 147).”; “Bir koloniden manda yönetimine ve bir manda yönetiminden egemen bir devlete geçiş için genel uygulama kurallarının sağlanmasında, self-determinasyon ilkesinin evrensel uygulamasını elde etmek için aranması gereken ilke zımnen teyit edilmiştir. (Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 3, s. 146),”

<sup>42</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 3, s. 622.

<sup>43</sup> Cassese, s. 38. (“Dört büyük güç, [self-determinasyon meselesini] SSCB’nin ısrarı üzerine ele almışlardır”); Jörg Fisch, The Right of Self-Determination of Peoples: The Domestication of an Illusion, (Çev: Anita Mage), Cambridge University Press, New York, 2015, s. 191. (“Sovyetler Birliği’nin desteği olmasaydı, self-determinasyon konusunda böylesine net bir ifade kesinlikle ortaya çıkmazdı”); James Summers, Peoples and International Law, 2. Baskı, Brill Nijhoff, Leiden, 2. Baskı, 2014, s. 194. (“Sovyetler Birliği’nin inisiyatifıyla, örgütün amaçlarına ilişkin 1’inci maddeye [self-determinasyon] eklendi”); Griffioen, s. 11. (“Dört büyük devlet tarafından desteklenen bir Sovyet önerisi, Şart’ın 1’inci Maddesine self-determinasyonun dahil edilmesini sağlamıştır”). Sovyetler Birliği Temsilcisi Arutiunian, 11 Haziran 1945 tarihli toplantıda self-determinasyon ilkesinin BM Şartı’na eklenmesi için ülkesinin elinden gelen herşeyi yaptığını dile getirmiştir (Documents of The United Nations

“halkların hak eşitliği ve self-determinasyon *ilkesine* saygı üzerine kurulmuş” ifadesi Şart’ın “Amaçlar” başlığını taşıyan I. Bölüm’ü (Madde 1(2))<sup>44</sup> ile “Uluslararası Ekonomik ve Sosyal İşbirliği” başlığını taşıyan IX. Bölüm’üne (Madde 55) eklenmiştir.<sup>45</sup> Böylelikle self-determinasyon, BM’nin amaç ve hedefleri arasında yer almıştır.<sup>46</sup>

Bu öneri Filipinler, Mısır, Ukrayna, İran ve Yugoslavya’nın da aralarında bulunduğu bazı devletler tarafından kabul edilse de self-determinasyonun BM Şartı’nda olmaması gerektiğini savunanlar da vardı.<sup>47</sup> Bunlar arasında bulunan Belçika hükümeti, dört büyük devletin I. Bölüm (Madde 1(2)) için yaptığı öneriye iki açıdan eleştiri yöneltmiştir. Birinci olarak, Belçika hükümetine göre öneri metninde geçen “*peoples*” ifadesi kafa karışıklığına neden olmaktadır, zira bu kelime “*states*” anlamına gelebileceği gibi, kendilerini genel nüfusla özdeşleştirmeyen ulusal grupları ifade eder şekilde de kullanılabilirdi.<sup>48</sup> Dolayısıyla, *peoples*, *states* ve *nations* kavramları birbirine geçmiş bir durumdadır.<sup>49</sup> Bu açıdan kavramın birinci anlamda mı yoksa ikinci anlamda mı

---

Conference on International Organization, Volume 8, s. 56, <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020)

<sup>44</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 3, s. 622. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020). “uluslararası, halkların hak eşitliği ve self-determinasyon *ilkesine* saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkiler geliştirmek ve dünya barışını güçlendirmek için diğer uygun önlemleri almak” (vurgu eklenmiştir).

<sup>45</sup> Uluslararası halkların hak eşitliği ve self-determinasyon ilkesine saygı üzerine kurulmuş barışçı ve dostça ilişkiler sağlanması için gerekli istikrar ve refah koşullarını yaratmak üzere (Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 3, s. 626). Sovyetler Birliği esasında benzer bir öneriyi, ABD’nin 5 Mayıs 1945’te yaptığı Uluslararası Vesayet Rejimi başlıklı ek bölüm için de yapmıştır. Bu bölümde vesayet rejiminin temel hedefleri arasında “tam ulusal bağımsızlığa ulaşmalarını hızlandırmak amacıyla bu topraklardaki halkların aktif katılımıyla self-determinasyonun desteklenmesi” ifadesini eklemek isteyen Sovyet Birliği’nin 11 Mayıs 1945 tarihli önerisi kabul görmemiştir (Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 3, s. 618).

<sup>46</sup> Brillmayer, s. 181.

<sup>47</sup> Cassese, s. 38-39.

<sup>48</sup> Bu kapsamda “*peoples*” ve “*groups*” kavramları arasında da literatürde bir tartışma yapılmıştır. Bkz. B. G. Ramcharan, “Individual, Collective and Group Rights: History, Theory, Practice and Contemporary Evolution”, 1993, 1(1), International Journal of Group Rights, s. 27-44.

<sup>49</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 6, s. 300. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

kullanıldığı açık değildir. İkinci Belçika eleştirisi, self-determinasyon hakkını uluslararası dostane ilişkilerin temeli olarak ortaya koymanın tehlikeli olacağı yönündedir, zira böyle bir durum bu hakka dayanmak isteyen bazı devletlerin kabul edilemez müdahalelerine kapı aralayacaktır.<sup>50</sup> Bu eleştiriler nedeniyle Belçika, kendi formülasyonu ile “devletlerin temel haklarına ve eşitliğine ve halkların self-determinasyon *hakkına* saygı temelinde uluslararası düzeni güçlendirmek” ifadesini bu maddeye ilişkin bir değişiklik önerisi olarak ileri sürmüştür.<sup>51</sup> Ancak öneri kabul görmemiştir.<sup>52</sup> Dört büyük devlet tarafından Madde 1(2) ve 55 için yapılan öneriler Komite II/3’ün 11 Haziran 1945 tarihli toplantısında olduğu gibi kabul edilmiştir.<sup>53</sup>

San Francisco Konferansı’nda self-determinasyona yönelik tartışmalar temelde üç ana konu üzerinde yoğunlaşmıştır. Birincisi, self-determinasyonun bağımsızlık mı yoksa öz-yönetim olarak mı anlaşılması gerektiği; ikincisi, self-determinasyonun ilke mi yoksa hak mı olduğu ve üçüncüsü self-determinasyonu kullanacak olan öznenin (“peoples/nations/states”) kim olduğu tartışmaları yaşanmıştır.

Üzerinde durulması gereken ilk konu, self-determinasyonun anlamına ilişkindir. Diğer bir ifade ile, Konferans’ta tartışılan self-determinasyon ilkesi/hakkı bağımsızlık yolunda atılacak bir adım mı yoksa bu ilkeye/hakka dayanmak sadece seçilecek hükümet tipinin belirlenmesi açısından sınırlı bir yetki mi ifade etmektedir. Bu konudaki ilk değerlendirme Konferans bünyesindeki Komite I/1’in 15 Mayıs 1945 tarihli toplantısında yapılmıştır. Komite raporuna göre, “self-determinasyon *ilkesine* ilişkin olarak, bir taraftan bu *ilkenin* tüm insanların istek ve arzularıyla yakından ilişkili olduğu önemle vurgulanmış ve [bunun] I. Bölüm’de açıkça ifade edilmesi gerektiği belirtilmişken, diğer taraftan bu *ilkenin* ayrılıkçılık değil sadece öz-yönetim *hakkı* anlamına gelmesi durumunda Şart’ın amaçlarıyla uyduğu ifade

---

<sup>50</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 6, s. 300. Belirtilmelidir ki Belçika’nın yaptığı ikinci eleştiride self-determinasyondan bir hak olarak bahsedilmiştir.

<sup>51</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 6, s. 300 (vurgu eklenmiştir).

<sup>52</sup> Ayrıca not edilmelidir ki Cassese’ye göre Belçika, self-determinasyonun anti-kolonyal bir ilke olduğunu göz önünde bulundurmamıştır. Cassese, s. 39.

<sup>53</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 10, s. 270. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

edilmiştir.”<sup>54</sup> Bu durum, Konferans esnasında yaşanan öz-yönetim (iç self-determinasyon) ve ayrılıkçılık (dış self-determinasyon) tartışmasının bir göstergesidir. Konferansta zaman zaman dört büyük ülke tarafından kullanılan ifadelerde de self-determinasyon ve öz-yönetim kavramları arasında bilinçli bir tercih yapılmıştır.<sup>55</sup> Brilmayer, uluslararası hukukun *ayrılıkçılık hakkını* ifade edecek herhangi bir kural içermediğini, ancak ayrılıkçıların temel dayanak olarak BM’nin self-determinasyonu tanımış olmasını kullandıklarını ifade etmektedir.<sup>56</sup> Buna karşılık self-determinasyonun 20’inci yüzyılın ilk yarısına kadar ayrılıkçılıktan çok, bütünleşme şeklinde görüldüğü bilinmektedir.<sup>57</sup> Konferansta ise, self-determinasyonun ayrılıkçılığa ve iç kargaşaya neden olacağından bahisle bazı devletler tarafından tereddütler dile getirilmiştir.<sup>58</sup> Bu konuda Kolombiya delegasyonu da öz-yönetim olarak anlaşılan bir self-determinasyonu desteklediklerini, ancak bunun ayrılıkçılık boyutunu “uluslararası anarşi”den farklı değerlendirmeyeceklerini ve Şart’a dahil edilmemesi gerektiğini açıkça ifade etmişlerdir.<sup>59</sup>

Koordinasyon Komitesi’nin 15 Haziran 1945 tarihli 22’nci toplantısında Fransız delegesi self-determinasyonun bir halkın kendi demokratik kurumlarına sahip olma mı yoksa ayrılma hakkı mı olarak anlaşılması gerektiği konusunda açıkça bir sorgulama yapmıştır. Bu sorgulama hiç şüphesiz iç self-determinasyon (öz-yönetim) ve dış self-determinasyon (ayrılıkçılık) tartışmasının da bir yansımasıdır. Fransız delegesi bu anlam karmaşasının Teknik Komite tarafından giderilmesini talep etmiştir. Tutanaklar ise göstermektedir ki İngiliz delegesi, “bir anlaşmaya varılabileceğinden emin olmadığından dolayı self-determinasyon kavramının günler sürecek bir şekilde tartışmaya açılmasını istememiştir.”<sup>60</sup> SSCB delegesi de bu görüşe katılmış

<sup>54</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 6, s. 296. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

<sup>55</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 8, s. 153. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

<sup>56</sup> Brilmayer, s. 183.

<sup>57</sup> Martti Koskenniemi, “National Self-Determination Today: Problems Of Legal Theory And Practice”, 1994, 43(2), International and Comparative Law Quarterly, s. 251.

<sup>58</sup> Cassese, s. 39.

<sup>59</sup> Debates, 15 May, 20’den aktaran Cassese, s. 39-40.

<sup>60</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 17, s. 143. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım



ve bu konuda komitenin görüşünün sorulmasını istemiştir. Çin'in de destek vermesiyle Başkan, Raportör ve Komite Sekreteri'nin bu konuda görüşleri alınarak Şart'taki self-determinasyonun insanların kendilerini yönetebilme yetisi mi, yoksa bir devletin bir bölümündeki insanların ayrılma hakkını mı ifade ettiğinin açıklığa kavuşturulması gerektiğine karar verilmiştir.<sup>61</sup> Koordinasyon Komitesi'nin 16 Haziran 1945 tarihli 24'üncü toplantısında ise Fransız delegesi yine self-determinasyonun tam anlamının ne olduğunu sormuş, Ukrayna delegesi self-determinasyon hakkında düşüncesinin insanların istedikleri rejimi/yönetimi kurabilmesi (iç self-determinasyon) olduğunu ifade etmiştir.<sup>62</sup>

Self-determinasyon ilkesinin Konferans'ta yarattığı tek endişe ayrılıkçılık ve bağımsızlık iddiası olmamıştır. Örneğin Mısır ve Suriye, bu ilkenin kötüye kullanımından duyduğu endişeyi dile getirmiştir.<sup>63</sup> Suriye delegesince self-determinasyon ilkesinin kullanımı özgür iradeye bağlanmıştır.<sup>64</sup> Gerçekten de alt komite bu *ilkenin* uygulanmasında insanların özgür ve gerçek iradelerinin yansıtılmasının önemine vurgu yapmış ve Almanya ve İtalya örneklerini bu konuda bir gerçeklik olarak vurgulamıştır.<sup>65</sup> Zira self-determinasyon BM'nin kuruluşundan hemen önce Nazi rejimi tarafından Alman uluslarının yeniden birleştirilmesini meşrulaştırmak için kullanılmıştır.<sup>66</sup> Burada self-determinasyon ilkesinin halkların bütünleşmesinde de kullanılabileceği, ancak bunun özgürce bir seçime dayanmış olması gerektiği ifade edilmiştir.

Self-determinasyonun bağımsızlık mı yoksa öz-yönetim mi anlamına geldiği konusu, vesayet sisteminin tartışıldığı Komite II/4'ün 6'ncı

2020.

<sup>61</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 17, s. 143. Toplantı tutanakları ve Türkçe-İngilizce literatür detaylı olarak incelenmiş olmasına rağmen, bu konudaki bir komite raporuna ulaşamamıştır.

<sup>62</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 17, s. 163.

<sup>63</sup> Cassese, s. 40.

<sup>64</sup> Debates, 15 May (morning session), 12'den aktaran Cassese, s. 40.

<sup>65</sup> Alt Komite I/1/A'nın bu raporuna istinaden Komite I/1 raportörünün Komisyon I'e hazırladığı raporda da bu konu aynı şekilde dile getirilmiştir. Buna göre insanların self-determinasyon ilkesine ilişkin istekleri Almanya ve İtalya örneklerindeki gibi iddia edilen/ileri sürülen bir genel iradeye dayanmamalı, özgür ve gerçek bir istek olmalıdır (Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 6, s. 396. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

<sup>66</sup> Srdjan Cvijic, "Self-Determination As A Challenge To The Legitimacy Of Humanitarian Interventions: The Case Of Kosovo", 2007, 8(1), British Yearbook of International Law, s. 85-117.

oturumundan da dolaylı şekilde çıkarılabilir. Komitenin değerlendirmesine göre, BM Şartı vesayet altındaki tüm bölgelerin zorunlu olarak bağımsızlık statüsünü kazanacağını ifade etmese de bağımsızlıkla sonuçlanıp sonuçlanmamasına bakılmaksızın bu bölge halklarının dış self-determinasyon “*hakları*” tanınmalıydı.<sup>67</sup>

Üzerinde durulması gereken ikinci konu, self-determinasyonun bir hak mı yoksa politik bir ilke mi olduğuna ilişkindir. Bir görüşe göre, self-determinasyon çok karışık bir kavram olduğundan siyasal bir ilkeden hukuki bir ilkeye dönüşmeye uygun değildir.<sup>68</sup> Hannum’a göre ise dekolonizasyonun getirdiği zorunluluklar, zaman içerisinde self-determinasyonu bir ilkeden hak haline getirmiştir.<sup>69</sup> Bu konuda Konferans’taki tartışmayı aydınlatıcı örnekler olarak Konferans sırasında yapılan öneriler ele alınmalıdır. Örneğin, Senatör Henri Rolin’in Komite I/1 adına gönderdiği 16 Mayıs 1945 tarihli belgede Şart’a o güne kadar eklenmesi önerilmiş olan fikirler arasında “insanların self-determinasyon *hakkına* saygı duyulması” ifadesi de yer almıştır.<sup>70</sup> Ayrıca dört büyük ülkenin Şart’a ilişkin önerisinde self-determinasyondan bir *ilke* olarak bahsedilirken,<sup>71</sup> Sovyetler Birliği’nin vesayet sistemine ilişkin önerisinde *ilke* veya *hak* kavramına işaret edilmeden yalnızca self-determinasyon ifadesi nötr bir anlamda kullanılmıştır.<sup>72</sup> Bu durum toplantılar sırasında *hak* ve *ilke* kavramları üzerine bir belirsizlik yaşandığının göstergesidir.

Self-determinasyonun ilke mi yoksa hak mı olduğu konusundaki belirsizliğin tüm Konferans boyunca devam ettiği, detaylı toplantı tutanaklarına

<sup>67</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 10, s. 453. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

<sup>68</sup> Koskenniemi, s. 241. Literatürde de self-determinasyonun bir hak mı ilke mi olduğuna dair tartışmalar bulunmaktadır. Bkz. Michla Pomerance, Self-Determination in Law and Practice: The New Doctrine in the United Nations, Martinus Nijhoff Publishers, 1982; Heather Wilson, International Law And The Use Of Force By National Liberation Movements, Clarendon Press, Oxford, 1988.

<sup>69</sup> Hurst Hannum, “Rethinking Self-Determination”, 1993, 34(1), Va. J. Int’l L., s. 12.

<sup>70</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 6, s. 647. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

<sup>71</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 3, s. 622, 626. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

<sup>72</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 3, s. 618.

erişilemeyen Alt Komite I/1/A raportörünün 1 Haziran 1945 tarihli raporundan açık şekilde görülmektedir. Bu toplantıda Alt Komite self-determinasyon ve insanların eşit hakları *ilkelerinin* bir elmanın iki yarısı olduğunu ifade etmiştir,<sup>73</sup> ki bu değerlendirme, önceki metin ve önerilerde bulunan self-determinasyon *hakkı/ilkesi* belirsizliğinde tekrar *ilke* kavramına geri dönüldüğünü göstermektedir. Self-determinasyonun Konferans'ta ilkeden ziyade hak olarak anlaşıldığı yolundaki tam tersi bir değerlendirme de aynı Komite'nin aynı tarihli toplantısında I. Bölüm Madde 1(2)'ye eklenmesi istenen bir önerinin, üçte ikiyi aşan bir çoğunlukla reddedilmesi gerçeğinden yola çıkılarak yapılabilir. Bu öneriye göre BM'nin görevlerinden birisi “temel haklara ve devletlerin eşitliği ve insanların self-determinasyon *hakkına* saygı temelinde uluslararası düzeni güçlendirmek” olarak ifade edilmiştir. Yukarıda yer verilen Belçika önerisiyle hemen hemen aynı düzlemde olan bu önerinin reddedilme gerekçeleri arasında sayılan şu ifade ise önemlidir: “[Madde 1] Paragraf 2 ile amaçlanan şey insanların eşit haklarını ve bir sonuç olarak self-determinasyon *haklarını* ilan etmektir. Dolayısıyla hakların eşitliği, Şart içerisinde devletlere, halklara ve insanlara uygulanabilecek şekilde genişletilmiştir.”<sup>74</sup> Burada self-determinasyondan hak olarak bahsediliyor oluşu dikkat çekicidir. Bu anlamda, *ilke/hak* belirsizliği Konferans'ta açık olarak üzerinde anlaşmaya varılan konulardan biri olmasa da self-determinasyon Şart'ın son halinde ilke olarak kabul edilmiştir. Self-determinasyon, Daes'e göre, Şart'ın ana unsurlarından birisi haline gelmemiştir. Bu doğrultuda yasal bir hak olmaktan ziyade eksik bir ilke olarak görülmektedir.<sup>75</sup>

Üzerinde durulması gereken üçüncü konu da self-determinasyon ilkesine dayanacak olan özneye ilişkindir. Koskenniemi'ye göre self-determinasyon hakkının öznesine ilişkin soru kafa karıştırıcıdır.<sup>76</sup> Gerçekten de şartın bazı yerlerinde *peoples*, bazı yerlerinde *nations*, bazı yerlerinde ise *states* ifadeleri, kimi zaman da birbirlerinin yerlerine olacak şekilde kullanılmaktadır. Kirgis'e göre bu tartışmanın sebebi, self-determinasyonun öznesini belirlerken bazı

---

<sup>73</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 6, s. 703. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

<sup>74</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 6, s. 703-704.

<sup>75</sup> Erica-Irene Daes, “An Overview Of The History Of Indigenous Peoples: Self-Determination And The United Nations”, 2008, 21(1), Cambridge Review of International Affairs, s. 11.

<sup>76</sup> Koskenniemi, s. 250.

kısıtlamalara gitmektir.<sup>77</sup> Nitekim self-determinasyonun tüm insanlara uygulanıp uygulanmayacağı bu anlamda bir soru işaretidir.<sup>78</sup> Azınlıkların, büyük bir grup olsalar bile *nations* olamayacağına dair görüşlerin varlığı bu kelime tercihlerinin bilinçli bir stratejinin ürünü olduğu şeklinde yorumlanabilir.<sup>79</sup> Bu bağlamda self-determinasyonun *nations*, *peoples* veya *minorities* için uygulanıp uygulanamayacağı ayrımı, bu hakkın kullanımının kısıtlanması için işlevsel bir yöntem olabilir.<sup>80</sup>

Koordinasyon Komitesi'nin 15 Haziran 1945 tarihli 22'nci toplantısının özet raporunda genellikle dil ve kelimelerin anlamları üzerinden yapılan değerlendirmelere yer verilmiştir. Bu değerlendirmeler özellikle toplantılar boyunca kullanılan ve tartışılan *nations*, *peoples* ve *states* kavramları açısından önemlidir. Şart'ın I. Bölüm Madde 1(2)'de kullanılan diline ilişkin olarak Fransız delegesi *nations* ve *peoples* kavramları arasındaki farkı işaret ederek *nations* kelimesinin kullanılmasını önermiş, Şili delegesi ise uluslararası ilişkilerin devletler arasında cereyan ettiğini belirterek *nations* kelimesinin kullanımının teknik olarak hatalı olacağını ifade etmiştir. Bu tartışmaya açıklayıcı bir katkı ABD delegesi tarafından yapılmış ve *nations* kelimesinin Şart'ta kullanılmasının sebebi bunun daha geniş bir kavram olmasıyla açıklanmıştır. Öyle ki kelime tam anlamıyla düşünüldüğünde, BM'nin üyeleri arasında Hindistan gibi o dönemde devlet olarak adlandırılmayacak taraflar da olabilecektir. Bu bağlamda ilgili maddede *states* ifadesinin kullanılması anlamı ve kapsamı daraltacaktır. Bu kavram karmaşası üzerine devam eden tartışmalarda Komite Başkanı, Sekreterliğin Şart içerisinde bulunan *nations*, *states* ve *peoples* kelimelerini listelemesini ve bu liste üzerinden komitenin bir değerlendirme yapmasını önermiş ve bu öneri kabul edilmiştir.<sup>81</sup>

18 Haziran 1945 tarihli Koordinasyon Komitesi memorandumunu, daha önce *peoples*, *nations* ve *states* kavramlarının Şart içerisinde tekrar eden

<sup>77</sup> Kirgis, s. 306.

<sup>78</sup> Koskenniemi, s. 242.

<sup>79</sup> Thomas Garrigue Masaryk, *Making of a State: Memories and Observations 1914-1918*, George Allen and Unwin Ltd, London, 1927, s. 386.

<sup>80</sup> Brillmayer, s. 183.

<sup>81</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 17, s. 142. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020. Bu liste daha sonra 18 Haziran 1945 tarihli Koordinasyon Komitesi memorandumunu ile ortaya çıkmıştır (Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 18, s. 654. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020).

kullanımına ilişkin bir rapor sunmuştur.<sup>82</sup> Bu rapora göre *states* kelimesi, Teknik Komite raporları boyunca Dumbarton Oaks Önerileri'ndeki gibi kesin bir siyasal yapıyı ifade ederek kullanılmıştır. Yine *states* kelimesi, BM'nin görevleriyle ilgili tüm maddelerde güvenlik ve güvenlik dışı alanlarda ve üye-üye olmayan arasında ayırım yapılırken de kullanılmıştır. Komite, örgütün bazı üyeleri henüz teknik olarak devlet olmasalar da bu kullanımın tamamen uygun olduğu görüşünü dile getirmiş ve bu kelime yerine daha uygun başka bir kelime olamayacağını ifade etmiştir.<sup>83</sup>

*Nations* kelimesi üzerinde de duran Koordinasyon Komitesi, Teknik Komite raporlarında sadece yedi kez kullanılan kelimenin çoğunlukla geniş ve siyasal olmayan anlamda ele alındığını vurgulamıştır. Bu siyasal olmayan kullanımda *nations*, *states* kelimesine göre daha tercih edilebilir görülmektedir, çünkü *nations* kelimesi kolonileri, mandaları, himaye altındaki devletleri, devlet benzeri yapıları ve tabii ki devletleri de içerecek şekilde geniş bir anlama sahiptir.<sup>84</sup>

Self-determinasyon konusu açısından üzerinde en çok durulması gereken kavram ise *peoples*'tir. Koordinasyon Komitesi, Teknik Komite metinlerinde tüm insanlığın ve insanların vurgulandığı hiçbir yerde *peoples* kelimesinin kullanımında bir sıkıntı tespit etmemiştir. Sadece Giriş, Madde 1(2) ve 55'de kullanılan *peoples* kelimesi "*self-determination of peoples*" kalıbıyla ilişkili kullanılmıştır. Komite'ye göre bu kalıp bir ortak kullanım olduğu için yerine kullanılabilir uygun başka bir kelime bulunmamaktadır.<sup>85</sup> Hannum bu konuda Şart'ta *peoples* kelimesinin kullanımında devletleri aşan bir şekilde kendi kendini yönetemeyen bölgelerin de kastedildiğini ifade etmektedir.<sup>86</sup>

Bu konuda önemli bir değerlendirme Koordinasyon Komitesi'nin "*friendly relations among nations*" ve "*self-determination of peoples*" ifadelerindeki kelime gruplarının uygun bir kullanım olup olmadığı sorusuna ilişkin yaptığı değerlendirme sonucunda ortaya çıkmaktadır. Komiteye göre,

---

<sup>82</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 18, s. 654.

<sup>83</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 18, s. 657.

<sup>84</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 18, s. 657.

<sup>85</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 18, s. 658.

<sup>86</sup> Hannum, s. 11.

*nations* kelimesinin devletler ve devlet olmayan tüm siyasal unsurları içerecek şekilde kullanılmasını uygun bulurken, *peoples* kelimesi bir devleti veya halkı teşkil etsin etmesin tüm insan gruplarını karşılar bir anlama gelmektedir.<sup>87</sup> Bu anlamda komitenin değerlendirmesinde ilginç şekilde “*self-determination of peoples*” sadece “halkların” dayanabileceği bir ilke olmaktan öte, herhangi bir saik ile bir araya gelmiş tüm insan gruplarının ileri sürebileceği bir dayanak noktası da olabilir.

## II. BM ŞARTI SONRASI SELF-DETERMİNASYON

BM Şartı'nın 1(2), 55 ve 76'ncı maddelerinde self-determinasyon ilkesine yer verilmiş olsa da kavramın muğlak olması nedeniyle hukuki nitelikten yoksun olduğu görüşü alanın ileri gelenleri tarafından öne sürülmüştür.<sup>88</sup> Self-determinasyona yönelik Şart'taki açık belirsizlik, BM'nin ilerleyen yıllarda attığı adamlarla biraz daha netlik kazanmıştır. Bu adımlardan ilki, Genel Kurul'un 1960 yılında kabul ettiği “Sömürge Yönetimi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlığın Verilmesine İlişkin Bildiri” ile gelmiştir.<sup>89</sup> Giriş bölümünde sömürgeciliğin tüm şekillerinin sona ermesi gerektiğini ifade eden 14.12.1960 tarih ve 1514 (XV) sayılı Genel Kurul kararının 2'nci maddesine göre, “[b]ütün halkların self-determinasyon hakları vardır. Bu hak sayesinde halklar, siyasi statülerini özgürce belirleyebilir ve özgürce kendi ekonomik, toplumsal ve kültürel gelişimlerini sağlayabilirler.”<sup>90</sup> Halklara oldukça geniş bir self-determinasyon yetkisi verir gibi görünen bu düzenlemenin kapsamı, hemen 6'ncı maddede “[b]ir ülkenin ulusal birliğini ve toprak bütünlüğünü kısmen ya da tamamen bozmaya yönelik her türlü girişimin, [BM] Şartı'nın

<sup>87</sup> Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 18, s. 658. <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

<sup>88</sup> Hans Kelsen, The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems, 7. Baskı, The Lawbook Exchange, 2000, s. 50-53.

<sup>89</sup> Bildiri, Sovyetler Birliği'nin kısa süre önce yaptığı öneriden esinlenen, neredeyse tamamı Üçüncü Dünya ülkesi olan 43 Afrika ve Asya ülkesinin önerisi üzerine Genel Kurul'da yapılan oylama sonucunda 89 kabul ve 9 çekimser oy ile kabul edilmiştir. Bildiriye yönelik ret oyu kullanılmamıştır. Çekimser kalan üyeler şunlardır: Portekiz, İspanya, Güney Afrika, Birleşik Krallık, ABD, Avustralya, Belçika, Dominik Cumhuriyeti, Fransa. Bkz. General Assembly, 15th session: 947th plenary meeting, Wednesday, 14 December 1960, New York <<https://digitallibrary.un.org/record/747044?ln=en>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2020. 1960 yılı itibarıyla BM'nin 99 üyesi olduğu ayrıca not edilmelidir. Bkz. <<https://www.un.org/en/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html#1960s>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2020.

<sup>90</sup> GA Res. 1514, UN GAOR, 15th Sess., Supp. No. 16, at 66, UN Doc. A/4684 (1960).

amaç ve ilkeleriyle bağdaşmayacağı”<sup>91</sup> belirtilerek sınırlanmıştır. Bir diğer ifade ile BM Şartı’nın temel ilkelerinden olan toprak bütünlüğüne saygı, self-determinasyon hakkında ağır basmıştır. Dolayısıyla 1514 sayılı kararın bir ülkenin toprak bütünlüğünün bozulması anlamına gelebilecek her türlü ayrılıkçı harekete izin vermediği savunulabilir.<sup>92</sup> Bu duruma karşın, Bildiri’de self-determinasyondan ilke olarak değil de hak olarak ilk kez bahsediliyor oluşu, San Francisco Konferansı’nda ağır basan pozisyonun değişmeye başladığına işaret etmektedir.<sup>93</sup>

3’üncü maddesinde siyasi, ekonomik, sosyal ve/veya eğitim yetersizliğinin bağımsızlığı ertelemek için asla bir bahane olamayacağı belirtilen Bildiri’nin 4’üncü maddesi, bağımlı halklara karşı yöneltilen her türlü silahlı eylem veya her türlü baskıcı tedbirin durdurulması gerektiğini kayıt altına almaktadır. Bildiri’nin 5’inci maddesinde ise tam bağımsızlığının mümkün kılınması için dil, din ve ırk farkı olmaksızın halkların özgürce ifade edilmiş istek ve arzularına uygun olarak herhangi bir şart ve çekince olmaksızın vesayet altındaki ve muhtar olmayan ülkelerdeki bütün yetkilerin bu ülke halklarına acilen devredilmesi gerekliliği üzerinde durulmuştur.

1514 sayılı karar, self-determinasyon hakkını açık şekilde tanıyorsa da bu hakkın kullanımını sadece sömürge altındaki halklara tanımakta, ancak bunlardan bağımsızlıklarını kazanmış olanlar içindeki farklı alt grupları böyle bir haktan mahrum bırakmaktadır.<sup>94</sup> Bir diğer ifade ile bir ülke için self-determinasyon hakkı tek kullanımlık bir hak hüviyetinde olmakta, daha geniş popülasyon tarafından bir kez kullanılmakla tükenmekte ve azınlıkların dış self-determinasyon (içinde bulunduğu devletten ayrılma) hakkı bulunmamaktadır.<sup>95</sup> Bu dar yorum üye devletlerin karara yönelik almış oldukları pozisyonun da anlaşılabilir durumdadır. Tartışmalar sırasında söz hakkı alan yetmiş iki üye devlet delegasyonundan sadece yedisi “peoples” ifadesine daha kapsamlı bir

---

<sup>91</sup> GA Res. 1514, UN GAOR.

<sup>92</sup> Michael M Gunter, “Self—Determination or Territorial Integrity: The United Nations in Confusion”, 1979, 141(3), World Affairs, s. 205-206.

<sup>93</sup> Emmanuel Spiry, “From Self-Determination to a Right to Self-Development for Indigenous Groups”, 1995, 38(129), German Yearbook of International Law, s. 133.

<sup>94</sup> Gerry J Simpson, “The Diffusion of Sovereignty: Self-Determination in the Post-Colonial Age”, 1996, 32(2), Stanford Journal of International Law, s. 270.

<sup>95</sup> Malanczuk, s. 335 (“Bu bağlamda bağımsızlık sağlandıktan sonra, self-determinasyonun hakkının tüketildiği kabul edilmelidir”).

şekilde atıfta bulunmuştur.<sup>96</sup> 1514 sayılı karardan bir yıl sonra, 27.11.1961'de 1654 sayılı kararı ("Sömürge Yönetimi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlığın Verilmesine İlişkin Bildirinin Uygulanmasına İlişkin Durum") alan Genel Kurul, 1960 Bildirisi'ndeki esasları aynen teyit etmiştir.<sup>97</sup>

BM tarafından hazırlanılarak 1966 yılında imzaya açılan İkiz Sözleşmeler'in ("Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi" ile "Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi") -hemen aşağıda değinildiği gibi-self-determinasyonu sadece sömürge halkları bağlamında kullanılan bir hak olmaktan çıkarak tüm halklar için başvurulabilen bir nitelik kazanmasında önemli bir katkıda bulunduğu iddia edilmektedir. Hem Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi<sup>98</sup> hem de Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin<sup>99</sup> 1'inci maddeleri aynı ve aşağıdaki şekildedir:

1. Bütün halklar self-determinasyon hakkına sahiptir. Bu hak vasıtasıyla halklar kendi siyasal statülerini serbestçe tayin edebilir ve ekonomik, sosyal ve siyasi gelişmelerini serbestçe sürdürebilirler.

2. Bütün halklar uluslararası hukuka ve karşılıklı menfaat ilkesine dayanan uluslararası ekonomik iş birliği yükümlülüklerine zarar vermemek koşuluyla, doğal kaynakları ve zenginlikleri üzerinde kendi yararına serbestçe tasarrufta bulunabilir. Bir halk sahip olduğu maddi kaynaklardan hiçbir koşulda yoksun bırakılamaz.

3. Kendini yönetemeyen ve vesayet altındaki ülkelerden sorumlu olan

<sup>96</sup> 15 G.A.O.R. 1073, 1104, 1136, 1138, 1200, 1249,1283.

<sup>97</sup> GA Res. 1654, UN GAOR, 16th Session (1960). <[https://undocs.org/en/A/RES/1654\(XVI\)](https://undocs.org/en/A/RES/1654(XVI))> Erişim Tarihi 16 Kasım 2020. Bildiri, 38 Afrika ve Asya ülkesinin önerisi üzerine Genel Kurul'da yapılan oylama sonucunda 97 kabul ve 4 çekimser oy ile kabul edilmiştir. Bildiriye yönelik ret oyu kullanılmamıştır. Portekiz oy kullanmamıştır. Çekimser kalan üyeler şunlardır: İspanya, Güney Afrika Birliği, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Fransa. Bkz. United, Nations General Assembly Official Records, 17th Session, 1066th Plenary Meeting, 27 November 1961 <<https://digitallibrary.un.org/record/744214?ln=en>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2020 Karar alındığı an itibariyle BM'nin 102 üyesi olduğu ayrıca not edilmelidir. Bkz. <<https://www.un.org/en/sections/member-states/growth-unt-nations-membership-1945-present/index.html#1960s>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2020. "Doğal zenginlik ve kaynaklar üzerinde kalıcı egemenlik hakkını self determinasyonun temel bileşeni olarak" ele alan 1962 tarihli "Doğal Kaynaklar Üzerinde Kalıcı Egemenlik" başlıklı 1803 sayılı karar da ayrıca not edilmelidir.

<sup>98</sup> 16 Aralık 1966 yılında 2200 (XXI) sayılı kararla kabul edilmiş ve 3 Ocak 1976 yılında yürürlüğe girmiştir.

<sup>99</sup> 16 Aralık 1966 yılında 2200 (XXI) sayılı kararla kabul edilmiş ve 23 Mart 1976 yılında yürürlüğe girmiştir.



devletler de dahil bu sözleşmeye taraf bütün devletler, kendi kaderini tayin hakkının gerçekleştirilmesi için çaba gösterir ve [BM] şartının hükümlerine uygun olarak bu hakka saygı gösterir.

İkiz Sözleşmeler'in katkısı konusunda değinilmesi gereken ilk husus, self-determinasyonun artık salt ilkesel bir kavram olarak değil de bir insan hakkı konsepti haline gelmiş olduğudur.<sup>100</sup> Sözleşmeler 1976 yılında yürürlüğe girerek,<sup>101</sup> taraf devletler bakımından bağlayıcılık kazanmış ve böylece self determinasyonun bağlayıcı hukuki altyapısı oluşmuştur. İkiz Sözleşmeler'in 1'inci maddelerin 1'inci fıkrasında geçen ve self-determinasyon hakkını kullanacak özne, yani "peoples" sözleşmenin herhangi bir yerinde tanımlanmış değildir. Dahası bu kavram hiçbir uluslararası hukuk enstrümanında da açık şekilde tanımlanmamaktadır. Bazı yazarlar bu kavramdan anlaşılması gerekenin bir ülkedeki halkın tümü olduğunu ifade ederken, diğer bazıları ise azınlıkların da belli koşullar altında "people" sayılması gerektiği düşüncesindedir.<sup>102</sup> Akbulut'a göre ise Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*), "tüm halklar (*all peoples*)" ifadesinin bilinçli olarak tercih edildiğini göstermektedir, zira bu ifade sadece BM belgelerinde sıkça kullanılan, sömürü, yabancı boyunduruğu veya hakimiyeti altındaki halkları değil, bağımsız bir devlette yaşayan ve azınlık olarak nitelenebilecek halkları da kapsamaktadır.<sup>103</sup> Ancak Akbulut'un bu değerlendirmesine katılmamız mümkün değildir, zira hazırlık çalışmaları bu tespitin tam tersini ortaya koymaktadır.

Her şeyden önce hazırlık toplantılarında self-determinasyon hakkının sömürge halklarıyla sınırlı kalmayıp tüm halklar tarafından kullanılabileceği konusunda devletler arasında genel bir uzlaşma olsa da "peoples" için bir tanım yapılmasında büyük bir sorunla karşılaşmıştır. "Peoples" için örneğin "büyük kompakt ulusal gruplar", "etnik, dini veya dilsel azınlıklar" ve "belirli ve tanımlanmış bir toprak parçası üzerinde yaşayan ırksal birimler"

---

<sup>100</sup> Robert Mccorquodale, "Self-Determination: A Human Rights Approach", 1994, 43(4), The International and Comparative Law Quarterly, s. 857-885; Rauna Kuokkanenbio, "Self-Determination and Indigenous Women's Rights at the Intersection of International Human Rights", 2012, 34(1), Human Rights Quarterly, s. 228.

<sup>101</sup> <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2020.

<sup>102</sup> Summers.

<sup>103</sup> Olgun Akbulut, Barış İçinde Yaşamın Hukuki Zemini, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 263.

gibi tanım önerileri yapılmıştır.<sup>104</sup> Fakat nihayetinde “peoples” teriminin “en genel anlamıyla anlaşılması gerektiği ve hiçbir tanıma gerek olmadığına” karar verilmiştir.<sup>105</sup> Ancak, önerileri sunanlar da dahil olmak üzere hatırı sayılır sayıda devlet, self-determinasyon hakkı ile ayrılma hakkının ilişkili olmadığını kaydetmişlerdir. Örneğin Afganistan, Belçika, Ekvador, Fransa, Hindistan, Sovyetler Birliği, Suriye, Suudi Arabistan, Venezuela, Yeni Zelanda, Yugoslavya ve Yunanistan taslak maddenin ayrılma hakkı bağlamında değerlendirilemeyeceğini açıklamışlardır.<sup>106</sup> Benzer şekilde Hindistan, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’ni onaylarken, 1’inci maddenin “bağımsız egemen devletlere veya bir halkın veya ulusun bir kısmına uygulanmayacağına” dair bir deklarasyon yayınlamıştır.<sup>107</sup>

Buradan kesin olarak çıkarılabilecek bir sonuç 1’inci maddenin devlet ve sömürge halkları olarak örgütlenmiş topluluklar için kullanılabilir olduğudur. Bu bağlamda İkiz Sözleşmeler’in self-determinasyon hakkının hukuki kapsam veya anlamında 1514 sayılı karardan sonra herhangi bir gelişmeyi temsil etmediğini söylemek mümkün olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki eğer self-determinasyon hakkı yalnızca devletler ve sömürge halkları olarak örgütlenmiş topluluklar tarafından ileri sürülebiliyorsa, sözleşmelerde hukuki anlamda bir ayrılma hakkının var olup olmadığına ilişkin sorular da büyük ölçüde önemini yitirmektedir.

Maddelerin 2’nci fıkrasıyla self-determinasyonun siyasi boyutu yanına bir de ekonomik boyut eklenirken,<sup>108</sup> 3’üncü fıkra ile vesayet altındaki ülkelere BM Şartı hükümlerine uygun şekilde bağımsız olma hakkı verilmektedir. Her ne kadar Kılınç bu fıkrayı vesayet altındaki halkların self-determinasyon hakkının kullanılmasını BM yasası hükümlerine *bağımlı* kıldığı şeklinde yorumlasa da<sup>109</sup> kanımızca bu yorum isabetli olmamıştır. Zira 3’üncü fıkra

<sup>104</sup> Draft International Covenants on Human Rights, UN General Assembly, 10th Session, 1 July 1955, A/2929., Chapter IV, para. 10. <<https://undocs.org/en/A/2929>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2020.

<sup>105</sup> Draft International Covenants on Human Rights, Chapter IV, para. 10.

<sup>106</sup> Marc Bossuyt, Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, s. 27.

<sup>107</sup> CCPR/C/76/Add.6, para. 31.

<sup>108</sup> Ayrıca bkz. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi Madde 25: “Bu Sözleşme’nin hiçbir hükmü, tüm halkların, doğal zenginlik ve kaynaklarından tam olarak özgürce yararlanma ve bunları kullanma konusunda kendiliğinden sahip buldukları hakları haleldar edecek şekilde yorumlanamaz.”

<sup>109</sup> Doğan Kılınç, “Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi”,

hükünden açık şekilde anlaşıldığı üzere, burada bir yükümlülük yüklenen taraf “kendini yönetemeyen ve vesayet altındaki ülkelerden sorumlu olan devletler de dahil bu sözleşmeye taraf bütün devletler” olarak belirtilmiş ve herhangi bir hakkın kullanımı BM Şartı’na *bağımlı* kılınmamıştır. Fıkarda BM Şartı’na yapılan atıf, taraf devletlerin self-determinasyon hakkına saygı göstermesi gerektiği yolundaki yükümlülüktür. Şüphesiz burada göndermede bulunulan BM Şartı maddeleri, doğrudan self-determinasyonu ele alan 1(2) ve 55’inci maddeler ile 76’ncı maddedir. Bu son maddede “[vesayet rejimi altında bulunan bölge] halklarının kendi kendilerini yönetmelerini ya da bağımsızlığa doğru giderek gelişmelerini kolaylaştırmak” vesayet rejiminin amaçlarından birisi olarak ifade edilmektedir.

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile ilgili üzerinde durulması gereken bir konu da bu sözleşmenin iç self-determinasyona ilişkin yaptığı katkidir. Sözleşme’nin “Siyasal Haklar” başlıklı 26’ncı maddesinde, “[s] eçmenlerin iradelerini serbestçe ifade etmelerini güvence altına alan, gizli olarak oy verildiği, genel ve eşit oya dayanan ve belirli aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde oy kullanma ve seçilme” hakkından bahsedilmektedir. Bu açıdan Sözleşme, self-determinasyon kavramının geniş bir yorumunu yaparak, bağımsız devlet kurma hakkının yanına, tüm halkın temsil edildiği politik bir sisteme sahip olma hakkını da ekleyerek, kavramın içsel demokratik yönünü ortaya çıkarmıştır.

BM Genel Kurulu 1970 yılında önemli bir karara daha imza atmıştır. “BM Antlaşmasına Uygun Olarak Devletler Arasında İşbirliğine ve Dostça İlişkilere İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi”<sup>110</sup> başlıklı 24.10.1970 tarih ve 2625 (XXV) sayılı kararın *Eşit Haklar ve Halkların Self-Determinasyonu İlkesi* başlıklı alt bölümünde, “*tüm halkların dışarıdan herhangi bir müdahaleye maruz kalmaksızın, kendi siyasal statüsünü belirleme ve ekonomik, toplumsal ve kültürel gelişimini sürdürme hakkı*” olduğu belirlendikten sonra, tüm

---

2008, 12(1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 970.

<sup>110</sup> Genel Kurul 16 Aralık 1963 tarih ve 1966 (XVIII) kararıyla Devletler Arasında İşbirliğine ve Dostça İlişkilere İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri üzerinde çalışması için bir Özel Komite kurulmasına karar vermiştir. Genel Kurul Başkanı tarafından üye devlet temsilcilerinden atanacak komitenin hazırladığı bildiri taslağı, 28 Eylül 1970’de Altıncı Komite tarafından itirazsız olarak kabul edilmiştir (A / 8082). Altıncı Komitenin tavsiyesi üzerine, Genel Kurul, 24 Ekim 1970 tarihli 2625 (XXV) sayılı kararı *oylama yapılmaksızın* kabul etmiş ve bildiriye onaylamıştır. SOHN, s. 442. Bu minvaldeki bildirimlere daha önce çekimser kalan Birleşik Krallık, Fransa, Güney Afrika ve ABD bu kez bildirinin sponsor ülkeleri arasında olmuştur. Altıncı Komite raporu için bkz. <<https://digitallibrary.un.org/record/851765?ln=en>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2020.

devletlere bu hakka saygı duyma görevi yüklenmektedir.<sup>111</sup>

2625 sayılı karara ilişkin olarak belirtilmesi gereken ilk husus self-determinasyonun “evrensel” uygulaması olan bir hak olarak anlaşıldığıdır. Bildirinin hazırlık aşaması da bu iddiayı doğrular niteliktedir. Örneğin Taslak Hazırlama Komitesi’nin raporuna göre, “halkların self-determinasyonu, ilkenin evrenselliğini vurgulayan genel bir açıklama”<sup>112</sup> içermeliydi. Fransız delegasyonu ise bu hakkın tartışılmaya bile gerek olmayan evrensel karakterini ve self-determinasyonun halkların kalıcı bir hakkı olduğu gerçeğini vurgulamaktaydı.<sup>113</sup> İtalyan delegesi ilkenin evrensel bir uygulama alanı bulmasından dolayı duyduğu memnuniyeti dile getirmiş,<sup>114</sup> bunu Avustralyalı delegenin aynı yöndeki beyanı izlemiştir.<sup>115</sup> ABD’nin değerlendirmesine göre ise self-determinasyon, tüm halklar için geçerli evrensel bir haktır.<sup>116</sup> Aynı şekilde Portekiz<sup>117</sup> ve İspanya<sup>118</sup> da self-determinasyonun evrensellik yönünü vurgularken, yalnız Hindistan hakkın bağımsız devletlerde uygulanma olasılığını kabul etmemiştir.<sup>119</sup>

Genel Kurul 2625 sayılı kararın en önemli yönü, self-determinasyon kavramının artık sadece sömürgecilik karşıtı bir bağlamdan daha geniş yorumlanmış olmasıdır. Hatta kararda ifade edilen, “[e]gemen ve bağımsız bir devletin kurulması, serbest bir şekilde bağımsız bir devletle birleşme veya bütünleşme, veya *bir halkın serbestçe tayin ettiği diğer herhangi bir siyasi statüye kavuşması*, o halkın self-determinasyon hakkının uygulanmasını teşkil

<sup>111</sup> 25 U.N. GAOR Supp. (No. 28) at 121, U.N. Doc. A/8028 (1970)

<sup>112</sup> 25 G.A.O.R. Supp. No.18, s. 41. <[https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018\(SUPP\)](https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018(SUPP))> Erişim Tarihi 17 Kasım 2020.

<sup>113</sup> 25 G.A.O.R. Supp. No.18, s. 41, s. 91.

<sup>114</sup> 25 G.A.O.R. Supp. No.18, s. 41, s. 88-89.

<sup>115</sup> 25 G.A.O.R. Supp. No.18, s. 41, s. 104.

<sup>116</sup> 25 G.A.O.R. Supp. No.18, s. 41, s. 122.

<sup>117</sup> 25 G.A.O.R. A/C.6/ SR.1182 and Corr. 1, para. 4 <<https://digitallibrary.un.org/record/816666?ln=en>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2020.

<sup>118</sup> 25 G.A.O.R. A/C.6/ SR.1182 and Corr. 1, para. 28.

<sup>119</sup> 25 G.A.O.R. Supp. No.18, s. 110. <[https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018\(SUPP\)](https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018(SUPP))> Erişim Tarihi 17 Kasım 2020. (“Hindistan Hükümeti, self-determinasyon hakkının egemen ve bağımsız devletlere veya bu devletlerin topraklarının ayrılmaz kısımlarına veya bir halkın veya ulusun bir kısmına yönelik uygulanmadığı görüşünü tutarlı bir şekilde benimsemektedir”)

eder” denilerek uygulamaya yönelik bazı seçenekler belirlenmiştir.<sup>120</sup>

2625 sayılı kararın devam eden bölümleri konu açısından daha ilginç bir seyir izlemektedir. Kararın *Eşit Haklar ve Halkların Self-Determinasyonu İlkesi* başlıklı alt bölümünün 7’nci paragrafında “[y]ukarıdaki paragraflarda yer alan hiçbir hüküm, yukarıda tarif edilen eşit haklara ve self-determinasyon ilkesine uygun şekilde hareket eden ve böylece *ülkeye ait bütün halkı, ırk, inanç veya renk ayrımı yapmadan temsil eden bir hükümete sahip olan egemen ve bağımsız devletleri parçalayacak veya ülkesel bütünlüğüne veya siyasi birliğine tamamen veya kısmen zarar verecek olan herhangi bir harekete izin verecek veya teşkil edecek şekilde*” yorumlanmayacağı belirtilmiştir. Bu açıdan bir taraftan self-determinasyon hakkına bir sınırlama getirilirken, diğer taraftan da hakkın ileri sürülebileceği devlet tipine yönelik (*a contrario* olarak) bir kategorileştirmeye gidilmiştir. Bu anlamda self-determinasyon hakkı, halk arasında *ırk, inanç veya renk ayrımı yapan bir devlet* söz konusu olduğunda, o devletin bölünmesi için kullanılabilir bir özellik kazanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, iç self-determinasyon konusunda başarılı olabilen bir devlet -ki bu şartı sağlayan bir devlet liberal demokrasi kriterlerini öyle veya böyle sağlayan bir devlet olacaktır-, en azından 2625 sayılı kararın dili ve genel sistematığından anlaşıldığı kadarıyla dış self-determinasyon ile yüzleşmek zorunda kalmayacaktır.

2625 sayılı kararda “peoples” kavramı için bir tanım yapılmamış olsa da kararın *Eşit Haklar ve Halkların Self-Determinasyonu İlkesi* başlıklı alt bölümünün 7’nci paragrafı bu konuda bir yorumda bulunma imkânı vermektedir. Bir devletin toprak bütünlüğüne saygı öncelikli olsa da self-determinasyon hakkı bağlamında toprak bütünlüğüne saygı duyulması, o devletin bütün halkı temsil eden bir hükümete sahip olmasına bağlıdır.<sup>121</sup> Diğer bir ifade ile devletin bu şartı yerine getirmemesi halinde ayrılma hakkı gündeme gelebilecektir. Ayrılma hakkının tanımı gereğince bu hak, bir devletin nüfusunun yalnızca bir kesimi tarafından kullanılır.<sup>122</sup> Sonuç olarak 7’nci paragraf, bir devletin genel nüfusuyla kendini bir görmeyen bir grubun “people” olarak değerlendirilebilmesi ve self-determinasyon hakkını

---

<sup>120</sup> 25 U.N. GAOR Supp. (No. 28) at 121, U.N. Doc. A/8028 (1970)

<sup>121</sup> “The Logic of Secession”, 1980, 89(4), Yale Law Journal, s. 807.

<sup>122</sup> Donald L Horowitz, “The Cracked Foundations Of the Right To Secede”, 2003, 14(2), Journal of Democracy, s. 5-17.

kullanabilmesi olasılığını ortaya koymaktadır.<sup>123</sup>

2625 sayılı kararın bir diğer önemli özelliği de kararın sadece sömürgeciliğe karşı mücadeleyi yasal bir zemine kavuşturmakla kalmaması, self-determinasyon hakkını kullanmak için girişilen mücadelede diğer ülkelerden alınacak yardımı da hukuki bir zemine bağlamasıdır. Kararda “[h]er devletin, Şart’ın hükümlerine uygun olarak, *ortak ve ayrı eylem yoluyla*, eşit haklar ve halkların self-determinasyonu ilkesinin gerçekleştirilmesini *teşvik etme* görevi vardır”<sup>124</sup> denilerek diğer ülkelere de böyle bir müdahalede bulunma konusunda yetki verdiği izlenimi oluşmaktadır. Yalnız bunu takip eden “[h]er devlet, diğer herhangi bir devletin veya ülkenin ulusal birliğinin ve toprak bütünlüğünün kısmen veya tamamen bozulmasını amaçlayan herhangi bir eylemden kaçınmalıdır” cümlesi, bu izlenimin çok da gerçekçi olmadığını kanıtlamakta ve ilk cümlede ifade edilen durumu muğlak bir hale sokmaktadır.<sup>125</sup>

2625 sayılı karar, 1960 tarihli 1514 sayılı kararda geçen “bir ülkenin ulusal birliğini ve toprak bütünlüğünü kısmen ya da tamamen bozmaya yönelik her türlü girişimin, BM Şartı’nın amaç ve ilkeleriyle bağdaşmayacağı” ifadesinden büyük bir sapma göstermektedir. Arsava bu sapmanın nedenini Avrupalı devletlerin değişen politikalarına bağlamaktadır. Buna göre Avrupalı devletlerin (ve özellikle Belçika’nın) self-determinasyonu sınırsız bir şekilde formüle ederek bütün halklar için geçerli olmasını isteme nedeni halkların bağımsızlığına duyulan saygı değildi. Bu durumun nedeni “daha çok cumhuriyetleri sömürge olarak görülen ve dolayısıyla [self-determinasyonun] süjesi olarak bağımsızlık hakkına sahip olduğu düşünülen Sovyetler Birliği’ne ve heterojen nüfuslu yeni üçüncü dünya devletlerine karşı bir tehdit potansiyeli yaratma iradesiydi.”<sup>126</sup>

<sup>123</sup> Berdel Aral, “Kollektif Bir İnsan Hakkı Olarak Halkların Kendi Kaderlerini Tayin Hakkı”, 1999-2000, 21-22, İnsan Hakları Yıllığı, s. 111.

<sup>124</sup> 25 U.N. GAOR Supp. (No. 28) at 121, U.N. Doc. A/8028 (1970)

<sup>125</sup> Kılınç’a göre Genel Kurul, 30 Kasım 1966 tarih ve 2160 (XXI) sayılı kararla “self-determinasyon hakkının kullanılabilmesi için doğrudan veya dolaylı olarak kuvvet kullanılmaması” gerektiği yönünde bir irade ortaya koymuştur. Ancak yazarın bu tespiti doğru değildir. Birincisi, 2160 sayılı kararda bu yönde hiçbir ifade bulunmamaktadır. İkincisi, Kılınç’ın bu tespiti ilişkin kaynak olarak gösterdiği Thornberry’in “Is There a Phoenix in the Ashes--International Law and Minority Rights” başlıklı çalışmasının ilgili sayfasında da bu yönde bir tespit bulunmamıştır. Kılınç, s. 966.

<sup>126</sup> Arsava, s. 397-398.

2625 sayılı karar hukuki olarak bağlayıcı olmasa da genel görüş Bildiri’de belirlenen ilkelerin uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğu yönündeydi. Şili Bildiri’de belirlenen ilkeleri “uluslararası hukukun yedi temel ilkesi” olarak değerlendirirken,<sup>127</sup> Kenya daha keskin bir pozisyon alarak Bildiri’de yer alan ilkelerin tavsiye niteliğinde olmadığını, “ancak tüm devletler için bağlayıcı olan uluslararası hukukun genel ilkelerinin bir parçasını” oluşturduğunu savunmuştur.<sup>128</sup> Yugoslavya ise ilkelerin BM Şartı’ndan türetilmiş ve evrensel uluslararası hukukun ayrılmaz bir parçası olduğunu ifade ederken, “her devlet için geçerli ve bağlayıcıyı” olduğunu ileri sürmüştür.<sup>129</sup> Lübnan,<sup>130</sup> Irak<sup>131</sup> ve Yunanistan<sup>132</sup> da aşağı yukarı aynı ifadeleri kullanmıştır. Son olarak Türkiye de Bildiri’de hayat bulan yedi ilkenin “[BM]’nin ve çağdaş uluslararası hukuk ve uluslararası düzenin temelini oluşturduğunu” belirterek bu devletler kervanına katılmıştır.<sup>133</sup>

2625 sayılı kararda ifadesini bulan “iç self-determinasyonun dış self-determinasyonu engelleyeceği” şeklindeki yorum, 1993’de Viyana’da yapılan Dünya İnsan Hakları Konferansı’nda ortaya çıkan Viyana Bildirisi’nde de teyit edilmiştir.<sup>134</sup> Self-determinasyonu bir insan hakkı olarak tanımlayan Viyana Bildirisi dış self-determinasyonun “herhangi bir ayırım gözetmeksizin o topraktaki tüm insanları temsil eden bir hükümete” karşı ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir. *A contrario* bir değerlendirmeye, böyle bir temsil kabiliyetinden yoksun bir hükümete karşı dış self-determinasyona başvurulabileceği yorumunu yapmak mümkündür.

<sup>127</sup> 25 G.A.O.R. Supp. No.18, s. 73. <<https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018> (SUPP)> Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.

<sup>128</sup> 25 G.A.O.R. A/C.6/ SR.1182 and Corr. 1, para. 60 <<https://digitallibrary.un.org/record/816666?ln=en>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.

<sup>129</sup> A/C.6/SR.1178, para. 20 <<https://digitallibrary.un.org/record/816681?ln=en>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.

<sup>130</sup> A/C.6/SR.1178, para 42.

<sup>131</sup> A/C.6/SR.1180, para. 6 <<https://digitallibrary.un.org/record/816635?ln=en>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.

<sup>132</sup> A/C.6/SR.1181, para 31 <<https://digitallibrary.un.org/record/816659?ln=en>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.

<sup>133</sup> 25 G.A.O.R. A/C.6/ SR.1182 and Corr. 1, para. 40 <<https://digitallibrary.un.org/record/816666?ln=en>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.

<sup>134</sup> Bildiri metni: <[https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_CONF.157\\_24.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.157_24.pdf)> Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.

### III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Wilson ilkelerinden Lenin'e, Atlantik Bildirisi'nden San Francisco Konferansı'na ve nihai olarak BM Şartı'na kadar self-determinasyon, birçok farklı anlamda ve kapsamda tartışılmıştır. İkinci Dünya Savaşı öncesinde bir fikir ve ilke olarak gündeme gelen self-determinasyon, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise kademeli olarak yasal bir hak statüsüne kavuşmuştur. Bununla birlikte bu hakkın çerçevesi, dekolonizasyon düşüncesiyle çizilmiştir. Self-determinasyon, sömürgeleştirilmiş halkların siyasi kaderlerini özgürce belirleme hakkına sahip oldukları anlamına gelmiştir. Bu bağlamda, dekolonizasyon paradigmasının dışında herhangi bir genel self-determinasyon hakkının varlığı ise tartışmalı olmuştur.

Self-determinasyon ilkesi/hakkı, yukarıda ifade edilen Lenin ve Wilson'ın çabalarına karşın, BM Şartı'na kadar kapsamlı bir uluslararası hukuk mekanizmasının düzenleme alanı içerisinde yer almamıştır. BM Şartı'nın ön hazırlık aşamasını teşkil eden Dumbarton Oaks Önerileri'nde de yer verilmeyen self-determinasyonun, BM Şartı'nda ele alınmış biçimi de belirsizliklerle doludur. Şart'ın üç maddesinde "ilke" olarak yer verilen bu kavramın ne zaman, nerede, kimler tarafından ve nasıl kullanılacağı konusu uluslararası ilişkiler ve hukukun en tartışmalı konularından biri olagelmıştır. BM Şartı metninin ortaya çıktığı San Francisco Konferansı toplantı ve komisyon tutanaklarının incelenmesi ise, self-determinasyona Şart'ta hangi amaçlarla yer verildiğine dair akıllarda daha fazla soru işareti kalmasına yol açmaktadır.

San Francisco Konferansı'nda self-determinasyon konusunda üç temel tartışma yaşanmıştır. İlk tartışma self-determinasyonun ayrılıkçılık anlamına gelecek dış self-determinasyon mu yoksa öz-yönetim anlamına gelecek iç self-determinasyon mu olduğuna ilişkindir. Bu konudaki ağırlıklı pozisyon ilkenin ayrılıkçılık değil sadece öz-yönetim hakkı anlamına gelmesi durumunda Şart'ın amaçlarıyla uyacağı yönünde olmuştur. Ancak Komite II/4'ün 6'ncı oturumunda yapılan değerlendirmeye göre, her ne kadar BM Şartı vesayet altındaki tüm bölgelerin zorunlu olarak bağımsızlık statüsünü kazanacağını ifade etmese de bağımsızlıkla sonuçlanıp sonuçlanmamasına bakılmaksızın bu bölge halklarına dış self-determinasyon "hakları" tanınmalıydı. Komite'nin bu değerlendirmesi, vesayet altındaki ülkeler özelinde bu durumun dış self-determinasyon konusunda daha geniş bir yorum yapma imkanını doğurmaktadır. Yaşanan ikinci tartışma ise self-determinasyonun bir hak mı yoksa siyasal bir ilkeden ibaret bir kavram mı olduğuna ilişkindir. Bu konudaki belirsizlik tüm Konferans boyunca devam etmiş, bazı toplantı tutanaklarında



bu kavrama ilke olarak bazılarında ise hak olarak yer verilmiştir. Nihayetinde self-determinasyonun bir hak olmaktan ziyade eksik bir ilke olduğu yönünde bir ağırlık oluşmuş ve bu yaklaşım Şart'a self-determinasyon ilkesi olarak yansımıştır. Son tartışma ise self-determinasyon ilkesinden faydalanacak olan özneye ilişkin olmuştur. *Nations ve peoples* tanımları üzerinden kavramsal bir tartışmanın da yaşandığı toplantılar sonucunda “self-determination of peoples” kalıbının arzu edilen sonucu verdiğini ve bundan daha uygun bir kullanım olmadığı üzerinde mutabık kalınmıştır. Ancak esas mesele *peoples*'ın tanımı üzerinde yaşanmış, kimlerin *people* sıfatına haiz olduğu ise muallakta kalmıştır. Bu tartışma, aslında self-determinasyonun kullanımını kısıtlamaya yönelik bir çaba olarak yorumlanabilir. Çünkü *peoples ve nations* tanımları arasındaki kapsam farkı ilkeyi sınırlı bir kullanım alanına tabi tutmaktadır. Koordinasyon Komitesi'nin değerlendirmesinde “self-determination of peoples” ilginç şekilde sadece “halkların” dayanabileceği bir ilke olmaktan öte, herhangi bir saik ile bir araya gelmiş tüm insan gruplarının ileri sürebileceği bir dayanak noktası olarak ele alınmıştır. Ancak önceki toplantılarda yaşanan tartışmalar nedeniyle, tarafımızca bu konuda bir kanaate varmak mümkün değildir.

San Francisco Konferansı'ndaki tartışmalar nedeniyle muğlak bir şekilde bırakılan self-determinasyon ilkesi, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra BM Şartı'nın kabul edilmesiyle büyük bir antlaşmada ilk kez yer almıştır. Madde 1(2)'de, BM'nin amaçlarından birinin “uluslararası, halkların hak eşitliği ve kendi geleceklerini kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkiler geliştirmek” olduğu belirtilmiştir. BM Şartı'nda self-determinasyon ilkesine yer verilmiş olsa da kavramın herhangi bir tanımına ulaşmak mümkün değildir. Buna karşın Şart, üye devletlere doğrudan yasal yükümlülükler yüklemekten ziyade, azınlık grupların kendi kendini yönetmesine olabildiğince izin verilmesi gerektiğini öngörmüştür.<sup>135</sup> Şart'ın makul bir okumasından, self-determinasyonun azınlık gruplara egemen devletlerden ayrılma veya sömürgeleştirilmiş halklara bağımsızlık elde etme hakkı verdiği şeklinde bir yorumda bulunmak zor görünmektedir. Zira bu okuma Şart'ın en kutsal ilkesi olarak kabul edilen toprak bütünlüğü ilkesinden büyük bir sapma anlamına gelecektir. Buna karşın self-determinasyonun çok taraflı bir antlaşmada ilk kez ortaya konmuş olması açısından, “BM Şartı'nın kabulü önemli bir dönüm noktasıdır; zira siyasal bir varsayım olan self-determinasyonun yasal bir davranış standardı olarak olgunlaştığını göstermektedir.”<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> Cassese, s. 43.

<sup>136</sup> Cassese, s. 43.

1514 sayılı karar bir Genel Kurul kararı olduğu için BM Şartı uyarınca kural olarak bağlayıcı etkisinin olmadığı varsayılmaktadır.<sup>137</sup> Genel Kurul kararlarının uluslararası hukukun gelişimine katkıda bulunabileceği ise üzerinde uzlaşılan bir konudur.<sup>138</sup> Ancak bu katkı, karar metninde geçen ifadeler, kararın kabulü sırasında üye devletlerce yapılan açıklamalar ve devlet uygulamaları gibi çeşitli değişkenlere bağlıdır. Aleyhine hiçbir oyun kullanılmadığı 1514 sayılı karar 89 kabul ve 9 çekimsiz oy ile kabul edilmiştir.<sup>139</sup> Ancak tüm sömürge güçlerinin karara çekimsiz kalmaları ve kararın önemli hükümleri konusundaki muhalefetleri, kararın genel bir uluslararası hukuk kuralı yarattığı yönündeki iddiaları zayıflatmaktadır. Her ne kadar en azından karara kabul oyu veren devletler açısından kararın bağlayıcı olduğu yolunda bir iddiayı ileri sürmek mümkün olsa da kararın kabulü sırasında yapılan açıklamalar, bu devletlerin de aklında hukuki bağlayıcılık olmadığına işaret etmektedir. Pek çok devlet self-determinasyonun temel bir *hak* olduğunu ileri sürmekle beraber kararın hukuki statüsü hakkında yorum yapmadıkları gibi, öneriyi sunan bazıları da dahil olmak üzere bu konuya değinen devletler, bu hakkın manevi bir güce sahip olduğunu vurgulamışlardır.<sup>140</sup> Bu bağlamda kabul edildiği sırada hukuki olarak bağlayıcı olmadığı ileri sürülse bile, kararın self-determinasyonun bir hak olduğunu kabul etmesi itibarıyla bu alandaki uluslararası hukukun gelişimine önemli bir katkısı olmuştur.

Self-determinasyon, 1966 İkiz Sözleşmeleri uyarınca yeni bir anlam kazanarak, sözleşmelere taraf devletler açısından bir halkın demokratik öz-yönetim hakkına saygı gösterilmesi olarak ifade edilebilecek bir yükümlülük doğurmuştur. Dahası, self-determinasyon hakkı bu sözleşmelerde sömürgeleştirilmiş ve sömürgeleştirilmemiş halklar açısından farklı sonuçlar doğuracak şekilde karşımıza çıkmıştır. İlk olarak, bağımsız ve egemen devletlerde, daha geniş bir halkla beraber, ancak öyle veya böyle ondan ayırt edilebilecek unsurlara (dil, din, ırk vb.) sahip şekilde yaşayan

<sup>137</sup> Genel Kurul'un bazı kararlarının bağlayıcı etkisi olduğu kabul edilse de bunların kural olarak tavsiye niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Marko Divac Öberg, "The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ", 2005, 16(5), s. 879-906; Gidon Gottlieb, "The Legitimacy of General Assembly Resolutions", 1978, 17, Israel Yearbook on Human Rights, s. 120-132; Cem Sar, "Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararının Hukuki Değeri", 1966, 21(4), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, s. 227-274.

<sup>138</sup> Obed Asamoah, "The Legal Effect of Resolutions of the General Assembly", 1964, 3(2), Columbia Journal of Transnational Law, s. 210.

<sup>139</sup> Cassese, s. 71.

<sup>140</sup> 15 G.A.O.R. 1003,1035,1059 ve 1256.

sömürgeleştirilmemiş halklar, devlet içinde bir tür iç yönetim hakkına sahip olmuşlardır (Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Madde 26). Ancak bu halklar, ana devletlerinden bağımsızlık talep etme hakkını elde edememişlerdir. İkinci olarak, bağımlı bölgelerdeki halklara (koloniler ve vesayet altında bulunanlar) uluslararası statülerini özgürce belirleme hakkı tanınmıştır. Böylece, sömürgeleştirilmiş halklar sömürgeci devletin bir parçası olarak kalmak, bağımsız bir devlet kurmak veya başka bir devletle birleşmek seçeneklerinden birini seçerek kendi siyasi kaderlerini belirleme hakkını elde etmişlerdir.<sup>141</sup>

BM Şartı'nın kabulünden 1970 yılına kadar, self-determinasyon bir dizi yapısal değişime uğramış ve hukuki statüsü de biçim değiştirmiştir. Birinci olarak, sömürge yönetimine tabi olan tüm halklar, 1514 sayılı karar ile 1966 İkiz Sözleşmeler hükümlerine göre self-determinasyon hakkına sahip olmuşlardır. Bu bağlamda self-determinasyon hakkı, sömürgeleştirilmiş halklara gelecekteki statülerini özgürce belirleme imkânı verirken bu hak, belirli bir kolonyal bölgede yaşayan halka bir bütün olarak ait olmuştur. Diğer bir deyişle eğer tek bir kolonide çeşitli etnik gruplar bir arada yaşıyorsa self-determinasyon hakkı tek seferde kullanılmalı ve tüm etnik gruplar o koloninin tüm topraklarına karşılık gelen tek bir “self” anlamına gelmeliydi. Sömürge yönetimi altında olmayan halkların ise self-determinasyona dayanarak ana devletlerinden bağımsızlık talep etme hakları yoktu. Bu anlamda, 1970 yılı itibariyle self-determinasyon tüm halklar, ancak “sömürgeleştirilmiş tüm halklar” için mevcut olan bir hak görünümünde olmuştur.

Bu yaklaşım esasında, eski sömürgeci güçlerin bölgesel parametrelerinin, sömürge sonrası kurulan devletin uluslararası sınırları olarak kabul edilmesini öngören *uti possidetis* doktrininde karşılık bulmaktaydı.<sup>142</sup> Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) Burkina Faso ile Mali arasındaki Sınır Anlaşmazlığına İlişkin Dava'da<sup>143</sup> benimsediği yaklaşım bu konuda üzerinde durulmaya değerdir. UAD bu davada *uti possidetis* ilkesi ile self-determinasyon arasındaki ilişkiyi analiz etmiştir. Divan *uti possidetis* “ilkesinin özünün, bağımsızlığın kazanıldığı andaki ülkesel sınırlara saygı”

---

<sup>141</sup> Sterio, s. 11.

<sup>142</sup> Malanczuk, s. 335 (“Afrika'daki dekolonizasyon, Güney ve Orta Amerika'daki eski İspanyol kolonilerinin deneyimlerinden ödünç alınan *uti possidetis* ilkesine dayanıyordu.”)

<sup>143</sup> The Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali), 1986 I.C.J. 554, Dec. 22, 1986.

olduğunu belirledikten sonra,<sup>144</sup> bu ilkenin “halkların self-determinasyon hakkı ile doğrudan çatıştığını” kaydetmiştir.<sup>145</sup> Bununla birlikte UAD’ye göre, “Afrika’daki bölgesel statükonun sürdürülmesi, bağımsızlıkları için mücadele eden halkların başarılarını korumak ve kıtayı birçok fedakarlık sonucu elde edilen kazanımlardan mahrum bırakacak bir karışıklıktan kaçınmak için genellikle en akıllıca yol olarak görülmektedir. Hayatta kalmak, gelişmek ve her alanda bağımsızlıklarını kademeli olarak pekiştirmek için ihtiyaç duyulan istikrarın temel şartı, Afrika devletlerini kolonyal sınırlara saygı göstermeye ve halkların self-determinasyonu ilkesinin yorumlanmasında bunu hesaba katmaya teşvik etmektedir.”<sup>146</sup>

Orenlichter’in de belirttiği gibi self-determinasyon hakkı, 1970’lerle birlikte dekolonyalizm bağlamı dışında yorumlanabilecek bir hak olma yolunda gelişme göstermiş ve egemen devletlerinden bağımsız olmak isteyen halklar tarafından da başvurulabilecek bir yöntem görünümüne bürünmüştür.<sup>147</sup> Yukarıda da belirtildiği üzere, 1970 yılında BM Genel Kurulu’nun aldığı 2625 sayılı karar, BM Şartı’ndaki self-determinasyon ilkesini bir koloninin veya kendi kendini yönetemeyen bir bölge halkının siyasi kaderini özgürce belirleme hakkı olarak tasvir etmektedir. Karar ayrıca, sömürgecilik bağlamının dışında değerlendirildiğinde, ırk, inanç ve/veya renk ayrımı yapmadan o topraklara ait tüm insanları temsil eden bir devletin toprak bütünlüğüne saygı duyulması gerekliliğini vurgulamaktadır. Burada kullanılan dil, siyasi karar alma sürecine erişiminin engellenmesi durumunda, ırksal veya dini gruplara self-determinasyon ve potansiyel olarak da o devletten ayrılma hakkını verecek şekilde yorumlanmıştır.<sup>148</sup> Orenlichter de 2625 sayılı karara dayanarak yaptığı değerlendirmede ayrılma hakkını, genel nüfustan ayrı grupların eşitlik temelinde siyasal katılım hakları engellendiğinde başvurabileceği son çare olarak ifade etmiştir.<sup>149</sup>

Bu görüşün aksine örneğin Horowitz, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaşanan dekolonizasyon hareketinin genel halktan ayrı alt bir grup için self-

<sup>144</sup> The Case Concerning the Frontier Dispute, para. 23.

<sup>145</sup> The Case Concerning the Frontier Dispute, para. 25.

<sup>146</sup> The Case Concerning the Frontier Dispute, para. 25.

<sup>147</sup> Diane F Orenlichter, “International Responses to Separatist Claims: Are Democratic Principles Relevant?” in Stephen Macedo and Allen Buchanan (Ed.), *Secession and Self-Determination*, New York University Press, New York, 2003, s. 22.

<sup>148</sup> Hüseyin Kalaycı, “Kendi Kaderini Tayin Kimlerin Hakkı?”, 2009, 54, *Liberal Düşünce Dergisi*, s. 184.

<sup>149</sup> Orenlichter, s. 23.

determinasyon hakkını doğurmadığını, çünkü “yabancı egemenliği sona erdiğinde, self-determinasyon hakkının kullanıldığını” ileri sürmüştür.<sup>150</sup> Horowitz self-determinasyon hakkını tek seferlik kullanılan bir hak bağlamında değerlendirmiştir. Yine Horowitz, 2625 sayılı karar azınlık gruplarının self-determinasyon hakkına sahip olduğu fikrini ileri sürmektedir. Horowitz bu iddiasını kararın kabul edildiği sırada hem Doğu hem de Batı bloku ülkelerinin Biafran Savaşı’nda Ibo’yu, 1960’ların başlarında Belçika-Kongo savaşındaki etnik grupları veya dünyanın herhangi başka yerlerindeki ayrılıkçı grupları desteklemek konusunda son derece isteksiz oluşlarıyla temellendirmektedir.<sup>151</sup> Kararın görüşme tutanakları da Horowitz’i destekler niteliktedir. Örneğin Kanada delegasyonu, self-determinasyon hakkının geniş bir formülasyonunun farklı etnik kökenden gelen birçok grubun bulunduğu bir devletin parçalanmasını haklı çıkaracağı ve “tam bağımsızlık” anlamına gelebileceği konusundaki endişelerini dile getirmiştir.<sup>152</sup> Aynı şekilde Polonya “mevcut sınırların” istikrarı konusundaki endişelerini vurgularken, Hindistan “self-determinasyon hakkının egemen ve bağımsız devletler için geçerli olmadığı” görüşünü defaatle ifade etmiş, buna gerekçe olarak da aksi bir durumun “egemen devletlerin parçalanmasına, dağılmasına ve ayrılmasına” yol açacağını belirtmiştir.<sup>153</sup>

2625 sayılı karar geniş bir self-determinasyon hakkı verecek şekilde yorumlansa bile, böyle bir hakkın doğrudan uluslararası hukukun bir parçası olacağı anlaşılmamalıdır. Antonio Cassese,<sup>154</sup> Ian Brownlie<sup>155</sup> ve Peter Malanczuk<sup>156</sup> gibi alanın önde gelen yazarları, kolonyal bağlam dışındaki halklara self-determinasyon hakkını bahşeden herhangi bir uluslararası hukuk

---

<sup>150</sup> Donald L Horowitz, “A Right to Secede?” in Stephen Macedo and Allen Buchanan (Ed.), *Secession and Self-Determination*, New York University Press, New York, 2003, s. 60.

<sup>151</sup> Horowitz, s. 61.

<sup>152</sup> 25 G.A.O.R. Supp. No.18, s. 98-99. <[https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018\(SUPP\)](https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018(SUPP))> Erişim Tarihi 15 Kasım 2020.

<sup>153</sup> 25 G.A.O.R. Supp. No.18, s. 19, 25, 21. <[https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018\(SUPP\)](https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018(SUPP))> (sırasıyla) Erişim Tarihi 15 Kasım 2020.

<sup>154</sup> Cassese, s. 123, 124.

<sup>155</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, s. 601–602.

<sup>156</sup> Malanczuk, s. 333 (“Bazı devletler, [kolonyal olmayan rejimler altında yaşayan] Filistin ve Güney Afrika halklarının [self-determinasyon hakkını tanıyan Genel Kurul] kararına karşı çıkarken, self-determinasyon hakkının ‘sömürge’ bağlamı dışında geçerli olmadığını savunarak muhalefetlerini dile getirdiler”).

normunun bulunduğu konusunda şüphecidir. Dahası Crawford, “1945’ten bu yana süregelen devlet uygulamalarının, devletlerin sömürge bağlamı dışında tek taraflı ayrılmayı tanıma veya kabul etme konusunda açıkça aşırı isteksiz oluşunu gösterdiğini” belirtmektedir.<sup>157</sup> Crawford’a göre, ister bir oylama isterse de savaşım yoluyla olsun, uluslararası hukuk kapsamında ayrılma hakkı diye bir uygulama bulunmamaktadır ve self-determinasyon hakkı “[ana devletin] anayasal sistemine katılımı ve onun toprak bütünlüğüne saygı temelinde sağlanmalıdır.”<sup>158</sup>

2625 sayılı karar, sömürge halkları ve devlet olarak örgütlenmiş topluluklar için self-determinasyon hakkını tanıdığı ölçüde, ilkenin kodifikasyonu için bir gelişim olarak kabul edilebilir. Hatta Simpson’a göre karar, self-determinasyon konusunda BM hukukunun en büyük gelişimini temsil etmektedir.<sup>159</sup> Ancak “peoples” tanımı için önemli çıkarımları olsa da 7’nci paragrafın iki nedenden ötürü bir kodifikasyon olarak değerlendirilmesi güçleşmektedir. Birincisi, görüşmeler sırasında, tüm delegeler maddenin bu şekilde formüle edilmesinden yana olmamıştır. Örneğin Kanada ve diğer birkaç devlet tarafından da desteklenen İtalya’nın 7’nci madde önerisi şöyleydi: “Tam egemenlik ve bağımsızlığa sahip olan ve nüfuslarının tamamını temsil eden bir hükümete sahip olan devletlerin, o nüfus bakımından halkların eşit hakları ve self-determinasyonu ilkesine uygun olarak hareket ettikleri kabul edilecektir. Yukarıdaki paragraflardaki hiçbir şey, bu devletlerin toprak bütünlüğünü veya siyasi birliğini tamamen veya kısmen zedeleyecek herhangi bir eyleme izin verdiği şeklinde yorumlanmayacaktır.”<sup>160</sup>

Self-determinasyon kapsamında, “self”in siyasi geleceğine demokratik bir şekilde karar verebilmesi için, ortak bir kimliğe ve belirli bir bölgeyle bağlantısı olan bir grup kimliğine sahip olması gerekir. Bu grubun toplu şekilde kullanılması gereken self-determinasyon hakkını kullanabilmesi için ise “people” olarak nitelendirilmesi şartı aranır. Nanda’ya göre, bir grubun ne zaman “people” olarak nitelendirildiğini belirlemek için iki aşamalı bir test

<sup>157</sup> James Crawford, “State Practice and International Law in Relation to Secession”, 1999, 69(1), British Yearbook of International Law, s. 114.

<sup>158</sup> Crawford, s. 116.

<sup>159</sup> Simpson, (1996), s. 271.

<sup>160</sup> 25 G.A.O.R. Supp. No.18, s. 45. <[https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018\(SUPP\)](https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018(SUPP))> Erişim Tarihi 15 Kasım 2020. Öneride “peoples” yerine “population” ifadesinin kullanılıyor oluşu not edilmelidir.

uygulanır.<sup>161</sup> Geleneksel iki bölümlü test ilk olarak, üyelerinin ortak bir ırksal geçmiş, etnik köken, dil, din, tarih ve kültürel mirası ne ölçüde paylaştığını belirlemek için grubun “nesnel” unsurlarını inceler.<sup>162</sup> Bir diğer önemli nesnel faktör de grubun hak talep ettiği bölgenin toprak bütünlüğüdür.<sup>163</sup> Testin “öznel” ikinci aşaması, grup içindeki bireylerin kendilerini ne ölçüde bilinçli olarak ve topluca ayrı bir “people” olarak algıladıklarının incelenmesini gerektirir.<sup>164</sup> Bu, bir topluluğun ortak bir değer duygusunu ve geleceği için ortak hedeflerini açıkça ifade etmesini gerektirir. Bir başka öznel faktör ise grubun yaşayabilir bir siyasi varlık oluşturma derecesidir.<sup>165</sup>

Bir grubun “people” olarak tanımlanıp tanımlanmadığı o grubun self-determinasyon hakkının belirlenmesi açısından sorulacak ilk sorulardan biridir. Bununla birlikte, bu soruya olumlu cevap verilmesi, o grubun bağımsız devlet kurmak için *ipso facto* self-determinasyon hakkını elde ettiği anlamına gelmez. Bu daha ziyade o grubun iç self-determinasyon yoluyla yerleşik olduğu devlet içinde, o devletteki daha geniş “people” veya “peoples” ile eşit derecede iyi bir yönetimi hak ettiğine işaret etmelidir. Ne ki bu yönetim herhangi bir grubu temsil etme veya insani şekilde hükmetme görevlerini yeteri derecede yerine getirmez, o zaman “people” olarak tanımlanabilecek gruplar dış self-determinasyon yolunu tercih edebilirler.

Günümüz liberal demokrasileri, kapsayıcı bir merkezi devlet içindeki küçük azınlık gruplarının öz-yönetim taleplerini karşılayacak bir yönetim anlayışı sunmaktadır. Zira bu yolla azınlık grubu (ya da “people”) gerçek bir devletin egemenlik yetkilerini kullanma kapasitesine sahip olmasa da özellikle yerel yönetimler aracılığıyla belli seviyede bir hükmetme erkini elinde tutmaktadır. 20’nci yüzyılda yaşanan üç dalga (Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra Wilson’ın öncülük ettiği, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra dekolonizasyon ve Sovyetlerin yıkılması sonrası post-komünist dönem) sonucunda self-determinasyon sadece sömürgelerin dayanabileceği bir ilke olmaktan çıkarak, hem bir hakka evrilmiş hem de kolonyal bağlam dışında da kullanılabilir şekilde alanı genişlemiştir. BM Şartı dışında BM’nin diğer

---

<sup>161</sup> Ved P Nanda, “Self-Determination Under International Law: Validity of Claims to Secede”, 1981, 13(2), Case Western Reserve Journal of International Law, s. 275-276.

<sup>162</sup> Nanda.

<sup>163</sup> Brilmayer, s. 178.

<sup>164</sup> Nanda, 276.

<sup>165</sup> Nanda.

kararlarında da sıklıkla vurgulanan bu hak, artık günümüzde uluslararası hukukun ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki self-determinasyon konusundaki tartışmalar en az iki alanda devam etmektedir. Artık self-determinasyonun hak olmadığı yolunda kuvvetli bir iddiaya rastlamak pek mümkün olmasa da bu hakka kimin sahip olduğu, ne şekilde (iç self-determinasyon-dış self-determinasyon) ve hangi durumlarda meşru olarak kullanılabileceği tartışmaları hala oldukça sıcaktır.<sup>166</sup>

### KAYNAKÇA

“Documents of The United Nations Conference on International Organization”, Volume 3, <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

“Documents of The United Nations Conference on International Organization”, Volume 6, <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

“Documents of The United Nations Conference on International Organization”, Volume 8, <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

“Documents of The United Nations Conference on International Organization”, Volume 10, <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

“Documents of The United Nations Conference on International Organization”, Volume 17, <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

“Documents of The United Nations Conference on International Organization”, Volume 18, <<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020.

“The Logic of Secession”, 1980, 89(4), Yale Law Journal, s. 802-824.

<<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>> Erişim

---

<sup>166</sup> Kalaycı.



Tarihi 11 Kasım 2020.

<<https://digitallibrary.un.org/record/851765?ln=en>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2020.

<<https://www.britannica.com/topic/self-determination>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2020.

<<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2020.

<[https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_CONF.157\\_24.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.157_24.pdf)> Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.

<<https://www.un.org/en/sections/history-united-nations-charter/1941-atlantic-charter/index.html>> Erişim Tarihi 07 Kasım 2020.

<<https://www.un.org/en/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html#1960s>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2020.

<<https://www.un.org/en/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html#1960s>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2020.

15 G.A.O.R. 1003,1035,1059 and 1256.

15 G.A.O.R. 1073, 1104, 1136, 1138, 1200, 1249,1283.

25 G.A.O.R. A/C.6/ SR.1182 and Corr. 1 <<https://digitallibrary.un.org/record/816666?ln=en>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2020.

25 G.A.O.R. Supp. No.18, s. 110. <[https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018\(SUPP\)](https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/8018(SUPP))> Erişim Tarihi 17 Kasım 2020.

25 U.N. GAOR Supp. (No. 28) at 121, U.N. Doc. A/8028 (1970)

A/C.6/SR.1178 <<https://digitallibrary.un.org/record/816681?ln=en>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.

A/C.6/SR.1180 <<https://digitallibrary.un.org/record/816635?ln=en>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.

A/C.6/SR.1181 <<https://digitallibrary.un.org/record/816659?ln=en>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.

Akbulut O, Barış İçinde Yaşamın Hukuki Zemini, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Aral B, “Kollektif Bir İnsan Hakkı Olarak Halkların Kendi Kaderlerini Tayin Hakkı”, 1999-2000, 21-22, İnsan Hakları Yıllığı, s. 109-120.

Arsava F, “Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihi ve Günümüzde Getirdiği Problemler”, 2013, 8(Prof.Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan), Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, s. 387-404.

Asamoah O, “The Legal Effect of Resolutions of the General Assembly”, 1964, 3(2), Columbia Journal of Transnational Law, s. 210-230.

Berman O, “Sovereignty In Abeyance: Self-Determination And International Law”, 1988, 7(51), Wis. Int’l LJ, s. 52-103.

Bossuyt M, Guide to the “Travaux Preparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights, Martinus Nihioff Publishers, 1987.

Brilmayer L, “Secession And Self-Determination: A Territorial Interpretation”, 1991, 16, Yale J. Int’l L, s. 177-202.

Brownlie I, Principles of Public International Law, Oxford University Press, 2008.

Busquets B, Morality and Legality of Secession, Springer International Publishing, 2020.

Cassese A, Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal, 2. Baskı, Cambridge University Press, 1996.

CCPR/C/76/Add.6

Crawford J, “State Practice and International Law in Relation to Secession”, 1999, 69(1), British Yearbook of International Law, s. 85-117.

Cvijic S, “Self-Determination As A Challenge To The Legitimacy Of Humanitarian Interventions: The Case Of Kosovo”, 2007, 8(1), British Yearbook of International Law, s. 85-117.

Daes E, “An Overview Of The History Of Indigenous Peoples: Self-Determination And The United Nations”, 2008, 21(1), Cambridge Review of International Affairs, s. 7-26.

Danspeckgruber W, The Self-Determination Of Peoples: Community, Nation, And State In An Interdependent World. Lynne Rienner Publishers, 2002.

Draft International Covenants on Human Rights, UN General Assembly,

10th Session, 1 July 1955, A/2929. <<https://undocs.org/en/A/2929>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2020.

Duursma J. C, *Fragmentation and the International Relations of Micro-states: Self-determination and Statehood*, Cambridge University Press, 1996.

Fisch J, *The Right of Self-Determination of Peoples: The Domestication of an Illusion*, (Çev: Anita Mage), Cambridge University Press, New York, 2015.

GA Res. 1514, UN GAOR, 15th Sess., Supp. No. 16, at 66, UN Doc. A/4684 (1960).

GA Res. 1654, UN GAOR, 16th Session (1960). <[https://undocs.org/en/A/RES/1654\(XVI\)](https://undocs.org/en/A/RES/1654(XVI))> Erişim Tarihi 16 Kasım 2020.

General Assembly, 15th session: 947th plenary meeting, Wednesday, 14 December 1960, New York <<https://digitallibrary.un.org/record/747044?ln=en>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2020.

Gilchrist H, “Colonial Questions at the San Francisco Conference”, 1945, 39(5), *The American Political Science Review*, s. 982-992.

Gottlieb G, “The Legitimacy of General Assembly Resolutions”, 1978, 17, *Israel Yearbook on Human Rights*, s. 120-132.

Griffioen C, *Self-Determination as a Human Right: The Emergency Exit of Remedial Secession*, Science Shop of Law, Utrecht, 2010.

Gunter M. M, “Self—Determination or Territorial Integrity: The United Nations in Confusion”, 1979, 141(3), *World Affairs*, s. 203-216.

Hannum H, “Rethinking Self-Determination”, 1993, 34(1), *Va. J. Int’l L.*, s. 1-69.

Horowitz D. L, “A Right to Secede?” in Stephen Macedo and Allen Buchanan (Ed.), *Secession and Self-Determination*, New York University Press, New York, 2003.

Horowitz D. L, “The Cracked Foundations Of the Right To Secede”, 2003, 14(2), *Journal of Democracy*, s. 5-17.

Ibhawoh B, “Testing The Atlantic Charter: Linking Anticolonialism, Self-Determination And Universal Human Rights”, 2014, 18(7-8), *The International Journal of Human Rights*, s. 842-860.

Kalaycı H, “Kendi Kaderini Tayin Kimlerin Hakkı?”, 2009, 54, Liberal Düşünce Dergisi, s. 179-197.

Kelsen H, “The Old and the New League: The Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals”, 1945, 39(1), The American Journal of International Law, s. 45-83.

Kelsen H, The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems, 7. Baskı, The Lawbook Exchange, 2000.

Kılınç D, “Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi”, 2008, 12(1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 949-982.

Kirgis F. L, “The Degrees Of Self-Determination In The United Nations Era”, 1994, 88(2), The American Journal of International Law, s. 304-310.

Koçak M, “Self Determinasyon Hakkı ve Self Determinasyon Hakkı Teorileri”, 2018, 23(38), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 85-148.

Koskenniemi M, “National Self-Determination Today: Problems Of Legal Theory And Practice”, 1994, 43(2), International and Comparative Law Quarterly, s. 241-269.

Kuokkanenbio R, “Self-Determination and Indigenous Women’s Rights at the Intersection of International Human Rights”, 2012, 34(1), Human Rights Quarterly, s. 225-250.

Lenin V. I, Collected Works Volume 22, Progress Publishers, Moscow, 1964.

Lynch A, “Woodrow Wilson And The Principle Of National Self-Determination: A Reconsideration”, 2002, 28(2), Review of International Studies, s. 419-436.

Malanczuk P, Akehurst’s Modern Introduction to International Law, 7. Baskı, Routledge, 1997.

Masaryk T. G, Making of a State: Memories and Observations 1914-1918, George Allen and Unwin Ltd, London, 1927.

Mccorquodale R, “Self-Determination: A Human Rights Approach”, 1994, 43(4), The International and Comparative Law Quarterly, s. 857-885.

Meissner B, “The Right of Self-Determination after Helsinki and Its

Significance for the Baltic Nations”, 1981, 13(2), Case Western Reserve Journal of International Law, s. 375-384.

Nanda V. P, “Self-Determination Under International Law: Validity of Claims to Secede”, 1981, 13(2), Case Western Reserve Journal of International Law, s. 257-280.

Orenlichter D. F, “International Responses to Separatist Claims: Are Democratic Principles Relevant?” in Stephen Macedo and Allen Buchanan (Ed.), *Secession and Self-Determination*, New York University Press, New York, 2003.

Öberg M. D, “The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ”, 2005, 16(5), s. 879-906.

Pomerance M, *Self-Determination in Law and Practice: The New Doctrine in the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

Quane H, “The United Nations And The Evolving Right To Self-Determination”, 1998, 47(3), *International and Comparative Law Quarterly*, s. 537-572.

Ramcharan B. G, “Individual, Collective and Group Rights: History, Theory, Practice and Contemporary Evolution”, 1993, 1(1), *International Journal of Group Rights*, s. 27-44.

Sar C, “Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararının Hukuki Değeri”, 1966, 21(4), *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, s. 227-274.

Simpson B, “The United States And The Curious History Of Self-Determination”, 2012, 36(4), *Diplomatic History*, s. 675-694.

Simpson G. J, “The Diffusion of Sovereignty: Self-Determination in the Post-Colonial Age”, 1996, 32(2), *Stanford Journal of International Law*, s. 255-286.

Spiry E, “From Self-Determination to a Right to Self-Development for Indigenous Groups”, 1995, 38(129), *German Yearbook of International Law*, s. 129-152.

Sterio M, *The Right to Self-Determination Under International Law*, New York: Routledge, 2013.

Summers J. *Peoples and International Law*, 2. Baskı, Brill Nijhoff,

Leiden, 2. Baskı, 2014.

The Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali), 1986 I.C.J. 554, Dec. 22, 1986.

Throntveit T, “The Fable Of The Fourteen Points: Woodrow Wilson And National Self-Determination”, 2011, 35(3), Diplomatic History, s. 445-481.

United Nations General Assembly Official Records, 17th Session, 1066th Plenary Meeting, 27 November 1961 <<https://digitallibrary.un.org/record/744214?ln=en>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2020.

Wilson H, International Law And The Use Of Force By National Liberation Movements, Clarendon Press, Oxford, 1988.

Yearbook of United Nations 1946-47.

# BİR TEHLİKE SUÇU OLARAK “GÜRÜLTÜYE NEDEN OLMA” (TCK, m. 183) VE TEHLİKE SUÇLARINA İLİŞKİN GENEL TESPİTLER \*

Mehmet MADEN\*\*

## ÖZ

*Bu makalede, esas olarak, bilimsel çalışmalar ve yargı kararları incelenerek, Türk Ceza Kanunu'nun 183 (1)'üncü maddesinde düzenlenen “gürültüye neden olma” suçu sistematik bir incelemeye tâbi tutulmuş; genel olarak tehlike suçlarının sınıflandırılmasına ve düzenlenme biçimine ilişkin değerlendirmeler yapılmaya ve bu suçun tehlike suçları içindeki yeri belirlenmeye çalışılmıştır. Gürültüye neden olma suçu yalnızca kasten işlenebilen, neticeli bir suçtur. Suç tipinin normatif bir unsuru olarak, 183'üncü maddede yer verilen “ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı”lığı, failin kastının kapsaması gerekir. TCK'da, somut tehlikeyi ifade etmek için kullanılan bazı ibareler uygun değildir ve kullanılan ibareler arasında tam bir uyum da bulunmamaktadır. TCK'nın hazırlanma sürecinde, gürültüye neden olma suçunun, somut tehlike suçu olarak düşünülmüş olması kuvvetle muhtemeldir. Ancak bu suçun TCK'daki düzenlenme biçimi, “somut tehlike” suçlarından ziyade “tehlikeye elverişli” suçlara uymaktadır.*

***Anahtar Kelimeler:** Gürültüye Neden Olma Suçu, Gürültü, Çevre Ceza Hukuku, Elverişlilik, Tehlike Suçu*

## “CAUSING NOISE” (TCC, Art. 183) AS A DANGER CRIME AND GENERAL OPINIONS ON THE DANGER CRIMES

### ABSTRACT

*In this article, mainly, examining the scientific studies and the case law, crime of “causing noise” which is regulated in Article 183 (1) of the Turkish Criminal Code is examined in a systematic way; classification and formulation of danger crimes in general are tried to be evaluated and the abovementioned crime is tried to be located in danger crimes. Causing noise is a crime which can only be perpetrated with intent, and it is a crime with outcome. As a normative element of the crime type,*

\* Konuya ilişkin görüşlerinden istifade ettiğim, başta Dr. Öğr. Üyesi Selman Dursun olmak üzere, Arş. Gör. Dr. Osman Gazi Ünal'a ve Arş. Gör. Dr. Ali Şahin Kılıç'a; kaynakların temininde desteğini gördüğüm Arş. Gör. Oğuzhan Demir'e teşekkür ederim.

\*\* **Dr. Öğr. Üyesi,** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı /İSTANBUL **e-posta:** madenmehmet@yahoo.com,

**ORCID:** 0000-0003-1643-0091.

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.871267

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 15/12/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 25/01/2021

being “against the obligations determined in the related acts” (Art. 183) should be covered by the intent of the perpetrator. Some clauses in the TCC used to describe concrete danger are not proper, and those clauses are not totally consistent with each other. It is highly likely that during the preparation process of the TCC, the crime of causing noise was thought to be a concrete danger crime. However, the formulation of this crime in the TCC conforms to “suitability” crimes rather than “concrete danger” crimes.

**Keywords:** Crime of Causing Noise, Noise, Environmental Criminal Law, Suitability, Danger Crime

## 1. GİRİŞ

İnceleme konumuz olan “Gürültüye neden olma” suçu, Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı Üçüncü Kısımının “Çevreye Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Bölümünde, 183 (1)’üncü maddede şu şekilde düzenlenmiştir: “İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi, iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”<sup>1</sup>

Bu çalışmada, gürültüyle ilgili suç ve kabahatlere ilişkin olarak yürürlükteki hukuki düzenlemelere temas edilecek; “gürültüye neden olma suçu”nun ihdasıyla korunan hukuki değer, bu suçun unsurları ve suçla ilgili kusurluluk bahsi ele alınacak, suçun özel görünüş biçimleri ile diğer bazı suç

<sup>1</sup> 765 s. mülga TCK’nın 546’ncı maddesindeki kabahat düzenlemesine göre; “Her kim, gürültü veya velvele ile mutat hilaflı olarak çan ve alata saire çalarak yahut kanun ve nizam ahkamına muhalif surette gürültülü bir meslek ve sanat icar eyleyerek halkın veya meclis ve mahfillerin meşguliyet veya huzur ve rahatını ihlal ederse on beş liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olur.[/] Bu fiil gece yarısından iki saat evvelinden sonra işlenirse hafif cezayı nakdi otuz liraya kadardır. [/] Mükerrirler hakkında birinci fıkrada muharrer ahvalde otuz ve ikinci fıkrada muharrer halde elli liraya kadar hafif cezayı nakdi hükümlenir.” Çalışmamızda, yapılan alıntılar içerisinde kendi ifadelerimize yer vermek istediğimizde, bu ifadeler köşeli parantez içinde yer verilmiştir.

765 s. TCK’nın 551’inci maddesindeki kabahat düzenlemesine göre ise; “Her kim, hükümetten ruhsat almaksızın mazarratı mucip olacak surette sanayii nariye icra, yahut infilak edici mevad iş’al eder yahut tehlikeli yahut herkesi rahatsız edecek surette bir takım ecza patlatır veya iş’al eyleser yahut meskun bir mahalde veya civarında veya umuma mahsus yol üzerinde veya bu yola doğru zaruret olmaksızın silah atarsa elli liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olur ve buna vak’anın şiddetine göre otuz güne kadar hafif hapis cezası da ilave olunabilir.”



ve kabahatlerle mukayesesi ve içtima ilişkisi incelenecektir.

Bir tehlike suçu olan gürültüye neden olma suçunun, tehlike suçları içindeki yerinin belirlenmesi önemlidir. Zira hâkimin tehlikeye ilişkin olarak, hangi durumda, tam olarak neyi tespit etmesi gerektiği önem arz etmektedir. Aşağıda, tehlike suçlarına ilişkin sınıflandırma ve terminoloji konusunda değerlendirmelerde bulunulacak ve farklı yorum vasıtalarından istifadeyle, gürültüye neden olma suçunun, tehlike suçları içerisindeki konumu belirlenmeye çalışılacaktır.

Gürültüye neden olma suçu ile TCK'nın 123'üncü maddesinde düzenlenen "*Kişilerin huzur ve sükununu bozma*" suçu; TCK m. 86'da düzenlenen kasten yaralama ve m. 89'da düzenlenen taksirle yaralama suçları; Kabahatler Kanunu'nun 36'ncı maddesinde düzenlenen "Gürültü" kabahati; Çevre Kanunu'nun 20-h maddesinde (14'üncü maddeye atıfla) düzenlenen kabahat ve Karayolları Trafik Kanunu'nun 30'uncu maddesinde düzenlenen "çevredekileri rahatsız edecek derecede gürültü çıkaran araç kullanma" kabahati arasındaki benzerlikler, farklar ve içtima ilişkisi, bu çalışmanın konuları arasındadır.

## 2. GÜRÜLTÜYLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Anayasa'nın 56'ncı maddesinde "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı"; 20'nci maddesinde ise "özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı" düzenlenmiştir. Gürültü, belirtilen hakların ihlali bakımından bir vasıta olabilmektedir ve kişilerin mezkûr haklarının korunmasına yönelik olarak, yürürlükteki hukukta bir takım düzenlemelere gidilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 123'üncü maddesinde, "*Kişilerin huzur ve sükununu bozma*" suçu; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 30'uncu maddesinde, huzur ve sükunu bozma suçu; Kabahatler Kanunu'nun 36'ncı maddesinde, "*Gürültü*" kabahati; Çevre Kanunu'nun 20-h maddesinde (14'üncü maddeye atıfla) bir kabahat düzenlemesi; yine, Karayolları Trafik Kanunu'nun 30'uncu maddesinde, "çevredekileri rahatsız edecek derecede gürültü çıkaran araç kullanma" kabahati yer almaktadır.

Konuyla ilgili temel hukuki metinlerden birisi, Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği<sup>2</sup>dir.

---

<sup>2</sup> *Resmî Gazete*, Tarih: 04.06.2010, Sayı: 27601.

Kolluğun konuyla ilgili görevleri bakımından, Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 14'üncü maddesi<sup>3</sup> ile Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği<sup>4</sup>'nin “Gürültünün yasaklanmasına ilişkin görevler” başlıklı 21'inci maddesi<sup>5</sup> zikredilebilir.

Pek tabii yürürlükteki mevzuatta, gürültüyle ilgili düzenlemeler yukarıdakilerden ibaret değildir.<sup>6</sup>

Gürültü kirliliği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesi kapsamında ele alınabilir. Konuyla ilgili olarak, gerek havaalanı kaynaklı gürültü bakımından<sup>7</sup>, gerek komşu işletme kaynaklı gürültü bakımından<sup>8</sup>,

<sup>3</sup> “Şehir ve kasabalarda gerek mesken içinde ve gerek dışında saat 24 ten sonra her ne suretle olursa olsun civar halkının rahat ve huzurunu bozacak surette gürültü yapanlar polisçe menolunur. Bu yasağı dinlemeyenler hakkında Ceza Kanunu'nun 546 ncı maddesine göre takibat yapılır: [ ] Zabıtaadan izin alınarak yapılacak düğün ve müsamere ve balolar bu kayıttan müstesnadır.”

<sup>4</sup> *Resmî Gazete*, Tarih: 21.01.2017, Sayı: 29955.

<sup>5</sup> “(1) Mesken içinde ve dışında saat yirmidörtten sonra her ne suretle olursa olsun civar halkının rahat ve huzurunu bozacak surette gürültü yapanlar jandarma tarafından menolunur. Bu yasağı dinlemeyenler hakkında 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile 5237 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. (2) Düğün, nişan, konser, panayır, festival ve benzeri toplanmalarda kamu düzeninin korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasına imkân sağlamak için ilgililer kırksekiz saat önce mülki amire bildirimde bulunmak zorundadır. (3) 4/6/2010 tarihli ve 27601 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği hükümleri saklıdır.”

<sup>6</sup> Bkz. örn. (Bu konudaki mevzuat isimleri için: Özlem Yenerer Çakmut, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları, 1. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2014, s. 122-126); Belediye Kanunu m. 15-o; Motorlu Araçların Dış Gürültü Emisyonları ve Egzoz Sistemleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (70/157/AT) (*Resmî Gazete*, Tarih: 30.11.2000, Sayı: 24246); İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik, m. 37-38 (*Resmî Gazete*, Tarih: 10.08.2005, Sayı: 25902); Açık Alanda Kullanılan Teçhizat Tarafından Oluşturulan Çevredeki Gürültü Emisyonu ile İlgili Yönetmelik (2000/14/AT) (*Resmî Gazete*, Tarih: 30.12.2006, Sayı: 26392 (4.Mük.)).

<sup>7</sup> Bkz.: Komisyon'un *Arrondelle/Birleşik Krallık* başvurusu nedeniyle verdiği 15 Temmuz 1980 günlü kabul edilebilirlik kararı (Dostane çözüm); *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık* 21.02.1990, Başvuru no.9310/81; 2 Ekim 2001 tarihli *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık* (İhlal); AİHM Büyük Daire, *Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 08.07.2003, Başvuru No. 36022/97 (Kararlar için bkz: Handan Yokuş Sevük, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 368-369, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/48280/621234>> Erişim Tarihi 20.10.2020).

<sup>8</sup> Bkz: *Moreno Gomez/İspanya*, 16.11. 2004, Başvuru No. 4143/02 (İhlal); *Martinez Martinez/İspanya*, 18.10.2011, Başvuru No. 21532/08 (İhlal); *Mileva ve Diğerleri/Bulgaristan*, 25.11.2010, Başvuru No. 43449/02 ve 21475/04 (İhlal) (Kararlar için bkz: YOKUŞ SEVÜK, s. 370).

gerekse karayolu trafiği kaynaklı gürültü bakımından<sup>9</sup> AİHM kararı bulunmaktadır.

Avrupa Birliği'nin konuyla ilgili olarak 25 Haziran 2002 tarihli direktifi<sup>10</sup> bulunmaktadır.

### 3. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Gürültüye neden olma suçunun ihdasıyla korunan hukuki değerler<sup>11</sup>, Anayasa'nın 56'ncı maddesinde düzenlenen "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı" ve Anayasa'nın 20'nci maddesinde düzenlenen "özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı"dır. Korunan hukuki değer olarak insanların sağlığı ön plana çıkmaktadır. Pek tabii, gürültü kirliliğinin önlenmesi, ilgili çevrede bulunan tüm canlıların da korunmasına hizmet eder. Suçun düzenlendiği 183'üncü maddenin, "insan sağlığına ağırlık vererek, canlıların yaşam alanı ve yaşam kaynağı olarak çevreyi" koruduğu ifade edilmiştir<sup>12</sup>.

### 4. MADDİ UNSURLAR

#### 4.1. Fail

Öğretide, gürültüye neden olma suçunun, herkes tarafından işlenebilen, genel bir suç olduğu yönünde görüş<sup>13</sup> bulunmasına rağmen, bu suçun özgü suç mu yoksa herkes tarafından işlenebilen, genel bir suç mu olduğu, madde metninde belirtilen "*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler*"e göre belirlenir<sup>14</sup>. Madde metninde belirtilen "*ilgili kanunlarla belirlenen*

---

<sup>9</sup> Bkz.: 09.11.2010 tarihli *Dees/Macaristan*, Başvuru No. 2345/06 (İhlal) (Kararlar için bkz: Yokuş Sevük, s. 370).

<sup>10</sup> Directive 2002/49/EC of The European Parliament and of The Council of 25 June 2002 Relating to the Assessment and Management of Environmental Noise.

<sup>11</sup> Bu kavram bakımından, doktrinde, "suçun hukuksal konusu", "hukuki konu", "hukuki varlık", "menfaat", "hukuki menfaat", "kişisel menfaat değer", "hukuki çıkar", "hukuken korunan yarar" şeklinde ifadeler bulunmaktadır: Osman Gazi Ünal, Türk Ceza Hukuku'nda Tehlike Suçları, Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, Temmuz 2020, s. 124.

<sup>12</sup> Gülsün Ayhan Aygörmöz Uğurlubay, Çevreye Karşı Suçlar Türk ve Alman Çevre Ceza Hukukunda Güncel Sorunlar, Yetkin Yayınları, 2015, s. 471.

<sup>13</sup> Rahşan Bengi Gezgin Kayan, "Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği", Ağustos 2008, Yıl 3, S. 7, Ceza Hukuku Dergisi, s. 114; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C. 4, Adalet Yayınevi, 2010, s. 5051-5052; Yokuş Sevük, s. 372.

<sup>14</sup> Aygörmöz Uğurlubay, s. 471; Ahu Karakurt Eren, "Türk Ceza Kanunu'nda Gürültüye Ne-

*yükümlülükler*”, belirli kişilere tahmil edilmişse özgü suç, diğer durumlarda genel suç söz konusu olur<sup>15,16</sup>

## 4.2. Mağdur

Suçun mağduru, “suç fiilinin işlenmesiyle, korunan hukuki değeri somut [olayda] zarara uğratılan veya tehlikeye maruz bırakılan kişidir”<sup>17</sup>. Aşağıda izah edileceği gibi, gürültüye neden olma suçu bir tehlike suçudur. Dolayısıyla, bu suçun mağduru sayılmak bakımından, kişinin korunan hukuki değerinin somut olayda zarara uğratılmasına gerek yoktur. Yukarıda ifade edildiği gibi, bu suç tipinin ihdasıyla korunan hukuki değer olarak, insanların sağlığı ön plâna çıkmaktadır. Böylece, tipik fiilin işlenmesiyle sağlığı potansiyel bir tehlikeye maruz bırakılan kişiler, gürültüye neden olma suçunun mağduru olur. Gürültüye neden olma suçunun mağduru bakımından bir özellik aranmamıştır<sup>18</sup>. Bu suçun işlenmesiyle hedeflenen belirli bir mağduru olması icap etmez<sup>19</sup>. Bu suçun, mağdurunun belirli bir kişi olmadığı<sup>20</sup> ifade edilmiştir. Kanaatimizce,

---

den Olma Suçu”, Eylül-Ekim 2017, Yıl 30, S. 132, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 62, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-132-1682>> Erişim Tarihi 14.11.2020.

<sup>15</sup> Aygörmez Uğurlubay, s. 471; Karakurt Eren, s. 62.

<sup>16</sup> Gıda ceza hukukundaki tehlike suçlarında karşılaşılan, suç fiilinin, idare hukukuna atf yoluyla tanımlanması, cezai sorumluluğun idare hukukuna bağlılığı dolayısıyla, suçların özgü suç haline gelmesi, sadece idare hukuku düzenlemesinin muhataplarının bu suçun faili olabilmesi konusunda bkz.: Adan Nieto Martín, “General Report on Food Regulation and Criminal Law”, 2016, 87(2), Revue Internationale de Droit Pénal (RIDP), Adan Nieto Martín/Ligeia Quackelbeen/ Michele Simonato (Ed.), Food Regulation and Criminal Justice (International Colloquium Section II of the AIDP XXth World Congress, Beijing, China, 23rd-26th September 2016), Maklu Publishers, 2016, s. 45.

<sup>17</sup> Mehmet Maden, “Korunması Amaçlanan Hukuki Değer”, “Suç Fiilinin Konusu” ve “Suçun Mağduru” Kavramları ve Bu Bağlamda “Zarar Suçu/Tehlike Suçu” Ayrımı”, in Ü. Süleyman Üstün/Ayşegül Çoban Atık/Tuğba Bayraktar (Ed.), Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı, 1’inci Baskı, Nobel Akademik Yayıncılık Eğitim Danışmanlık, 2020, s. 159 <<https://webadmin.selcuk.edu.tr/BirimDosyalar/Dosyalar/hukuk/Kamu%20Hukuku%20Tam%20Metinler%20Kitab%C4%B1.pdf>> Erişim Tarihi 10.01.2021.

<sup>18</sup> Sacit Yılmaz, Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s. 165.

<sup>19</sup> Bkz.: Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5056; Yokuş Sevük, s. 372-373; Yenerer Çakmut, 97. Teorik olarak toplumu oluşturan herkesin bu suçun mağduru olduğu kabul edilir; ayrıca belirli kişi veya kişilerin de bu suçtan doğrudan zarar görmesi mümkündür: Yılmaz, s. 165.

<sup>20</sup> Karakurt Eren, s. 63 ve 107. Yargıtay 18. CD, 18.02.2019, E. 2017/6863, K. 2019/3251: “Gürültüye neden olma suçunun belli bir mağduru yoktur. Toplumda yaşayan herkes bu suçun mağduru olabilir. Gürültünün belli olmayan bir kimseye karşı yapılması bu suçun TCK’nın 123. maddesindeki kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan ayrılmaktadır.

bu suç için, “mağduru belirli bir kişi olmayan” yerine “mağduru belirli bir kişi olması icap etmeyen” nitelendirmesi uygundur. Örneğin, TCK’nın 183’üncü maddesindeki ifadeyle “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan*” failin, bir başkasını yaralama (TCK’nın 86’ncı maddesindeki ifadeyle “sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma”) kastı olması durumunda, sırf bu nedenle gürültüye neden olma suçunun oluşmadığı söylenemez.

### 4.3. Suç Fiilinin Konusu

Suç fiilinin konusu<sup>21</sup>, bu “filin, üzerinde gerçekleştirildiği şey veya kişinin fizikî veya manevî yapısıdır”<sup>22</sup>. Gürültüye neden olma suçunda fiilin konusu, insanın ruhi veya fiziki yapısı değildir, çevredir<sup>23</sup>. Zira bu suçta fiil, doğrudan doğruya çevre üzerinde gerçekleştirilmektedir.

### 4.4. Fil

Gürültüye neden olma suçunun fiil unsuru, bu suçun netice unsuru olarak kabul ettiğimiz, “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olan ve başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikteki bir gürültü*”ye “neden olmak”tır.<sup>24</sup>

---

TCK’nın 123. maddesindeki suçun faili belli bir kimseyi hedef almakta iken, TCK’nın 183. maddesindeki suçun faili belli bir kimseyi hedef almamaktadır.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (Erişim: 10.12.2020).

<sup>21</sup> “Suçun maddi konusu” şeklindeki kullanım için bkz. örn. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2010, s. 84.

<sup>22</sup> Maden, “Korunması Amaçları Hukuki Değer”, s. 159.

<sup>23</sup> Yokuş Sevük, s. 373.

<sup>24</sup> Alman Ceza Kanunu’nun “Gürültüye, sarsıntıya ve iyonlaşma etkisi doğurmayan ışınlarla sebebiyet verme” başlıklı 325a maddesi şu şekildedir: “(1) Bir tesisatı, özellikle bir işletme tesisatını veya makinayı işletirken, idare hukukundan doğan yükümlülükleri ihlal ederek, tesisatın dışındaki alanda, başkasının sağlığına zarar vermeye elverişli surette gürültüye sebebiyet veren kişi, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Bir tesisatı, özellikle bir işletme tesisatını veya makinayı işletirken, idare hukukundan doğan ve gürültüye, sarsıntıya veya iyonlaştırıcı ışınlarla karşı korumaya yarayan yükümlülükleri ihlal ederek, başkasının sağlığını, ona ait olmayan hayvanları veya ona ait olmayan önemli değer taşıyan şeyleri tehlikeye düşüren kişi, beş yıla kadar apis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Fail, taksirle hareket ederse, ceza, 1. birinci fıkraya giren hallerde, iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıdır, 2. ikinci fıkraya giren hallerde, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıdır. (4) Birinci ilâ üçüncü fıkralar, motorlu araçlar, raylı sistemle çalışan araçlar, hava araçları veya su araçları için uygulanmaz.” Tercüme metin: Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)

“İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı” olmak, gürültüye neden olma suçunda neticenin bir özelliğidir. 183’üncü madde, “yükümlülükleri” kendisi belirlememekte, bu yükümlülüklerle ilgili olarak başka kanunlara atıf yapmaktadır. Böylece, “ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı” sonuçlar doğuracak şekilde hareket etmek, bu suçun fiil unsurunun bir parçası hâline gelmektedir. Böylece, 183’üncü maddeyle, “başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan” her fiil değil, bu fiiller içerisinde “ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı” sonuç doğuranlar cezalandırılmaktadır. Diğer bir anlatımla, “ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olma” şartı, cezalandırma alanını daraltan bir işlev görmektedir.

Öğretide<sup>25</sup> bu suçun serbest hareketli bir suç olduğu ifade edilmiştir. Kanuni düzenlemede yer alan “ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak” ibaresi dolayısıyla, gürültüye neden olma suçunun, öğretilde<sup>26</sup> yer alan bazı “bağlı hareketli suç” tanımlarına uyduğu müzakere edilebilir<sup>27</sup>. Bu husus, özellikle, “ilgili kanun”da yükümlülüğün düzenlenme biçiminin, bu yükümlülüğe aykırı fiilin belli bir tarzda yapılmasını gerektirmesi hâlinde geçerlidir. Zira yukarıda belirtildiği üzere, “ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı” sonuçlar doğuracak şekilde hareket etmek, bu suçun fiil unsurunun bir parçasıdır. “İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı” olmak, neticenin değil de fiilin bir unsuru olarak yorumlanırsa, muhtemelen yukarıdaki soru daha da anlamlı hâle gelir.

Suçun, icrai veya ihmali fiille işlenmesi mümkündür<sup>28</sup>.

(Açıklamalar, Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük), 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2015, s. 463-464.

<sup>25</sup> Gezgın Kayan, s. 116; Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 5054; Yokuş Sevik, s. 373; Yenerer Çakmut, s. 107; Aygörmez Uğurlubay, s. 473; Karakurt Eren, s. 72.

<sup>26</sup> Sulhi Dönmez/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I, 13. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, no. 496 ve 505; M. Emin Artuk/Ahmet Gökcan/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 267; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 185; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 122.

<sup>27</sup> Çevrenin kasten kirletilmesi suçuna ilişkin 181’inci maddede yer alan “ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak” ibaresiyle ilgili olarak bkz.: Nebahat Kayaer, “Atık ve Artuklarla Çevrenin Kastan Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181/1)”, 2019, 21(1), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 173, < <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46780/567611> > Erişim Tarihi 29.10.2020.

<sup>28</sup> Onur Özcan, “Türk Hukukunda Çevre Suçları”, Mehmet Murat İnceoğlu (Derleyen), Uğur

#### 4.5. Netice

Kanaatimizce, gürültüye neden olma suçu, neticeli bir suçtur.<sup>29</sup> Bu suçun netice unsurunu, “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olan ve başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikteki bir gürültü*” şeklinde ifade etmek mümkündür.<sup>30</sup>

Sözlük anlamı itibarıyla gürültü, “Aralarında uyum bulunmayan düzensiz seslerin bütünü, patırtı, şamata”<sup>31</sup>; “Aralarında âhenk bulunmadığı için kulağa hoş gelmeyen çeşitli ve karışık seslerin meydana getirdiği kuvvetli ses, patırtı, şamata”<sup>32</sup> anlamlarına gelir. Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliğine<sup>33</sup> göre, Yönetmelik’te geçen “çevresel gürültü”; “*Ulaşım araçları, kara yolu trafiği, demir yolu trafiği, hava yolu trafiği, deniz yolu trafiği, açık alanda kullanılan teçhizat, şantiye alanları, sanayi tesisleri, atölye, imalathane, işyerleri ve benzeri ile rekreasyon ve eğlence yerlerinden çevreye yayılan gürültü dâhil olmak üzere, insan faaliyetleri neticesinde oluşan zararlı veya istenmeyen açık hava seslerini*” ifade eder (m. 4 (1)-m).

Öğretide ifade edildiği gibi, Db, “gürültüye değil sese ilişkin bir birim”dir ve “salt Db cinsinden büyüklüğünden hareketle gürültü vasfı taşıyan sesin asgari değerine ilişkin bir saptama yapmak mümkün değildir”<sup>34</sup>. Gerçekten,

---

Alacakaptan’a Armağan Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 580; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5054; Yokuş Sevik, s. 373; Yenerer Çakmut, s. 107; Aygörmez Uğurlubay, s. 471. “çalın alarmı uyarı asılsız olmasına rağmen kapatmayan sorumlu banka görevlisinin hareketi, ihmal suretiyle icrai olarak gerçekleştirilen bir harekettir” örneğini veren Karakurt Eren’e göre; “iş yerinde ses izolasyonu yapılmamasının” ve “konutta beslenen köpeklerin havlaması sebebiyle yayılan sesin engellenmemesinin” gürültüye neden olma suçunu “oluşturup oluşturmadığının tartışılması gerektiğine işaret eden Yargıtay kararları, uygulamada da aynı görüşün benimsendiğini göstermektedir.”: Karakurt Eren, s. 73.

<sup>29</sup> Bu suçun “maddi (neticeli) suç” olduğu görüşü için bkz.: Karakurt Eren, s. 71. Buna karşın, “şekli suç” nitelendirmesi için bkz.: Yılmaz, s. 167.

<sup>30</sup> Karakurt Eren’e göre, “failin hareketiyle dış dünyada meydana getirilen değişiklik yani netice, başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikteki gürültüdür.”: Karakurt Eren, s. 72 (vurgu tarafımızca eklenmiştir).

<sup>31</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 31.10.2020.

<sup>32</sup> Kubbealtı Akademisi Kültür ve Sanat Vakfı, Kubbealtı Lugatı, <<http://www.lugatim.com/s/g%C3%BCr%C3%BClt%C3%BC>> Erişim Tarihi 31.10.2020.

<sup>33</sup> Resmî Gazete, Tarih: 04.06.2010, Sayı: 27601.

<sup>34</sup> Karakurt Eren, s. 70. Yazar’a göre; “*Bir sesin hoş gitmesi ya da gitmemesi, insanları olumsuz etkilemeye müsait olması veya olmaması sadece sesin düzeyine göre değil, sesteki etkilenen insanların zevkleri, buldukları mekânın özgülendiği amaç, o yerde yürütülen faaliyet, zaman, sesin sıklığı, tipi gibi pek çok değişkene göre de farklılaşabilir*”: Karakurt Eren, s. 70.

bu suçun uygulanması bakımından “gürültü”nün kendi başına bir tanımını yapmak pek kolay değildir<sup>35</sup>. Diğer taraftan, Kanun’da gürültünün niteliğine ilişkin olarak iki belirleme/sınırlama yapılmıştır. Suçun gerçekleşmesi için, neden olunan gürültünün “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı*” ve “*başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli*”<sup>36</sup> olması gerekir. Bu iki hususa ilişkin belirleme/sınırlama biçimi de eleştiriye açıktır<sup>37</sup>. Diğer taraftan, gürültüye neden olma suçunun uygulanması açısından gürültü; “kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olan ve insan sağlığına zarar vermeye elverişli ses” olduğu ifade edilebilir.

Netice unsurunun tanımında yer verdiğimiz üzere, “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı*” olmak, gürültüye neden olma suçunda neticenin bir parçasıdır. Kanaatimizce, “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı*” olmak, “hukuka aykırılık” unsuru içinde değil, tipiklik içerisinde yani maddi unsur içinde değerlendirilmelidir<sup>38</sup>. Ancak, “*ilgili*

<sup>35</sup> Bkz.: Karakurt Eren, s. 71.

<sup>36</sup> TCK m. 183’ün gerekçesinde, “gürültünün başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli olabilecek şekilde *yüksek* olması gerekir” ifadelerine yer verilmiştir (italik vurgu tarafımızca eklenmiştir).

<sup>37</sup> *Karakurt Eren*, sağlığa zarar vermeye elverişlilik ölçütünün tespitindeki güçlükler değiştiğinden (s. 77-82) sonra, bu suç tipinin belirlilik esasına ve dolayısıyla Anayasaya aykırı olduğunu ifade etmektedir: Karakurt Eren, s. 82. “*İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler aykırı olma*” ölçütü de eleştiriye açıktır. Aşağıda belirtileceği üzere, uygulamada ve öğretilerde bu ölçütteki “kanun” ifadesinin bu konudaki kanunların yollama yaptığı yönetmelikleri de kapsadığı kabul edilmektedir. Madde metniyle, madde metninin anlaşılma biçimi arasında uyum sağlamak bakımından, ilgili düzenlemede “kanun” yerine “mevzuat” kelimesi daha uygundur. Yukarıda yer verildiği üzere, Alman Ceza Kanunu’nun 325a maddesinde de “*idare hukukundan doğan yükümlülükler*” ibaresi kullanılmıştır. Diğer taraftan, suç tanımının içeriğinin idari düzenlemelerle şekillenmesi, ayrıca bir değerlendirme konusudur.

<sup>38</sup> Aygörmez Ugurlubay, s. 475. Karakurt Eren, s. 83-85 (*Yazar*’a göre, 183’üncü maddede “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler aykırı olarak*” ifadesine yer verilme suretiyle “bu suç tipinde özel olarak hukuka aykırılığa işaret etmiştir.”: s. 83. *Yazar*, suçun kanuni tarifinde hukuka aykırılık ifadesine yer verilen hallerde nasıl bir değerlendirme yapılacağı konusundaki görüşlere yer verdikten (s. 83-84) sonra şu ifadelerde bulunmuştur: “*Bu bağlamda [...] “ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler aykırı olarak” ifadesinin suçun tipe uygunluk unsuru içerisinde incelenmesi gerektiğini savunmaktayız. Çünkü kanunımızca kanun koyucu belirtilen ifadeyi haksızlığın tümünü değerlendirci bir niteleme teşkil etmek üzere değil, suçun tipe uygunluk unsuru içinde yer alan objektif nitelikteki unsurlardan gürültüye neden olma eylemini sınırlandırmak için kullanmıştır.*”: s. 84-85. *Yazar*, “Bu sebeple TCK’nın 183. maddesinde yer alan “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler aykırı olarak*” ifadesini “*kanunlarda gürültüyle ilgili belirlenen yükümlülükler aykırı olarak*” şeklinde anlamak gerektiğini savun[duğunu]” ifade etmiştir: s. 85.). Alman Ceza Kanunu’nun 325a maddesinin birinci fıkrası bakımından, maddi unsur hakkındaki değerlendirmeler için bkz.: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Auflage,



*kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı*” olmak, tipikliğin “normatif” bir unsurudur; bu konuya, aşağıda “manevi unsur” başlığı altında değinilecektir. “İlgili kanunlarla” ibaresinden, bu kanunların yollama yaptıkları yönetmelikler de anlaşılmaktadır<sup>39, 40</sup> İdari mevzuatın da bu kapsamda anlaşılması ile bu suç “idare hukukuna bağlı” olmaktadır<sup>41</sup>.

Neden olunan gürültünün, “ortalama insan duyu yetisine göre, sağlığa zarar verme potansiyeli” bulunması<sup>42</sup>; bu “gürültü içerisinde başkasının sağlığının zarar görme tehlikesinin, potansiyel olarak barınması”<sup>43</sup> gerekir. Gürültünün, “bu gürültüye maruz kalan kimselerin beden ve ruh sağlığının bozulması riski ile karşı karşıya gelinmesi” düzeyinde olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>44</sup>. Dolayısıyla, bu özellikleri taşıyan bir gürültü mevcut olmadıkça, suçun netice unsuru gerçekleşmemiş olur.<sup>45</sup> 183’üncü madde metninde,

---

2018, § 325a, kn. 4; Alt, Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage, 2019, § 325a, kn. 6 (Almanca kaynaklardan tercüme ederek aktaran Dr. Öğr. Üyesi Selman Dursun’a teşekkür ederim).

<sup>39</sup> Yargıtay 18. CD, 01.06.2016, E. 2015/13033, K. 2016/12044: “*Maddede sözü edilen “ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülük”; 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun “çevreyi kirletmeme” ilkesi gereğince çerçeve olarak benimsediği düzenlemeye dayanılarak oluşturulan yönetmeliklerde açıklanan “çevresel gürültüye neden olmama” yükümlülüğünü ifade etmektedir.*” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (Erişim: 9.12.2020); Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5052; Yargıtay 4. CD, Tarih: 31.1.2013, E. 2012/24069, K. 2013/2525: Yılmaz, s. 169; Yargıtay 4. CD, Tarih: 27.3.2013, E. 2012/21910, K. 2013/8802: Yılmaz, 161 ve 163; Yokuş Sevik, s. 373; Yenerer Çakmut, s. 107; Yılmaz, s. 168-169. Çevrenin kasten kirletilmesi suçuna ilişkin 181’inci maddede yer alan “*ilgili kanunlarla*” ibaresi hakkında bkz: Serdar Talas, “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları”, 2013, LXXI(1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 1153, < <https://dergipark.org.tr/tr/pub/uhfm/issue/9188/115207>> Erişim Tarihi 29.10.2020. Alman Ceza Kanunu’nun yukarıda yer verilen 325a maddesinde “*idare hukukundan doğan yükümlülükleri ihlal ederek*” ibaresine yer verilmiştir. Tercüme metin: Yenisey/Plagemann, s. 463.

<sup>40</sup> Bu yönetmeliklere örnek olarak, “Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği” ve “Motorlu Araçların Dış Gürültü Emisyonları ve Egzoz Sistemleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği” gösterilebilir.

<sup>41</sup> Bkz. Aygörmez Uğurlubay, s. 475.

<sup>42</sup> Aygörmez Uğurlubay, s. 474.

<sup>43</sup> Aygörmez Uğurlubay, s. 127.

<sup>44</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5053.

<sup>45</sup> Bir görüşe göre: “[...] öğretilerde gürültüye neden olma suçunun mağdurunun gürültünün duyulduğu yerdeki toplum olduğu yönünde yapılan dar kapsamlı tespiti katılmaktayız. İfade edilen tespitten hareketle TCK’nın 183. maddesinde tanımlanan gürültüye neden olma eyleminin, gürültüden fail dışında hiç kimsenin etkilenme olasılığının bulunmadığı bir yerde gerçekleştirilmesi halinde mağdurun yokluğu nedeniyle incelediğimiz suç tipinin oluşmayacağı kanaatindeyiz”: Karakurt Eren, s. 65.

“sağlık”, “işitme sağlığı”yla sınırlanmamıştır<sup>46</sup>. “Başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişlilik” değerlendirmesi, birçok zaman uzman görüşünü gerektirir. Bu uzmanların kulak burun boğaz uzmanlarından ya da “işitme-denge bilimi” (odyoloji) uzmanlarından ibaret olmadığı açıktır<sup>47</sup>. Yargıtay, aşağıdaki hususları beyan etmiştir:

“Yönetmelikte gürültü kaynaklarına göre belirlenen kriter ve göstergeleri aşan her gürültünün, TCK’nın 183. maddesi kapsamında “insan sağlığının zarar görmesine elverişli” olduğu söylenemez.

Mevzuat ve düzenleyici işlemlerde, hangi ses düzeyinin insan sağlığının zarar görmesine elverişli olduğu açıkça belirlenmediğine göre, sorunun, sesin düzeyi, sıklığı, saati, kaynağı, mesafesi gibi hususlar gözetilerek somut olayın özelliklerine göre bilimsel veriler yardımıyla uzman bilirkişilerin görüşleri yardımıyla çözüme kavuşturulması gerekir.”<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Karakurt Eren, s. 77.

<sup>47</sup> Yargıtay’ın, bilirkişi incelemesi için dosyanın üniversitelerin “Kulak Burun Boğaz Anabilim dalında uzman Kulak Burun Boğaz hekimlerinden, tercihen odyoloji uzmanlığı bulunan iki hekim ve yine bir odyologdan oluşacak üç kişilik heyete tevdi edilerek, somut olayda gürültünün, insan sağlığının zarar görmesine elverişli olup olmadığı yönünde rapor alınarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekir” şeklinde kararları vardır (4. CD, T. 19.1.2015, E.2013/30354, K.2015/1453; 4. CD, T. 19.1.2015, E. 2013/24261, K. 2015/1454; 4. CD, T. 19.2.2015, E.2015/1619, K.2015/21076); Gökhan Taneri, Çevreye Karşı suçlar, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, 2016, s. 177-179. Karakurt Eren, bu kararın, “gürültünün sadece işitme sağlığı açısından risk oluşturabileceği yanlıgısını içerdiğinden isabetsiz” olduğunu ifade etmiştir: Karakurt Eren, s. 82, dn. 79. Diğer taraftan, bkz.: 18. CD, 15.10.2019, E. 2019/8869, K. 2019/14457: “İnceleme konusu somut olayda; üniversitelerin, Kulak Burun Boğaz Anabilim dalında uzman Kulak Burun Boğaz hekimlerinden, tercihen odyoloji uzmanlığı bulunan iki hekim ve yine bir odyologdan oluşacak üç kişilik heyete dosya tevdi edilerek, somut olayda gürültünün, insan sağlığının zarar görmesine elverişli olup olmadığı yönünde rapor alınarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekir ise de bu hususa aykırılığın olağan Yasa yolu ile denetlenebileceği, somut olayda, mahkemece, dosya kapsamındaki deliller değerlendirilip sanığın, gürültüye neden olduğu kabul edilerek mahkumiyet hükmü kurulduğuna göre, delil takdiri yapılarak verilen bu karar aleyhine, takdirde yanılıgıya düşüldüğünden bahisle, kanun yararına bozma yoluna başvurulamayacağından, kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmiştir.” (https://karararama.yargitay.gov.tr/) (Erişim: 10.12.2020).

<sup>48</sup> Yargıtay 4. CD., T. 19.1.2015, E. 2013/24365, K. 2015/1452: Taneri, s. 157. Yargıtay 18. CD, 18.02.2019, E. 2017/6863, K. 2019/3251: “Yukarıdaki açıklamalara göre somut olayda, 18/07/2016 bilirkişi raporunda, gürültü ölçümü yapılan noktalarda tutulan tutanakta hangi mesafeden ölçüm yapıldığı ve kaç adet hoparlör kullanıldığı belirtilmediğinin tespit edilmesi karşısında, 09/07/2012 tarihli tutanak tanıkları dinlenerek hangi mesafeden ölçüm yapıldığı tespit edilip gerekirse yeniden değerlendirme için ek bilirkişi raporu alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı [...]” (https://karararama.yargitay.gov.tr/) (Erişim: 10.12.2020).

Gürültüye neden olma suçunun oluşması için bir zararın meydana gelmesine gerek yoktur; bu suç bir tehlike suçudur. Aşağıda, tehlike suçları hakkında genel değerlendirmelere ve gürültüye neden olma suçunun tehlike suçları içindeki konumuna ilişkin tespitlere yer verilecektir.

## 5. TEHLİKE SUÇLARINA İLİŞKİN TESPİTLER VE GÜRÜLTÜYE NEDEN OLMA SUÇUNUN BU SUÇLAR İÇERİSİNDEKİ YERİ

Gürültüye neden olma suçunun tamamlanabilmesi için bir zararın oluşması gerekmez; bu suç bir tehlike suçudur.<sup>49</sup> Gürültüye neden olma suçunun “somut tehlike suçu” olduğuna<sup>50</sup> ve “potansiyel tehlike suçu” olduğuna<sup>51</sup> ilişkin görüşler beyan edilmiştir. Gürültüye neden olma suçunun tehlike suçları içindeki konumu bakımından beyan edilen görüşlerin ortak noktası, bu suçun “salt” soyut tehlike suçu olmamasıdır. Diğer bir deyişle, bu görüşler, hâkimin tehlikeye ilişkin olarak bir tespitte bulunması gerektiği konusunda birleşmektedir. Kanaatimizce, bu suç, tehlike suçları içinde, “tehlikeye elverişli suçlar”<sup>52</sup>a uygun şekilde düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, ne gürültüye neden olma suçunun bir “tehlikeye elverişli suç” olduğunu ifade edebilmek yalnızca madde metninde “elverişli” ibaresinin geçmesine

<sup>49</sup> Yargıtay 18. CD, 01.06.2016, E. 2015/13033, K. 2016/12044: “TCK’nın 183. maddesinde suç olarak tanımlanan gürültünün insan sağlığının zarar görmesine “elverişli” olması gerektiği kabul edilmiştir. Bu durumda “elverişlilik” ibaresinin, insan sağlığının zarar görmesi ihtimalini, zarar vermeye uygun olmayı ifade ettiği, dolayısıyla suçun tehlike suçu olarak düzenlendiği, suçun oluşumu için somut zararın gerçekleşmesi gerekmediği kabul edilmelidir.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (Erişim: 9.12.2020).

<sup>50</sup> R. Barış Erman, “TCK Tasarısında Çevre Suçları”, Sonbahar 2004, S. 2, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 189; Özcan, s. 579; Gezgin Kayan, s. 115, 116, 117 ve 119; Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 5053; Yokuş Sevük, s. 374; Yenerer Çakmut, s. 108; Yılmaz, s. 170; Ünal, s. 310. Yargıtay 18. CD, 07.01.2019, E. 2016/14794, K. 2019/31; 18. CD, 18.02.2019, E. 2017/6863, K. 2019/3251: “Bu suçun oluşması için sanığın ilgili Kanunlarda belirlenen yükümlülükleri aykırı olarak başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olması yeterlidir. TCK’nın 183. maddesindeki suç somut tehlike suçudur. Suçun oluşması için gürültüye maruz kalan kişinin sağlığının bozulması gerekmez, gürültünün insan sağlığını tehlikeye düşürmeye elverişli olması yeterlidir.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (Erişim: 10.12.2020).

<sup>51</sup> Bu suçun bir “potansiyel tehlike suçu” olduğu görüşü için bkz.: Aygörmez Uğurlubay, s. 127 ve 471; Karakurt Eren, s. 76-77. Alman Ceza Kanunu’nun 325a maddesindeki düzenlemeye yukarıda yer verilmişti. “Alman öğretisinde [... düzenleme biçimindeki] farklılığa dikkat çekilerek Alman Ceza Kanunu’nun 325a maddesinin ilk fıkrasındaki suçun potansiyel tehlike suçu, ikinci fıkrasında düzenlenen suçun ise somut tehlike suçu vasfı taşıdığı tespiti yapılmaktadır. Bkz. Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, §41, Rn.66-68; Eisele, §70, Rn.1328; Heine, §325a, Rn.1.”: Karakurt Eren, s. 76, dn. 63.

<sup>52</sup> Bu konuda tercih ettiğimiz terminoloji konusunda aşağıda açıklamalar bulunmaktadır.

bağlıdır ne de “elverişlilik” veya benzer bir ifadenin madde metninde geçtiği her suçta sadece bu sebeple baştan “tehlikeye elverişli suç” olarak kabul etmek gerekir. Aşağıda, gürültüye neden olma suçunun, tehlike suçları içindeki konumunun belirlenebilmesi için farklı yorum vasıtalarından yararlanılacaktır.

Gürültüye neden olma suçunun, tehlike suçları içindeki yerinin tespitini aşan bir mesele olarak, Türk ceza hukuku sisteminde yer alan tehlike suçlarının kaleme alınmış şeklinin<sup>53</sup> gözden geçirilmesi gereklidir. Aşağıda, gürültüye neden olma suçunun tehlike suçları içindeki yerinin yorumlanmasında, bazı tehlike suçlarının TCK’daki düzenlenme biçimleri, ilgili madde gerekçeleriyle birlikte ele alınacaktır.

TCK’nın “Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması” başlıklı 170’inci madde düzenlemesi şu şekildedir:

*“Madde 170- (1) Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda;*

*a) Yangın çıkaran,*

*b) Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan,*

*c) Silahla ateş eden veya patlayıcı madde kullanan,*

*Kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”*

170’inci madde gerekçesinde, maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemenin bir “somut tehlike suç”; ikinci fıkrasındaki düzenlemenin ise bir “soyut tehlike suç” olduğu ifade edilmiştir. Halbuki birinci fıkrada, “tehlike oluşturan” ve “korku, kaygı veya panik meydana getiren” ifadelerinin ya da benzeri ifadelerin kullanımıyla terkip edilecek cümleler, bir somut tehlike suçunun düzenlenmesi bakımından daha münasip olurdu. “Tehlike oluşturan/ meydana getiren; tehlikeye atan/sebebiyet veren” gibi ifadeler bir somut

<sup>53</sup> Alman öğretisinde tehlike suçlarının kaleme alınış biçimi hakkında bkz.: Uğur Ersoy, “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, Ocak 2020, Yıl 11, S. 41, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 49-50, <<https://yayin.taa.gov.tr/dergiler/taad/taad-41>> Erişim Tarihi 14.11.2020.

tehlike suçu düzenlemesi için daha uygun olsa da, madde metnindeki “*tehlikeli olacak biçimde*” ibaresinin de somut tehlikeyi ifade ettiği düşünülebilir. Zira burada, “*-ebilecek*” kalıbı yerine “*-ecek*” kalıbı kullanılmıştır. Diğer taraftan, “*korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda*” ibaresi, bir somut tehlike suçu düzenlemesi için uygun gözükmemektedir.<sup>54 55</sup>

Yine, TCK m. 171 (1)’de yer alan “*Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması*” suçunun madde metninden ve gerekçesinden, bu düzenlemenin, m. 170 (1) ile paralel bir şekilde kaleme alındığı anlaşılmaktadır. M. 171 (1)’in gerekçesinde, cezaya hükmedebilmek için somut bir tehlikenin meydana gelmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, m. 170 (1)’de “*tehlikeli olacak biçimde*” ibaresi kullanılmışken, “m. 171 (1)’de, “*fiilin [...] tehlikeli olması hâlinde*” ibaresi kullanılmıştır.

“*Radyasyon yayma*” suçunun düzenlendiği 172’nci maddenin birinci fıkrasında, “*sağlığını bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak surette*” ifadesine yer verilmiştir ve gerekçede bu düzenlemenin somut tehlike suçu düzenlemesi olduğu belirtilmiştir. Gerekçede, maddenin ikinci fıkrasında, bu fiilin “*belirsiz sayıda kişilere karşı*” işlenmiş olmasına ilişkin olarak, özel bir suçların içtimaı hükmü getirildiği ifade edilmiştir. Üçüncü fıkrada yer alan “*önemli ölçüde zarar vermeye elverişli olacak biçimde*” ibaresi hakkında, gerekçede somut/soyut tehlike bakımından açık bir belirleme bulunmamaktadır. Dördüncü fıkrada bulunan taksirli suç bakımından,

<sup>54</sup> Ünal’a göre, m. 170 (1)’deki düzenlemenin elverişlilik suçu olarak kabul edilmesi onu “*somut tehlike suçlarından soyut tehlike suçlarına doğru kaydıracak*” ve “[b]u durum ceza hukuku sorumluluğunun genişlemesi anlamına gelecektir”; hâkim, “*somut tehlikenin meydana gelip gelmediği yönünde bir araştırma girişiminde bulunmayacak sadece hareketin elverişli oluşunun tespiti ile yetinecektir*”. Böylece Yazar’a göre, “TCK m. 170, f. 1’deki hüküm ile bir soyut tehlike suçu olan f. 2’deki hüküm arasında bir farklılık neredeyse oluşmayacaktır.” Yazar’a göre, birinci fıkradaki düzenlemenin bu minvalde elverişlilik suçu olarak kabul edilmesi hâlinde, “*yangın tehlikesine neden olma fiilini düzenleyen f. 2’deki hükme gerek de kalmayacaktır. Zira yangın tehlikesine neden olmak fiili de elverişli hareketlerle işlenebilir*”: Ünal, s. 309. Ünal’a göre; “*madde lafzından hareket edilerek bu suçun elverişlilik suçu olması madde hükmünün düzenlenme amacıyla, gerekçede öne çıkarılan hususlar ve Türk ceza hukuku sistemindeki tehlike suçlarının yapısıyla bağdaşmamaktadır*”: Ünal, s. 310.

<sup>55</sup> Yargıtay 15. CD, T. 15.10.2014, E. 2014/17982, K. 2014/16463: “*Yangın çıkarmaktan söz edilebilmesi için ateşe vermenin ya da yakmanın belirli bir ağırlığa erişmesi, ateş konulan cismin, kişiler ve mallar üzerinde genel bir tehlike doğurmaya elverişli şekilde yanmaya başlaması, yaygınlaşma eğilimi göstermesi gerektiği, yakma henüz yangın halini almadan söndürülmüş veya sönmüşse yangından değil, 170. maddenin 2. fıkrasında yaptırma bağlanan yangın tehlikesinden söz edilebileceği*”: (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>) (Erişim: 3.12.2020). Bu karardan, Ünal, s. 313, dn. 1561 vesilesiyle haberdar olunmuştur.

gerekçede, üçüncü fıkranın gerekçesine atıfta bulunulmuştur.

“*Atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme*” suçunun düzenlendiği 173’üncü maddenin birinci fıkrasında, “*önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet veren*” ibaresi kullanılmıştır. Madde gerekçesinde somut/soyut tehlike bakımından açık bir belirleme bulunmamaktaysa da, bu düzenleme, net bir somut tehlike suçu düzenlemesi olarak gözükmektedir.

“*Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlâli*” başlıklı 175’inci maddenin birinci fıkrasında, “*tehlikeli olabilecek şekilde*” ibaresi kullanılmıştır. Madde gerekçesinde, “*maddenin düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere fiil somut tehlike suçu niteliğindedir*” açıklamasına yer verilmiştir. Gerekçede, “-ebilecek” kalıbıyla düzenlenen bir ibarenin, somut tehlike olarak açıklanmış olmasına dikkat edilmelidir.

“*İnşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama*” başlıklı 176’ncı maddenin birinci fıkrasında, “*inşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirleri almayan*” ifadesine yer verilmiştir. Madde gerekçesinde, fiilin somut tehlike suçu niteliğinde olduğu belirtilmiştir.

“*Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması*” başlıklı 177’nci maddenin birinci fıkrasında, “*tehlikeli olabilecek şekilde*” ibaresine yer verilmiştir. Madde gerekçesinde, fiilin somut tehlike suçu niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Gerekçede, “-ebilecek” kalıbıyla düzenlenen bir ibarenin, somut tehlike olarak açıklanmış olmasına dikkat edilmelidir.

“*Trafik güvenliğini tehlikeye sokma*” başlıklı 179’uncu maddenin birinci fıkrasında, “*bir tehlikeye neden olan*” ibaresine yer verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, “*tehlikeli olabilecek şekilde*” ibaresine yer verilmiştir. Madde gerekçesinin, ikinci fıkraya ilişkin kısmında, bu suçun somut tehlike suçu niteliği taşıdığı belirtilmiştir. Yine, gerekçede, “*bu suçun oluşabilmesi için, aracın, tehlikeli bir şekilde sevk ve idare edilmesi gerekir*” açıklamasına yer verilmiştir. Dahası, gerekçede, bu suçun, aracın, trafik güvenliği için öngörülmüş bakım ve onarımlar yapılmadan trafiğe çıkarılması hâlinde de işlenebileceği ifade edildikten sonra, ancak bunun için ayrıca “*bir tehlikeye neden olunması*” gerektiği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, madde metninde “*tehlikeli olabilecek şekilde*” ibaresi kullanılmışken, gerekçede bu husus “*tehlikeli bir şekilde*” ve “*bir tehlikeye neden olunması*” ibareleriyle açıklanmıştır. 179’uncu maddenin üçüncü fıkrasında, “*alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare*

*edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanan*” ifadesine yer verilmiştir. Gerekçede, üçüncü fıkradaki düzenleme için, somut/soyut tehlike bakımından açık bir belirleme bulunmamaktadır.

“*Trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma*” başlıklı 180’inci maddenin birinci fıkrasında “*bir tehlikeye taksirle neden olan*” ibaresine yer verilmiştir. Gerekçede, bu düzenleme için, somut/soyut tehlike bakımından açık bir belirleme bulunmamaktadır.

“*Çevrenin kasten kirletilmesi*” başlıklı 181’inci maddenin birinci fıkrasında, “*çevreye zarar verecek şekilde*” ibaresine yer verilmiştir. Gerekçede, “*kirletme dolayısıyla ceza yaptırımını uygulanabilmesi için, bunun çevreye zarar verecek boyutta olması gerekir.*” açıklamasına yer verilmiştir.

“*Zehirli madde katma*” başlıklı 185’inci maddenin birinci fıkrasında, “*tehlikeye düşüren*” ibaresine yer verilmiştir. Gerekçede, “*maddeden açıkça anlaşılacağı üzere, fiil somut tehlike suçudur.*” açıklamasına yer verilmiştir.

“*Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti*” başlıklı 186’ncı maddenin birinci fıkrasında, “*kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satan, tedarik eden, bulunduran*” ifadesine yer verilmiştir. Gerekçede, bu düzenleme için, somut/soyut tehlike bakımından açık bir belirleme bulunmamaktadır.<sup>56</sup>

“*Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma*” başlıklı 187’nci maddenin birinci fıkrasında “*kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan*” ifadesine yer verilmiştir. Gerekçede, bu düzenleme için, somut/soyut tehlike bakımından açık bir belirleme bulunmamaktadır.

İnceleme konumuz olan “*Gürültüye neden olma*” başlıklı 183’üncü maddede ise “*zarar görmesine elverişli bir şekilde*” ibaresi kullanılmıştır.

---

<sup>56</sup> Zarar suçu/tehlike suçu ayrımının korunan hukuki değere veya suçun konusuna nispetle yapılması ve TCK. m. 186 (1)’de yer alan suçun konusu ve bu düzenlemeyle korunan hukuki değer hakkındaki açıklamalardan (s. 96-97) sonra yapılan, “*Bütün bu açıklamalarımız neticesinde, kanaatimizce TCK m. 186’daki suçun somut tehlike suçu olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Bundan ziyade ilgili suç, “soyut-somut tehlike suçu” ya da “el-verişlilik suçu” olarak nitelendirilmeye uygun gözükmektedir.*” değerlendirmesi için bkz.: Mehmet Maden, “Gıda Ceza Hukukunun Bazı Temel Kavramları ve Genel Yapısı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme”, 2019, 7(1), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 97 (Erişilebilir adres (15.01.2021): <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/46817/587072>).

Gerekeçede, “*gürültünün başkalarının sağlığının zarar görmesine elverişli olabilecek şekilde yüksek olması gerekir.*” açıklamasına yer verilmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nun, tehlike suçlarına ilişkin olarak yukarıda yer verdiğimiz madde gerekçelerinde, soyut ve somut tehlike suç kategorileri dışında bir ara kategoriye yer verilmemiştir. Kanun’da tehlike suçları düzenlenirken, bu ikili ayrıma göre bir yorum yapılmış olması kuvvetle muhtemeldir. Kanun’un hazırlandığı dönemde, öğretide de bu ikili ayrımın ön planda olduğu göz önünde tutulmalıdır. Bu hususlar dikkate alındığında, madde metinleri ve gerekçelerinin arkasında yatan düşünceye göre, gürültüye neden olma suçunun, somut tehlike suçu olarak görülmüş olması kuvvetle muhtemeldir ve bu durum, tehlike suçlarının türlerinin somut ve soyut tehlike suçlarından ibaret olduğunun kabul edilmesi hâlinde doğaldır.

TCK’da, somut tehlikeyi ifade etmek için kullanılan ibareler arasında bir uyum olmadığı görülmektedir. Ele alınan madde gerekçelerine göre, “*tehlikeli olacak biçimde*”; “*korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda*”; “*fülin [...] tehlikeli olması hâlinde*”; “*sağlığını bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak surette*”; “*tehlikeli olabilecek şekilde*”; “*inşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirleri almayan*” ve “*tehlikeye düşüren*” ibareleri, somut tehlikeyi ifade etmektedir. Gürültüye neden olma suçunun düzenlendiği 183’üncü maddede ise “*zarar görmesine elverişli bir şekilde*” ibaresi kullanılmıştır. Bu hususlar dikkate alındığında, madde metinleri ve gerekçelerinin arkasında yatan düşünceye göre, gürültüye neden olma suçunun, somut tehlike suçu olarak değerlendirilmiş olması kuvvetle muhtemeldir.

Gürültüye neden olma suçunun, tehlike suçları içindeki konumunun yorumlanmasında, ceza hukukunun “son çare” olma özelliği ve “ölçülülük” ilkesi dikkate alınabilir. Kabahatler Kanunu’nun “Gürültü” başlıklı 36’ncı maddesinin birinci fıkrasına göre; “*başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.*”. “Gürültüye neden olma” suçuna ilişkin TCK m. 183 (1) düzenlemesi ise şu şekildedir: “*İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi, iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” İki düzenlemede yer alan yaptırımlar, hukuki sonuçlarıyla birlikte dikkate alındığında, TCK m. 183’ün bir somut tehlike suçu olarak görülmesi imkân dâhilindedir.



Yorumda kullanılabilecek bir diğer vasıta, yine “ölçülülük” ilkesiyle ilgili olarak, m. 183 (1)’de yer alan suçun ve yaptırımının diğer suç ve yaptırımlarla mukayesesi olabilir. TCK’nın, madde gerekçelerinde somut tehlike suçu olduğu ifade edilen, örneğin, m. 175 (1), 176 (1), 177 (1) ve 179 (2) düzenlemelerinde yer alan suçlar ve yaptırımlarla karşılaştırıldığında, m. 183 (1)’de yer alan düzenlemenin de somut tehlike suçu olarak yorumlanması mümkün gözükmemektedir.

Normun değerlendirilmesinde şüphe durumunda, şüphenin lehe yorumlanması ilkesinden hareketle de, m. 183 (1)’de yer alan düzenlemenin, somut tehlike suçu olarak yorumlanması imkân dâhilindedir. Zira düzenlemenin “somut tehlike suçu” olarak kabul edilmesi, “tehlikeye elverişli suç” olarak kabul edilmesine nispetle, müstakbel veya huzurdaki zanlının lehinedir.

Öğretide, tehlike suçlarının, ikili<sup>57</sup>, üçlü<sup>58</sup> ve dörtlü<sup>59</sup> ayrıma tâbi tutulduğu görülmektedir.<sup>60</sup> Dörtlü ayrımında<sup>61</sup>, tehlike suçları, “soyut tehlikeye atma suçları”; “elverişlilik suçları” (*Einigungsdelikte*) veya “soyut-somut tehlikeye atma suçları”; “varsayılan/hipotetik veya olası/potansiyel tehlikeye atma suçları” ve “somut tehlikeye atma suçları” olarak sınıflandırılmaktadır. Diğer taraftan, öğretide, kimi ayrımlarda<sup>62</sup>, “elverişlilik suçları”<sup>63</sup> ile “potansiyel tehlike suçları” ve “somut-soyut tehlike suçları” terimlerinin aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir.

Terminoloji konusundaki tercihler değerlendirilirken, “soyut” ve “somut” tehlike suçundan ne anlaşıldığına ve “tehlikeye elverişli” suçların veya “somut tehlikeye elverişli” suçların konumlandırılmasında/tavsifinde

---

<sup>57</sup> Örn. Özgenç, s. 221.

<sup>58</sup> Örn. Aygörmez Uğurlubay, s. 112, dn. 472’de belirtilen eserler.

<sup>59</sup> Örn. Martín, s. 45-46.

<sup>60</sup> Genel olarak, “Tehlike Suçlarında Ayrımlar” konusu için bkz. Vesile Sonay Daragenli, Tehlike Suçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, 1998, s. 42-64.

<sup>61</sup> Martín, s. 45-46.

<sup>62</sup> Örn. Bkz. Aygörmez Uğurlubay, s. 114.

<sup>63</sup> “Potansiyel tehlike suçları”; “somut-soyut tehlike suçu” ve “elverişlilik, uygunluk ya da yetkinlik suçları” şeklindeki tercihler için bkz: Aygörmez Uğurlubay, s. 114. Bu suçların müstakil bir suç şekli değil, soyut ya da somut tehlike suçlarının bir türü olduğu konusundaki görüşler için bkz.: Aygörmez Uğurlubay, s. 115-116. “Özel soyut tehlike suçları; soyut potansiyel tehlike suçları; somutlaştırılmış soyut tehlike suçları; soyut elverişlilik suçları; elverişlilik suçları; soyut-somut tehlike suçları; somut-soyut tehlike suçları” kullanımları bulunduğu dair olarak bkz.: Ersoy, s. 49.

“soyut” ve “somut” tehlike suçlarının hangi özelliğinden/özelliklerinden hareket edildiğine dikkat edilmelidir. Diğer bir anlatımla, bu konudaki müzakerelerde, bütün katılanların aynı kavramdan aynı manayı çıkarması gerekir. Aksi takdirde, örneğin, görüşlerden birinde “somut tehlike suçu” olmadığı değerlendirilen bir suç, diğer bir görüşe göre “somut tehlike suçu” olarak değerlendirilebilir, ancak görünüşte farklı olan bu görüşler, esasında farklı olmayabilir. Zira bu örnekte, birinci görüşte “tehlikeye elverişlilik” veya “potansiyel tehlike” suçları, tehlike suçlarının sınıflandırılmasında, somut ve soyut tehlike suçlarının arasında üçüncü bir kategori olarak kabul edilmektedir ve söz konusu suçun bu üçüncü kategoriye girdiği, dolayısıyla, “somut tehlike suçu” olmadığı benimsenmektedir. Bu örnekte, ikinci görüşte ise, tehlike suçlarının, somut ve soyut tehlike suçlarından ibaret olduğu kabul edilmekte, dolayısıyla, söz konusu suçun, somut tehlike suçları içinde farklılıklar olabileceği kabul edilmekle birlikte, nihayetinde “somut tehlike suçu” olduğu benimsenmektedir. Bu iki görüş, görünüşte farklı olmasına rağmen, hâkimin, söz konusu suç bakımından, tehlikeye ilişkin olarak neyi tespit etmesi gerektiği konusunda hemfikiridir.

Tehlike suçlarında, yukarıda yer verilen veya verilmeyen farklı tasnifler kullanılabilir. Ancak, hangi tehlike suçunda, hâkimin neyi tespit etmesi gerektiğinin belirlenmesi icap eder.

Örneğin, ikili bir tasnifle, tehlike suçlarının soyut/somut şeklinde ikiye ayrılması ve “gerçekten” somut olanlar dışındaki bütün tehlikelerin “soyut” tehlike olduğunun kabul edilmesi tercih edilebilir. Ancak, bu tercihte, soyut tehlike suçu olarak kabul edilen suçlardan hangisindeki tehlikenin, tabir uygunsa, diğerinden daha “soyut” olduğunun belirlenmesine ihtiyaç duyulabilir. Böylece bu tercihte, aşağıda bahsedeceğimiz iki ara kategori, soyut tehlike suçlarının alt kategorileri olarak da ele alınabilir.

Yine, örneğin, soyut/somut tehlike suçları şeklindeki ikili ayrımın benimsenmesi ve hâkimin tehlikeyle ilgili herhangi bir belirleme yapmasının gerekli olduğu bütün tehlike suçlarının somut tehlike suçu olarak kabul edilmesi tercih edilebilir. Ancak, bu tercihte, somut tehlike suçu olarak kabul edilen suçlardan hangisindeki tehlikenin, tabir uygunsa, diğerinden daha “somut” olduğunun belirlenmesine ihtiyaç duyulabilir. Böylece bu tercihte, aşağıda bahsedeceğimiz iki ara kategori, somut tehlike suçlarının alt kategorileri olarak da ele alınabilir.

Bu çalışmada, konunun daha açık olarak anlatılabilmesi için, öncelikle,

dörtlü bir ayırımla, tehlike suçları bakımından, “somut tehlike suçları”; “birinci derece tehlikeye elverişli suçlar” (“somut tehlikeye elverişli suçlar”); “ikinci derece tehlikeye elverişli suçlar” ve “soyut tehlike suçları” terminolojisi hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.<sup>64</sup>

Soyut tehlike suçlarının oluşumunu tespit bakımından, hâkimin bir tehlikenin aktüel biçimde meydana gelmiş olup olmadığını araştırması gerekmez.<sup>65</sup> Hâliyle, gerçekleştirilen hareketle tehlike arasında nedensellik bağının araştırılmasına gerek yoktur<sup>66</sup>. “İkinci derece tehlikeye elverişli suçlar” da ise, hâkimin tespit etmesi gereken husus, zarar tehlikesi oluşturmaya elverişli bir durumun varlığıdır<sup>67</sup>. Buradaki elverişlilik, tespit edilebilir bir nitelik taşıdığından, gerçekleştirilen hareket ile oluşan elverişli durum arasındaki nedensellik bağı araştırılır<sup>68</sup>. Hâkimin, “ikinci derece tehlikeye elverişli suçlar”da, “ihlâlin tehlikeli bir durum oluşturmaya gerçekten elverişli olduğunu tespit etmesi gerekir”; “birinci derece tehlikeye elverişli suçlar” da (“somut tehlikeye elverişli suçlar”da) ise, buna ilâveten, “tehlikeli durumun bir veya birden fazla kişiyle temas etme ihtimalinin (likely) olup olmadığını tespit etmesi gerekir”<sup>69</sup>. “Somut tehlikeye elverişli suçlar”da (“birinci derece tehlikeye elverişli suçlar”da) “fiil, her ne kadar somut bir tehlike meydana getirmemekteyse de en azından somut bir tehlike meydana getirmeye *elverişli*

<sup>64</sup> Aşağıda bu terimlerden ikincisi ve üçüncüsü açıklanırken atf yapılan eserlerde, bu terimlere aynıyla yer verilmemiştir. Atf yaptığımız eserlerdeki düşünceler, kullandığımız dörtlü tasnife uygun hâle getirilmiştir.

<sup>65</sup> Özgenç, s. 221. Konuyla ilgili açıklamalar için bkz.: Ömer Metehan Aynural, Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK 179 / 3), 1. Baskı, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No: 15, On iki Levha Yayıncılık, 2018, s. 30 vd.

<sup>66</sup> Bkz. Aygörmez Uğurlubay, s. 114.

<sup>67</sup> Bkz. Aygörmez Uğurlubay, s. 473.

<sup>68</sup> Bkz. Aygörmez Uğurlubay, s. 116-117. Ünal’a göre; “Her ne kadar fiil ile somut tehlike arasında bir nedensellik ilişkisinin var olduğu ileri sürülse de somut tehlikeyi araştırmaması, soyut tehlike suçlarındaki fiilin elverişli oluşunu değerlendirmede anlamına gelmemektedir.”; “Türk ceza hukuku sisteminde soyut tehlike suçlarının işlenmesinde elverişlilik zaten suçun maddi unsurlarındaki hareket bağlamında ele alınmaktadır”; “Dolayısıyla hakim açısından bunun araştırılması için kanuni bir uyarıya ihtiyaç bulunmadığından elverişlilik suçu gibi yeni tehlike suçu tipi öngörülmesine gerek bulunmamaktadır. Zira Alman ceza hukukundaki soyut tehlike suçlarını sınırlama yaklaşımının Türk ceza hukuku açısından bir karşılığı mevcut değildir.”; “TCK’daki bazı suç tiplerinde yer alan ifadelerden hareket ederek elverişlilik suçlarının olduğu yönündeki değerlendirmelere katılmak mümkün değildir.”: Ünal, s. 312-313.

<sup>69</sup> Martín, s. 45.

olmaktadır”<sup>70</sup>. Böylece hâkim, “hareketin [somut] tehlikeyi oluşturmaya elverişli olup olmadığını her somut olayın özelliğine göre araştırmak zorundadır”<sup>71</sup>. Somut tehlike suçlarında ise hâkimin, suç fiilinin gerçekten bir veya birden fazla kişiyi tehlikeye attığını, tehlikenin fiilen gerçekleşmiş olduğunu tespit etmesi gerekir<sup>72</sup>. Dolayısıyla, gerçekleştirilen hareketle meydana gelen ve tespit edilen somut tehlike arasında nedensellik bağının belirlenmesi icap eder<sup>73</sup>.

“Gürültüye neden olma” suçunun ihdasında, “gürültüye neden olarak başka bir kimsenin sağlığı bakımından tehlikeye neden olmak” gibi bir ifade değil, “*başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olmak*” ifadeleri tercih edilmiştir.<sup>74</sup> Böylece, çok şiddetli bir gürültüye neden olunması ancak bu gürültünün somut olarak kimsenin sağlığını tehlikeye düşürmemesi durumunda, gürültüye neden olma suçu bakımından aranan “elverişlilik” koşulu gerçekleşebilir<sup>75</sup>. Aslında, “*başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olmak*”, başka bir kimsenin, meydana getirilen tehlikeye maruz kalması ihtimalini de içerir bir ifade olarak gözükmektedir. Bu ihtimal, maddi unsurun bir parçası olarak değerlendirildiğinde, failin kastının bu hususu da kapsamaması icap eder. Dolayısıyla, başka bir kimsenin, meydana getirilen tehlikeye maruz

<sup>70</sup> Ersoy, s. 49 (vurgu orijinal metinde yer almaktadır) ve Ersoy, s. 49, dn. 99’da atf yapılan eserler.

<sup>71</sup> Ersoy, s. 52.

<sup>72</sup> Martın, s. 45-46.

<sup>73</sup> Aygörmez Uğurlubay, s. 118.

<sup>74</sup> Bu konuda örneğin, Alman Ceza Kanunu’nun yukarıda yer verilen “Gürültüye, sarsıntıya ve iyonlaşma etkisi doğurmayan ışınlarla sebebiyet verme” başlıklı 325a maddesinin 1’inci ve 2’nci fıkralarında tehlikeyi düzenleme biçimi bakımından bulunan farklılığa işaret edilebilir. Öyle ki, 1’inci fıkrada “*başkasının sağlığına zarar vermeye elverişli surette gürültüye sebebiyet veren kişi*” ibaresine yer verilirken, 2’nci fıkrada, “*başkasının sağlığını, ona ait olmayan hayvanları veya ona ait olmayan önemli değer taşıyan şeyleri tehlikeye düşüren kişi*” ibaresine yer verilmiştir. Tercüme metin: Yenisey/Plagemann, s. 463.

<sup>75</sup> Bkz. Aygörmez Uğurlubay, s. 473. Ünal’a göre; “*Madde hükmündeki “başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde” ifadesi elverişlilik suçunu değil, yukarıda da belirtildiği üzere somut tehlike suçunu göstermektedir. Burada sağlığın tehlikeye maruz kalmasına yönelik elverişlilik değil, bilakis sağlığın zarar görmesine elverişlilik söz konusudur. Zararın oluşmasına elverişlilik somut tehlikeyi ifade eder. Halbuki elverişlilik suçlarında somut tehlike mevcut değildir. Bu yüzden ilgili suçun somut tehlike suçu olarak değerlendirilmesi gerekirken elverişlilik suçları kapsamında ele alınmasını isabetli bulmamaktayız. Kaldı ki üstte yer verilen Yargıtay’ın ilgili kararlarında suçun somut tehlike suçu olduğu açıkça belirtilmiştir.*”: Ünal, s. 310.

kalması ihtimalini öngörmemiş olan bir kişinin, suçun oluşumu için gerekli olan kasta sahip olmaması dolayısıyla, suçun oluşmadığı sonucuna varılır.

Sonuç olarak, gürültüye neden olma suçunun hâlihazırdaki düzenlenme biçimi, bir “somut tehlike” suçundan ziyade “somut tehlikeye elverişli” suç düzenlemesine uygundur. Mukayeseli hukukta, Alman Ceza Kanunu’na ilişkin değerlendirmeler de bunu desteklemektedir. Maddenin lafzına ve mukayeseli hukuktaki değerlendirmeye rağmen; tarihsel, amaçsal ve sistematik yorum metotlarıyla, ölçülülük ilkesinin ve ceza hukukunun son çare olmasının dikkate alınmasıyla ve belki, şüphenin lehe yorumlanmasından hareketle, suçun somut tehlike suçu olduğu savunulabilir.<sup>76</sup> Tehlike suçlarının sınıflandırılmasında, yukarıda yer verilen, ikili, üçlü veya dörtlü ayrımlar veya başka bir ayırım tercih edilebilir. Bu tercihlerde, gürültüye neden olma suçunun yer aldığı kategorinin adına “somut tehlikeye elverişli”; “tehlikeye elverişli; “somut tehlike” veya başka bir şey denilebilir. Diğer taraftan, kanaatimizce, TCK’nın mevcut haliyle barındırdığı tehlike suçlarına ilişkin lafız farklılığını görmezden gelmemek gerekir. Hâkimin, tehlikeye ilişkin olarak, hangi durumda, tam olarak neyi tespit etmesi gerektiği önemlidir. Kısacası, hâkimin, tehlikeye ilişkin olarak herhangi bir belirleme yapmasının gerektiği suçların hepsine “somut tehlike suçu” denilmesi tercih edilse bile, bu suçlar içinde, tabir uygunsuzsa, hangi tehlikenin diğerinden daha “somut” olduğuna ilişkin bir belirleme faydalı olabilir. Hangi sonuca ulaşırsa ulaşılsın, sadece “gürültüye neden olma” suçunun değil, ceza hukuku sistemindeki bütün tehlike suçlarının düzenlenme biçimlerinin, öğretide “tehlikeye elverişli suç” veya “somut tehlikeye elverişli suç” kategorilerine de yer verildiği gözden uzak tutulmadan elden geçirilmesi düşünülebilir.

---

<sup>76</sup> Somut tehlike suçlarında, somut tehlikenin, suçun bir unsuru değil, objektif cezalandırılabilme şartı olarak anlaşılması yönündeki görüş için bkz.: Özgenç, s. 222.

## 6. MANEVİ UNSUR

Gürültüye neden olma suçunun manevi unsuru kasttır. İlgili suçun oluşması bakımından, kastın yanında bir manevi unsur olarak “amaç” aranmamıştır<sup>77</sup>. Fiilin taksirli hali suç olarak düzenlenmemiştir.<sup>78</sup> Taksirli hâllerde, şartlar gerçekleşmişse, ilgili kabahatlerden sorumluluk söz konusu olabilir. Öğretide, suçun taksirli halinin düzenlenmemiş olmasını eleştiren bir görüş<sup>79</sup> bulunduğu gibi, ceza hukukunun ikincilliği ilkesini gerekçe göstererek ve yürürlükteki hukukta başkalarının sağlığına zarar vermeye elverişli gürültüye taksirle neden olmanın yaptırımının zaten mevcut olduğunu (KK m. 36 ve ÇK m. 20-h) öne sürerek bu görüşe katılmayan başka bir görüş<sup>80</sup> de bulunmaktadır. Yukarıda “Netice” başlığı altında ifade edildiği üzere, bu suç bakımından, “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı*” olmak, hukuka aykırılık unsuru içinde değil, maddi unsurlardan netice içerisinde yer almaktadır; tipikliğin normatif bir unsurudur. Böylece, neden olunan gürültünün “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı*” olması, kastın kapsamındadır<sup>81</sup>. Gürültünün başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olması da failin kastının kapsamı gereken bir husustur<sup>82</sup>. Kastın kapsamında değerlendirilen bu hususlardaki bilgisizlik durumunda, suçun manevi unsuru olan kastın yokluğu dolayısıyla suç oluşmaz (TCK m. 30 (1)). Bu suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür.<sup>83</sup>

## 7. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Yukarıda belirtildiği gibi, “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı*” olmak, tipikliğin maddi unsurları içerisinde<sup>84</sup>. Diğer taraftan, bir kanun hükmünde yer alan görevi veya yetkiyi ya da amirin hukuka uygun emrini yerine getirme kapsamında neden olunan gürültü, hukuka uygun

<sup>77</sup> Karakurt Eren, s. 95.

<sup>78</sup> Alman Ceza Kanunu’nun yukarıda yer verilen m. 325a (3) hükmünde taksirli suç düzenlemesi mevcuttur. Tercüme metin: Yenisey/Plagemann, s. 463-464.

<sup>79</sup> Aygörmez Uğurlubay, s. 470-471.

<sup>80</sup> Karakurt Eren, s. 94.

<sup>81</sup> Bkz. Aygörmez Uğurlubay, s. 476; bkz. Karakurt Eren, s. 95. Tipikliğin normatif unsurları bakımından kastın kapsamı değerlendirmesinin arz ettiği hususiyet hakkında bkz.: Koca/Üzülmez, s. 161-162.

<sup>82</sup> Karakurt Eren, s. 94.

<sup>83</sup> Bkz. suçun olası kastla işlenebileceği yönünde: Yokuş Sevik, s. 375; Karakurt Eren, s. 95.

<sup>84</sup> Karakurt Eren, s. 97.

olarak gerçekleşmiş kabul edilir (TCK, m. 24)<sup>85</sup>. Meşru savunmanın koşulları içerisinde neden olunan gürültü hukuka uygun kabul edilir (TCK, m. 25 (1)). Yine, hakkın kullanılması kapsamında neden olunan gürültü, hukuka uygun olarak gerçekleşmiş kabul edilir (TCK, m. 26 (1)).

## 8. KUSURLULUK

Gürültüye neden olma suçu bakımından, kusurluluğa ilişkin değerlendirmede özellikle üzerinde durmak istediğimiz husus, TCK'nın 30'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan "*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz*" hükmünün uygulanma imkânına ilişkindir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, kanaatimizce, neden olunan gürültü, "*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı*" değilse, tipiklik gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla, failin bu husustaki bilgisizliği, suçun vücut bulması için gerekli olan kastın oluşmasına mâni olur ve TCK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan "*fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.*" hükmünün uygulanması söz konusu olur.

Diğer taraftan, bu durum, TCK'nın 30'uncu maddesinin 4'üncü fıkrası hükmünün, gürültüye neden olma suçu bakımından hiç uygulanamayacağı anlamına gelmez<sup>86</sup>.

## 9. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ VE DİĞER BAZI SUÇLARLA VE KABAHAHLERLE İLİŞKİSİ

### 9.1. Teşebbüs

Yukarıda belirttiğimiz üzere, kanaatimizce gürültüye neden olma suçu neticeli bir suçtur. Kaldı ki, bu suç sırf hareket suçu olarak kabul edilse dahi, hareket parçalara ayrılabilirdiği takdirde suça teşebbüs mümkündür.<sup>87</sup> Gürültü, "insan sağlığına zararlı olma potansiyeline" eriştiği anda suç tamamlanır<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Tipikliğin bir unsuru olarak, "*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı*" olma şartının gerçekleşmiş olmasına rağmen, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebinin varlığı dolayısıyla hukuka aykırılık unsurunun ve dolayısıyla suçun oluşmamasına verilen bir örnek için bkz.: Karakurt Eren, s. 97-98.

<sup>86</sup> Karakurt Eren, s. 99.

<sup>87</sup> Bkz. Karakurt Eren, s. 101. Krş.: "gürültünün yapılması ile tamamlanan şekli bir suçtur. Bu nedenle suç teşebbüse müsait bir suç değildir." görüşü: Yılmaz, s. 170.

<sup>88</sup> Aygörmez Uğurlubay, s. 477.

## 9.2. İştirak

Yukarıda, “Fail” başlığı altında ifade edildiği üzere, gürültüye neden olma suçu, 183’üncü maddede belirtilen “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler*” belirli kişilere tahmil edilmişse özgü suç, diğer durumlarda genel suçtur<sup>89</sup>. Böylece, suçun özgü suç olması halinde, sadece yükümlülük sahibi kişi fail, diğer iştirakçiler ise ancak şerik olabilir<sup>90</sup>.

## 9.3. İçtima, Diğer Bazı Suçlarla ve Kabahatlerle Mukayese ve İlişki

Gürültüye neden olma suçu, toplumu oluşturan herkesin teorik olarak mağdur kabul edildiği suçlardan olduğu<sup>91</sup> için, zincirleme suç şeklinde işlenmeye müsaittir.

Türk Ceza Kanunu’nun 43’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi” şeklinde düzenlenen aynı neviden fikrî içtima hükmü, gürültüye neden olma suçu bakımından uygulanmaya elverişli gözükmemektedir. Suç fiilinin konusu, insanların ruhi veya fiziki yapısı değil çevre olduğu<sup>92</sup> için ve suç fiilinin konusu değişmediği takdirde aynı neviden fikri içtima hükmü uygulanmayacağı için, gürültüye neden olma suçu, aynı neviden fikri içtima kuralının uygulanmasına elverişli bir suç olarak gözükmemektedir<sup>93</sup>. Diğer taraftan, *Karakurt Eren*’in ifade ettiği<sup>94</sup> gibi, aynı neviden fikri içtima düzenlemesindeki “birden fazla kişiye karşı” ibaresi “belirli birden fazla kişiye karşı” şeklinde anlaşılabilir. Böylece, gürültüye neden olma suçunun, yukarıda belirtildiği gibi, mağduru belirli bir kişi olması icap etmeyen suçlardan olduğu dikkate alınmalıdır<sup>95</sup>. Bir fiille neden olunan gürültüyle, aynı zamanda, birden fazla kişiye karşı kasten öldürme

<sup>89</sup> Aygörmez Uğurlubay, s. 471; aynı yönde: Karakurt Eren, s. 62.

<sup>90</sup> Aygörmez Uğurlubay, s. 476; Karakurt Eren, s. 103-104.

<sup>91</sup> TCK’nın m. 43 (1) düzenlemesinin son cümlesine göre, “*mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da*” zincirleme suça ilişkin olarak fıkra da yer alan hükümler uygulanır. Mezkûr cümle, 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun’la TCK’ya eklenmiştir. 5377 sayılı Kanun’un gerekçesinde, “*Rüşvet ve çevrenin kirletilmesi gibi, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir.*” ifadelerine yer verildikten sonra, belirtilen cümlelerin eklenme amacının, bu durumla ilgili olarak “*hukuk uygulayıcılarında oluşan tereddüdü gidermek*” olduğu ifade edilmiştir.

<sup>92</sup> Yokuş Sevik, s. 373.

<sup>93</sup> Özgenç, s. 634; Koca/Üzülmez, s. 544-546; Karakurt Eren, s. 107.

<sup>94</sup> Karakurt Eren, s. 106-107.

<sup>95</sup> Bkz. Karakurt Eren, s. 63 ve 107.



veya kasten yaralama suçu işlenirse, 43'üncü maddenin 3'üncü fıkrasına göre, gerçek içtima uygulanarak, her bir öldürme veya yaralama suçundan ayrı ceza verilir. Böyle bir durumda, aşağıda yer verileceği üzere, örneğin, bir fiille, kasten yaralama suçuyla birlikte gürültüye neden olma suçu da işlendiği için, yürürlükteki farklı neviden fikrî içtima kuralları (m. 44 (1)) uyarınca, gürültüye neden olma suçundan dolayı faile ayrıca ceza verilmez. Gürültüye neden olma suçuyla birlikte TCK'da "taksirle yaralama" ve "kişilerin huzur ve sükununu bozma" başlıkları altında düzenlenen suç tipleri bakımından da farklı neviden fikri içtima konusu gündeme gelebilir. Yine, gürültüye neden olma suçu ile bazı kabahatler bakımından Kabahatler Kanunu'nun 15 (3)'üncü maddesinde düzenlenen içtima hükmü değerlendirilmelidir. Bu konular üzerinde, aşağıda durulacaktır.

Gürültüye neden olma suçunun, gürültüyle ilgili diğer suç ve kabahatlerle mukayesesine ve bu suç ve kabahatlerle içtima ilişkisini değerlendirmeye geçmeden önce, Yargıtay'ın aşağıdaki kararına yer vermek istiyoruz:

*“Görüldüğü gibi hukukumuzda gürültüye ilişkin farklı şartlara tabi tutulmuş farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu durumda gürültüye ilişkin düzenlemelerin tamamı birlikte değerlendirilerek uygulanacak yaptırımın belirlenebilmesi için kapsadıkları alanların belirlenmesi gerekir.*

*1- Çevresel gürültünün kaynağı, 2872 sayılı Kanun'un 14. maddesinde açıklandığı üzere, “ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlar” ise;*

*a- Gürültü, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olduğu takdirde 2872 sayılı Kanun'un 14. maddesi delaletiyle TCK'nın 183. maddesindeki suçun cezası,*

*b- Gürültü, sırf huzur ve sükûnu bozmak maksadıyla yapılmış olsa bile başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olduğu takdirde 2872 sayılı Kanun'un 14. ve TCK'nın 44. maddesi delaletiyle TCK'nın 123 ve 183. maddesindeki suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçun cezası,*

*c- Gürültü, fail tarafından sırf huzur ve sükûnu bozmak maksadıyla yapılmamış, bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olmayacak boyutta ancak mağdurun huzur ve sükûnunu bozacak nitelikte ise 2872 sayılı Kanun'un 14, 20/h maddesindeki kabahat,*

*2- Kaynağı ne olursa olsun çevresel gürültü, sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla yapılmış ve bir kimsenin sağlığının zarar görmesine*

*elverişli olmadığı takdirde TCK'nın 123. maddesindeki suçun cezası,*

3- *Çevresel gürültünün kaynağı, 2872 sayılı Kanun'un 14. maddesinde bahsedilen ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlar haricindeki bir yer ise ya da sırf huzur ve sükunu bozma amacına yönelmemiş yahut bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olmayacak nitelikte ise 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 36. maddesindeki kabahat,*

4- *Motorlu araç sürücülerinin araçlarının çevredekileri rahatsız edecek derecede gürültü çıkartması halinde gürültü, yukarıda (1) nolu kısımda açıklanan niteliklere sahip değil ise 5326 sayılı Kanun'un 15/1 maddesindeki içtima kuralı gereğince 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 30/b ve 5326 sayılı Kanun'un 36. maddesindeki idari para cezalarından hangisi daha ağır ise o kabahat,*

*Türünden yaptırımlar uygulanmalıdır.”<sup>96</sup>*

Türk Ceza Kanunu'nun “Kişilerin huzur ve sükununu bozma” başlıklı 123 (1)'üncü maddesine göre; “Sırf huzur ve sükununu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikayeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.”<sup>97</sup> Madde metninden anlaşıldığı üzere, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun oluşması için, kastın yanında bir manevi unsur olarak, maksat unsuruna, “sırf huzur ve sükununu bozmak maksadı”na yer verilmiştir. Böylece, mezkûr suçun oluşması için, gürültünün sırf bu amaçla yapılması gerekir. Bu suçun mağduru belirlidir, diğer bir ifadeyle, fiilin belirli kişi veya kişilere yöneltilmesi icap eder<sup>98</sup>. Her ne kadar madde başlığında huzur ve sükunu “bozmak” tan bahsedilse de, suçun gerçekleşmesi için “bozmak” gerekli değildir, bu suç bir tehlike suçudur<sup>99</sup>. Gürültüye neden olma suçu bakımından, bir manevi unsur

<sup>96</sup> Yargıtay 18. CD, 27.4.2016, E. 2015/13060, K. 2016/8837; 18. CD, 01.06.2016, E. 2015/13033, K. 2016/12044 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (Erişim: 9.12.2020).

<sup>97</sup> Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 30'uncu maddesinde ise “Huzur ve sükunu bozanlar” başlığı altında şu düzenlemeye yer verilmektedir: “Yapılmakta olan toplantı veya yürüyüşte huzur ve sükunu bozmak maksadıyla tehdit veya hakaret veya saldırı veya mukavemate bulunanlar veya başka bir suretle huzur ve sükunun bozulmasına sebebiyet verenler; fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde, bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

<sup>98</sup> Yenerer Çakmut, s. 63.

<sup>99</sup> Yenerer Çakmut, s. 64.

olarak özel bir maksat aranmamaktadır. Yine, gürültüye neden olma suçunun, yukarıda belirtildiği üzere, işlenmesiyle hedeflenen belirli bir mağduru olması icap etmez<sup>100</sup>. Ayrıca, bu suç bakımından neden olunan gürültünün “*başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli*” olması gerekir. TCK’nın yürürlükteki sistemine göre<sup>101</sup>, gürültüye neden olma suçuyla, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu bakımından, şartlar oluştuğu takdirde, farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanabilir.<sup>102</sup>

Yukarıda belirtildiği gibi, gürültüye neden olma suçu bir tehlike suçudur, suçun tamamlanması için bir zararın oluşması icap etmez. Gürültüye neden olma suçunun işlenmesiyle birlikte, kasten veya taksirle başkasının vücuduna acı verilerek veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olunarak, kasten veya taksirle yaralama suçu da oluşursa, yürürlükteki ceza hukuku kuralları uyarınca, farklı neviden fikrî içtima hükümleri gereğince, faile sadece daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilir.<sup>103</sup>

Kabahatler Kanunu’nun “*Gürültü*” başlıklı 36’ncı maddesine göre; ”(1) *Başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. (2) Bu filin bir ticarî işletmenin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. (3) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına kolluk veya belediye zabıta görevlileri karar verir.*”

Görüldüğü üzere, “gürültü” kabahatinin oluşması için, neden olunan

<sup>100</sup> Bkz.: Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5056; Yokuş Sevik, s. 372-373; Yenerer Çakmut, s. 97; Yargıtay 18. CD, 26.6.2018, E. 2016/12485, K. 2018/10097; 18. CD, 7.01.2019, E. 2016/14794, K. 2019/31; 18. CD, 18.02.2019, E. 2017/6863, K. 2019/3251: “*Gürültüye neden olma suçunun belli bir mağduru yoktur. Toplumda yaşayan herkes bu suçun mağduru olabilir. Gürültünün belli olmayan bir kimseye karşı yapılması bu suçu TCK’nın 123. maddesindeki kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan ayırmaktadır. TCK’nın 123. maddesindeki suçun faili belli bir kimseyi hedef almakta iken, TCK’nın 183. maddesindeki suçun faili belli bir kimseyi hedef almamaktadır.*” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (Erişim: 10.12.2020).

<sup>101</sup> Burada, yürürlükteki fikri içtima kurallarının sadece bu konu hakkında değil genel olarak yerindediği konusunda ciddi bir tereddüt olduğunu belirtmiş olalım.

<sup>102</sup> Aygörmöz Uğurlubay, s. 477. Gürültüye neden olma suçu bakımından, farklı teorilere ve örneklerle göre, farklı neviden fikri içtima değerlendirmeleri için bkz.: Karakurt Eren, s. 107 vd.

<sup>103</sup> Gezgin Kayan, s. 119; Yılmaz, s. 170-171; Ali Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi 2. Cilt TCK. 135-345 , 1. Baskı, Bilge Yayınevi, 2015, s. 211; Taneri, s. 173. Gerçekleştirilen fiille sağlığın bozulması durumunda failin her iki suçtan da cezalandırılması görüşü için bkz.: Özcan, s. 579; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5053 ve 5055; Yenerer Çakmut, s. 116.

gürültünün “başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde” olması gerekir.<sup>104</sup> “Gürültüye neden olma” suçunun oluşması için ise neden olunan gürültünün hem “başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli” olması hem de “ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı” olması gerekir.

Kabahatler Kanunu’nun 9 (1)’uncu maddesine göre; “Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir.” “Gürültü” kabahatinin de hem kasten hem de taksirle işlenebilmesi mümkündür.<sup>105</sup>

“Gürültüye neden olma suçu”nun soruşturma veya kovuşturma aşamasında, bu suçun değil de “gürültü” kabahatinin oluştuğu kanaatine varılırsa, ilgisine göre, Kabahatler Kanunu’nun 23’üncü veya 24’üncü maddesine başvurulur.<sup>106</sup>

Diğer taraftan, mezkûr kabahatin ve suçun unsurları tek bir fiille oluşursa, içtima konusu için, Kabahatler Kanunu’nun 15’inci maddesine başvurulur. Kabahatler Kanunu’nun “İçtima” başlıklı 15’inci maddesine göre; “(1) Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî

<sup>104</sup> Yargıtay 18. CD, 01.06.2016, E. 2015/13033, K. 2016/12044: “5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 36. maddesinde de gürültüye ilişkin düzenlemeye yer verilmiş, gürültünün, başkalarının huzur ve sükununu bozması gerektiğini belirtmiştir.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (Erişim: 9.12.2020).

<sup>105</sup> Bkz. Özcan, s. 580. Bir görüşe göre ise; gürültü kabahati, gerçek kişiler tarafından icrai bir davranışla, kasten işlenen bir fiildir: Hüsnü Aldemir, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu’nun Yorumu, Ankara 2007, s. 824’ten katılarak aktaran: Yenerer Çakmut, s. 121. Aynı görüş: Muharrem Özen/Atacan Köksal, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, 2019, 68(2), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 518, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/49712/637444>> Erişim Tarihi 29.10.2020.

<sup>106</sup> Kabahatler Kanunu’nun “Cumhuriyet savcısının karar verme yetkisi” başlıklı 23’üncü maddesine göre; “(1) Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir. (2) Bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde Cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idarî yaptırım kararı verebilir. (3) Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idarî yaptırım kararı verir. Ancak, bunun için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idarî yaptırım kararı verilmemiş olması gerekir.” Kabahatler Kanunu’nun “Mahkemenin karar verme yetkisi” başlıklı 24 (1)’üncü maddesine göre; “Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir.”.

yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir. (2) Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fülle işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verinceye kadar fiil tek sayılır. (3) Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.”

Çevre Kanunu'nun “Gürültü” başlıklı 14'üncü maddesine göre; “Kişilerin huzur ve sükununu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması yasaktır. Ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlardan kaynaklanan gürültü ve titreşimin yönetmeliklerle belirlenen standartlara indirilmesi için faaliyet sahipleri tarafından gerekli tedbirler alınır.”

Çevre Kanunu m. 20-h'de; “Bu Kanunun 14 üncü maddesine göre çıkarılan yönetmelikle belirlenen önlemleri almayan veya standartlara aykırı şekilde gürültü ve titreşime neden olanlara” verilecek idari para cezaları bakımından, “konutlar”; “ulaşım araçları”; “işyerleri ve atölyeler” ile “fabrika, şantiye ve eğlence gürültüsü” için ayrı düzenleme yapılmıştır.<sup>107</sup> Yargıtay, şu hususları beyan etmiştir:

“Her ne kadar Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği, gürültü kriter ve göstergelerini düzenlemiş ise de, belirlenen kriterler, 2872 sayılı Kanun'un 14 ve 20/h maddeleri gereğince ilgililere idari yaptırım uygulanmasını mümkün kılan somut eşik değerlerdir. Yönetmelikte gürültü kaynaklarına göre belirlenen kriter ve göstergeleri aşan her gürültünün, TCK'nın 183. maddesi kapsamında “insan sağlığının zarar görmesine elverişli” olduğu söylenemez.”<sup>108</sup>

Tek bir fiille, Çevre Kanunu m. 20-h'de düzenlenen kabahatin ve TCK m. 183'te düzenlenen “gürültüye neden olma suçu”nun birlikte gerçekleşmesi durumunda, Kabahatler Kanunu'nun yukarıda yer verilen 15'inci maddesine

---

<sup>107</sup> Yargıtay 18. CD, 01.06.2016, E. 2015/13033, K. 2016/12044; “2872 sayılı Çevre Kanunu, çevresel gürültü kaynaklarını “ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlar” şeklinde sayma yoluyla sınırlı olarak belirlemiştir.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (Erişim: 9.12.2020).

<sup>108</sup> Yargıtay 18. CD, 01.06.2016, E. 2015/13033, K. 2016/12044 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (Erişim: 9.12.2020).

göre içtima hükmü uygulanır.<sup>109</sup> Çevre Kanunu’nun “Diğer kanunlarda yazılı cezalar” başlıklı 27’nci maddesinde yer alan “Bu Kanunda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezalar, bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz.” hükmü, bu duruma engel değildir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun “Araçların teknik şartlara uygunluğu” başlıklı 30’uncu maddesinde<sup>110</sup>, “çevredekileri rahatsız edecek derecede gürültü çıkaran araç kullanmak”, kabahat olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, bu kabahat bakımından, gürültüye, “araç kullanmak” suretiyle neden olunmaktadır. Kabahatin oluşması için gerekli gürültünün ölçüsü ise, “çevredekileri rahatsız edecek derecede” ibaresiyle belirlenmiştir. Tek bir fiille, Karayolları Trafik Kanunu m. 30’da düzenlenen kabahatin ve TCK m. 183’te düzenlenen “gürültüye neden olma suçu”nun birlikte gerçekleşmesi durumunda, Kabahatler Kanunu’nun yukarıda yer verilen 15’inci maddesine göre içtima hükmü uygulanır.

## 10. YAPTIRIM ve MUHAKEME USULÜ

Gürültüye neden olma suçunun cezası “iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası” olarak belirlenmiştir. Tüzel kişi yararına işlenen

<sup>109</sup> “Sözü edilen yasal düzenlemeler karşısında; öğelerinin oluşması durumunda Çevre Kanunu’nun Kabahatler Kanunu’na göre öncelikle uygulanabileceği, ancak kabahatlere ilişkin genel hüküm niteliğindeki Kabahatler Kanunu’nun 15. Maddesi uyarınca, eylem suç oluşturursa yalnızca suçla ilgili düzenlemeye göre ceza verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.”: Yargıtay 4. CD, T. 27.3.2013, E. 2012/21910, K. 2013/8802: YILMAZ, s. 161 ve 163.

<sup>110</sup> “Araçların, esasları yönetmelikte belirtilen şekilde ve tarzda teknik şartlara uygun durumda bulundurulması zorunludur:

a) Servis freni, lastikleri, dış ışık donanımından yakını ve uzağı gösteren ışıklar ile park, fren ve dönüş ışıkları noksan, bozuk veya teknik şartlara aykırı olan araçları kullanan sürücüler 1 800 000 lira para cezası,

b) Diğer eksiklik ve bozuklukları bulunan araçlarla, görüşü engelleyecek veya bir kaza halinde içindekiler için tehlikeli olabilecek süs aksesuar eşya ve çıkıntıları olan araçları kullananlarla, karayolunu kullananlar için tehlike yaratacak şekilde olan veya görüşü engelleyecek ve çevredekileri rahatsız edecek derecede duman veya gürültü çıkaran araçları kullanan sürücüler 3 600 000 lira para cezası,

İle cezalandırılırlar.

Bu maddenin (a) bendinde belirtilen eksiklik ve bozuklukları bulunan araçlar, teknik şartlara uygun duruma getirilinceye kadar trafik zabıtasınca trafikten men edilebilir. (b) bendindeki şartlara uymayan ve uyumsuzluğu trafik emniyetini tehlikeye düşürmeyecek nitelikte olan araçların şartlara uygun duruma getirilmesi ihtar olunur. İhtarında verilen süre için teknik şartlara uygun duruma getirilmediğinin tespiti halinde araç trafik zabıtasınca trafikten men edilir.”

suçlar bakımından, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri (TCK m. 60) öngörülmemiştir. Tüzel kişiler hakkında bu suç bakımından yaptırım düzenlenmesi önerilmiştir<sup>111</sup>. Diğer taraftan, Kabahatler Kanunu'na göre “gürültü” kabahati teşkil eden durumlarda, tüzel kişiler için idari para cezası uygulanabilir (Kabahatler Kanunu, m. 36).<sup>112</sup>

Yargılama sonunda hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır (TCK m. 49 (2)). Gürültüye neden olma suçundan dolayı yapılan yargılama sonunda kısa süreli hapis cezasına hükmedilirse, bu ceza TCK m. 50 uyarınca seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir. Ancak, bu suçun tanımında hapis cezası ile adlî para cezası seçimlik olarak öngörüldüğü için, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adlî para cezasına çevrilmez (TCK m. 50 (2)). Gürültüye neden olma suçu bakımından, TCK m. 50 (3) uyarınca zorunlu olarak seçenek yaptırıma çevirme uygulaması mümkündür. Koşulların oluşması hâlinde, gürültüye neden olma suçundan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmedilen hapis cezasının ertelenmesi mümkündür (TCK m. 51).

Gürültüye neden olma suçu, re'sen takip edilen suçlardandır. CMK m. 231 (5) uyarınca, gürültüye neden olma suçundan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

## 11. SONUÇ

TCK'nın 183'üncü maddesinde düzenlenen “gürültüye neden olma” suçunun ihdasıyla korunan hukuki değerler, Anayasal birer hak olan “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” ve “özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı”dır. Pek tabii, gürültü kirliliğinin önlenmesi, ilgili çevrede bulunan tüm canlıların da korunmasına hizmet eder. Gürültüye neden olma suçu bakımından fiilin konusu, insanın ruhi veya fiziki yapısı değildir, çevredir. Bu suçun işlenmesiyle hedeflenen belirli bir mağduru olması icap etmez.

---

<sup>111</sup> Aygörmez Uğurlubay, s. 471.

<sup>112</sup> *Karakurt Eren* şu hususları belirtmiştir: “sıklıkla gürültüye neden olma suçu tüzel kişi lehine işlense de kanun koyucunun bu durumu dikkate almadığı, idari para cezası dışında tüzel kişiler bakımından caydırıcılık sağlamaya yönelik etkin bir düzenleme oluşturmadığı görülmektedir.”: Karakurt Eren, s. 112.

Gürültüye neden olma suçunun fiil unsuru, “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olan ve başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikteki bir gürültü*”ye “*neden olmak*”tır. Suç, fail bakımından, 183’üncü maddede belirtilen “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler*”, belirli kişilere tahmil edilmişse özgü suç, diğer durumlarda genel suçtur. Böylece, suçun özgü suç olması halinde, sadece yükümlülük sahibi kişi fail, diğer iştirakçiler ise ancak şerik olabilir.

Bu suç, neticeli bir suçtur ve suçun netice unsurunu, “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olan ve başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli nitelikteki bir gürültü*”, oluşturur. Kanun’da, gürültünün niteliğine ilişkin olarak, iki belirlemeye/sınırlamaya yer verilmiştir. Bunlar, “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı*” olmak ve “*başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli*” olmaktır. Bu iki belirlemenin/sınırlamanın da düzenlenme biçimi, eleştiriye açıktır. 183’üncü maddede, sağlık, işitme sağlığıyla sınırlanmamıştır. Bu suç neticeli bir suçtur ve teşebbüse elverişlidir. Bu suç sırf hareket suçu olarak kabul edilse dahi, hareket parçalara ayrılabilirdiği takdirde suça teşebbüs mümkündür. Gürültüye neden olma suçunun oluşması için bir zararın meydana gelmesi gerekmez; bu suç bir tehlike suçudur.

Gürültüye neden olma suçunun Kanun’daki düzenlenme biçimi, bir “somut tehlike” suçundan ziyade “somut tehlikeye elverişli” suç düzenlemesine uygundur.

TCK madde metinleri ve gerekçelerinin arkasında yatan düşünceye göre, gürültüye neden olma suçunun, somut tehlike suçu olarak görülmüş olması kuvvetle muhtemeldir ve bu durum, tehlike suçlarının türlerinin somut ve soyut tehlike suçlarından ibaret olduğunun kabul edilmesi hâlinde doğaldır. Ancak, yine de, TCK’da, somut tehlikeyi ifade etmek için kullanılan bazı ibarelerin uygun olmadığı; yine, kullanılan ibareler arasında bir uyum olmadığı görülmektedir. Diğer taraftan, kanaatimizce, TCK’nın mevcut haliyle barındırdığı tehlike suçlarına ilişkin lafız farklılığını görmezden gelmemek gerekir. Hâkimin, tehlikeye ilişkin olarak, hangi durumda, tam olarak neyi tespit etmesi gerektiği önemlidir.

Doktrinde, gürültüye neden olma suçunun yer aldığı kategorinin, “somut tehlikeye elverişli”; “tehlikeye elverişli”; “somut tehlike” veya başka bir şekilde adlandırılması tercih edilebilir. Ancak, hangi tehlike suçunda, hâkimin neyi tespit etmesi gerektiğinin belirlenmesi icap eder. Terminoloji konusundaki



tercihlerle ilgili müzakerelerde, bütün katılanların aynı kavramdan aynı manayı çıkarması gerekir. Aksi takdirde, örneğin, görüşlerden birinde “somut tehlike suçu” olmadığı değerlendirilen bir suç, diğer bir görüşe göre “somut tehlike suçu” olarak değerlendirilebilir, ancak görünüşte farklı olan bu görüşler, esasında farklı olmayabilir.

Kısacası, hâkimin, tehlikeye ilişkin olarak herhangi bir belirleme yapmasının gerektiği suçların hepsine “somut tehlike suçu” denilmesi tercih edilse bile, bu suçlar içinde, tabir uygunsa, hangi tehlikenin diğerinden daha “somut” olduğuna ilişkin bir belirleme faydalı olabilir. Hangi sonuca ulaşırsa ulaşılsın, sadece “gürültüye neden olma” suçunun değil, ceza hukuku sistemindeki bütün tehlike suçlarının düzenlenme biçimlerinin, öğretide “tehlikeye elverişli suç” veya “somut tehlikeye elverişli suç” kategorilerine de yer verildiği gözden uzak tutulmadan elden geçirilmesi düşünülebilir.

Gürültüye neden olma suçunun manevi unsuru kasttır, kastın yanında bir manevi unsur olarak “amaç” aranmamıştır. Bu suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür. Fiilin taksirli hali suç olarak düzenlenmemiştir. Taksirli hâllerde, şartlar gerçekleşmişse, ilgili kabahatlerden sorumluluk söz konusu olabilir. Bu suç bakımından, tipikliğin normatif bir unsuru olan “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı*” olmak, kastın kapsamındadır. Dolayısıyla, failin bu husustaki bilgisizliği, suçun vücut bulması için gerekli olan kastın oluşmasına mâni olur ve TCK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan “*failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.*” hükmünün uygulanması söz konusu olur. Diğer taraftan, bu durum, TCK’nın 30’uncu maddesinin 4’üncü fıkrası hükmünün, gürültüye neden olma suçu bakımından hiç uygulanamayacağı anlamına gelmez. Yine failin kastının, neden olduğu gürültünün, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olduğunu da kapsamaması gerekir.

Gürültüye neden olma suçu, toplumu oluşturan herkesin teorik olarak mağdur kabul edildiği suçlardan olduğu için, zincirleme suç şeklinde işlenmeye elverişlidir. Diğer taraftan, aynı neviden fikri içtima hükmü, bu suç bakımından uygulanmaya elverişli gözükmemektedir.

TCK m. 123’te düzenlenen “*kişilerin huzur ve sükûnunu bozma*” suçunun oluşması için, kastın yanında bir manevi unsur olarak, maksat unsuruna, “*sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadı*”na yer verilmiştir. Bu suçun mağduru belirlidir. Gürültüye neden olma suçu bakımından ise, manevi unsur olarak

özel bir maksat aranmamaktadır. Yine, gürültüye neden olma suçu bakımından, hedeflenen belirli bir mağdur olması icap etmez. Ayrıca, bu suç bakımından neden olunan gürültünün “*başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli*” olması gerekir.

TCK’nın yürürlükteki sistemine göre, bir fiille, gürültüye neden olma suçuyla birlikte, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu, kasten yaralama suçu veya taksirle yaralama suçu işlenirse, farklı neviden fikrî içtima hükümleri uygulanabilir.

Kabahatler Kanunu’nun 36’ncı maddesinde düzenlenen “*Gürültü*” kabahatinin oluşması için, neden olunan gürültünün “*başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde*” olması gerekir. “Gürültüye neden olma” suçunun oluşması için ise, neden olunan gürültünün hem “*başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde*” olması hem de “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı*” olması gerekir. Yine, gürültü kabahatinin hem kasten hem de taksirle işlenebilmesi mümkün iken, gürültüye neden olma suçu ancak kasten işlenebilir.

Yukarıda belirtilen “gürültü” kabahatinin, Çevre Kanunu m. 20-h’de düzenlenen kabahatin veya Karayolları Trafik Kanunu’nun 30’uncu maddesinde düzenlenen “*çevredekileri rahatsız edecek derecede gürültü çıkaran araç kullanma*” kabahatinin, tek bir fiille, “gürültüye neden olma suçu” ile birlikte işlenmesi durumunda, Kabahatler Kanunu’nun 15’inci maddesi uyarınca, “*sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*”.

## KAYNAKLAR

- Artuk M E/ Gökçen A/Alşahin M E/Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi 2018.
- Aygörmez Uğurlubay G A, Çevreye Karşı Suçlar Türk ve Alman Çevre Ceza Hukukunda Güncel Sorunlar, Yetkin Yayınları 2015.
- Aynural Ö M, Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK 179 / 3), 1. Baskı, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No: 15, On iki Levha Yayıncılık 2018.
- Daragenli V S, Tehlike Suçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul 1998.
- Dönmezer S/Erman S, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I, 13. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım 1997.
- Erman R B, “TCK Tasarısında Çevre Suçları”, Sonbahar 2004, S. 2, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 187-189.
- Ersoy U, “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, Ocak 2020, Yıl 11, S. 41, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 27-64, <<https://yayin.taa.gov.tr/dergiler/taad/taad-41>> Erişim Tarihi 14.11.2020.
- Gezgin Kayan R B, “Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği”, Ağustos 2008, Yıl 3, S. 7, Ceza Hukuku Dergisi, s. 111-120.
- Karakurt Eren A, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, Eylül-Ekim 2017, Yıl 30, S. 132, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 55-120, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-132-1682>> Erişim Tarihi 14.11.2020.
- Kayaer N, “Atık ve Artıklarla Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181/1)”, 2019, 21(1), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 139-203, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46780/567611>> Erişim Tarihi 29.10.2020.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020.
- Kubbealtı Akademisi Kültür ve Sanat Vakfı, Kubbealtı Lugatı, <<http://www.lugatim.com/s/g%C3%BCr%C3%BCl%C3%BCt%C3%BC>> Erişim Tarihi 31.10.2020.

- Maden M, “Gıda Ceza Hukukunun Bazı Temel Kavramları ve Genel Yapısı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme”, 2019, 7(1), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 67-102 (Erişilebilir adres (15.01.2021): <https://dergipark.org.tr/pub/iuchkd/issue/46817/587072>).
- Maden M, ““Korunması Amaçlanan Hukuki Değer”, “Suç Fiilinin Konusu” ve “Suçun Mağduru” Kavramları ve Bu Bağlamda “Zarar Suçu/Tehlike Suçu” Ayrımı”, in Üstün Ü S/Çoban Atık A/Bayraktar T (Ed.), Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı, 1’inci Baskı, Nobel Akademik Yayıncılık Eğitim Danışmanlık, 2020, s. 153-160 <<https://webadmin.selcuk.edu.tr/BirimDosyalar/Dosyalar/hukuk/Kamu%20Hukuku%20Tam%20Metinler%20Kitab%C4%B1.pdf>> Erişim Tarihi 10.01.2021.
- Martín A N, “General Report on Food Regulation and Criminal Law”, 2016, 87(2), Revue Internationale de Droit Pénal (RIDP), Martín A N/ Quackelbeen L/Simonato M (Ed.), Food Regulation and Criminal Justice (International Colloquium Section II of the AIDP XXth World Congress, Beijing, China, 23rd-26th September 2016), Maklu Publishers 2016, s. 17-64.
- Özcan O, “Türk Hukukunda Çevre Suçları”, Mehmet Murat İnceoğlu (Derleyen), Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008, s. 565-588.
- Özen M/Köksal A, “Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu”, 2019, 68(2), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 479-527, <<https://dergipark.org.tr/pub/auhfd/issue/49712/637444>> Erişim Tarihi 29.10.2020.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019.
- Parlar A, Türk Ceza Kanunu Şerhi 2. Cilt TCK. 135-345 , 1. Baskı, Bilge Yayınevi 2015.
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları 2010.
- Talas S, “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları”, 2013, LXXI(1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 1147-1157, < <https://dergipark.org.tr/pub/iuhfm/issue/9188/115207>> Erişim Tarihi 29.10.2020.

Taneri G, Çevreye Karşı suçlar, 1. Baskı, Bilge Yayınevi 2016.

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 31.10.2020.

Ünal O G, Türk Ceza Hukuku'nda Tehlike Suçları, Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, Temmuz 2020.

Yargıtay, Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>.

Yaşar O/Gökcan H T/Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C. 4, Adalet Yayınevi 2010.

Yenerer Çakmut Ö, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları, 1. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım 2014.

Yenisey F/Plagemann G, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) (Açıklamalar, Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük), 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım 2015.

Yılmaz S, Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi 2013.

Yokuş Sevik H, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 363-379, <<https://dergipark.org.tr/pub/maruhad/issue/48280/621234>> Erişim Tarihi 20.10.2020.



# TOPLUMSAL CİNSİYET ALGISI BAĞLAMINDA KAMU KURUMLARINDA İSTİHDAM EDİLEN MEMUR VE İŞÇİLERİN EBEVEYNLİK KAYNAKLI İZİN HAKLARINA İLİŞKİN KARŞILAŞTIRMALI BİR DEĞERLENDİRME

Murat Buğra TAHTALI\*

## ÖZ

*Kamu hizmetinde istihdam edilen personeller, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde üç fıkra halinde sayılmıştır. Bu madde çerçevesinde kamu kurum ve kuruluşlarında; Memur, Sözleşmeli Personel ve İşçi olmak üzere üç türde istihdam şekli öngörülmüştür. Ancak; Kanunun, işçileri düzenleyen 4/(D) hükmüne eklenen bir cümleyle, "işçiler" grubundakilerin, Devlet Memurları Kanunu'na tabi olmayacağı ifade edilmiştir. Bu kişiler, iş sözleşmesiyle istihdam edilen ve işe girişleri, yükselmeleri ve işten ayrılmaları bakımından İş Kanunu'na tabidirler. Bu ayrımın bir sonucu olarak, aynı kamu kurumunda çalışanlardan bir kısmı Devlet Memurları Kanunu'na, bir kısmı da İş Kanunu'na tabi olabilmektedir. Bu durum, en tabii kadın hakkı olan annelik konusunda; doğum sonrası izin süreleri, işe geri dönüş şartları ve işe geri dönüşte çalışma koşulları bakımından bu iki kanun arasında ciddi eşitsizlikler söz ortaya çıkarmaktadır. Özellikle de toplumsal cinsiyet algısının sonucu olarak, İş Kanunu'na tabi çalışan kadın personel, ücretsiz izni de bittikten sonra, çocuğu ile kariyeri arasında tercih yapmak zorunda kalacaktır. Böylesi ikilemelerde; kadının, toplum tarafından kendine biçilmiş bulunan "annelik" konumuna hapsedilmesi gündelik hayatta çokça karşılaşılan bir durumdur. Nihayet her iki kanunda da ücretli doğum izni, erkek ebeveyn için çok daha az bir süre için verilmektedir. Çalışmamızda, işte mevzuat kaynaklı bu eşitsizlikler ortaya konmaya çalışılacak, yapılması gerekenler konusundaki çözüm önerilerimiz sıralanacaktır.*

***Anahtar Kelimeler:** Devlet Memurları, İşçiler, Ebeveynlik Kaynaklı İzin, İdare Hukuku, Mazeret İzni.*

---

\* **Dr. Öğr. Üyesi,** İnönü Üniv. Hukuk Fak. İdare Hukuku Anabilim Dalı /MALATYA  
e-posta: bugra.tahtali@inonu.edu.tr

**Orcid ID:** 0000-0003-2459-9938

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.871314

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 04/07/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 20/11/2020

**COMPARATIVE ANALYSIS OF 'PARENTAL RIGHTS TO LEAVE' OF  
PUBLIC SERVICE EMPLOYEES IN THE CONTEXTUAL PERCEPTION OF  
SOCIAL GENDER BIAS**

**ABSTRACT**

*Public service employees are classified into three paragraphs in article 4 of Civil Servants Act Number 657 as being civil servants, contracted personnel and public service workers according to the way they are employed. However; an amendment to article 4 (D) of the same Act specifies that those who fall within the category of public service workers are excluded from the scope of its application, because their employment contract and its provisions for recruitment, promotion and redundancy are subject to labour law. As a result of this separation, it may well happen that despite working for the same public employer; the employment terms and conditions applicable to some are regulated by the Public Servants Act, while others' employment terms and conditions are governed by an entirely different set of provisions under the Labour Act, causing inequality. The inequality is much more apparent in maternity rights at work, in particular the start and end of maternity leave, return to work following maternity leave, health and safety risks to pregnant worker or mother at work place. Commonly, as a result of societal gender bias woman workers whose employment is subject to labour law rather than the law of civil service are unfairly driven by a prejudicial perception into making a choice between caring her new born and having a professional career upon return to work from maternal leave. Finding herself in such a dilemma, a woman employee is forced by the social bias and sexism into "motherhood" as part of daily occurrence in the community. In addition, neither of these two acts concerning civil servants and labour provide equal or adequate paternity leave and pay. Our work first aims to highlight such inequalities, inadequacies and shortcomings in the aforesaid statutes and then suggests what is legally required to overcome them.*

**Keywords:** Civil Servants, Workers, Parental Leave, Administrative Law, Excuse Leave.

## **I. GİRİŞ**

Anayasamızda, aile hayatını düzenleyen; devletin, aile hayatının korunması ve aile birliğinin sağlanması noktasındaki rolünü belirleyen hükümler mevcuttur. İşte bu noktada, kamu sektöründe çalışan ve aynı zamanda ailenin birlikteliğinin ve sürekliliğinin en önemli etkeni olan kadınların, çalışma hayatı ile aile hayatını bir arada sürdürebilmelerinin önündeki mevzuatsal sorunlar üzerinde durmak gerekmektedir.



Bu konudaki en büyük sorun, Devlet Memurları Kanununda kamuda istihdam edilen üç tür personel grubundan “işçiler” olarak adlandırılan grubun bu kanun kapsamına dahil edilmeyerek, İş Kanunu’na göre istihdam edilmesidir. Bu durumda aynı kurumda çalışan personeller arasında; memur veya sözleşmeli personelden herhangi birinin tabi olduğu çalışma rejimleri, özlük hakları ile özellikle gebelik ve doğum sonrası dönemde elde ettiği izinler farklı olmakta; ancak İş Kanunu’na göre istihdam edilen diğer kadın personelin aynı konularda tabi olduğu hukuk kuralları ve hakları tamamen farklılık göstermektedir.

Uluslararası belgelerde yer alan hakların, aynı kamu kurum ve kuruluşunda eşit şartlarda çalışan iki kişiden birine tanınıp, diğerine tanınmaması özellikle iş sözleşmesi ile istihdam edilen ve İş Kanunu’na tabi olarak çalışan kadınları çocuk sahibi olma ve kariyerlerine devam etme noktasında ikileme bırakmaktadır.

Çalışmada ayrıntılarıyla inceleneceği üzere kadın personel istihdamında temel eşitsizlik, İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu arasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla 657 Sayılı Kanun’un 4/(D) hükmü gereği kamuda; “işçi” statüsünde istihdam edilen personelle özel sektörde iş sözleşmesine göre istihdam edilen personel arasında tabi olunan mevzuat bakımından herhangi bir farklılık yoktur. Ancak çalışmamız, özelde kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen işçi ve memurlar arasındaki mevzuattan kaynaklanan eşitsizlikleri konu aldığından, değerlendirmeler bu perspektifte yapılacaktır.

Doğum izni konusunda bu iki kanunda yer alan bir diğer eşitsizlik ise erkek ebeveyne (babaya) verilen doğum izinlerinin her iki kanunda kadınlara verilen sürelerden çok daha az bir süre için verilmesidir.

Her iki konudaki mevzuat çatışmasının sebebinin ise temelde ülkemizde var olan toplumsal cinsiyet algısının kanunlara yansımaları olduğu düşünülmektedir.

İşte bu eşitsizliklerin inceleneceği, toplumsal cinsiyet algısının mevzuattaki yansımalarının irdeleneceği ve yapılması gerekenlerle ilgili önerilerde bulunulacak bu çalışmanın teori ve uygulamaya katkı sağlaması en büyük temennidir.

## II. KAMU SEKTÖRÜ KAVRAMI VE KAMU SEKTÖRÜNDE İSTİHDAM EDİLEN PERSONEL TÜRLERİ

### A. Genel Olarak Kamu Sektörü Kavramı

Devlet denilen yapı, çok geniş bir kapsama alanına sahip olan ve birçok alt gruptan oluşan bir organizasyon bütünüdür. Bu geniş yapı içinde kişilerin ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin yürütmüş olduğu faaliyetlerin yanında, esas olarak devletin yapmış olduğu faaliyetlerin ciddi bir önemi vardır. İşte bu devlet faaliyetleri de kamu sektörünün istihdam ettiği personeller eliyle yapılır.

Kamu sektörü kavramı, aslında bir üst kavram olarak ifade edilebilen bir kavramdır. Doktrinde, devlet teşkilat şeması dikkate alınarak, kamu idareleri – kamu kurumları ayrımı yapılmış; buna göre, merkezi yönetim ile mahalli idareler; kamu idareleri olarak tanımlanırken, bu şemanın “hizmet yerinden yönetim kuruluşları” kısmında yer alan birimler de “kamu kurumları” olarak nitelendirilmiştir<sup>1</sup>. Ancak bu ayrımın Anayasal bir dayanağı söz konusu değildir<sup>2</sup>. Hatta Anayasanın<sup>3</sup> 123. maddesinde yer alan; “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır.*” hükmünden; merkezi yönetim teşkilatı içinde yer alan kurumların, mahalli idarelerin, hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının tümünün; devlet organizasyonunun işleyişinin ayrılmaz bir parçası olduğu sonucu çıkmaktadır.

İşte hem kamu idareleri olarak nitelendirilen kurumlar, hem de hizmet yerinden yönetim kuruluşları, faaliyetlerini gerçekleştirmek için çalışanlara ihtiyaç duymaktadır. Anayasanın bahsi geçen hükmü de dikkate alındığında tüm bu kamu kurumlarına birden “kamu sektörü” denilmesi kanımızca daha doğrudur. Bu sektörün faaliyetlerini yerine getirebilmesi için personel istihdam etmesi gerekmektedir.

Kamu sektöründe personel istihdamı tek bir şekle tabi olmayıp, özlük hakları, iş garantileri ve sahip oldukları bir kısım haklar bakımından birbirinden farklı olan üç ayrı istihdam modeli kamu sektöründe karşımıza çıkmaktadır.

<sup>1</sup> Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2011, s. 532.

<sup>2</sup> Günday, 2011, s. 532.

<sup>3</sup> Burada kastedilen, hali hazırda yürürlükte bulunan 1982 Anayasası olup, çalışmanın bundan sonraki kısımlarında doğrudan “Anayasa” terimi kullanılacaktır.

## B.Devlet Memurları Kanunu'na Göre Kamuda İstihdam Edilen Kadro Türleri

Kamu sektöründe çalışanlar yukarıda da belirtildiği gibi, üç ayrı statüde istihdam edilmektedirler. Bunlar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 4'te üç ayrı bent halinde belirtilmiştir. Bu istihdam türleri; memur, sözleşmeli personel ve işçi olarak kategorize edilmişlerdir. Bu istihdam türlerinin üçüne birden, devletin istihdam ettiği personeli çalıştırma rejimi anlamına gelen “kamu personel rejimi” adı verilmektedir<sup>4</sup>. Bunlara kısaca değinmekte, bu statülerde istihdam edilen personelin haklarındaki temel farklılıkların anlaşılması bakımından fayda vardır.

Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK.) 4. maddesinde ilk olarak (a) bendinde memurlar yer almaktadır. Kanunda memurlar, “*Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler*” şeklinde tanımlanmıştır.

Kamu sektöründe istihdam edilen bir diğer grup personel de sözleşmeli personellerdir. Bu gruptaki personeller, yine DMK.'da geçen ve fakat memurlara göre; hem atama şekli, hem de atanmada aranan kriterler bakımından çok daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Kanunda sözleşmeli personeller; “*Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Cumhurbaşkanınca<sup>5</sup> belirlenen esas ve usuller çerçevesinde, ihdas edilen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri*” olarak tanımlanmıştır. İdarenin genel esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevlerini yerine getiren sözleşmeli personel, diğer kamu görevlileri kapsamında yer almaktadır<sup>6</sup>.

DMK.'da 4. maddede belirtilen ve kamuda istihdam edilen son personel grubu “işçi”lerdir. Kanun, kamu kuruluşlarında, kamu hukuku kurallarının

---

<sup>4</sup> Onur Ender Aslan, Kamu Personel Rejimi: Statü Hukukundan Esnekliği, TODAİE Yayınları, 2005, s. 1.

<sup>5</sup> Metnin ilk halinde sözleşmeli personelin atanmasında esas ve usullerin belirlenme yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmiş ise de Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesinden sonra bu yetki Cumhurbaşkanı'na verilmiştir.

<sup>6</sup> Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019, s. 461.

uygulandığı görevliler yanında, durumları özel hukukça düzenlenen işçilerin de çalıştırılabileceğini benimsemiştir<sup>7</sup>. Buna göre işçiler; “*memur, sözleşmeli personel ve geçici personel grubuna girmeyen, sürekli işçi kadrolarında belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan veya orman yangınları ile mücadele gibi işlerde geçici iş pozisyonlarında altı aydan az olmamak üzere belirli süreli iş sözleşmesine göre istihdam edilen personel türü*” olarak tanımlanmıştır. (DMK. m. 4/D) Ancak bu noktada konumuz açısından son derece belirleyici olan bir husus, 2007 yılında eklenen bir cümle ile beraber mevzuatımıza girmiştir. Buna göre, İşçiler hakkında DMK. hükümleri uygulanamayacaktır.

657 Sayılı DMK. ’nun ilk halinde, bu üç kadronun yanında bir de “Geçici Personel” adı verilen bir tür daha bulunmakta idi. Geçici personel grubu Kanunun 4. maddesinin (c) fıkrasında yer aldığından bu hükme göre tahsis edilenler, toplum arasında 4/C’ liler olarak bilinmektedirler. Geçici personelin, işçi sayılmayan kamu personeli olduğu DMK. m.4/(c) fıkrasında açıkça belirtilmişti. Ancak, 696 Sayılı KHK’ nın 17. maddesi ile geçici personel, istihdam modeli olarak DMK.’dan çıkartılmış ve bu kadroda bulunanların belirli şartlar dahilinde 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli personel pozisyonlarına aktarılması söz konusu olmuştur. Bu durumun ayrıntıları şu şekilde özetlenebilir:

- *Bir yıldan az süreli veya mevsimlik olduğuna Cumhurbaşkanınca karar verilen alanlarda çalışan personel*; bahsi geçen madde ile 4/B kapsamında sözleşmeli personel statüsüne aktarılmış ve bu kişilerin sözleşmeli personel olarak devam edebilmelerinin önü açılmıştır.
- *Özelleştirme uygulamaları nedeniyle iş akitleri feshedilenler grubunda bulunan ve herhangi bir diğer kamu kurum ve kuruluşuna nakil hakkı bulunmayan personelin de bu pozisyonlara aktarılarak yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanıncaya (emekliliği hak edinceye) kadar istihdam edilebilmeleri sağlanmıştır.*

Görüldüğü üzere artık, DMK.’da üç tür istihdam tipi düzenlenmekte olup, bunlardan memurlar kural olarak DMK. hükümlerine tabidirler. “Kural olarak” ifadesinin kullanılmasının sebebi, memur statüsündeki bazı kişilerin kendi özel kanunlarının bulunmasıdır. Bunlar, esas itibarıyla kendi kanunlarına tabi olmakla beraber, özel kanunlarında herhangi bir hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere (DMK.) tabidirler.

<sup>7</sup> Turgut Tan, İdare Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, 2014, s. 499.

Kamu kurum ve kuruluşlarında sözleşmeli personel olarak çalışan kişiler, kural olarak 1978 tarihli “*Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Genel Esaslar*” adlı Bakanlar Kurulu kararına göre istihdam edilmektedir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Bakanlar Kurulu artık mevcut değil ise de bu düzenleyici işlem halen yürürlüktedir. Görüldüğü gibi, sözleşmeli personelin işe alınışları, devamları, hakları ve yasaklılıkları DMK.’dan ayrı bir düzenleyici işleme dayanmakta ise de söz konusu düzenleyici işlemde özellikle personelin özlük ve izin haklarıyla ilgili birçok düzenleme, DMK. hükümleri ile benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla bu kapsamda istihdam edilen personelin dolaylı olarak DMK. hükümlerine tabi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Aynı kanunda ismi geçen ve merkezi yönetim bünyesindeki idari birimlerde, bunların taşra teşkilatlarında, yerinden yönetim kuruluşlarında ve ayrı tüzel kişilikleri olan kamu kurumları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında İş Kanunu (İK.) hükümlerine göre istihdam edilen kişiler de bulunmaktadır.

Şu ana kadar, DMK.’daki üç istihdam türü tanıtılmış olup, 657 Sayılı DMK.’nın doğrudan uygulandığı memurlar ile DMK.’da adı istihdam modeli olarak geçmekle beraber, DMK. hükümlerine değil İK. hükümlerine tabi olan çalışanların ebeveynlik hakkına bağlı olarak doğum izni, mazeret izni, yıllık izin, ücretsiz izin gibi konularda, bağlı buldukları mevzuattan kaynaklanan eşitsizlikleri üzerinde durulacaktır.

### **III. DEVLET MEMURLARI KANUNU VE İŞ KANUNUNDA EBEVEYNLİK KAYNAKLI İZİN HAKLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER**

#### **A. Ebeveynlik Kaynaklı İzin Hakkı Kavramı ve Türleri**

##### **1. Ebeveynlik Kavramı ve Ebeveynlik Kaynaklı İzin Hakkı Kavramı**

Ebeveyn kavramı Türk Dil Kurumu sözlüğünde “anne ve baba” olarak tanımlanmakta ve her iki kişiyi birden ifade ettiği için, çoğul anlamda ifade edilmektedir<sup>8</sup>.

Ebeveynlik kaynaklı izin hakkı ise kişilerin anne-babalık statüsüne geçme aşamasıyla beraber, aile birliğine yeni bir bireyin gelecek olması nedeniyle bir yandan ailenin ekonomik ihtiyaçlarını karşılamak için çalışma hayatlarındaki

---

<sup>8</sup> Bilgi için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>

varlıklarını devam ettirmek, diğer yandan da tamamen kendilerine muhtaç olan bu yeni bireyin ihtiyaçlarını anne ve baba olarak karşılamaları için belli süreliğine iş kaybı endişesi duymadan çocuklarına zaman ayırma hakkı olarak tanımlanabilir. Literatürde ve mevzuatta böyle bir kavram mevcut olmamakla birlikte, hem DMK.'da hem de İK.'da izin hakkı düzenlenmiştir. Memurun, görevini gereği gibi yerine getirmelerini sağlama amacını güden bu haklardan biri de izin hakkıdır<sup>9</sup>. Çalışmada anne-babalık kaynaklı izinler ebeveynlik kaynaklı izin türleri başlığı altında incelenecektir.

## 2. Ebeveynlik Kaynaklı İzin Türleri

Kişilerin, ebeveynlik durumlarına bağlı olarak, kanunla tanınmış bazı izin haklarını kullanması söz konusudur. Bunlar, *doğum (analık) izni, babalık izni, evlatlık izni, esnek çalışma izni, süt izni, evladın engellilik durumuna göre izin, refakat izni, erkek memurun eşinin ölümü dolayısıyla izni, evladının evliliğinden dolayı izin ve aylıksız (ücretsiz) izin* olarak sıralanabilmektedir. Bunların bazıları sadece DMK.'da düzenlenmiş iken, bir kısmı da hem DMK. hem de İK. içinde düzenlenmektedir. Bahsedilen bu izinlerden bazılarında aynı başlık altında farklı durumlar ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Genel hatlarıyla ismen bu şekilde bahsedilen bu izin türlerinin ayrıntılarının her iki kanun açısından değerlendirmesinin, çalışmayla ulaşılmak istenen sonuç için önemli olduğu düşünülmektedir.

### a. Devlet Memurları Kanunu'nda Düzenlenen Ebeveynlik Kaynaklı İzin Türleri

Bir üst başlıkta sayılan izin türlerinin hepsi, DMK. içinde “mazeret izni” başlığı altında düzenlenmiş olan izinlerdir. Bu izinlerin bazıları, doğası gereği sadece kadın olan memura verilirken, bazıları içinse kanunda herhangi bir ayırım yapılmadığından, bu tür izinlerin memur olmak kaydıyla hem kadın hem de erkek için söz konusu olduğu söylenebilir. Doktrinde mazeret izinleri, zorunlu ve takdiri mazeret izni olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur<sup>10</sup>.

Mazeret izinleri yanında doğrudan ebeveynlik kaynaklı olmayan ancak ebeveynlik nedeniyle kullanılabilir başka bir yasal izin de yıllık izindir. Daha açıklayıcı bir ifadeyle, ebeveynlik nedeniyle elde ettikleri mazeret

<sup>9</sup> Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku: (Genel Esaslar), 8. Baskı, Turhan Kitabevi, 2011, s. 869.

<sup>10</sup> Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, 2016, s. 911.

izinlerini kullanmadan önce veya bu izinler tüketildikten (kullanıldıktan) sonra erkek ve/veya kadın memur, hak etmiş oldukları yıllık izinlerini de evlatlarıyla zaman geçirmek için kullanabilirler. Ancak yıllık izin ile “mazeret izni” başlığı altındaki durumlarda kullanılan izinler ayrı madde ve başlıklarda düzenlendiklerinden sistematik yorumdan da ortaya çıkacağı gibi ayrı durumlar olup, mazeret izni kural olarak yıllık izini etkilemez. Başka bir deyişle mazeret izni, ancak kanunda sayılan ve mazeret olarak kabul edilen durumların varlığı halinde ve bu durumların ortaya çıktığını (gerektiğinde) belgelendirmek kaydıyla geçerli olan izinler olup, yıllık izin, bunların dışında herhangi bir mazerete gerek olmaksızın ayrıca yasa içinde düzenlenmiş ve memurun her halükarda hakkı olarak kabul edilen izindir.

Doğum öncesi ve sonrası kullanılan istisnai olarak da –evlatlık durumunda olduğu gibi- doğuma bağlı olmamakla birlikte yine ebeveynlik sıfatı kazanmanın sonucu olan bu izinler kanunda çok da sistematik olmayan bir şekilde verilmiştir. Çalışmada bu izinler, kanunda yer aldıkları sıralamadan bağımsız olarak belli bir sistematığe göre ele alınacaktır.

Aşağıda incelenecek olan izinlerin ortak yanı DMK. m. 104/G hükmünde belirtilen “*Yıllık izin ve mazeret izinleri sırasında fiili çalışmaya bağlı her türlü ödemeler hariç malî haklar ile sosyal yardımlara dokunulmaz*” ifadesinden hareketle fiili çalışmaya bağlı ek ödenekler hariç, memurların aylıklarında herhangi bir kesinti yapılamayacağını belirler. Doktorların, baktıkları hasta üzerinden hesaplanan döner sermaye ödeneği örneğinde olduğu gibi, performans (fiili çalışmaya) dayalı hakları, eşyanın tabiatı gereği bu dönemlerde çalışmadığından memura ödenmeyecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek izin türlerinin ortak özelliği memurun talebine bağlı olması ve talep halinde bu hakkın kullanılarak kullanılmaması hususunda idarenin takdir hakkının bulunmamasıdır. Başka bir deyişle, memurun talebi ve tabii ki varsa kanunda aranan şartların bulunduğunu belgelendirmesi halinde, idare bu izni kullanırmak zorundadır. Zira bu kanuni hükümlerin hepsinde “*verilir*” şeklinde emredici hükümler yer almaktadır.

#### ***aa. Doğum (Analık) İzni***

Memurlara verilen mazeret izinlerinden en önemlilerinin başında analık izni gelmektedir. Buna göre gebe olduğu doktor raporuyla sabit olan bir kadın memura doğumdan önceki sekiz hafta ve doğumdan sonraki sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık (yaklaşık dört ay) ücretli izin verilmesi

söz konusudur. (DMK m. 104/A) Çoklu (iki ve daha fazla çocuğa) gebelik durumunda doğum öncesinde verilen kısma iki hafta daha eklenir. Yine aynı madde hükmüne göre, bu iznin mutlak suretle doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olarak bölünmesi zorunlu değildir. Şöyle ki kanun koyucu sadece planlanan doğum tarihinden üç hafta öncesinde kadının çalıştırılmayacağına ilişkin emredici hüküm koymakla beraber, çalışmasının sağlık ve bebek açısından herhangi bir sorun oluşturmadığı doktor raporuyla belgelendiği takdirde kadının, doğumdan önceki son üç haftaya kadar çalışmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Daha açık bir ifadeyle bu süreyi –son üç haftası hariç- nasıl değerlendireceği idarenin değil, sadece kadın memurun takdir yetkisindedir. Buna göre kadın memur, dilerse son yasal çalışma süresine kadar çalışıp, öncesinde kendine verilen beş haftalık (8-3) süreyi doğum sonrasında kullanarak, doğum sonrası on üç hafta ücretli doğum iznine ayrılabilir. Aynı zamanda kadının doğum iznini kullandıktan sonra aynı görevde yeniden işe başlaması zorunludur. Bu durum 2009 yılı Avrupa Birliği (AB.) ilerleme raporlarında da önemli bir gelişme olarak kendine yer bulmuştur<sup>11</sup>.

#### ***ab. Babalık İzni***

Çocuğun doğmasıyla elde edilen ebeveynlik kaynaklı izin hakkı sadece anne için değil, baba için de söz konusudur. DMK m.104/B hükmündeki düzenleme uyarınca, erkek memura (babaya) eşinin doğum yapması halinde isteği üzerine 10 gün izin verileceği ifade edilmiştir. Cümlenin lafzından da anlaşılacağı üzere, bu 10 günlük iznin kullanılması, erkek memurun eşinin doğum yapmasından itibaren hak edilen ve kullanılabilen bir izindir. Yani doğum öncesindeki süreçte bu iznin alınması söz konusu olmamakla beraber, erkek memur eşinin doğum yaptığını hastaneden alacağı doğum belgesiyle ispat ettikten sonra bu iznini kullanabilecektir. Tabi kanunda bu iznin hemen kullanılması gibi bir zorunluluk kanun lafzından anlaşılmamaktadır. Başka bir ifadeyle çocuk doğmuş ancak doğum sarılığ, kuvezde bakım gibi bazı sağlık sorunları nedeniyle anne ile çocuğun veya sadece çocuğun hastaneden taburcu olması zaman almışsa, erkek memur (baba) kanundan aldığı bu izin yetkisini eşinin ve/veya çocuğunun hastaneden eve geldikten sonraki bir zamanda kullanabilir.

<sup>11</sup> Yakup Altan, “Türk Kamu Personel Rejiminde Reform İhtiyacı: Reformu Gerektiren Dış Etkenler Ekseninde Bir Değerlendirme”, 2016, 8(15), Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s. 389.



### *ac. Evlatlık İzni*

DMK'da çok da bilinmeyen ebeveynlik kaynaklı izin türlerinden bir diğeri evlatlık iznidir. Bu izin kanunda diğelerine göre biraz daha ayrıntılı olarak şu şekilde düzenlenmiştir: “Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinene memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşlerine, çocuğun teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta süre ile izin verilir. Bu izin evlatlık kararı verilmeden önce çocuğun fiilen teslim edildiği durumlarda da uygulanır.” (DMK. m.104/A – Son iki cümle)

Bu norma göre, anne-baba ayrımı yapılmayarak, üç yaşını doldurmamış bir çocuğun evlat edinilmesi halinde üç farklı durumda izin kullanılabileceği ifade edilmiştir:

- Memur kişinin, çocuğu eşiyile birlikte evlat edinmesi,
- Memur kişinin, çocuğu münferit olarak (kendi başına) evlat edinmesi,
- Memur olmayan eşin çocuğu münferit olarak (kendi başına) evlat edinmesi.

Bu üç durumdan birinin gerçekleşmesi halinde memur kişiye (anne veya baba yahut ikisinin de memur olması halinde her ikisine birden) çocuğun kendilerine tesliminden itibaren 8 hafta süreyle ücretli izin verilir<sup>12</sup>. Madde normunda geçen “Bu izin evlatlık kararı verilmeden önce çocuğun fiilen teslim edildiği durumlarda da uygulanır.” ifadesinin, evlat edinme başvurusunda bulunulması ancak henüz resmi prosedürler tamamlanmadan çocuğun teslim edilmesi durumunu ifade ettiği düşünülmektedir.

Uygulamada ve mevzuatta evlat edinme olmaksızın çocuğun bir aileye teslim edilerek aile hayatı içinde yaşamasını sağlayan koruyucu ailelik yöntemi de mevcuttur. Her ne kadar cümlede açıkça ifade edilmese de “evlatlık kararı verilmeden önce” ifadesi, evlat edinme başvurusu bulunmayan ve salt koruyucu aile olarak çocuğun kendileri ile birlikte yaşamasını talep eden kadın ve/veya kocanın bu madde kapsamına dâhil olmadığını, başka bir deyişle koruyucu aile olarak bir çocuğun bakımını üstlenen erkek ve/veya kadın

---

<sup>12</sup> Kanunda sadece “izin verilir.” ibaresi yer almakla birlikte evlat edinme durumunun mazeret izinleri altında düzenlenmesi dolayısıyla aynı maddenin G fıkrası uyarınca burada kastedilen ücretli izindir.

memurun, sekiz haftalık izin hakkından yararlanamayacağını göstermektedir.

Evlat edinme durumunda, çocuğu evlat edinen kişi veya kişilerin her ne kadar biyolojik anne-babası olmasalar da mirasçılık dahil Türk Medeni Kanun (TMK.) hükümlerine göre biyolojik anne-babalık ile aynı hükümlere bağlandığı ve çocuğun yeni ortama adapte olması için, memur olan ebeveyne çocukla aile bağlarının kurulması için bir geçiş sürecinin izin olarak verilmesinin, Birleşmiş Milletler (BM.) Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde geçen ve Türkiye'nin de taraf devlet olarak, sağlamakta yükümlü olduğu "çocuğun yüksek yararı" ilkesine uygun ve yerinde bir düzenleme olduğu düşünülmektedir. Hatta kanunda evlat edinenin kadın veya erkek olmalarına yönelik bir ayırım yapılmadığından; kadın eşin, çocuğu münferit olarak evlat edinmesi halinde, erkek memur eşe de sekiz haftalık izin verilmesinin önünde bir engel yoktur. Durum böyleyken bir üst başlıkta incelenen babalık izninde, çocuğun biyolojik babası olan erkek memurun sadece 10 günlük bir "mazeret izni" alabilecek olması, yasal sonuçları birbirleriyle hemen hemen aynı olan iki durum arasında erkek memur bakımından eşitsizlik oluştuğunu düşündürmektedir.

#### **ad. Süt İzni**

Kanunda ebeveynlik kaynaklı izinlerden bir diğeri, sadece kadın memurun kullanabileceği süt iznidir. DMK. m.104/D hükmünde yer alan "*Kadın memura, çocuğunu emzirmesi için doğum sonrası analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren ilk altı ayda günde üç saat, ikinci altı ayda günde bir buçuk saat süt izni verilir. Süt izninin hangi saatler arasında ve günde kaç kez kullanılacağı hususunda, kadın memurun tercihi esastır.*" ifadesi, bu iznin analık izninin bitmesi sonrasında tekrar işe başlaması halinde, çocuğun anne sütü ihtiyacının karşılanması için verilen bir izin olup, iş hayatına devam ederken çocuğun bu ihtiyaçtan mahrum kalmaması için; tüm çalışma günlerini kapsayacak şekilde işe başlama tarihinden itibaren bir yıl için verilen ve kademeli olarak mesaiyi erkenden terk etmesine veya mesai saatleri içinde kendisine iş verilmemesine olanak sağlayan bir izindir.

Kanunda süt izninin kullanılmasını, "analık izni"nin sona ermesinden sonra başlayacağı ifade edildiğinden ve analık izninin de açıkça doğum öncesi ve doğum sonrasını kapsayan kural olarak 16 haftalık bir süre için geçerli olduğu belirtildiğinden, çalışmada daha sonra incelenecek olan ebeveynlik kaynaklı bir başka durum olan ücretsiz izin (24 aya kadar) hakkının kullanılması halinde süt izninin kullanılması mümkün görünmemektedir.

Daha açık bir ifadeyle kadın memurun analık izni denilen ücretli izin (kural olarak on altı hafta) süresi bittikten sonra, çalışmaya başlamadan ücretsiz izin hakkını kullanması halinde kanunun lafzından ve işin niteliğinden hareketle çalışmaya başladıktan sonra süt izni kullanması söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla kadın memurun, analık izninin sona ermesinden sonra çalışmaya başlayarak süt izni kullanması veya kanunen kendine verilen ücretsiz izin hakkını kullanarak çalışmaya başlamaması konusunda seçimsel bir hakkı olduğu söylenebilir.

### ***ae. Esnek Çalışma İzni***

Esnek çalışma izni, DMK m.104/F hükmünde düzenlenen ve yine kadın memura verilen izindir. Kanun hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: “*Doğum sonrası analık izni süresi sonunda kadın memur, isteği hâlinde çocuğun hayatta olması kaydıyla analık izni bitiminde başlamak üzere ayrıca süt izni verilmeksizin birinci doğumda iki ay, ikinci doğumda dört ay, sonraki doğumlarda ise altı ay süreyle günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışabilir. Çoğul doğumlarda bu süreler birer ay ilave edilir. Çocuğun engelli doğması veya doğumdan sonraki on iki ay içinde çocuğun engellilik durumunun tespiti hâllerinde bu süreler on iki ay olarak uygulanır. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşleri de, istekleri üzerine (A) fıkrası uyarınca verilen sekiz haftalık iznin bitiminden itibaren bu haktan aynı esaslar çerçevesinde yararlanır. Memurun çalışacağı süreler ilgili kurum tarafından belirlenir.*”

Uzun bir hüküm olması ve bünyesinde birkaç farklı durumu barındırması nedeniyle bu hükmün ayrıntılı olarak incelenmesi, konu bütünlüğü açısından faydalı olacaktır.

Her şeyden önce bu izin, kadın memurun çalışmamasını değil, günlük olağan çalışma süresinin yarısını iş yerinde geçirmesi, sonrasında ise idari izinli sayılmasını ifade etmektedir. Bu iznin, doğum sonrasında göreve fiilen yeniden başlanıldığında kullanılabilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

- Memurun analık izninin sona ermiş olması,
- Memurun yeniden çalışmaya başlaması,
- Memurun süt izni talebinde bulunmaması<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Görüldüğü gibi, esnek çalışma izninin kullanılabilmesi için, annenin süt izni talebinde bulunmaması gerekmektedir. Bunun gerekçesi doktrinde, süt izninin temel mantığının, çocu-

Bunlar temel şartlar olmakla beraber, iznin süresinin tespiti ile ilgili kanunda ayrıca bir düzenleme yapılmıştır. Böylece kadın memurun esnek çalışma izninin ne süreyle kullanılacağı, belli koşullara bağlanmıştır. Buna göre, kadın memurun esnek çalışma izin süresi şuna göre belirlenir:

- İlk çocuğun doğumu sonrası analık izninin bitiminde görevine fiilen dönmesi halinde iki ay,
- İkinci çocuğun doğumu sonrası analık izninin bitiminde görevine fiilen dönmesi halinde dört ay,
- Üçüncü ve sonraki doğumu sonrası analık izninin bitiminde görevine fiilen dönmesi halinde altı aydır.
- Çoklu doğum durumlarında bu süreye birer ay eklenir.

Çalışmada daha önce incelenen ve çocuğun fiilen kendilerine teslim tarihinden itibaren sekiz hafta süreyle memur anne ve/veya babanın ücretli ve tam gün izinli sayılacağı evlat edinme durumu, esnek çalışma izninin kullanılması açısından da bir sebep olarak düzenlenmiştir. Ancak evlat edinme durumunda esnek çalışma izni, kanunda aksine bir ifade bulunmadığından, hem kadın hem de erkek memur için söz konusudur. Şöyle ki, DMK. m.104/F son cümle hükmünde yer alan; “*Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşleri de, istekleri üzerine (A) fıkrası uyarınca verilen sekiz haftalık iznin bitiminden itibaren bu haktan aynı esaslar çerçevesinde yararlanır. Memurun çalışacağı süreler ilgili kurum tarafından belirlenir.*” hükmü, çocuğu evlat edinen erkek veya kadın memurun sekiz haftalık tam izin süresinin bitiminden itibaren yukarıda belirtilen süreler kadar esnek çalışma izni hakkının olduğu anlamına gelmektedir.

Bir örnekle durumu açığa kavuşturmak gerekirse; bir çocuğu evlat edinen bir erkek veya kadın memur, çocuğun tesliminden sonraki sekiz hafta boyunca izinli sayılacak ve göreve gitmek zorunda olmadan ve özlük haklarında herhangi bir eksilme olmadan bu süreyi evlat edindiği çocukla birlikte geçirecek, işe başladıktan sonra ise talebi halinde iki ay süreyle esnek

---

ğün anne sütünden mahrum kalmasının önüne geçmek olduğundan, yarı zamanlı çalışan kadının çocuğunu emzirme noktasında herhangi bir engeli bulunmayacağı gerekçesiyle desteklenmektedir. İlgili görüş için bkz. Suat Uğur ve Ömer Uğur, “İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Çalışanların Ebeveynliğe İlişkin Hakları”, 2017, 22(3), Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 677.

çalışma izni sayesinde mesai saatinin yarısını iş yerinde geçirdikten sonra kalan yarısını evlat edindiği çocuğu ve eşiyle beraber geçirecektir.

Erkek ve/veya kadın memura evlat edinmeleri halinde önce sekiz haftalık ücretli izin, sonrasında da evlat edinilen çocuk sayısına göre iki veya daha fazla ay süresince esnek çalışma izni verilmesi, kanun koyucunun evlat edinmeye ayrı bir hassasiyet gösterdiği ve biyolojik anne ve babası tarafından terk edilen, asıl ebeveynleri hayatta olmayan veya nerede olduğu bilinmeyen çocukların resmi bağlarla aile içinde yetişmesi için evli çiftleri teşvik ettiği anlamına gelmektedir. Almanya’da memurlarda esnek çalışma izninin, evlat edinme şartına bağlı olmaksızın 1990 ve 1997 yılında yapılan yasal değişiklik sonrasında kullanılabilirdiği ifade edilmektedir<sup>14</sup>.

DMK. m.104/F hükmünde bu durumların dışında bir de çocuğun engelli doğduğunun tespiti halinde esnek çalışma izni verileceği ifade edilmiş ise de bu durum bir sonraki başlıkta incelenecektir.

#### ***af. Evladın Engellilik Durumuna Göre İzin***

Memurların doğan çocuklarının engelli olarak dünyaya gelmesi veya sonradan engelli yahut süreğen (devam eden) hastalığının olması halinde bu kişilerin iş kaygısı olmaksızın hayatlarını biraz daha kolaylaştırmak amacıyla kanunda bu durumla ilgili iki farklı izin türü düzenlenmiştir.

Birinci durum, memurun en az %70 oranında engelli çocuğunun olması veya süreğen hastalığının ortaya çıkması halinde söz konusudur ve bu durum DMK. m. 104/E hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre memurun çocuğunun engellilik halinin %70 veya üzerinde olduğunun raporla ispat edilebilmesi halinde, erkek veya kadın memurdan sadece birinin kullanması kaydıyla bir yıl içinde toptan veya bölümler halinde kullanılmak üzere toplam 10 gün idari izinli sayılması mümkündür. Burada erkek ve kadın memurdan sadece birinin engellilik dolayısıyla ebeveynlik kaynaklı izin kullanabilmesi şartının, aynı kurumda birlikte memur olarak çalışan evli memurlar için geçerli olacağı düşünülmektedir. Zira farklı kurumlarda çalışan erkek ve kadın memurun izinlerini ne zaman kullandıklarının ayrı ayrı kurumlardan tespiti pek mümkün görünmemektedir.

İkinci durum ise esnek çalışma izni ile ilgilidir. Kanununun 104/F hükmününün 3. cümlesinde geçen “Çocuğun engelli doğması veya doğumdan sonraki on

---

<sup>14</sup> Selim Çapar, “Almanya’da Kamu Personel Sistemi”, Türk İdare Dergisi(466), 2010, s. 53.

*iki ay içinde çocuğun engellilik durumunun tespiti hâllerinde bu süreler on iki ay olarak uygulanır.”* hükmünde, bir üst başlıkta incelediğimiz esnek çalışma izninde belirtilen süreler kastedilmekte olup; bu hükümden, kaçınıcı çocuk olduğuna bakılmaksızın, kadın memur için, analık izni sonrası göreve fiilen başladıktan sonra, erkek memur içinse çocuğun engellilik durumunun doktor raporuyla tespit edilmesinden sonra 12 ay süreyle bu kişilerin özlük haklarında bir değişiklik olmadan yarı zamanlı olarak memuriyet yapabileceği anlaşılmaktadır. Bir üst paragrafta belirtilen 10 günlük toptan veya aralıklı mazeret izni için kadın veya erkek memurdan sadece birinin izin kullanması şartı, esnek çalışma izninde söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle hem kadın hem erkek memur; çocuklarının, belirtilen engellilik veya süregelen hastalık durumunu raporla ispat ettikten sonra bu durumun tespitinden itibaren 12 ay boyunca esnek çalışma izninden yararlanabilecektir.

#### ***ag. Refakat İzni***

DMK m.105/7 hükmünde “*memurun bakmakla yükümlü olduğu veya memur refakat etmediği takdirde hayatı tehlikeye girecek ana, baba, eş ve çocukları ile kardeşlerinden birinin ağır bir kaza geçirmesi veya tedavisi uzun süren bir hastalığının bulunması hâllerinde, bu hâllerin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi şartıyla, aylık ve özlük hakları korunarak, üç aya kadar izin verilir. Gerekğinde bu süre bir katına kadar uzatılır*” hükmü yer almaktadır. Burada memurun refakat etmesi zorunlu kişiler arasında çocukların da sayılmış olması; refakat izninin, refakat edilmesi zorunlu kişinin çocuk/çocuklar olması halinde ebeveynlik kaynaklı izinler arasında olduğunu göstermektedir. Kanunda bu hal için de erkek veya kadın memur ayrımı yapılmamaktadır. Bu nedenle kadın veya erkek memurdan herhangi birisi refakat zorunluluğu bulunan çocuğunun hastalık durumunu gösteren raporu idareye ibraz etmesi halinde, raporun ibrazından itibaren üç ay süreyle izinli sayılacaktır.

#### ***ah. Erkek Memurun Eşinin Ölümü Dolayısıyla İzni***

Kanunun 104. maddesinde, kadın memura, doğum öncesi ve doğum sonrası sekizer hafta izin verileceği, çoklu doğum durumunda bu süreler iki hafta daha ekleneceği yani toplam izin süresinin on sekiz hafta olacağı çalışmada “analık izni” başlığı altında incelenmişti.

Kanun koyucu, DMK m.104/A hükmünün 7. cümlesiyle ek bir kural getirerek, “*Doğumda veya doğum sonrasında analık izni kullanılırken annenin ölümü hâlinde, isteği üzerine memur olan babaya anne için öngörülen süre*

*kadar izin verilir.”* kuralını dahil etmiştir. Buna göre doğum esnasında veya doğum sonrasında kural olarak 16 haftanın kullanıldığı dönemde annenin vefat etmesi halinde, erkek memurun aynı süre ile ücretli idari izinli sayılacağı ifade edilmiştir. “Aynı süreler” ifadesi net olmamakla beraber, kanunun lafzından bir çocuk için babaya 16 hafta, ikiz ve daha fazla çocuğun aynı doğum olayıyla dünyaya gelmesi halinde 18 haftalık ücretli mazeret izni verilmesi söz konusudur.

Bu durum her ne kadar ilk bakışta, erkek memurun, eşinin ölümü nedeniyle hissettiği üzüntüden kaynaklı kendine verilen bir hak olarak görünse de kadın eş öldüğü için doğum sonrasında çocuğun bakım ihtiyaçlarının erkek memur (baba) tarafından karşılanması zorunluluğu söz konusu olduğundan erkeğe verilen bu izin de ebeveynlik kaynaklı izin hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

Kanunda açıkça “*doğumda veya doğum sonrasında analık izninin kullanılması esnasında annenin ölmesi durumunda*” bu iznin babaya verileceğinin düzenlenmesi karşısında, doğum öncesinde vefat eden ancak çocuğun dünyaya getirilmesi için annenin makinaya bağlı olarak vücut fonksiyonları belli bir süre devam ettirilmesi gibi istisnai olarak meydana gelebilecek durumlarda babanın bu izin hakkından yararlanamayacağı sonucunu doğuracaktır. Kanun koyucunun bu durumu da hükme eklemesinin, hakkaniyet bakımından daha doğru olacağı mütalaa edilmektedir.

### ***ai Evladın Evliliği Nedeniyle Kullanılacak İzin***

Kanunda düzenlenen ebeveynlik kaynaklı izin türlerinden bir diğeri evladın evliliği dolayısıyla kullanılacak izindir. DMK m. 104/B hükmünde, “*Memura, ... çocuğunun evlenmesi ... hâllerinde isteği üzerine yedi gün izin verilir.*” hükmüyle, çocuğunun evlenmesi memura izin hakkı veren durumlardan biri olarak düzenlenmiştir.

Kanunda açık bir hüküm bulunmasa da çocuk evlat edinilmesi halinde resmi olarak memurun nüfusuna geçeceğinden, memur kadın veya erkeğin evlatlık edinilen kişinin biyolojik annesi veya babası olmasına gerek yoktur. Dolayısıyla, kadın veya erkek memurun evlat edindiği kişinin evlenmesi halinde de bu iznin kullanılmasının önünde bir engel olmadığı düşünülmektedir.

Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere çocuğunun evlenmesi nedeniyle mazeret izni alma hakkı konusunda kadın ve erkek memur ayrımı yapılmadığından, memur statüsünde olmaları halinde her ikisinin de bu

gerekçeyle izin alabilmesi söz konusu olabilecektir.

### *ai Aylıksız İzin*

Şu ana kadar açıklanan ve DMK'da yer alan ebeveynlik kaynaklı izinlerin ortak özelliği kullanılmalarının memurun talebine bağlı olması ve kullanıldıkları takdirde fiili çalışmaya dayalı ödenekler hariç özlük ve aylıklarından herhangi bir kesinti yapılmamasıdır. Ancak aylıksız izin, yine ebeveynlik kaynaklı izin türlerinden biri olmakla beraber, adından da anlaşılacağı üzere kullanıldığı takdirde, sadece memurun iş güvencesinin devam etmesini sağlamakta ancak bitiş zamanına kadar memurun herhangi bir şekilde ücret alamaması sonucunu doğurmaktadır.

Aylıksız izin, DMK.'da farklı durumlar öngörülerek ayrı hükümlerde düzenlenmiştir. Aylıksız izin hakkını gerektiren halleri şu şekilde başlıklandırabiliriz:

- Hastalık ve refakat izni sonrası aylıksız izin hakkı (DMK. m. 108/A),
- Analık izni sonrası aylıksız izin hakkı (DMK. m. 108/B),
- Evlatlık izni sonrası aylıksız izin hakkı (DMK. m. 108/C),
- Memuriyette belli sürenin tamamlanması sonrası kazanılan aylıksız izin hakkı (DMK m. 108/E).

Sayılan bu kanun hükümlerini biraz daha detaylandırmakta fayda vardır:

Çalışmamızda daha önce bahsedilen, memurun bakmakla yükümlü olduğu veya memur refakat etmediği takdirde hayatı tehlikeye girecek çocuğun mevcut olması halinde kullanılan (üç aya kadar süreli) aylıklı izin süresinin sonunda, talebi ve durumun devam ettiğini sağlık kurulu raporuyla belgelendirmesi halinde, memura on sekiz aya kadar aylıksız izin verileceği ifade edilmektedir. (DMK. m. 108/A)

İkinci durum, kadın memura analık izninin bitmesinden sonra verilecek aylıksız izindir. Kanun bu durumu ayrı bir fıkrada değerlendirerek, analık izninin bitmesinden itibaren kadın memurun talebi halinde yirmi dört aya kadar aylıksız izinli sayılacağı ifade edilmiştir. (DMK. m. 108/B)

Kadın memur için verilen aylıksız izinin yanında, erkek memur için de aylıksız izin hakkı mevcuttur. Kanununun 108. maddesinin (B) fıkrasında



yer alan “Doğum yapan memura, 104 üncü madde uyarınca verilen doğum sonrası analık izni süresinin veya aynı maddenin (F) fıkrası uyarınca verilen izin süresinin bitiminden; eşi doğum yapan memura ise, doğum tarihinden itibaren istekleri üzerine yirmi dört aya kadar aylıksız izin verilir.” ifadesinden, doğum tarihinden itibaren kocanın da bu izin hakkından yararlanabileceği net bir şekilde anlaşılmaktadır.

Daha önce incelenen hükümlerden de anlaşılacağı üzere kanun koyucunun özel bir hassasiyet ve önem gösterdiği evlat edinme kurumu, aylıksız izinde de kendisini göstermektedir. Şöyle ki 108. maddenin C fıkrasında, evlat edinme nedeniyle çocuğun ve ailenin birbirlerine adaptasyonunu sağlamak için kullanılan sekiz haftalık tam izin ile sonrasında yine talep halinde kullanılan sekiz haftalık esnek çalışma izinlerinin herhangi birinin sonrasında talepleri halinde kadın ve/veya erkek memura yirmi dört aya kadar aylıksız izin verileceği ifade edilmiştir. Aynı fıkarda, evlat edinen her iki eşin de memur olması halinde, talepleri halinde yirmi dört ayı geçmemek üzere birbirlerini izleyecek şekilde eşlere bu izin verilebilecektir.

Aynı maddenin (E) fıkrasında, “Memura, yıllık izinde esas alınan süreler itibarıyla beş hizmet yılını tamamlamış olması ve isteği hâlinde memuriyeti boyunca ve en fazla iki defada kullanılmak üzere, toplam bir yıla kadar aylıksız izin verilebilir. Ancak, sıkıyönetim, olağanüstü hâl veya genel hayata müessir afet hâli ilan edilen bölgelere 72 nci madde gereğince belli bir süre görev yapmak üzere zorunlu olarak sürekli görevle atanmalar hakkında bu bölgelerdeki görev süreleri içinde bu fıkra hükmü uygulanmaz.” hükmü yer almaktadır. Bu yöndeki aylıksız izin hakkı, esasen doğrudan ebeveynlik kaynaklı olmamakla beraber, kadın veya erkek fark etmeksizin memurun görevde en az 5 hizmet yılını tamamlaması halinde kullanabilecekleri, memuriyet hayatı boyunca en fazla iki kez verilebilen ve toplam süresi 1 yılı aşmayan aylıksız bir izindir. Dolayısıyla, bu iznin, çocukların bakımını veya ailede bakıma ihtiyaç duyan diğer aile üyelerinin bakımını sağlamak amacıyla bu iznin de kullanılabilmesi mümkündür<sup>15</sup>.

Babanın, aylıksız izin hakkını kullanabilmesinde 108. maddenin (B) fıkrası ile (E) fıkrası arasında idarenin yetkisi bakımından farklılık vardır. Şöyle ki, mazeret izin türlerinde düzenlenen hükümlerde olduğu gibi, ebeveynlik hakkına dayalı olarak kullanılan ve yirmi dört aya kadar kullanılabilen aylıksız

---

<sup>15</sup> Dilek Baybora, “Türkiye’de İşte Aile Haklarına Bakış (Son Yapılan Değişikliklerle)”, 2017, 9(1), İşletme Araştırmaları Dergisi, s. 234.

izinde, idarenin izni verip vermeme konusunda bir takdir yetkisi söz konusu değildir. Zira kanunda “*verilir*” şeklinde açıkça ifade edildiği üzere burada önemli olan memurun bunu talep etmesi olup, idarenin yetkisi bağlı yetkidir.

Ancak doğrudan ebenveynlik hakkına dayanmayan, 5 yılını doldurmuş memura verilen toplam bir yıla kadar verilebilen ve en fazla iki kere kullanılabilen aylıksız izin hakkından memurun yararlanabilip yararlanamayacağı hususu ise, kanun lafzından da anlaşılabilirliği üzere, doğrudan idarenin takdir yetkisindedir.

Danıştay’ın önüne gelen bir davada, eşinin doğum yapması sonrasında ilk olarak DMK m. 108/E fıkrasında izin talebinde bulunan ve bu talebi uygun görülen memur, sürenin bitiminden itibaren işlemeye başlamak kaydıyla, bu kez 108/B kapsamında yirmi dört ay süreliğine aylıksız izin talebinde bulunmuş, ancak idare bu ikinci talebi reddetmiştir. Önüne gelen dosyada Danıştay, bu madde kapsamında talep edilen izin hakkında idarenin takdir yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir<sup>16</sup>.

#### ***aj. Yıllık İzin***

Doğrudan ebeveynlik kaynaklı olmasa da kanunda her memura tanınan ve dilediği takdirde memurun, analık izni sonrasında işe dönmeye önce kullanılabileceği son izin türü yıllık (aylıklı) izindir. Kanunda bu izin memurun, memuriyette geçirdiği süre bakımından iki farklı şekilde düzenlenmiş olup; bir yıldan on yıla kadar bir süre görev yapanlar için yıllık izin süresi 20 gün, on yıl ve daha uzun süredir memuriyette görev alanlar için otuz gün olarak düzenlenmiştir. (DMK. m. 102) Bu izinlerin amirin uygun göreceği tarihlerde toptan veya kısım kısım kullanılabilmesi mümkün iken, kanuna göre birbirini izleyen iki yılın izinleri aynı anda kullanılabilir. (DMK. m. 103) Danıştay, memurun bu yönde bir talebi olmasa dahi, amirin “izinleri kullanma zamanını saptama konusunda kanunun verdiği yetki”nin bir gereği olarak, kullanılmayan iznin mevcut yılda hak edilen izin hakkıyla birlikte kullanılabilirliğine karar vermiştir<sup>17</sup>.

Dolayısıyla erkek veya kadın memur, çalışmada daha önce incelenen

<sup>16</sup> Danıştay 5. Daire, E. 2013 / 8964, K. 2015 / 10687, KT. 21.12.2015. Mahkeme kararının tam metnine erişim için bkz. <https://www.sgkrehberi.com/haber/149337/esi-dogum-yapan-memur-ucretsiz-izin-alamadi-dava-acti-iste-mahkemenin-karari.html>, erişim: 19.06.2020.

<sup>17</sup> Danıştay 1. Dairesi, E. 1982 / 119, K. 1982 / 121, KT. 07.06.1982. Kararın tam metnine ulaşılabilmiş olup, karar özeti ve ayrıntıları için bkz. Emrullah Damar, Devlet Memurları Kanunu ve Sözleşmeli Personel Mevzuatı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 1993, s. 332, 333.

mazeret izin sürelerinin bitişinden sonra işe başlamadan önce ebeveynlik hakkına dayanarak kullanmadığı ve hakkı olan yıllık izinlerini de kullanabilir.

Kanunda bu iznin kullanılması bakımından erkek veya kadın memur ifadesine yer verilmediğinden, bu izin her ikisinin de kullanabileceği genel bir izindir. Ancak kanunun, izin sürelerini, memurun çalıştığı hizmet yılına göre; “1-10 yıl” ve “10 yıl +” şeklinde düzenlediğinden, aday memurun, yıllık izin kullanabilme olanakları yoktur<sup>18</sup>.

Bu izinlerin her biri memura verilen haklardan olup, kanunda memurun talebine bağlı olarak kullanılacağı belirtilmediği daha önceden vurgulanmıştı. Bu durumları bildirmeden işe belli bir süre gelmeyen memurun DMK. m. 125’te belirtilen disiplin cezalarıyla veya müstafi sayılma (memuriyetten çekilmiş sayılma) işlemiyle karşı karşıya kalması söz konusu olabilir. Ancak Danıştay, memurun, burada sayılan ebeveynlik kaynaklı izin hakkını gerektiren durumlarda veya mazeret izni verilebilecek haller olarak kabul edilen diğer durumlarda iznini kullandıktan sonra işe gelip, mazeretini sonradan bildirdiğinde de bu mazeretin geçmişe yönelik olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>19</sup>.

#### **b. İş Kanununda Düzenlenen Ebeveynlik Kaynaklı İzin Türleri**

DMK.’ da olduğu gibi, İK.’da da ebeveynlik kaynaklı izin hakları öngörülmüştür. Bunlar, *analık hali izni, süt izni, esnek çalışma izni, erkek işçinin eşinin ölümü dolayısıyla izni, evlatlık izni ve ücretsiz izindir*. Aynı kamu kurumunda bu iki farklı kanuna göre göre çalışan personelin hakları arasındaki ilişkiyi anlayabilmek için, İK.’daki hükümleri de incelemekte fayda vardır:

##### **ba. Analık Hali İzni**

Analık izni, İK.’da, DMK.’ya benzer şekilde düzenlenmiştir. İK m.74 hükmüne göre analık izninin nasıl kullanılacağı şu şekilde ortaya konmaktadır: “*Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye*

---

<sup>18</sup> Oğuz Sancaktar, Eser Us, Mine Kasapoğlu Turhan, Lale Burcu Önüt ve Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışmalar Kitabı, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, 2018, s. 382.

<sup>19</sup> Danıştay 12 Dairesi, E. 2012 / 4436, K. 2015 / 6001, KT. 18.11.2015. Kararın tam metni için bkz. <https://www.mevzuatinyeri.com/disiplin-sorusturmasi/memurun-mazeret-izni-almasi-suresi-hk-danistay-karari-h24197.html>, erişim: 19.06.2020.

*iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelere eklenir.”*

Burada geçen ifade, aslında DMK.’daki hükmün ufak bir nüans hariç neredeyse birebir aynıdır. Buna göre DMK.’da olduğu gibi, İK.’da da ücretli doğum (analık) izni kural olarak 8+8=16 hafta olduğu ifade edilmiştir. Yine İK.’da da kadının son üç hafta çalışmasının mümkün olmadığı; ancak çalışmasında bir sakınca olmadığı doktor raporuyla uygun görüldüğü takdirde iş sözleşmesine tabi olan kadının son üç haftaya kadar çalışabileceği; kullanmadığı izni, doğum sonrasına kaydırabileceği de ifade edilmiş olup, bu hüküm de DMK ile paralellik göstermektedir. Çoğul gebeliklerde (ikiz, üçüz çocuk gibi) kadın işçiye iki haftalık bir ek süre verileceği ifade edilmiştir. Ancak DMK.’dan farklı olarak İK.’da iki haftalık ek iznin, doğum öncesindeki 8 haftalık süreye ekleneceği açıkça düzenlenmiştir. Yani, doktor raporuyla kadının ikiz veya daha fazla çocuğa gebe olduğu ispatlanırsa, bu iki haftalık ek süreyi kadın işçinin doğum öncesindeki dönemde kullanması gerekmekte, aynı süre doğum sonrasında kullanılacak ücretli izne eklenememektedir. Dolayısıyla kadın bu +2 haftalık süreyi kullanmak istiyorsa, son üç hafta zaten yasal olarak izinli olması gerektiğinden, planlanan doğum tarihinden önce 5 hafta, doğumdan sonra ise 8 haftaya ek olarak doğum öncesinden kullanmadığı 3 haftayı da ekleyerek bu iznini kullanması gerekmektedir.

İK.’da “Eşit Davranma İlkesi” başlıklı 5. madde, işverenin işçiler arasında eşit davranma yükümlülüğünü ortaya koymaktadır. Maddenin 1. fıkrasında “*İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*” hükmü, 6. fıkrasında ise “*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.*” hükmü yer almaktadır. Özellikle 1. maddedeki hükümlerin tamamının, mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekmektedir<sup>20</sup>.

Bu hükümler beraber değerlendirildiğinde; yasal olarak tanınmış olan analık hali izninin kullanılmasından sonra işçiye, işe başlama talebine rağmen

<sup>20</sup> Selda Topkaya, “Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Emziren Anne İşçinin Korunması” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı, Çanakkale, 2016, s. 79.

“personel ihtiyacı yokluğu” gibi bir gerekçeyle işe almayan veya önceki çalıştığı işin daha alt kademesinde işe başlatma gibi bir teklifle sözleşmeyi feshe zorlayan işveren, eşit davranma ilkesine aykırı davranmış olacaktır. Eşit davranma ilkesi; Anayasanın 10. maddesiyle koruma altına alınan “*eşitlik*” ilkesinin, iş hukukundaki yansıması olarak değerlendirilmektedir<sup>21</sup>. Bu ilke uluslararası sözleşmelerle kabul görmüş ve ilkeyle çeşitli sözleşmelerde taraf devletlere, vatandaşlar arasında ayırım gözetmeksizin eşit davranma borcu yükümlülük olarak yüklenmiştir<sup>22</sup>.

Kanunda bu durumda işverenin eşitlik ilkesine aykırı davrandığını ispat yükü kural olarak işçide olduğu belirtilmiş ise de işçinin delillerle ihlalin varlığını ortaya koyduğu hallerde aksini ispat etme yükümlülüğünün işverende olduğu belirtilmiştir. (İK m.5/7) Yargıtay, önüne gelen bir davada analık izni halinin sonrasında 6 aylık ücretsiz izin hakkını kullanıp, sonrasında işe dönmek isteyen kadın işçiye “yerine personel alındığı” gerekçesiyle izne ayrılmadan önceki konumuna dönmesinin söz konusu olamayacağı, bir alt kademedeki işin kendisine teklif edildiği, kabul etmemesi üzerine de iş sözleşmesinin feshedildiği olayda, doğum iznine ayrılmadan önce birlikte çalıştığı erkek işçi askerdeyken yerine kimsenin alınmadığı, sonrasında bu kişinin işe aynı pozisyonda başladığı durumundan yola çıkarak kendisine ayrımcılık yapıldığını öne sürmüş, Yüksek Mahkeme, kadın işçinin izindeyken yerine başka birisinin alınmasının olağan olduğuna ve bunun bir ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>23</sup>.

### **bb. Babalık İzni**

İK.’nın “Mazeret İzni” başlığını taşıyan Ek Madde – 2 hükmünde “*İşçiye ... eşinin doğum yapması hâlinde ... beş gün ücretli izin verilir.*” hükmü gereğince, erkek işçiye (babaya) 5 gün ücretli izin verileceği ifade edilmiştir.

Bu sürenin, DMK.’da baba için 10 gün olarak belirlendiği daha önce belirtilmiştir.

---

<sup>21</sup> Melek Onaran Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, 1. Baskı, Beta Yayınevi, 2000, s. 38.

<sup>22</sup> Olgu Özdemir, “Uluslararası Hukuk Işığında Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Hamile ve Anne İşçilere Yönelik Koruyucu Düzenleme” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Antalya, 2015, s. 34.

<sup>23</sup> Yargıtay 22. HD. E. 2018 / 7697, K. 2018 / 17200, KT. 05.07.2018., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, erişim: 18.06.2020.

### **bc. Süt İzni**

DMK.' da olduğu gibi, İK.'da da süt izni düzenlenmiş ve yine isminden anlaşılacağı üzere bu izin sadece kadın işçiye verilmiştir. İK. m. 74/7 hükmüne göre analık hali izninin bitmesinden itibaren kullanılacak bu izin şu şekilde düzenlemiştir: *“Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.”* Buna göre süt izni DMK.'dan farklı olarak çocuğun ayına göre kademeli olarak değil, bir yaşına kadarki süreyi kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Yine DMK.' dan farklı olarak kadına ilk altı ay için 3 saat, ikinci altı ay için bir buçuk saat değil, bir yaşın altındaki herhangi bir döneminde bir buçuk saat süt izni verilmesi düzenlenmiş; bu iznin, günün hangi saatinde kullanılacağı, DMK.'daki düzenlemeye paralel olarak İK.'da da kadına bırakılmıştır. Düzenlemenin DMK.' dan son farkı, süt izninin memur olan kadına analık izninin bittiği ve işe başlamayı talep etmesi halinde işe başladığı tarihten itibaren toplam bir yıl süreyle verilmesi, kadın işçiye ise çocuğun yaşı ile bağlantılı olarak bu izin imkanının tanınmasıdır.

### **bd. Esnek Çalışma İzni**

Esnek çalışma izni, İK. m. 74/2'de karışık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme için “karışık” ifadesinin kullanılmasının sebebi, hem esnek çalışma izni için farklı durumların aynı fıkra da verilmesi hem de bu farklı durumların aynı cümle içinde birbirinin içine geçmiş şekilde düzenlenmesidir. İK. m. 74/2 hükmü şu şekildedir: *“Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz.”* Kanunda iç içe geçmiş olan esnek çalışma şartlarının, belli bir sistematik altında şu şekilde anlatılması mümkündür:

Esnek çalışma izni için İK. m. 74/2 hükmünde iki durum düzenlenmiştir. Bunlar, kadın işçinin doğumuna bağlı olarak analık hali izninin bitmesi halinde verilen esnek çalışma izni ve üç yaşını doldurmamış çocuğun evlat edinilmesi

halinde verilen izinlerdir.

İlk durum olan; kadının işçinin, doğum yapması ve doğum öncesi ve sonrası yasal analık hali iznini kullanmasının ardından işe dönmesi halinde, talebi halinde ve dünyaya getirdiği çocuk sayısına ve çocuğun hayatta olması şartına göre, esnek çalışma izni farklı sürelerle tabi olacak şekilde kullanılacaktır. Şöyle ki,

- Birinci doğumda altmış gün,
- İkinci doğumda yüz yirmi gün,
- Üçüncü ve sonraki doğumlarda yüz seksen gün

süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verileceği öngörülmüştür.

Çoğul gebelik halinde, bu sürelerle otuzar gün ekleneceği de kanun hükmünde düzenlenmiştir. Burada DMK.'dan farklı olarak, İş Kanunu'ndaki esnek çalışma izni sırasında çalışılmamış olan saatlere denk gelen kısım, ücret bakımından, işçinin alması gereken maaşı, kesintiye uğramaktadır. Oysa ki çalışmada memurun ebeveynlik hakkı kaynaklı esnek çalışma iznini kullanması halinde bu durum mazeret izni kapsamında düzenlendiği ve aylığından herhangi bir kesintiye gidilmeden bu iznini kullanmasına imkân verildiği belirtilmişti. Ayrıca DMK.'da esnek çalışma izninin kullanılmasına ilişkin süreler ay olarak, İK.'da ise gün olarak belirtilmiş olup süreler ufak farklılıklar dışında hemen hemen aynı gün sayısına tekabül etmektedir. DMK.'da mevcut olmayan bir düzenleme İK.'da düzenlenmiş ve işçinin çocuğunun engelli olması halinde esnek çalışma süresi *üç yüz altmış gün* olarak belirlenmiştir.

Aynı düzenlemenin içinde üç yaşını tamamlamamış çocukları evlat edinen kadın ve erkek işçilere yönelik bir düzenleme de vardır. Ancak mahiyeti gereği bu düzenleme evlatlık izni bahsinde incelenecektir.

### ***be. Erkek İşçinin, Eşinin Ölümü Dolayısıyla İzni***

DMK.'da olduğu gibi İK.'da da kadın eşin doğum esnasında veya doğum sonrasında analık hakkını kullanırken ölmesi halinde erkek işçiye, kadına verilen süreler kadar ücretli izin verileceği düzenlenmiştir. İki hüküm de aynı şekilde düzenlendiğinden, DMK.'da aynı izin türü için yapılan eleştiriler, erkek işçinin eşinin doğum öncesinde ölümü ile ilgili olarak İK. hükümleri için de geçerlidir.

### ***bf. Evlatlık İzni***

Evlatlık izni, İK. m.74/2'de doğum sonrası kadının esnek çalışma izni ile aynı bölüm içinde ve fakat birbirinin içine geçmiş şekilde karışık bir hükümle düzenlenmiştir. Daha önce esnek çalışma izni başlığında incelenen hükümde, ilk önce doğum dolayısıyla kadının hak ettiği analık izin halinin sonrasında esnek çalışma hali belirtilmiş ve kadın işçinin dünyaya getirdiği çocuk sayısına göre esnek çalışma izni düzenlendiği belirtilmişti. İşte aynı düzenleme içinde kadın veya erkek işçiden birinin üç yaşını doldurmamış bir çocuğu evlat edinmesi halinde esnek çalışma izninin, (günlük çalışma saatinin yarısı kadar çalışma) ücretsiz izin olarak verileceği ifade edilmiştir. Yani burada evlat edinmeyle beraber kadın işçi veya erkek işçi talepte bulunması halinde diğer çalışma arkadaşlarının yarısı kadar çalışıp, ücreti de buna bağlı olarak kesintili haliyle alarak belli süreliğine bu yeni duruma adapte olmaya çalışabilirler.

Evlatlık izni, doğum halinde analık izninin sonrasında kadının esnek çalışma izni ile aynı hükümde düzenlendiğinden, hüküm evlat edinmeye ilişkin olmasına karşın bu ifadeden hemen sonra “...birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle... izin verilir.” demek suretiyle özensiz şekilde kaleme alınan bir hüküm karşımıza çıkmaktadır. Zira düzenleme zaten evlat edinme durumu ile alakalı olduğundan evlat edinen kadının doğum yapması bahsinin burada düzenlenmesi abesle iştigal bir durum ortaya çıkmasına neden olmuştur. Açık olmasa da kanundaki ifadelerden, esnek çalışma izninin, evlat edinme durumunda, belirtilen sürelerde kullanılacağı ve dolayısıyla tek çocuğun evlat edinilmesi halinde kadın veya erkek işçinin, altmış gün boyunca esnek çalışma düzeninde yarı zamanlı olarak çalışabileceği anlamı çıkmaktadır. Bunun yanında, birden fazla çocuğun belli aralıklarla evlat edinilmesi halinde, doğum durumunda uygulanan sürelerin burada da uygulanacağı ifade edilmiştir<sup>24</sup>. Doktrinde, evlat edinme durumunda verilen esnek çalışma izninin, Anayasanın 41. maddesinde geçen “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.” hükmünün bir gereği olduğu belirtilmiştir<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canpolat, İş Hukuku Dersleri, 29. Baskı, Beta Yayınevi, 2016, s. 600.

<sup>25</sup> Barış Duman, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Doğum ve Evlat Edinmeye Bağlı Yarım Çalışma İzni”, 2019, 10(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 188.



Esnek çalışma izninden doğum halinde (analık izni süresinin kullanılmasından sonra) sadece kadın yararlanabilirken, erkek için bu izin sadece evlat edinme durumunda söz konusudur.

Bunun dışında DMK.'da evlat edinme müessesesi, kadın ve erkek için birer ücretli (mazeret) izin durumu oluştururken ve her ikisi için de çocuğun tesliminden itibaren sekiz hafta boyunca tam gün izinli sayılma hakkı verirken, İK.'da aynı durumun, yaklaşık aynı süre için ve yarı zamanlı çalıştırılacak şekilde bu yapılırken de maaşının yarı oranda kesintiye uğraması şeklinde (ücretsiz izin) düzenlenmiştir. Aynı durumun iki kanunda farklı şekillerde ele alınması, evlat edinme müessesine DMK.'da daha fazla önem verildiğini göstermektedir.

### ***bg. Evladın Engelliliği Nedeniyle Kullanılacak İzin***

İK.'nın “Mazeret İzni” başlığını taşıyan Ek Madde – 2 hükmünde; *“İşçilerin en az yüzde yetmiş oranında engelli veya süreğen hastalığı olan çocuğunun tedavisinde, hastalık raporuna dayalı olarak ve çalışan ebeveynlerden sadece biri tarafından kullanılması kaydıyla, bir yıl içinde toptan veya bölümler hâlinde on güne kadar ücretli izin verilir.”* düzenlemesine yer verilmiştir.

Kanunun lafzından hareketle, burada kadın ve erkek işçi ayrımı yapılmamış; ancak bu iznin çalışan ebeveynlerden sadece biri tarafından kullanılma zorunluluğu getirilmiştir. Aynı hususun, DMK.'da da aynı süre için ve eşlerden birinin kullanması şartıyla düzenlendiği daha önce belirtilmişti. DMK.'da olduğu gibi, burada da bu izni eşlerden biri tarafından kullanılması zorunluluğu, iki eşin de iş sözleşmesine göre ve aynı kurumda çalışması durumunda söz konusu olabileceği, aksi takdirde durumun tespitinin zor olduğunu belirtmek gerekmektedir.

### ***bh. Kadın İşçinin Doğum Öncesi Dönemde Periyodik Muayene İzni***

İK. m.74/4'te kadın işçiye gebelik dönemi boyunca periyodik kontroller için ücretli izin verileceği ifade edilmiştir. Periyodik muayene; annenin, hamilelik sürecini sağlıklı şekilde geçirebilmesi ve bebeğin de sağlıklı şekilde dünyaya gelebilmesi için süreç boyunca yapılması gereken rutin kontrolleri ifade etmekte olup hem anne hem de bebeğin sağlığı açısından hayati öneme sahiptir<sup>26</sup>. Bu kontrollerin sıklığı veya tarihlerinin, işçinin kendi iradesiyle

---

<sup>26</sup> Benzer ifade için bkz. Asiye Şahin Emir, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık, 1.

değil, gebelik dönemi boyunca kadın işçiyi takip eden hekim tarafından belirleneceği ifade edilmiştir<sup>27</sup>.

#### IV.DEVLET MEMURLARI KANUNU İLE İŞ KANUNLARI ARASINDAKİ MEVZUATSAL EŞİTSİZLİKLER

##### A) Doğum İzni Konusunda Devlet Memurları Kanunu İle İş Kanunu Arasındaki Farklılıklar

###### 1. Kadın Personel Arasındaki Mevzuattan Kaynaklanan Eşitsizlikler

###### a. Analık İzni İle İlgili Ortaya Çıkan Eşitsizlikler

Kamu sektöründe istihdam edilen kişiler arasında DMK.'ya tabi memurlar ve diğer kamu görevlileri ile işçiler arasındaki kanundan kaynaklanan en ciddi eşitsizlik, kanımızca kadın işçiler ile kadın memurlar arasında, doğum izninin kullanılma biçimlerinde ve bu süreçte elde edilen haklarda karşımıza çıkmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, gerek DMK.'da "Mazeret İzinleri" başlığında belirtilmiş olan analık izni, gerekse İK.'da geçen analık hali izni, bu izinlerde kullanılacak süreler bakımından eşitlik arz etmektedir. Şöyle ki, DMK.'da 104. madde hükmüne göre, kadın memura, doğumdan önce 8, doğumdan sonra da 8 olmak üzere toplam 16 haftalık analık izni verilir<sup>28</sup>. Ancak bu 8 + 8 haftalık süreler mutlak olmayıp, izinlerin dağılımı, büyük ölçüde kadın memurun takdirine bırakılmıştır. Buna göre, doğumdan önceki son 3 hafta çalışmaması koşuluyla, doğum öncesindeki bu süreyi kadın memur isterse doğum sonrasında kendine verilmiş olan 8 haftalık süreye ekletebilme hakkına sahiptir<sup>29</sup>.

DMK. m. 104' teki düzenleme birebir ifadelerle kanunun İK. m. 74' ün ilk fıkrasında yer almıştır. Ancak en ciddi eşitsizlik ise, bu sürede analık iznini

Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 67.

<sup>27</sup> Ercan Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2008, s. 2051.

<sup>28</sup> Çoğul gebelik halinde ise, doğum öncesi izin miktarına 2 hafta daha eklenir. Buna göre, çoğul gebelik halinde kadın memur, toplamda 18 hafta analık iznine ayrılabilir.

<sup>29</sup> **DMK. . m. 104 / ( A ):** "... beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesine kadar sağlık durumunun çalışmaya uygun olduğunu tabip raporuyla belgeleyen kadın memur, isteği hâlinde doğumdan önceki üç haftaya kadar kurumunda çalışabilir. Bu durumda, doğum öncesinde bu rapora dayanarak fiilen çalıştığı süreler doğum sonrası analık izni süresine eklenir."

kullanan personelin ücretleri konusunda yaşanmaktadır.

DMK.' da 104. maddenin son fıkrasında ise, bu süre içerisinde, fiili çalışmaya dayalı ödemeler hariç, mali haklar ile sosyal yardımlara hiçbir suretle dokunulamayacağı ifade edilmiştir<sup>30</sup>. Ancak, İK.'daki analık iznini düzenleyen maddede böyle bir garanti verilmemekte hatta işverenin buna dayanan bir yasal zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>31</sup>. Ancak 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu” m. 18 / (c) bendi hükmü gereğince; doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla, doğumdan önceki ve sonraki sekiz haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilâve edilerek çalışmadığı her gün için, ”geçici iş göremezlik ödeneği” verilir. Yani İK. m. 74/1 hükmünü, 5510 Sayılı Kanunun 18 / ( c ) hükmüyle birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Buna göre, kural doğum izni süresince kadına işyeri tarafından ödenmeyen ücretin izin sonunda, SGK'dan toplu halde alınması olmasına rağmen, çalışan kadının doğum izni süresince sıkıntı çekmemesi ve mağdur olmaması için, işveren bu süreçte kadın personelin aylığını düzenli olarak kendisine ödedikten sonra, 56 + 56 ( çoğul gebelik ise 70 + 56 ) günlük süre sonunda bu parayı SGK.' dan kendisi talep edebilmektedir<sup>32</sup>.

Yani bu süreç içerisinde çalışan kadının ücret alıp alamaması, yasal olarak düzenlenmiş bir durum olmamakla beraber, tamamen işverenin inisiyatifinde olan bir durumdur<sup>33</sup>.

#### **b. Yıllık Ücretli İzinler Bakımından Ortaya Çıkan Eşitsizlikler**

Yıllık ücretli izin, iş hukukunda, işçinin ücretinden yoksun kalmadan, belirli zaman aralıklarıyla geçici olarak iş yükümlülüğünden kurtulmasını sağlayan izin dönemlerini ifade eden bir kavram olarak tanımlanmıştır<sup>34</sup>. Yine, Anayasa m. 50'de geçen “*Dinlenmek, çalışanların hakkıdır.*” şeklindeki düzenlemeden yola çıkılarak, doktrinde bu hakkın, işçinin belli zamanlarda dinlenmesini sağlamak amacıyla Anayasanın işçi memur ayrımı yapmadan

<sup>30</sup> **DMK. . m. 104/ ( E )**: Yıllık izin ve mazeret izinleri sırasında fiili çalışmaya bağlı her türlü ödemeler hariç mali haklar ile sosyal yardımlara dokunulmaz.

<sup>31</sup> Erol Güner, “Doğum Yapan Kadın İşçinin Talebi Halinde Verilen Ücretsiz İzin Hangi Tarihten İtibaren Başlayacaktır?”, Mali Çözüm Dergisi(98), 2010, s. 243.

<sup>32</sup> Güner, (2010), s. 243.

<sup>33</sup> Güner, (2010), s. 243.

<sup>34</sup> Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2004, s. 707.

tüm çalışanlara vermiş olduğu hak olduğu<sup>35</sup> ve bu hakkın Anayasada tanınmasının, aynı zamanda, işçinin dinlendirilmesinin bir sonucu olarak, iş gücünün yinelenmesi ve işçinin sağlığının korunmasını güvence altına aldığı<sup>36</sup> doktrinde ifade edilmektedir.

Yıllık ücretli izin hususu bakımından, DMK. ile İK. arasında özellikle de çalışma süreleri karşılığında izinlerde elde edilen hak ediş noktasında bir eşitsizlik olduğu söylenebilir. Gerçekten de, DMK. . m. 102' ye göre, 1 – 10 yıllık ( on yıl dahil ) devlet memurlarının izin süresi 20 gün olarak belirlenirken, 10 yılın üzerinde bir süre hizmette bulunanlar ise yılda 30 gün izin kullanma hakkını haizdirler<sup>37</sup>.

İş Kanunu'nda 14 ila 26 gün arasında değişen üç çeşit süre düzenlenmiştir<sup>38</sup>. DMK.'da bir yılını doldurmuş memurun dahi 20 günlük izin hakkı karşısında bu düzenleme ilk bakışta işçiler aleyhine bir eşitsizlik gibi görünmekte ise de 2004 yılında çıkan “Yıllık Ücret İzin Yönetmeliği”, İK.'da düzenlenen yıllık izinlerin ne şekilde kullanılacağını düzenlemekte ve bu yönetmeliğin 6/5. maddesi hükmünde yer alan “*Yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz.*” ifadesi, İK.'daki izinlerin aslında DMK.'ya göre daha avantajlı olduğunu göstermektedir. Zira hükümde geçen “hafta tatili” ifadesi, kural olarak Cumartesi ve Pazar günlerinin izinden sayılmayacağını göstermektedir. Ancak iş sözleşmesinde Cumartesi gününün de çalışma günlerinden sayılacağı belirtilmiş ise hafta tatili sadece Pazar günü olarak değerlendirilecektir. Yönetmelikle birlikte değerlendirildiğinde İK.'da yıllık izinler, DMK.'ya göre daha avantajlı durumdadır. Çünkü DMK.'da yıllık

<sup>35</sup> A. Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve Emine Tuncay Senyen Kaplan, İş Hukuku, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, 2012, s. 250.

<sup>36</sup> Sarper Sözek, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, 2009, s. 772.

<sup>37</sup> **Madde 102** – “Devlet memurlarının yıllık izin süresi, hizmeti 1 yıldan on yıla kadar (On yıl dahil) olanlar için yirmi gün, hizmeti on yıldan fazla olanlar için 30 gündür. Zorunlu hallerde bu sürelerle gidiş ve dönüş için en çok ikişer gün eklenebilir.”

Hatta aynı kanunun 103. maddesi hükmü gereğince, bir yıl kullanılmayan izinler, bir sonraki yılın izin hakkına eklenip, toplu halde kullanabilmektedir. Bu sürenin konumuzla bağlantılı kısmına gelinecek olursa, doğum sonrası *analık izni* olarak adlandırılan mazeret iznini kullanan bir kadın memur veya kamu görevlisi, bu sürenin bitmesinden itibaren ücretsiz izin hakkını kullanmadan önce, bir önceki yılda da yıllık iznini kullanmamış ise, maaşında bir kesinti olmaksızın 2 ay gibi bir süre daha fazla çocuğu ile vakit geçirebilecektir.

<sup>38</sup> Buna göre çalışma süresi; “1 yıldan 5 yıla kadar olanlar ( 5 yıl dahil ) on dört günden, 5 – 15 yıl arası olanlar 20 günden, 15 yıl dahil, daha fazla olanlara 26 günden az olmamak üzere yıllık izin verilir.” ( İK m. 53 )

izinlerin hesaplanmasında hafta sonu tatillerinin hesaba katılmayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Hak edilen iznin hangi dönemde kullanılacağı hususu, 54. maddede düzenlenmiş, buna göre, “*İşçinin gelecek izin hakları için geçmesi gereken 1 yıllık hizmet süresi, bir önceki izin hakkının doğduğu günden başlayarak gelecek hizmet yılına doğru hesaplanır*” ifadesine yer verilmiştir. (İK. m. 54 / 3) Buna göre, iş sözleşmesine göre istihdam edilen bir kişi, yıllık iznini hak edebilmek için, bir önceki yıl çalışmış olmalıdır. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise, “*İşçi, yukarıdaki fıkralar ve 55. madde hükümlerine göre hesaplanacak her hizmet yılına karşılık, yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanır.*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm gereğince de, DMK.’dan farklı olarak, kamuda iş sözleşmesine göre istihdam edilen bir kişi, iki yıllık izin süresini birleştirip, tek seferde toplu olarak kullanma hakkına sahip olmamaktadır. Nedenine gelince, İş Kanunu’nda yıllık izni hak ediş için geçen süre, DMK.’daki gibi takvim yılına göre hesaplanmayıp, sözleşmenin başlangıç ve bitiş sürelerine göre hesaplanmaktadır<sup>39</sup>.

Dolayısıyla, çalışmamızda daha önce ayrıntıları ile değindiğimiz analık izni noktasında zaten DMK.’ya göre istihdam edilen personelle kıyaslandığında son derece dezavantajlı durumda olan işçiler, yıllık izinlerini birleştirip kullanamama noktasında da bu gruba göre dezavantajlıdır ve bu durum da yıllık ücretli izinlerin kullanılması noktasında iki grup çalışan arasında eşitsizliğe yol açmaktadır.

### ***c. Ücretsiz İzin Sürecine İlişkin Mevzuattan Doğan Eşitsizlikler***

Kadının gebelik ve doğum sonrası yasal analık ve ücretli yıllık izinleri sürecinde olduğu gibi, bu süreler tükendikten sonra bir de belli bir dönem “*ücretsiz izin*” hakkı var olup; gerek İK.’ da gerekse DMK.’da bu izin düzenlenmiştir. Ancak, bu izinler arasında ortaya çıkan eşitsizliğin nedeni, İK.’da bu sürenin DMK.’ya oranla kanımızca çok kısa tutulmuş olmasıdır<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Legal Kitabevi, 2008, s. 674.

<sup>40</sup> DMK. . m. 108 hükmüne göre, doğum yapan kadın memura, 104. madde uyarınca verilen doğum sonrası analık izninin bitiminden itibaren 24 aya kadar aylıksız izin verileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla kanunda bulunan açık hüküm gereği, bu ücretsiz iznin başlangıç süresi, doğum sonrası kullanılan ve kural olarak 8 haftayı kapsayan sürenin bitiminden itibaren başlayacaktır. Ancak İK. m. 74 / 5 hükmünde ise, isteği halinde kadın işçiye, aynı süreler sonrasında 6 aya kadar ücretsiz izin verileceği hükme bağlanmıştır.

Bu durumun; her iki kanunun, kendine tabi olan çalışanlara sağladığı imkânlar ve bu imkânların kadının aile yaşantısı ile iş yaşantısı arasında kurduğu denge bakımından, ciddi eşitsizliklere neden olduğu düşünülmektedir. Nedenine gelince, aynı kamu kurumunda birisi, DMK.' ya tabi, diğeri iş sözleşmesine göre istihdam edilen iki kadın çalışandan; memur veya diğerk kamu görevlisi sıfatına sahip çalışan; ücret garantili analık izni bittikten sonra, memuriyetinin geleceğine hanel gelmeme garantisi ile iki yıl boyunca ücretsiz iznini kullanıp en doğal hakkı olan annelik sürecini gelecek kaygısı olmadan geçirebilecekken, iş sözleşmesine göre çalışan kadın personel ise, çalışmamızda daha önce de değinildiği üzere; ücret alabilmesi tamamen işverenin inisiyatifinde olan analık izni sürecinden sonra, sadece 6 ay kadar ücretsiz izin kullanabilecek, bu süre sonunda işine dönmek durumunda kalacak, aksi halde ise işsiz kalma durumuyla karşı karşıya kalacaktır<sup>41</sup>.

#### **d. Evlatlık İzninden Kaynaklanan Eşitsizlikler**

Üç yaşını tamamlamamış bir çocuğun evlat edinilmesi sonucunda işçi ve memura izin verilmesi, her iki kanuna da 2016 yılında eklenen hükümler sonrasında ortaya çıkmış, yeni bir düzenlemedir. Her ne kadar her iki kanunda da bu izin hakkı, hem erkek hem de kadın memura verilmiş bir hak ise de burada kamu kurum ve kuruluşlarında her iki kanuna göre kadın personel bakımından bir değerlendirme yapılacaktır.

Çalışmada daha önce ayrı ayrı analiz edildiği üzere, DMK'da üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlatlık edinen kadın memur, çocuğun kendisine tesliminden itibaren sekiz hafta süreyle tam gün ve ücretli izinli sayılırken, İK.'da aynı durumdaki personel, yarı zamanlı olarak işe devam etmekle yükümlü olmakta ve çalışmadığı kısım için "... ücretsiz izin verilir" hükmü gereğince ücretini eksik almaktadır. Anayasada aile birliğine önem verilmiş olup, aile kurumunu düzenleyen, Anayasanın 41. maddesinin 2<sup>42</sup>. ve 4<sup>43</sup>. fıkralarında çocuklarla ilgili özel düzenlemelere yer

<sup>41</sup> Ancak, bir hususun altını çizmek gerekir ki, söz konusu değerlendirme iş kanununu serhinde yazmakta olup, DMK. . ile bir karşılaştırma söz konusu olmadığı için, kanunun kendi sistematığı içinde doğru olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte, DMK. .'daki 24 aylık düzenleme ile kıyaslandığında İş Kanunu'ndaki 6 aylık ücretsiz izin hakkının eşitsizlik yarattığı da kanımızca vakidir.

<sup>42</sup> **Anayasa m. 41/2:**

*"Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar."*

<sup>43</sup> **Anayasa m. 41/4:**

verilmiştir. Anayasa ile devlet organları (idare) çocuğun korunması noktasında pozitif bir yükümlülük altında olmasına karşın, DMK.'da memura sağlanan kolaylığın, İK.'da aynı ölçüde sağlanmaması, daha açık bir ifadeyle yaklaşık iki aylık adaptasyon sürecinin memur olan kadında tam gün ücretli izin, iş sözleşmesine göre çalışan kadında ise esnek zamanlı ve çalışmadığı sürelerde ücretsiz izin verilecek şekilde düzenlenmesi, işçi kadın aleyhine bir eşitsizlik ortaya çıkarmaktadır.

## **2. Erkek ve Kadın Personel Arasında Doğum Sonrası İznine Bağlı Mevzuattan Kaynaklanan Eşitsizlikler**

Çalışmanın bu kısmına kadar, gerek DMK. gerekse İK.'da izin şartları ve süreleri hem erkek hem de kadın personel açısından ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Ancak özellikle ebeveynlik kaynaklı izinlerde kadınlarda ve erkeklerde DMK.'nın ve İK.'nın kendi aralarında cinsiyet eşitsizliğine neden olan hükümleri söz konusudur. Ebeveynlik, Türk Dil Kurumu sözlüğünde de belirtildiği üzere hem kadın hem de erkek için söz konusu olan bir statü olmakla beraber, ebeveynlik kaynaklı izinlerin özellikle de ücretli izin konusunda her iki kanunda da kadın personel (anne) lehine düzenlendiği görülmektedir.

Gerçekten de DMK.'da kadına doğum öncesi ve sonrasında kural olarak 8+8 haftalık bir izin verilmekte, çoğul gebelik durumunda bu süreye iki hafta daha eklenmektedir. İK.'da benzer bir düzenleme bulunmakta ve sadece çoklu gebelik durumunda kadına verilen ek iki haftalık süre, doğum öncesinde kullanma şartına bağlanmaktadır.

Erkek personel (baba) içinse bu süreler kural olarak söz konusu olmamakta, sadece DMK.'da babaya talebi halinde 10 günlük ücretli izin verileceği düzenlenmekte, İK.'da ise bu sürenin 5 gün ile sınırlı tutulduğu görülmektedir.

Doğum öncesi süreçte, bebeği karnında taşıması nedeniyle gebelik sürecinin fizyolojik etkilerini annenin çok daha yoğun şekilde hissetmesi nedeniyle bu durumun hakkaniyete uygun olduğu tartışmasız bir gerçekliktir. Ancak doğum gerçekleşikten sonra dünyaya gelen bebeğin bakım yükümlülüğü sadece annenin üzerinde olmayıp, anne ve babanın ortak yükümlülüğüdür. Hatta doğum sonrası ilk altı ay ile iki yıllık dönemde annenin çocuğu emzirmesi çocuğun gelişimi açısından önemli ve gerekli

---

*“Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”*

olduğundan ve çocuğun belli aralıklarla gece saatleri de dahil emzirilmesi gerektiğinden, bu durum kadının hem doğum nedeniyle hem uykusuzluk nedeniyle günün çoğunu yorgun geçirmesine sebebiyet verecektir. Babanın, doğum sonrasında istihdam modeline göre, tabi olduğu mevzuata bağlı olarak 5 ila 10 gün arasında ücretli izne tabi olması ve bu süre sonunda işine geri dönme zorunluluğu, kadın ve erkek arasında her iki kanunda da eşitsizliğe neden olmaktadır.

Her ne kadar erkeğin, DMK. 108/E fıkrası gereğince talebi halinde memuriyet hayatı boyunca en fazla iki kere ve toplam bir yıl kullanılmak üzere ücretsiz izin alabilmesi söz konusu ise de bu hakkın kullanılması için erkeğin, memuriyette en az 5 yılını doldurmuş olma şartı getirilmesi yanında çocuğun bakımı için gerekli ekonomik ihtiyaçlardan bu süre boyunca mahrum kalacak olması nedeniyle iznin kullanılması ekonomik şartlar bakımından pek mümkün görünmemektedir. İK.'da ise 6 ay olarak düzenlenen ücretsiz izin hakkının erkek işçi (baba) tarafından kullanılabilmesi, sadece evlat edinme durumunda geçerlidir. (İK. m. 74/6 – İkinci Cümle)

Erkeğin, doğum sonrasında kadına verilen ücretli izin hakkından yararlanabilmesi, İK.'da sadece kadının doğum sırasında veya sonrasında ölmesi, DMK.'da ise aynı duruma ek olarak evlat edinme durumunda ve sekiz hafta ile sınırlı olacak şekilde mümkündür.

## **V. İSTİHDAMDA ORTAYA ÇIKAN EŞİTSİZLİKLERİN TOPLUMSAL CİNSİYET ALGISI BAĞLAMINDA NEDEN OLDUĞU SORUNLAR**

Çalışmamızda şu ana kadar üstünde durduğumuz mevzuatsal farklılıklar, aynı kamu kurumu içinde çalışan kişilerin, kurumdaki statüleri dolayısıyla farklı uygulamalara tabi tutulmasına neden olmuştur ki, bunun bir sonucu olarak, aynı kurum çatısı altında hatta yan yana çalışan kişilerin gerek özlük haklarında gerek iş güvenliklerinde gerekse bir ihtilaf çıktığı takdirde başvurulacak yargı yolları arasında bazı farklılıklar söz konusu olmakta, bu da ciddi eşitsizliklere neden olmaktadır. Ancak bu eşitsizlikler sadece çalışma hayatı ile sınırlı kalmayıp, özellikle de kadın çalışanların aile hayatlarını da doğrudan doğruya etkilemektedir. Zira ebeveynlerin kullanacağı izinlere ilişkin düzenlemelerin, geleneksel sosyo-kültürel yapı dolayısıyla uygulamada kadın çalışanlar tarafından kullanılacak şekilde düzenlendiği ifade edilmiştir<sup>44</sup>. T.C.

<sup>44</sup> Ahu Sumbas, “Toplumsal Cinsiyet Eşitlik Politikası Olarak Ebeveyn İzni”, 2018, 8(2), Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 183.



Aile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı resmi web sayfasında yayınlanan “*Aile Yapısı Araştırması*” verilerine göre, 2006 yılında Türkiye genelinde yapılan ve aile içinde çocukların bakımı ile kimin ilgilendiği sorusuna “anne” cevabını verenlerin oranı %92.1 iken, baba cevabını verenlerin oranı %0.5 olarak belirlenmiştir. Bu oran aynı araştırmanın 2011 istatistiklerinde anne için %88.3, baba için %1.6 olarak ölçülmüştür<sup>45</sup>.

Anayasanın 20. maddesinde, “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*” hükmüne yer verilmiş, 41. maddesinde, “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*” dendiğinden sonra, aynı maddenin 2. fıkrasında ailenin korunması noktasında devlete düşen yükümlülük, “*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.*” ifadeleri ile garanti altına alınmıştır. Bu noktada, Anayasa, ailenin korunmasının, öncelikle ananın ve çocukların korunması ile mümkün olabileceğinin altını çizmektedir. Nihayet, 49. maddesinde ise, “*Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.*” demek suretiyle özellikle de devletin, çalışma hayatını teşvik etme yükümlülüğünün üstünde durulmaktadır.

Kanımızca, konumuz açısından, Anayasanın 41. maddesi, 20. madde ile beraber değerlendirilmeli; ailenin korunması, kişinin iş dışındaki özel hayatının da yasalarla korunması ile desteklenmelidir. Zira, bu yorum, aile yaşantısının, özel yaşamın bir parçası ve alt unsuru olduğunu göstermektedir<sup>46</sup>. Ancak, bu iki maddenin beraber değerlendirilmesi de tek başına yeterli olmamakta, konumuz açısından bu maddelerle belirlenen ilkelerin, 49. madde ile de mutlaka desteklenmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle bu üç maddenin ilkelerinin beraber yorumlanması ve uygulanması, özellikle de İK.’ya tabi olarak kamuda çalışan kadın personelin, iş yaşamı ile aile yaşamı arasında tercih yapmak zorunda kalmasının önüne geçecektir. Zira tarihsel süreç içerisinde gelir getirici ekonomik faaliyetlere katılmış olsalar dahi kadınların

---

<sup>45</sup> Çalışma, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Türkiye Aile Yapısı Araştırması, (<https://ailevecalisma.gov.tr/uploads/athgm/uploads/pages/indirilebilir-yayinlar/67-turkiye-aile-yapisi-arastirmasi-2013-tespitler-oneriler.pdf>, s. 238. erişim: 22.06.2020.)

<sup>46</sup> Ahmet Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, 1. Baskı, Legal Kitabevi, 2006, s. 12.

ev içi çalışmaları sona ermemekte, bakım ve diğer ev işlerinin büyük kısmı yine kadınlar tarafından yapılmaktadır<sup>47</sup>.

İşte idare (devlet), bir taraftan aileyi ve özellikle de ailenin olmazsa olmaz unsuru olan anne ve çocuk ilişkilerini korumak; dolayısıyla anne - çocuk ilişkilerinin sağlıklı devam edebilmesi için özellikle çocuğun anneye en çok ihtiyaç duyduğu dönemde annenin çocuğuyla ilgilenebilmesini sağlamalı, diğer taraftan bunu yaparken mevzuattaki eşitsizlikleri ortadan kaldırarak; annenin, bu dönemi, içine sinebilecek bir şekilde ve işini kaybetme riski olmaksızın sürdürebilme imkânını ona tanımalıdır.

Gerçekten de, 41. maddenin gerekçesinde millet hayatı bakımından ailenin kutsal bir temel olduğu, bu nedenle devletin ailenin refahını ve huzurunu koruyacağı ve ailenin bugün millet hayatında oynadığı rolün, onun korunması yolundaki bir hükmün; bu kurumun Anayasada yer almasını zorunlu kıldığı ifade edilmiş<sup>48</sup>, 49. maddenin gerekçesinde ise, çalışmanın başlı başına ahlaki bir zafer ve ferdin, kendisine ve topluma karşı olan saygısının bir sonucu olduğu ve kişinin ancak çalışması ile toplumun diğer fertlerine yük olmaktan kurtulabileceği söylenmiştir<sup>49</sup>.

Lakin çalışmamızın daha önceki bölümlerinde de değinilen; DMK.'ya tabi çalışan kadın personelin, aile kurma ve çocuk sahibi olma noktasındaki isteklerini yerine getirme noktasında kendilerine sağlanan kolaylıklar ile İK.'ya tabi kadın personelin yıllık ücretli izinleri, doğum izinleri, doğum sonrası ücretsiz izinleri gibi, kadının ailesine daha fazla zaman ayırmasını engelleyen düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, iki kanun arasında ciddi eşitsizliklerin olduğu ve dolayısıyla da bu kanunlara tabi olarak çalışan kadın personel arasında da, aile hayatının korunması ve iş yaşamıyla aile yaşamının beraber yürütülmesi hakkının eşit şekilde korunmadığı düşünülmektedir.

İki kanun arasında kadın personel bakımından ortaya çıkan bu eşitsizliğin yanında doğum sonrası ücretli izin hakkının birkaç istisna dışında sadece kadına verilmiş olması, toplumsal cinsiyet algısının, kanunlarda yer bulmuş hali olarak yorumlanmaktadır. Gerçekten toplumsal cinsiyet ile biyolojik

<sup>47</sup> Dicle Yaman, "Toplumsal Cinsiyet Perspektifinden Türkiye'de Kamusal Çocuk Bakım Hizmetleri" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı, Ankara, 2020, s. 8.

<sup>48</sup> Atilla Özer, Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası, 1. Baskı, Lazer Ofset Matbaacılık, 1996, s. 191.

<sup>49</sup> Özer, 1996, s. 191.

cinsiyet birbirinden ayrı kavramları ifade etmektedir. Cinsiyet kavramı (biyolojik cinsiyet), TDK.'da “*Bireye, üreme işinde ayrı bir rol veren ve erkekle dişiye ayırt ettiren yaratılış özelliği, eşey, cinslik, seks*” olarak tanımlanan ve kişileri erkek -dişi olarak ayıran cinsiyeti ifade etmektedir<sup>50</sup>. Ancak, toplumlar kadın ve erkeklere yaratılıştan bağımsız olarak, farklı özellikler, davranışlar, sorumluluklar roller yüklemiş, bu farklılıkların nedenleri üzerine yapılan araştırmalar sonucu, “cinsiyet” kavramı yetersiz kalmış ve “toplumsal cinsiyet” olarak adlandırılan yeni bir kavram ortaya çıkmıştır<sup>51</sup>. Bu kavram, İstanbul Sözleşmesi’nde (İS.) “*Kadınlar ve erkekler için, toplum tarafından uygun görülen ve sosyal olarak inşa edilen roller, davranışlar, eylemler ve nitelikler*” olarak ifade edilmiş, (m.3), doktrinde ise “*toplumdan topluma, kültürden kültüre değişen psikolojik, sosyal ve kültürel farklılıklara işaret eden kavram*” olarak tanımlanmıştır<sup>52</sup>. Bu algılar sonucunda ortaya çıkan farklılıklar ise “toplumsal cinsiyet eşitsizliği” kavramını ortaya çıkarmış, bu kavram, üstteki tanımla da paralel bir şekilde; “*gruplar ve toplumlar içinde kadın ve erkeklerin sahip olduğu statü, güç ve saygınlık farklılıklar*” olarak tanımlanmıştır<sup>53</sup>. Feminist yazarlara göre toplumsal algıda erkeklerin doğal lider olarak görülmesi ve kadınların rolünün de erkeğin isteklerine göre belirlenmesi, toplumsal cinsiyet algısının bir sonucudur<sup>54</sup>. Bu durumun bir sonucu olarak, kadınların yoğun iş yaşantısının; ailesinin, toplumsal cinsiyet algısı kapsamında kendisinden beklentilerini karşılamakta yetersiz kalmasına sebebiyet verebileceği gibi, aile yaşantısındaki sorunların iş yaşantısını olumsuz etkilemesi gibi sonuçları da olabilecektir<sup>55</sup>. Bu ikilem, kadınların

---

<sup>50</sup> (<https://sozluk.gov.tr/>), erişim: 16.06.2020.

<sup>51</sup> Özge Zeybekoğlu, *Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Erkeklik Olgusu*, Eğiten Kitap Yayınevi, 2013, s. 7.

<sup>52</sup> Martha Albertson Fineman, *The Autonomy Myth A Theory of Dependency*, New Press, 2005, s. 156; Judith Butler, *Cinsiyet Belası Feminizm ve Kimliğin Alt Üst Edilmesi*: Çev. Başak Ertür, 1. Baskı, Metis Yayınları, 2008, s. 53.

<sup>53</sup> Anthony Giddens, *Sosyoloji*: Çev. GÜZEL, Cemal, 1. Baskı, Ayraç Yayınevi, 2005, s. 683.

<sup>54</sup> Elizabeth M. Schneider, *Battered Woman and Feminist Lawmaking*, Yale University Press, 2000, s. 228; Joan Kennedy Taylor, *Sexual Harrasment/ A Non – Advrersarial Approach*, New York University Press, 2001, s. 47; Fulya İlçin Gönenç, *Roma Hukukunda Kadın*, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 6; Gülay Günay ve Özgün Bener, “Kadınların Toplumsal Cinsiyet Rollerini Çerçevesinde Aile İçi Yaşamı Algılama Biçimleri”, 2011, 153(153), *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, s. 158; İlknur M Gönenç, Şenay Topuz, Neslihan Yılmaz Sezer, Serkan Yılmaz ve Nuriye Büyükkayacı Duman , “Toplumsal Cinsiyet Dersinin Toplumsal Cinsiyet Algısına Etkisi”, 2018, 7(1), *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi*, s. 24.

<sup>55</sup> Tuğçe Işık, “Türkiye’de Farklı Statülerde Çalışan Kadınların İş ve Aile Hayatı Uyumu Ekseninde Doğum İzinleri ve OECD Ülkeleri İle Karşılaştırılmalı Analizi” (Yayınlanmamış

üstünde toplumsal cinsiyet algısı kaynaklı baskının yoğunlaşmasına sebebiyet verebilecektir.

İşte her iki kanunda da doğum sonrası kadına verilen ücretli izin, kural olarak erkek için aynı sürelerde geçerli olmaması ve verilen sürelerin kadınlara göre çok daha az olması, evin geçiminin esas olarak erkek tarafından sağlanması; kadının da asli görevinin çocukla ilgilenmek olduğu yönündeki toplumsal cinsiyet algısının kanuna yansımaları olarak değerlendirilmektedir.

Her iki kanunda da kadına verilen 8+8 haftalık ücretli izin hakkının, ancak kadının ölümü halinde erkeğe tanınmasında ise, çocukla ilgilenen başka kimsenin bulunmaması nedeniyle erkeğe zorunlu olarak (yine geçici bir süreliğine) bu hakkın tanınması söz konusudur. DMK.'da daha önceki dönemde mazeret izninin kadın (ana) için; doğum öncesi üç hafta, doğumdan sonra ise altı hafta olarak belirlenmiş olması<sup>56</sup>, aradan geçen süreçte, kadınların iş hayatında daha da fazla rol almasının da etkisiyle izin sürelerinin kadınlar lehine olumlu yönde bir gelişme olarak değerlendirilebilir.

Oysaki çocuğun yetiştirilmesi ve bakımı konusunda babanın da anne kadar etkin olması gerektiğinden, Anayasanın 41. maddesinde öngörülen “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*” kuralının bir gereği olarak personel sayısındaki yetersizliğe yol açmadan hem annenin hem babanın, kamu kurum ve kuruluşlarında ister memur olarak, isterse iş sözleşmesine göre çalışsın, aynı süreli ücretli izin hakkının olması gerekmektedir. Aksi durum, çalışma yükümlülüğünü babaya yüklerken, çocukların bakımı ve aile hayatının yükümlülüklerini de kadına yükleyecektir. Bu durum, günümüz ekonomik koşullarında çocuklarına iyi bir gelecek sağlamak için çalışmak durumunda olan anne – baba ve özellikle de kadın üzerinde negatif yönde bir etki doğmasına sebep olacaktır. Şöyle ki çalışma şartları yoğun olan ebeveynin ailesel yükümlülüklerini beklendiği ölçüde yerine getirmesi mümkün olmayacak, bu durum toplumsal cinsiyet kaynaklı olarak kadının aile içinde sorunlar yaşamasına sebebiyet verecek nihayet aile içindeki huzursuzluklar kadının iş hayatındaki verimini düşürecek<sup>57</sup>.

Yüksek Lisans Tezi), Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı Sosyal Politika Bilim Dalı, Ankara, 2019, s. 92.

<sup>56</sup> Damar, 1993, s. 333.

<sup>57</sup> Bu husus doktrinde “kadın-erkek” özelinde değil genel itibariyle çalışan anne babanın iş yoğunluğunun aile hayatına etkisi kapsamında ele alınmıştır. Bilgi için bkz. Ali Ekin ve Hasan Kayırgan, “Uluslararası Alanda ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni”, 2013, 15(Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan Özel Sayısı), Dokuz Eylül

## SONUÇ

Gelişen dünyada, kadının toplumdaki rolü bir evirilme yaşamış ve kadın da artık iş yaşamında ciddi şekilde yer alır hale gelmiştir. Özellikle de son yıllarda çalışma hayatında kadınların ayrımcılığa tabi tutulmaması hatta bu konuda gerekirse pozitif ayrımcılık öngören mevzuatsal düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.

Ancak, kadının iş yaşamında hızlı bir şekilde aldığı bu yeni rol, mevzuata aynı ölçüde yansımamış, yasal düzenlemeler arasında ortaya çıkan çelişkiler, özellikle de aynı zamanda aile kurma, onu geliştirme misyonu olan ve çocukların gelişiminde en büyük katkıya sahip olan kadınların bir kısmının iş yaşantısı ile aile yaşantısını bir arada götürememeleri sonucunun doğmasına neden olurken, diğer bir bölümü ise, buna neden olacak yasal sıkıntılardan arınmış bir şekilde iş hayatı – aile hayatı dengesini sağlıklı bir şekilde sürdürebilmektedir.

Gerçekten de DMK.'ya tabi kadın personel, gerek gebelik sürecinde, gerekse doğum sonrasında elde ettiği haklar bakımından hem uzunca bir süre ve rahat şekilde çocuğu ve ailesi ile vakit geçirebilmekte ve bundan dolayı da iş kaybı endişesi ile karşı karşıya kalmamakta iken, İK.'ya tabi olan kadın personel, özellikle de doğum öncesi yasal izin sürecinde, işverenin ücret ödeme zorunluluğuna bağlı olmaması, gerekse ücretsiz izin ve yıllık izin süreleri ve koşullarının DMK.'ya göre daha ağır şartlara tabi olması nedeniyle aynı rahatlıkla aile hayatını idame ettirememekte, ikisi arasında bir tercih yapmak zorunda kalmaktadır.

Özellikle DMK. m. 4 /(D) hükmü gereği, kamu sektöründe çalışan işçilerin, bu kanuna tabi olmamaları ve bu kanunun tanıdığı haklardan yararlanamamaları nedeniyle aynı kamu kurumu içinde hem DMK.'ya tabi, hem de İK.'ya tabi personel bir arada bulunabilmekte, sonucunda da kamu sektöründe çalışan kadın personel arasında, iş hayatı – aile hayatı dengesi hususunda mevzuatsal eşitsizlikler ortaya çıkabilmektedir.

Bu sorunların aşılabilmesi için, kanımızca, yapılması gereken yapılacak bir mevzuat değişikliği ile İK. hükümlerinin, özellikle de izinler konusunda, uluslar arası standartlara daha yakın olan DMK. hükümlerine paralel olarak

---

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1046.. Ancak toplumsal cinsiyet algısı nedeniyle aile hayatındaki bakım yükümlülükleri daha çok kadın üstüne yoğunlaştığından bu etkiler kadın özelinde ele alınmıştır.

tekrar düzenlenmesi ve böylece kamuda çalışan kadın personel arasında mevzuattan ve tabi olunan yargı kollarından kaynaklanan sıkıntılarının bu şekilde aşılabilmesidir. Bir başka öneri ise, DMK.'daki memur – sözleşmeli personel – işçi ayrımının kaldırılarak, kamu sektöründe istihdam edilecek kişilerin tek bir rejime bağlı kılınması yoluyla bu eşitsizliklerin önüne geçilebilmesidir.

### KAYNAKÇA

- Aktay A. N, Arıcı K ve Senyen Kaplan E. T, İş Hukuku, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, 2012.
- Akyiğit E, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2008.
- Altan Y, “Türk Kamu Personel Rejiminde Reform İhtiyacı: Reformu Gerektiren Dış Etkenler Ekseninde Bir Değerlendirme”, 2016, 8(15), Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss. 381–398.
- Aslan O. E, Kamu Personel Rejimi: Statü Hukukundan Esnekliği, TODAİE Yayınları, 2005.
- Atay E. E, İdare Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, 2016.
- Baybora D, “Türkiye’de İşte Aile Haklarına Bakış (Son Yapılan Değişikliklerle)”, 2017, 9(1), İşletme Araştırmaları Dergisi, ss. 221–248.
- Butler J, Cinsiyet Belası Feminizm ve Kimliğin Alt Üst Edilmesi: Çev. ERTÜR Başak, 1. Baskı, Metis Yayınları, 2008.
- Çapar S, “Almanya’da Kamu Personel Sistemi”, Türk İdare Dergisi, 2010, ss. 47–63.
- Çelik N, Caniklioğlu N ve Canpolat T, İş Hukuku Dersleri, 29. Baskı, Beta Yayınevi, 2016.
- Damar E, Devlet Memurları Kanunu ve Sözleşmeli Personel Mevzuatı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 1993.
- Duman B, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Doğum ve Evlat Edinmeye Bağlı Yarım Çalışma İzni”, 2019, 10(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 187–201.
- Ekin A ve Kayırgan H, “Uluslararası Alanda ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni”, 2013, 15(Prof. Dr. Polat

- Soyer'e Armağan Özel Sayısı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1045–1066.
- Fineman M. A, *The Autonomy Myth A Theory of Dependency*, New Press, 2005.
- Giddens A, *Sosyoloji: Çev. GÜZEL, Cemal*, 1. Baskı, Ayraç Yayınevi, 2005.
- Gönenç F. İ., *Roma Hukukunda Kadın*, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Gönenç İ. M, Topuz Ş, Yılmaz Sezer N, Yılmaz S ve Büyükkayacı Duman N, “Toplumsal Cinsiyet Dersinin Toplumsal Cinsiyet Algısına Etkisi”, 2018, 7(1), *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi*, ss. 22–29.
- Gözübüyük A. Ş ve TAN T, *İdare Hukuku: (Genel Esaslar)*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, 2011.
- Günay G ve Bener Ö, “Kadınların Toplumsal Cinsiyet Rollerini Çerçevesinde Aile İçi Yaşamı Algılama Biçimleri”, 2011, 153(153), *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, ss. 157–171.
- Günday M, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2011.
- Güner E, “Doğum Yapan Kadın İşçinin Talebi Halinde Verilen Ücretsiz İzin Hangi Tarihten İtibaren Başlayacaktır?”, *Mali Çözüm Dergisi*, 2010, ss. 237–248.
- Işık T, “Türkiye’de Farklı Statülerde Çalışan Kadınların İş ve Aile Hayatı Uyumu Ekseninde Doğum İzinleri ve OECD Ülkeleri İle Karşılaştırılmalı Analizi” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı Sosyal Politika Bilim Dalı, Ankara, 2019.
- Kalabalık H, *İdare Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019.
- Kılıçoğlu M ve Şenocak K, *İş Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Legal Kitabevi, 2008.
- Mollamahmutoğlu H, *İş Hukuku*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2004.
- Onaran Yüksel M, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, 2000.
- Özdemir O, “Uluslararası Hukuk Işığında Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Hamile ve Anne İşçilere Yönelik Koruyucu Düzenlemel” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Antalya, 2015.
- Özer A, *Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası*, 1. Baskı, Lazer Ofset Matbaacılık, 1996.

- Sancaktar O, Us E, Kasapoğlu Turhan M, Önüt L. B ve Seyhan S, İdare Hukuku Teorik Çalışmalar Kitabı, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, 2018.
- Schneider E. M, Battered Woman and Feminist Lawmaking, Yale University Press, 2000.
- Sevimli A, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, 1. Baskı, Legal Kitabevi, 2006.
- Sumbas A, “Toplumsal Cinsiyet Eşitlik Politikası Olarak Ebeveyn İzni”, 2018, 8(2), Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 167–194.
- Süzek S, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, 2009.
- Şahin Emir A, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Tan T, İdare Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, 2014.
- Taylor J. K, Sexual Harrasment/ A Non – Advrersarial Approach, New York University Press, 2001.
- Topkaya Selda, “Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Emziren Anne İşçinin Korunması” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı, Çanakkale, 2016.
- Uğur S ve Uğur Ö, “İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Çalışanların Ebeveynliğe İlişkin Hakları”, 2017, 22(3), Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss. 663–684.
- Yaman D, “Toplumsal Cinsiyet Perspektifinden Türkiye’de Kamusal Çocuk Bakım Hizmetleri” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı, Ankara, 2020.
- Zeybekoğlu Ö, Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Erkeklik Olgusu, Eğiten Kitap Yayınevi, 2013.



# RUS TİPİ BAŞKANLIK MODELİNE GİDEN YOLDA 1918 RUSYA ve 1924, 1936, 1977 SSCB ANAYASASIDA KARMA KUVVETLER BİRLİĞİNİN UYGULANMASI VE SORUNLARI

Davut ÖZYURT\*

## Öz

*Rusya Federasyonu kendine has anayasal yapısını selefi olan Sovyet anayasalarından almıştır. 1918 senesinde -henüz SSCB meydana gelmeden- oluşan Sosyalist Rus anayasası döneminden 1977 SSCB anayasasına kadar olan dönemde, karma kuvvetler birliği adını verdikleri hükümet tipi uygulama sahası bulmuştur. Ancak sistem özellikle devlet başkanlığı ve kuvvetlerin dağılımı konusunda yaşanan sorunların çözümünü üretememiştir. Yasama ve yürütme kuvvetleri, Yüksek Sovyet olarak ifade edilen yapıda birleşmiştir. Hem yürütme kuvveti hem de yasama kuvveti bu yapı tarafından kullanılmış ve temsil edilmiştir. Fakat sürekli faal olan bir kurum değildir. Bu sebeple Yüksek Sovyet içerisinde bir yürütme kurulu olarak Presidyum ve Pesidyum'a bağlı bakanlar kurulu oluşturulmuştur. İdeolojik taassubun bir kenara bırakılmasının ardından yavaş yavaş sorunlar giderilebilmiştir. En nihayetinde 1977 anayasası ile birlikte anayasal reform dönemine girilerek yasama ve yürütme organlarına ilişkin temel sorunlar kavramsal olarak aşılmıştır. Bu reform hareketleri daha sonra Sovyet sonrası Rusya Federasyonu'nun 1993 Anayasası'nın temellerini oluşturacaktır. GORBAÇOV döneminde ise yasama ve yürütme fiili olarak ayrılmış ancak bunun anayasal temellerini bulması 1993 anayasası dönemine tekabül etmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** SSCB Anayasal Düzeni, Kuvvetler Ayrılığı, Kuvvetler Birliği, Karma Kuvvetler, SSCB Hükümet Sistemi, 1918 Rus Anayasası, 1924,1938, 1977 SSCB Anayasası, Yüksek Sovyet, Yüksek Sovyet Presidyumu, Bakanlar Sovyeti, Lenin Dönemi Anayasal Düzen, Stalin Dönemi Anayasal Düzen, Kruşev Dönemi Anayasal Düzen, Brejnev Dönemi Anayasal Düzen.

---

\* Dr. ROKETSAN AŞ. e-posta: Davuthangazi@gmail.com

Orcid ID: 0000-0001-8255-5234.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.871317

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 21/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 14/01/2021

**ON THE WAY TO RUSSIAN TYPE PRESIDENTIAL SYSTEM THE APPLICATION AND PROBLEMS OF THE THEORY OF STRUCTURAL UNITY-FUNCTIONAL SEPERATION OF POWERS IN THE RUSSIAN CONSTITUTIONS OF 1918 AND THE USSR CONSTITUTIONS OF 1924,1936,1977.**

**Abstract**

*The unique constitutional structure of Russian Federation derives from it's predecessor namely Soviet constitutions. From the era of the Socialist Russian constitution, in 1918, which was formed before the formation of the USSR to the constitution of the USSR in 1977, the government system which named as unification of mix-blended powers had found a field of application. However, the system had not been able to produce solution to the problems concerning separation of power and presidency. The legislative and executive powers were united in system which was described as the Supreme Soviet. Despite Supreme Soviet system was not an constantly active, both executive and legislative power were used and represented by this institution. Therefore, Presidium and Ministerial Council was established as an executive committee from Supreme Soviet .After the ideological bigotry was set aside, the problems were gradually resolved. Ultimately, with the 1977 Constitution, the period of constitutional reform was entered and the fundamental problems regarding the legislative and executive organs were conceptually overcome. These movements of reformation formed the foundations of the 1993 Constitution of the post-Soviet Russian Federation. During the Gorbachev era, legislature and executive power were separated de facto, but finding its constitutional basis took place at period of the 1993 Constitution.*

**Keywords:** *Constitutional Order of USSR, Seperation of Powers, Unification of Powes , Mix-Blended Powers, Government System of USSR, 1918 Russian Constitution, 1924,1938, 1977 USSR Constitution, Supreme Soviet, Presidium of Supreme Soviet, Soviet of Ministers, Consitutional Order of The Lenin Era, Consitutional Order of The Stalin Era, Consitutional Order of The Krushchev ,Consitutional Order of The Brezhnev.*

**A-) Giriş**

Rusya'da soyluların geniş topraklara sahip olmaları, Rus halkının önemli bir kesiminin özel mülkiyet edinmelerinin büyük ölçüde imkân dahilinde olmaması ve bunun yanı sıra halkın yıldan yıla ağırlaşan vergi yükü altında ezilmeleri neticesinde; yeni bir kurtarıcı ideali olarak Sosyalizmin, Rus topraklarında geniş kitleler tarafından kabul gördüğü ifade edilebilir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> TÜRKKAYA, Ataöv, Sovyetler Birliği Devlet İdaresi, A.Ü.S.B.F. Yayınları,1961.S. 4.;

Ekim Manifestosu'nun ardından 1905 yılında St. Petersburg'daki işçiler, 1871 Paris Komünün'den ilham ile grevlerde iş birliği sağlamak amacıyla İşçi Vekilleri Sovyeti'ni<sup>2</sup> kurmuşlardır. Daha sonra benzer Sovyetler (konseyler) Rusya'nın diğer büyük şehirlerinde de kurulmuştur. Ayrıca Mançurya'da bulunan askerler de "Asker Vekilleri Sovyeti" kurmuşlardır<sup>3</sup>. Bahse konu Sovyetler, 1917 Ekim Devrimini yapanlar için bir model oluşturmuş ve ülkede büyük bir Sovyet ağı geliştirmişlerdir<sup>4</sup>. Böylelikle daha sonra Komünist Parti'nin sıkı gözetimi altında olacak şekilde Sovyetler aşağıdan yukarıya doğru hükümeti kurmanın ve devleti idare etmenin alternatif bir yolu olarak tarih sahnesine çıkmıştır.

En altta yer alan en küçük Sovyet'ten (konsey), en tepedeki Yüksek Sovyet'e kadar bütün Sovyetler, hiyerarşik ve organik olarak birbirine bağlıdır. Böylelikle devlet yapısı içerisinde yer alan en küçük idari birim olarak Mahalli Sovyetler'den en yüksek olan Yüksek Sovyet'e kadar olan bütün Sovyetler, kendi kapsama alanlarındaki halkı mekanizmanın içerisinde tutmaktadır. Komünist demokrasi ideali ve iddiasına göre bu Sovyet halkalarının en küçük topluluklara giderek nüfuz etmesi, devlet yönetimine doğrudan katılımı sağlayacaktır: Bu ise burjuva demokrasi modeline alternatif doğrudan bir demokrasi modelidir. Ancak uygulamada durumun böyle olmadığı incelememiz ardından daha iyi anlaşılacaktır. Zira Sovyetlerin Komünist Parti'nin sıkı denetimi altında olması, -doğal olarak- herhangi tip bir demokrasi anlayışı ile bağdaşmayacak bir organizasyon yapısının oluşmasına neden olmuştur. Her bir anayasa dönemi bu anlamda kendine özgü yapısal değişiklikler ile kendisini göstermiştir. LENİN dönemi devletin kuruluşu, STALİN dönemi devletin totaliterleşmesi, BREJNEV dönemi anti-Stalinist yaklaşım ile devletin demokratikleşmesi, GORBAÇOV dönemi anayasa değişiklikleri ise devletin radikal dönüşüm evresini teşkil etmiştir.

---

ZEMTSOV, Boris, İstoriya Oteçestvennovo Gosudarstva i Prava, İzd. Norma,2012 S.333-355.

<sup>2</sup> Sovyet Rus dilinde konsey anlamına gelmektedir. Yani İşçi Vekilleri Konseyi olarak çevirmek mümkündür. Ancak literatürde Konseyler birliği değil Sovyetler Birliği olarak ifade edilen SSCB düzenine atıfla Sovyet kelimesini olduğu gibi muhafaza etmeyi uygun bulduk. Zira SSCB yapısının temeli olarak da Petersburg Sovyeti'nin kabul edilmesi de bu kavramın olduğu gibi kullanılması için yeter bir dayanaktır diye düşünüyoruz.

<sup>3</sup> KURAT, Akdes Nimet, Rusya Tarihi Başlangıçtan 1917'ye Kadar,TTK Yayınları, 2014,S.387.

<sup>4</sup> HENDERSON, Jane, The Constitution of the Russian Federation: A Contextual Analysis, Hart Publishing,2011, S.32.

Sovyet anayasalarının oluşmasına temel olan dört esas dayanak vardır. Bunlardan ilki fikri ideolojik perspektiftir ki bu da Marksizm ya da Marksizm-Leninizm'dir. Bahse konu ideoloji aynı zamanda Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) kuruluşuna dayanak olan fikri alt yapıdır. 1918, 1924 ve 1977 Anayasaları'nın başlangıç kısmında, bahse konu ideolojinin yansımalarını büyük ölçüde görmek mümkündür. İkincisi ise "halk egemenliği" anlayışıdır. Farklı Sovyet anayasalarında da farklı şekilde ifade edilmiş olsa da ortak bir tarif olarak, egemenliğin halktan kaynaklandığı kabul edilmektedir. "Ezilen halklar", "sömürülen işçiler" gibi kavramlar zamanla halk ve vatandaşa evrilmiştir. Üçüncüsü ise kuvvetler ayrılığı ilkesinin reddedilmesidir. Burjuva temelli olarak görülen devlet iktidarının belirli kuvvetlere ayrılması anlayışına karşılık, "mademki egemenlik doğrudan halktan ve tek bir kaynaktan geliyor, bunu bölmeye de gerek yoktur" şeklinde özetlenebilecek kuvvetler birliği anlayışı bütün anayasalara egemendir. Kurumsal ve yapısal olarak kuvvetler ayrılığı reddedilmek ile birlikte zaman içerisinde "işlevsel" bir ayrılığın varlığı kabul edilmiştir. Kuvvetlerin birliği ve fakat fonksiyonların ayrılığı anlamına gelen "karma kuvvetler modeli" tesis edilmiştir. Modern devletin, yetkileri belli ve birbirinden ayrılabilen, böylelikle faaliyetleri de denetlenebilen kurumları olması gerektiği anlayışı kabul görmüştür. Dördüncüsü ise merkezi otoritenin baskın olduğu federal devlet yapısıdır. Bu dört temel özellik dört anayasada da değişmeden sabit kalmış ve Sovyet anayasacılığının genel çerçevesini oluşturmuştur<sup>5</sup>.

## **B-) Yasama ve Yürütme Kuvvetleri Bakımından SSCB Anayasaları**

### **1-) Anayasaların Ortak Muhtevası ve Genel Özellikleri**

Batı tipi anayasacılık devlet iktidarının sınırlarının belirlenmesi mantığına dayanmakta iken Sovyet anayasacılığı bu düşünceden oldukça uzaktır<sup>6</sup>. Esasen anayasallık kavramını Marksist teori ile uzlaştırmak zordur<sup>7</sup>. Zira MARX'a göre devlet, yönetici sınıfın halka baskı kurmak için kullandığı bir araçtır ve ENGELS'in tasarımı ile birlikte proleter devlete geçişin ardından devlet

<sup>5</sup> UNGER, Aryeh, *Constitutional Development in the USSR*, Methuen Publisher, London-1981,S.273; KIRICHENKO/DENISOV, "Soviet Constitutionalism", *Soviet Poitics and Government*, Alfred A Knopf Publisher,1965,S.256-259.; FAINSOD,Merle, "Nature of Soviet Soviet Constitutionalism", *Poitics and Government*, Alfred A Knopf Publisher, 1965, S.260-261.

<sup>6</sup> FAINSOD, S.260-261.

<sup>7</sup> HENDERSON,S.35; ; HAZARD,John N.,"Models for a Gorbachev Constitution of the USSR", 1989, *Michigan Journal of International Law*,Vol.10-1, S.188.

denilen aygıtın varlığına ihtiyaç kalmayacaktır. Dahası bir devlet yönetmek zorunda kalınca LENİN, bu görüşlerini proletaryanın mevcut devlet yapısını ele geçirip, bir işçi devleti oluşturabilmesi ihtimaline izin verecek şekilde değiştirmiştir<sup>8</sup>. Yani anayasallık kavramı içerisinde, yöneten ve yönetilenlerin hukukun/kanunların izin verdiği ölçüde etkileşime girmesi fikri temel olarak reddedilmektedir. Zira teoriye göre böylesi bir ilişkide yönetenler muhakkak kuralları ihlal ederek yönetilenleri sömüreceklerdir. Temelden ve kökten böylesi bir reddediş, bizim bildiğimiz anlamda bir anayasa fikrinden farklı bir anayasa fikrinin oluşmasına neden olmuştur. Anayasa, diğer kanunlar gibi alelade bir kanuni düzenlemeden farklı olmak zorunda olmadığı gibi anayasanın koydu temel prensipler olmasa da komünist bir yapının kendi temel prensiplerini koruyucu mekanizmalarının varlığına inanılmaktadır.

### 1.1-) Kuvvetler Ayrılığı ve Karma Kuvvetler Nazariyeleri

MARX ve LENİN kuvvetler ayrılığı prensibine karşıydılar. Bunun burjuva demokrasinin bir ilkesi olduğunu ve proleter iktidarın buna göre kurulamayacağını düşünüyorlardı<sup>9</sup>. Bu düşüncenin kaynağında parlamenter demokrasi anlayışına karşı bir duruşun olması yatmaktadır. LENİN hiçbir zaman parlamenter demokrasiye inanmamıştır. Ona göre çoğunluğun verdiği karara uymak çoğunluk ile sınırlanmaktadır<sup>10</sup>. İşçi devleti, çalışan insanların iradesinin tecessümü olduğu için asla halk ile çatışma içinde olamaz, demek ki insanları devlet fiillerinden koruyacak herhangi bir mekanizmaya da gerek yoktur. O zaman anayasa ve anayasal sınırlarında olması gereken kuvvetler fikri bir anlam ifade etmemektedir. Böylelikle kuvvetler ayrılığına da ihtiyaç kalmamaktadır. Halktan başka kimsenin iktidarı bulunmamaktadır ve bu iktidar halk namına uygun devlet kurumları tarafından kullanılmaktadır. O zaman Marksist doktrin farklı bir yaklaşım sergilemelidir. Madem kuvvetler ayrılığı burjuvazinin bir ürünüdür, ona alternatif olarak ve Marksizmin ruhuna uygun bir biçimde anayasa, kuvvetler birliğini kabul etmelidir<sup>11</sup>. Ancak

---

<sup>8</sup> MATUZOV,N.İ./MALKO,A.V., Teoriya Gosudarstva i Prava, Yurist,1997, S.82.; BELYAEV, İvan, Zemskie Sobori Na Rusi, URSS İzd., 2011,S.48-49.;HAZARD, S.188.

<sup>9</sup> ÇİRKİN,Venyamin, Glava Gosudarstva : Sravnitelno-pravovoe İssledovanie, İzd. Norma,2013,S.66.

<sup>10</sup> LENİN,V.İ.,Gosudarstvo i Revolyutsiya,Gosudarstvennoe İzdatestvo,1930,S.56-63.; GRİPP,Richard,Pattern Of Soviet Politics, The Dorsey Press, 1967,S.64.

<sup>11</sup> HUSKEY, Eugene, “Executive-Legislative Relations”,Executive Power and Soviet politics: The Rise and Decline of the Soviet State”,1992, S.84; UNGER, S.9; LENİN, S.74-75; POPOV /MİGAÇEVA/TİHOMİROV, Gosudarstvennoe Upravlenie V Rossii i Zarubejnih Stranah: Administrativno-Pravovıe Aspektı, İzdatestvo Norma,2012,S.101.

kuvvetler birliği de “burjuva demokrasi terimi” olarak görüldüğü için iktidar yapısı “karma kuvvetler sistemi” ve “kuvvetlerin fonksiyonel ayırım” olarak ifade edilmiştir<sup>12</sup>.

SSCB Anayasa hukukçusu LUNEV’e göre Sovyet anayasacılığının kuramsal olarak kuvvetler ayrılığı nazariyesinden uzaklaşmak adına gösterdiği ideolojik çaba, Sovyet anayasacılığının en büyük sorunsalı olmuştur. Dahası karma kuvvetler sistemi kuramsal ve fonksiyonel olarak gerçekçi olmaktan uzak olduğu gibi esasen kuvvetler ayrılığının farklı bir isim altında yeniden kodlanmaya çalışılmasından farklı bir çaba da değildir. Ancak her halükârda başarısız olmuştur<sup>13</sup>. Tek devlet iktidarı içerisinde organların işlevsel ayrılığı olarak adlandırılan karma kuvvetler ayrılığı sistemi realize edilemediği için<sup>14</sup> kuvvetler ayrılığı nazariyesine gittikçe daha çok yaklaşmış ve en nihayetinde nafi bir çaba olan farklı bir teori üretmek ve idolojik formasyonu beslemek gayesi son bulmuş, Sovyet sistemi kendisini feshetmiştir. Yani temel teorik perspektif de tutucu ve inatçı bir çabanın ürünü olan karma kuvvetler fikrinin tesis edilmesine hiç uğraşılmamış olsa idi, Sovyetler birliğinin etkin ve verimli bir devlet olarak hayatıyeti de sakatlanmış olmayacaktı.

Buna karşılık SSCB döneminde kuvvetler ayırımı prensibinden bahsetmek bile günah sayılmıştır<sup>15</sup>. Parlamentolar “satılık ve kokuşmuş” olarak doktrinize edilerek<sup>16</sup>; kuvvetler ayrılığı düsturu bu şekilde Sovyet teorisyenleri tarafından “burjuvazi hayali” ilan edilmiş ve kötülenmiştir. Yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbirleri olan rekabet ve ilişkileri neticesinde ulaşılan kuvvetler ayrılığı, burjuvaziye özgü sorunların çözüm yöntemi olarak görülmüştür. SSCB’nin kurucu iktidarı, liberal temsili demokrasilerdeki yasama organları için “ölü meclisler” tanımlamasını yapmış, buna karşın ise Sosyalizm idealinin öngördüğü yasama ve yürütme ilişkilerinin iç içe geçtiği ve işlerliği olan

<sup>12</sup> LUNEV,Aleksandr E., “Teoretiçeskie Problemy Gosudarctvennovo Upravleniya”, 1974, Nauka, .S.8-13.; VIŞNEVSKİY /GORBAMOV/KUÇİNSKİY, Obşaya Teoriya Gosudarstva i Prava, Akademiya MVD,2013,S.226.227; POPOV,Lev/MİGAÇEVA,Yuriy/TİHOMİROV,Sergey, Gosudarstvennoe Upravlenie V Rossii i Zarubejnıh Stranah: Administrativno-Pravovıe Aspektı. İzdatelstvo Norma, 2012,S.101-103.

<sup>13</sup> LUNEV, S.8-13.; POPOV/MİGAÇEVA/TİHOMİROV,2012, S.103.

<sup>14</sup> POPOV/MİGAÇEVA/TİHOMİROV,2012, S.104.

<sup>15</sup> POPOV,Lev/MİGAÇEVA,Yuriy/TİHOMİROV,Sergey, Gosudarstvennoe Upravlenie i İspolnitelnaya Vlast,İzd.Norma,2011,S.115.

<sup>16</sup> LENİN, S.75-81.

bir parlamentoyu yani “işleyen parlamentoyu” tesis ettiğini iddia etmiştir<sup>17</sup>. LENİN’e göre “komün”, parlamenter bir organ değil hem yasama yem de yürütme işlevi gören faal bir kurumdur<sup>18</sup>.

Başlangıçta yasama ve yürütme organları ayrılmış değildi. Basit ve komplike olmayan bir yönetim anlayışı kabul edilmiş idi. Ancak zamanla devletin pek de basit olmayan ve giderek daha komplike olan idare mekanizması bulunduğu kabullenildi. Bu kapsamda yasama ve yürütme organları “fili” olarak ayrıldı, ancak prensip olarak bu ayrılık kabullenilmedi. Proleter dikta, basit bir görünüm ile yeterli olabilecek iken devletin faaliyetlerinin bu kadar da basit olmaması neticesinde ortaya çıkan “branslaşma” ve “uzmanlaşma” sorunu, Sovyet anayasacıları tarafından tekrar formüle edilmek zorunda kalmıştır<sup>19</sup>.

SSCB Bilimler Akademisi üyesi olan Sovyet ideolog CHKHIKVADZADE’ye<sup>20</sup> göre SSCB’nin mütemayiz vasıflarından birisi, halk tarafından seçilenler tarafından devlet iktidarının bir bütün halinde kullanılması, yani kuvvetlerin birliğidir. SSCB, parlamenter hükümet sistemlerinin temsil organlarının menfi yönlerini barındırmamaktadır. Kuvvetler birliği ile birlikte “karar alan” ile o kararın uygulanmasından “sorumlu olan” aynı organda birleşmiştir. SSCB’nin temsil organı, diğer ülkelere ve tarihteki diğer örneklere kıyasla en basit ve en demokratik yapıya sahip olanıdır. Yargı ve savcılık da kuvvetler birliğinin içerisindedir. Bunlar Yüksek Sovyet’in temsil kuvvetinden bağımsız hareket edememektedir. Yüksek Sovyet, Bakanlar Sovyeti ve Yüksek Mahkeme’nin faaliyetlerinin

---

<sup>17</sup> HUSKEY, S.84; UNGER, S.9; LUNEV, S.8-13.; POPOV/MİGRAÇEV/TİHOMİROV,2011, S.51.; LENİN, S.112-114.

<sup>18</sup> LENİN, S.76-78.

<sup>19</sup> SCHAPIRO,Leonard, The Government and Politics of the Soviet Union, Hutchinson University Library Press,1970, S.109; POPOV/MİGAÇEVA /TİHOMİROV,2012,S.101.

<sup>20</sup> SSCB kamu hukukçuluğu anlamında örneklemeler sunduğu “The Soviet Form Of Popular Government” isimli eseri SSCB tarafından hazırlatılarak, İngilizceye çevrilmiştir. Bu anlamda resmi akademik bakış açısını yansıtmaktadır. Resmi ve akademik kelimeleri her ne kadar yan yana uygunsuz gibi gözükse de SSCB için her şey “devlet aygıtını” ilgilendiren bir resmiyet taşımaktadır. Dolayısı ile SSCB içerisinde hür bir şekilde akademik tartışmaların yapılabilirliği iddia olunabilir ise de SSCB dışına taşacak konular muhakkak “resmi” bir bakış taşımaktadır. Zira devlet birdir, tektir, üniversite de birlik ve teklikten muaf olamaz. Akademinin otonom veya özgür olması gibi düşünce ve/veya kavramlar Sovyet idolojisinde “burjuvazi” ile özdeştir. Bu sebeplerdir ki yazarın bakışı resmi-akademik bir bakış olarak nitelenebilmektedir. Bkz: CHKHIKVADZADE,Viktor ,The Soviet Form Of Popular Government,Progress Publishers,Moscow-1972.

birbirinden ayrışması, devlet iktidarının bölünmesi anlamına gelmez. Dahası kuvvetlerin birliği, devlet faaliyetlerinin farklı organlar tarafından yerine getirilmesini de engellemektedir. Her bir organ kendisine yasal olarak verilmiş yetki sınırları çerçevesinde faaliyetlerini yürütebilir. Bunların tamamı tek bir elden koordine edilir<sup>21</sup>.

## 1.2-) Anayasa Kavramının Sovyetler Birliğindeki Karşılığı

1990'lara kadar SSCB tek partili bir devlettir. Devleti yöneten Komünist Parti'nin anayasayı sembolik bir değer olarak kabul etmesinden dolayı olacak ki, SSCB toprakları içerisinde aynı zaman diliminde pek çok federe anayasa yürürlükte olabilmektedir<sup>22</sup>. SSCB içindeki her cumhuriyet ve bunların bazılarının içerisindeki otonom yapıların her biri, bir diğerine fazlaca benzerlik gösteren ayrı bir anayasaya sahiptir<sup>23</sup>.

Sovyetler Birliği'nde anayasa kavramı, bildiğimiz hukuki anlamı dışında bir anlam içermektedir. Yani anayasa, kanunlara dayanak olacak devletin temel mevzuatı olmaktan ziyade hem dahili hem harici kitleleri eğitici bir propaganda belgesi mahiyetindedir<sup>24</sup>. Yani işleyen bir işçi devleti tasvir etmekte, onun meşruiyetini sağlamlaştırmaktadır. Yeni bir anayasa yeni bir evreye ulaşıldığının belirtisi olup, gelecek için bir kılavuzdur<sup>25</sup>.

Peki Sovyetlerin neden bir anayasaya ihtiyaçları bulunmaktadır? Öncelikle devletin işleyişine dair süreçleri ve devlet organlarını formalize etmek gerekmektedir. Diğer yandan vatandaşlara bir güvence verilmekte ve devletin onlar için var olduğu vurgulanmaktadır. Bu yüzden anayasaya ve diğer kanunlara uyulması yönünde irade gösterilmesi zaruridir. Son olarak batının, Sovyetler birliğinin muazzam olduğu düşünülen "demokratik" yapısını görmelerini sağlamak hedeflenmektedir<sup>26</sup>. Yani anayasa temel bir hukuki normdan ziyade bir propaganda aracıdır. Dahili noktada vatandaşlara, harici olarak diğer ülkelere ve diğer ülke vatandaşlarına karşı siyasi ve sosyal bir propaganda evrakıdır. Dahası batılı demokraside bulunan "anayasa"

<sup>21</sup> CHKHIKVADZADE, S.66-75

<sup>22</sup> ZEMTSOV, S.385-389.; HENDERSON, S.36.

<sup>23</sup> HENDERSON, S.36.

<sup>24</sup> FAINSOD, S.260-261.

<sup>25</sup> HENDERSON, S.36.; KIRICHENKO/DENISOV, S.256.; HAZARD, S.188.

<sup>26</sup> ARON, Raymond, Demokrasi ve Totalitarizm, Kültür Bakanlığı Yayınları, 1976, S. 237.; GRIPP, S.202.; FAINSOD, S.260-261; POPOV /MİGAÇEVA/TİHOMİROV, 2012, S.102.



metinlerinin varlığı ve işlevi tamamen reddedilemediği için bunlara alternatif bir metin ve kavram yaratma çabasıdır.

Sovyet anayasalarının bir diğer işlevi, devlet kurumlarının yapısını ortaya koymaktır. Ancak kuvvetler ayrılığı kuramına göre dizayn edilmemiş olan SSCB’de, devlet aygıtının sahip olduğu iktidar da yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerine nispet edilerek dağıtılmamıştır<sup>27</sup>.

Sovyet yapısı bir konseyler yapısıdır. Kasabalardan şehirlere, eyaletlere daha sonra ise Rusya’nın tamamını temsil edecek Yüksek Sovyet’e kadar tüm Sovyetler bir zincirin halkaları gibi birbirine bağlıdır. En alttaki konseyden en üste kadar yapıları, oluşum şekilleri ve aparatları da birbirlerine çok yakındır. Her Sovyet bir adet Yürütme Kurulu’na sahiptir. Yürütme Kurulu, Sovyet’in içerisinde Sovyet delegeleri tarafından seçilmektedir. Sovyet sürekli açık olan ve çalışan bir organ olmayıp yılda iki veya üç defa oturum yaptığı için, Sovyet’in oturum yapmadığı dönemlerde Sovyet nam ve hesabına faaliyet yürütecek daimi ve sürekli görevde olan bir organ olarak Yürütme Kurulu bulunmaktadır. Aslında fonksiyonel anlamda Sovyet’in sahip olduğu yetkiler ve iktidarı asıl kullanan da Yürütme Kurulu’dur. En alttakinden en üste kadar Sovyetler kendilerinden üstte yer alan Sovyet’e delege göndermektedir<sup>28</sup>. Böylelikle zincirin halkaları birbirine eklenmektedir.

### 1.3-) Sovyet Anayasacılığında Devlet Başkanı Kavramı

Marksist-Leninist öğretilerde “devletin başı” ifadesi menfi bir anlama tekabül etmekteydi. Feodal-monarşist geleneğin devamı olarak bu terimin kullanılıyor olduğu savunulmakta idi. Sosyalist Rusya hukukunda bu terime ilişkin ilk açıklama; “devletin başı” teriminin Sovyet öncesi tarihe ait bir kavram olduğudur<sup>29</sup>. Sovyetler birliği döneminde başkanlık sistemine ilişkin hiçbir açık tartışma olmamıştır. Devlet başkanlığı öngörülmemiştir. Zira başkanlık hükümet sistemi, kuvvetler ayrılığı prensibine uygun olarak ortaya çıkan bir model olarak sosyalist-marksist öğretinin devlet algısında kendisine yer bulamamaktadır. Devletin başı kavramına ilişkin ikinci açıklama ve itiraz ise SSCB’de devletin tek bir kişiden müteşekkil başı olamamasıdır. Devletin başının bu sebeple kolektif bir sorumluluğu işaret ettiği, bunun ise SSCB

---

<sup>27</sup> HENDERSON, S.32-35.; ARON, S.239-245.; POPOV /MİGAÇEVA/TİHOMİROV,2012, S.104.

<sup>28</sup> UNGER, S15.; KIRICHENKO/DENISOV, S.312.

<sup>29</sup> ÇİRKİN, Venyamin, Glava Gosudarstva : Sravnitelno-pravovoe İssledovanie, İzd. Norma, 2013, S.20.

Yüksek Sovyeti Prezidyumu tarafından kullanıldığı yönündedir. Bu dönemde kuvvetler ayrılığı ilkesine alternatif olarak sosyalist öğretide kuvvetler birliği veya karma kuvvetler sistemi tartışılmış ve her iki itiraz ve açıklama formüle edilerek, SSCB kuvvetler birliği ilkesinin yegâne tatbik alanı olmuştur<sup>30</sup>.

ÇELYAPOV'a göre başkanlık gibi bir kavram, monarşiyi çağrıştırdığı için proleter bir diktatöryada kullanılmamalıdır. Başkanlık yerine Birleşik Merkez Yürütme Kurulu (BMYK) Prezidyumu vardır. BMYK Prezidyumu, başkanlığın fonksiyonunu yerine getirmektedir<sup>31</sup>. 1936 Anayasasından sonra ise RUSİNOVA'ya göre Yüksek Sovyet (YS) Prezidyumu devlet başkanlığı görevini üstlenmektedir. Devlet başkanlığı burjuva bir tabirdir, kökenleri feodal dönemlere kadar gitmektedir<sup>32</sup>. Her ne kadar devlet başkanlığı fonksiyonunu YS Prezidyumu'nun yerine getirdiği yazılıp çizilse dahi gerçekte bu fonksiyon Sovyetler Birliği Komünist Partisi (SBKP) Genel Sekreterliği makamınca yerine getirilmektedir. Zaten bir süre sonra da SBKP Genel Sekreteri aynı zamanda YS Prezidyum Başkanı olarak görev yapmaya başlayacaktır<sup>33</sup>.

Görülmektedir ki Marksist Leninist ve Stalinist öğretisi, başkanlık meselesine ilişkin olarak nihai bir çözüm üretememiştir. Öğretide tek bir kişinin devletin başı olması fikri burjuva ve/veya feodal görülerek reddedilmesine karşın bunun yerine konumlandırılacak işlevsel bir mekanizma da bulunamamıştır. SSCB'nin dağılmasına kadar bu mesele sosyalist hukukçuları meşgul etmiştir. Öğretideki "kolektif başkanlık" kavramının içi doldurulamamış, hukuki ve kanuni olarak olmasa dahi fiilen Komünist Parti Genel Sekreteri başkan olarak faaliyet yürütmüştür. Bu ise sistemin zayıf noktası ve eleştirilerin odağı olmuştur. Sosyalist hukukçular da, 1936'dan SSCB dağılmasına kadar bu fiili durumu nasıl hukuki bir forma kavuşturacaklarını tartışmışlar ancak her seferinde tartışma çözümlenmeden kapanmıştır. En nihayetinde GORBAÇOV döneminde, 1977 Anayasasında yapılan değişiklik ile başkanlık makamı ihdas edilmiştir.

Meselenin temelinde ideolojik ve teorik bir taassubun bulunması yatmaktadır. Devletin başında kolektif bir yürütücü veya başkanlık makamı

<sup>30</sup> POPOV, MİGRAÇEV/TİHOMİROV,2011, S.147.; POPOV/MİGAÇEVA/TİHOMİROV,2012, S.104.

<sup>31</sup> KUTAFİN,Oleg,E., Glava Gosudarstva,Prosoekt, 2014, S.197.; ÇİRKİN,Venyamin, Glava Gosudarstva : Sravnitelno-pravovoe İssledovanie, İzd. Norma, 2013, S.20.

<sup>32</sup> KUTAFİN, S.226.; ZEMTSOV, S.415-422.

<sup>33</sup> KUTAFİN, S.289.; POPOV /MİGAÇEVA /TİHOMİROV,2012, S.104.

olmasına dair temel argüman hiçbir zaman fiili olarak -SSCB’de dahi- uygulanmasa dahi, teorik olarak bunun varlığı sistemin liberal temsili hükümet sistemlerinden ayrışmasına olanak sağladığı için sürekli olarak tesis edilmesine uğraşılmıştır. Oysa zaten SB Komünist Partisi Başkanı, fiili olarak devlet başkanlığı yapmıştır. GORBAÇOV döneminde artık devletin siyasi ve ideolojik taassup güdecek lüksleri olmadığı için bu kavramsal tartışmalar bir kenara bırakılabiliştir. Bu ise günümüz Rusya Federasyonu’nun hükümet sistemine öncülük etmiştir<sup>34</sup>.

#### **1.4-) Devlet İktidarının Organları: Yüksek Sovyet, Yüksek Sovyet Presidyumu ve diğerleri**

SSCB’de devlet iktidarının en yüksek temsil organı, SSCB Yüksek Sovyeti olarak tarif ve tasnif edilmektedir. Devlet iktidarını kullanan bütün diğer organlar, Yüksek Sovyete karşı sorumlu olup hesap vermekle yükümlüdür. Anayasal anlamda kanun yapmak ile yetkilendirilmiş tek organdır<sup>35</sup>. Yüksek Sovyet, Bakanlar Sovyetini/Kurulunu belirlemektedir. Yüksek Sovyet Presidyum’u (YS-Presidyumu) ise Yüksek Sovyet görevde değil iken yasama faaliyetini yapmaktadır. Bütün yetkiler Yüksek Sovyet’tedir. Bakanlar Sovyeti/Kurulu ve YS-Presidyumu ondan aldığı yetkiyi kullanmaktadır. Böylelikle SSCB’de dikey yetki devri anlayışlı kuvvetler birliği veya karma kuvvetler sistemi uygulanmıştır<sup>36</sup>.

Yürütme komitesine ise Presidyum denilmektedir. Yüksek Sovyet, yürütme komiteleri hiyerarşisini yöneten SSCB Bakanlar Sovyetini/Kurulunu diğer bir ifade ile “hükümeti” atamaktadır. Böylelikle bir yürütme komitesi hem kendi Sovyetine hem de bir üst seviyedeki Sovyetin yürütme komitesine karşı sorumluluk taşımaktadır. Bu çifte bağlantılı olma durumuna “Çifte Bağlılık” denilmektedir<sup>37</sup>.

1936 anayasası kabul edilene kadar SSCB iktidarının en üst organı Bütün Birlik Sovyetler Kongresi’dir (BBSK). Birleşik Merkezi Yürütme Kurulu (BMYK) ise BBSK’da seçilmektedir. BMYK, yasama, yürütme ve denetim

---

<sup>34</sup> ÖZYURT, Davut, Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Devlet Başkanının Konumu ve Fonksiyonu, Adalet Yayınevi,2021, S.8-11.

<sup>35</sup> CHKHIKVADZADE, S.95.

<sup>36</sup> TANİLLİ, Server, Uygarlık Tarihi, Cumhuriyet Yayınları,2017, S.202.; POPOV/MİGAÇEVA/TİHOMİROV,2012, S.104.

<sup>37</sup> HENDERSON, S.32.

organıdır<sup>38</sup>. 1936'dan itibaren ise "SSCB'nin yasama gücü yalnızca SSCB Yüksek Sovyeti tarafından kullanılacaktır"<sup>39</sup> ve "SSCB kanunları SSCB Yüksek Sovyeti tarafından koyulacağı gibi, SSCB Yüksek Sovyeti kararıyla yapılan bir halk oylaması ile de kabul edilebilir"<sup>40</sup> hükümleri kabul edilmiştir. Bu ise yasama yetkisinin SSCB Yüksek Sovyeti tarafından kullanılacağına işaret etmiştir. Rusya Sosyalist Federatif Sovyet Cumhuriyeti (RSFSC) Yüksek Sovyeti'nin aksine SSCB Yüksek Sovyeti, Birlik Sovyeti ve Milletler Sovyeti'nden oluşan iki kanatlı bir parlamentodur.

Fakat yasama yetkisini tali olarak kullanabilen başka organlarda bulunmaktadır; 1977 Anayasasının 123. Maddesine göre SSCB Yüksek Sovyet Prezidyumu tüzük yayınlamakta, kararname çıkarabilmektedir. 1977 Anayasası'nın 133. Maddesine göre SSCB Bakanlar Kurulu hem tüzük yayınlamakta, hem de SSCB kanunları ile Yüksek Sovyet ve Prezidyumunun diğer kararlarının icrası üzerine yönetmelik çıkarabilmektedir.

LENİN'in SSCB temsil organı ile ilgili prensipleri; devlet otoritesinin bütün unsurlarının tekliği, devlet idaresine kitlesel katılım, Sovyetlerin/Konseylelerin seçimle oluşması, milletlerin eşit haklara sahip olması, demokratik merkezîyetçilik, sosyalist yasallık olarak ifade edilmektedir<sup>41</sup>.

## 2-) Anayasaların Tahlili

### 2.1-) 1918 Rusya Sosyalist Federatif Sovyet Cumhuriyeti Anayasası – Pilot Anayasa veya Devrim Anayasası

Rusya Sosyalist Federatif Sovyet Cumhuriyeti'nin (RSFSC) ilk anayasası, Ekim 1917 Devriminden 10 ay sonra, 10 Temmuz 1918'de kabul edilerek yürürlüğe girmiştir<sup>42</sup>. RSFSC'nin 1918 Anayasası ile birlikte Rusya'nın bir Sovyet Cumhuriyeti olduğu anayasal olarak hüküm altına alınmıştır<sup>43</sup>. Anayasa, devrim sürecinin içine doğduğu zamanki ifade ve üslup ile kaleme alınmıştır. Siyasi eşitlik, bağımsız yargı gibi kavramlar burjuva demokrasinin unsurları olarak görüldüğü için sosyalist anayasa da yer alması

<sup>38</sup> KUTAFİN, S.198.

<sup>39</sup> SSCB 1936 tarihli Anayasası'nın 32. Maddesi.

<sup>40</sup> SSCB 1977 tarihli Anayasası'nın 108. Maddesi.

<sup>41</sup> CHKHIKVADZADE, S.73-74.

<sup>42</sup> STAŞENKO, Lyudmila, ŞAMBA, Taras, İstoriya Gocudarcva i Prava Rosii, Tom.2, İzdatelstvo Norma, 2003, s.84-99.

<sup>43</sup> POPOV/MİGRAÇEV/TİHOMİROV, 2011, S.146-147.

uygun görülmemiştir. Bunların yerine sınıf iktidarı ve komünist demokrasi temelli kavramlar ve terimler kullanılmıştır. Anayasa'nın herhangi bir yerinde devletin bir başkanı olduğuna dair hüküm bulunmamasına karşın LENİN, devlet mekanizmasını işleten tek kişi olmuştur<sup>44</sup>.

Anayasa Hazırlama Komisyonu, 1 Nisan 1918'de Bolşevikler ağırlıklı olmak üzere, diğer sosyalist görüşlere mensup gruplar da dahil olmak üzere 15 üyesi ile toplanmıştır. Bu komisyon SSCB'de Bolşevikler dışında ki siyasi grupların da temsil edildiği, muhalif unsurların da anayasa yapım sürecine katıldığı ilk ve son anayasa hazırlama komisyonu olmuştur. Bu kapsamda bahse konu Anayasa da Bolşevikler dışındakilerin de yapımına katkı sağladığı ilk ve son Sovyet anayasası olmuştur<sup>45</sup>.

Anayasa, 10 Temmuz 1918'de ki 5. Bütün Rusya Sovyetler Kongresi'nde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.<sup>46</sup>

### 2.1.1-) Genel Olarak

İlk Sovyet Anayasası, yani Rusya Sosyalist Federatif Sovyet Cumhuriyeti (RSFSC) 1918 Anayasası, Marksizm propagandası niteliğindeki siyasi olan bir metindir<sup>47</sup>. 1918 Anayasası, hazırlayıcıları açısından Bolşevizmin siyasi hedef ve isteklerinin işlendiği muazzam bir propaganda aracı olarak görülmüştür. Bu kapsamda anayasanın muhteviyatı, lafzı ve üslubu siyasi bir manifesto gibidir<sup>48</sup>. Anayasa hukuki metinden ziyade adeta Sosyalizmin ve Sovyetlerin başarısını ilan edici bir metindir<sup>49</sup>.

Birinci bölüm, “Çalışan ve Sömürülen İnsanlar Deklarasyonu” başlığını taşımaktadır. Başlığından da anlaşılacağı üzere içeriği itibarıyla bir anayasa bölümünden ziyade bir haklar bildirgesidir. Devrimden önce sıkça dillendirilen ve 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi ve 1776 Virginia İnsan Hakları Beyannamesi'ne tepki niteliği taşıyan Çalışan ve Sömürülen

---

<sup>44</sup> UNGER, S.21; SCHAPIRO, S.44-46; POPOV/MİGRAÇEV/TİHOMİROV, 2011, S.146-147.; ARON, S.238.

<sup>45</sup> STAŞENKO/ŞAMBA, Tom.2, S.84-99. UNGER, S.9; HENDERSON, S.39.; ARON, S.237.

<sup>46</sup> NAOMOV,Sergey,Sistema Gosudarstvenno Upravleniya,İzd.Forum,2011,S.58-60; UNGER, S.10.; STEŞANKO /ŞAMBA, Tom-2, S.84-99.

<sup>47</sup> ÇİSTYAKOV, O.İ., İstoriya Oteçestvenno Gosudarstva i Prava, Yurist, 2007 S.128-138.; HENDERSON, S.38.

<sup>48</sup> UNGER, S.11.; SCHAPIRO, S.44-46.

<sup>49</sup> GRIPP, S.199-200.

İnsanlar Deklarasyonu, burjuvazinin bir ürünü olarak algıladığı insan hakları metinlerine karşı sosyalist ve komünist haklar bildirgesi olarak hazırlanarak anayasaya konulmuştur<sup>50</sup>. İkinci bölüm, hak ve ödevleri içermektedir. Buna göre en önemli ödev çalışmaktır; zira Anayasa'nın 18. Maddesine göre “çalışmayanın yemek yemeye de hakkı yoktur”.

Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetlere ilişkin devletin tutumu, bunları nasıl sınırlayacağı veya nasıl koruyacağı yönünde değildir. Yani hak ve hürriyetlerin devlet tarafından nasıl korunacağına ilişkin herhangi bir düzenlenme anayasada yer alamamaktadır. Zira proleter iktidarın, bahse konu hak ve hürriyetleri burjuva iktidarlar gibi ihlal edebileceği düşünülememekte de ve/veya böyle bir algı oluşturacak hususlara yer verilmek istenilmemektedir<sup>51</sup>.

1918 Anayasası devlet iktidarının nasıl ve ne şekilde kullanılacağına dair sıkı ve sert sınırlar çizmek yerine esnek sınırları tercih etmiştir. Bu bilinçli bir tavır olarak görülmektedir<sup>52</sup>. Anayasa ile ihdas edilmemiş kurumların bazıları, anayasal kurumların yetkilerinden çok daha fazlasını kullanır hale gelebilmişlerdir. Çeka isimli gizli polis teşkilatı, İşçi ve Çiftçi Savunma Konseyi, Devrim Komitesi bunlara örnek olarak ifade edilebilir<sup>53</sup>.

Devlet iktidarı tüm işçi ve çiftçi sınıfına ait olduğu ve Sovyetlerin tamamı aracılığı ile kullanıldığı için devlet iktidarının hiyerarşik olarak Sovyetlerin tamamında olduğu kabul edilmektedir<sup>54</sup>. Zaten devrimin “tüm iktidar Sovyetlere” sloganı da bu gayenin ifadesinin bir gereğidir. Ancak bu durumda en üst Sovyet'in sahip olduğu ve diğerlerinin sahip olmadığı “Yüksek İktidar” kavramı ortaya çıkmıştır. Böylelikle Bütün Rusya Sovyetler Kongresi (BRSK), diğerlerinin en tepesindeki Sovyet olarak, anayasanın 24. Maddesinde “en yüksek devlet otoritesi” olarak tarif edilmiştir. Anayasa'nın 12. Maddesinde ise BRSK'nin “yüksek iktidarı” kullandığı ifade edilmiştir. Merkezi Yürütme Komitesi ise BRSK'nin görevde olmadığı yani oturum yapmadığı – ki yılın çok büyük bir dönemi oturum yapmamaktadır- dönemde BRKS'nin sahip olduğu “Yüksek İktidarı” onun nam ve hesabına kullanmak ile yükümlü kılınmıştır. Anayasanın 31. Maddesi, Merkezi Yürütme Komitesi'ni “en yüksek yasama, yürütme ve denetim organı” olarak tanımlamıştır.

<sup>50</sup> NAOMOV, S.58-60.; UNGER, S.11.

<sup>51</sup> NAOMOV, S.58-60.; UNGER, S.13.; STEŞANKO /ŞAMBA, Tom-2, S.126-133.

<sup>52</sup> UNGER, S.20.; SCHAPIRO, S.44-46.

<sup>53</sup> UNGER, S.21.; SCHAPIRO, S.44-46.; ÇİSTYAKOV, S.107-128.

<sup>54</sup> NAOMOV, S.58-60.; UNGER, S.16

Anayasa'nın 66. Maddesi yerel Sovyetlerin seçimine ilişkin düzenlemenin yapıldığı maddedir. Yerel Sovyetler halk tarafından doğrudan seçilir iken yukarı doğru çıkıldıkça doğrudan seçim ortadan kalkmaktadır. Zira halk, bir Sovyete delege gönderecek en alt Sovyeti seçim ile belirlemek suretiyle üstüne düşeni yapmış olarak görülmektedir.

Anayasanın 66. Maddesinin devamı ve 78. Maddeye kadar, Sovyet seçimi ile ilgili usul ve prosedürleri içermektedir. Ancak bunların içerisinden gizli oy, açık sayım, genel oy, eşit oy gibi temel ilkeler bulunmamaktadır. Dahası nispi temsil liste usulü ve gizli oy, anayasa hazırlama komisyonunda teklif edilmiş ve tartışılmış olmakla birlikte reddedilmiştir<sup>55</sup>. Bunların reddedilmesinin yegane sebebinin ideolojik taassup olduğuna şüphe yoktur. Bu kavramlar liberal temsili sistemlere özgün olarak Marksist-Leninist ideolojinin karşısında konumlandırılmıştır.

### **2.1.2-) Bütün Rusya Sovyetler Kongresi (BRSK), Birleşik Merkezi Yürütme Kurulu (BMYK) ve Halkın Komiserleri Sovyeti (HKS)**

1918 Anayasası'na göre Sovyetlerin en üst halkası ve en yüksek anayasal kurum Bütün Rusya Sovyetler Kongresi'dir. Kongre, alt düzey Sovyetlerdekine benzeyen yönetim organı olarak Birleşik Merkezi Yürütme Komitesi'ne (BMYK) sahiptir. Birleşik Merkezi Yürütme Komitesi (BMYK), Kongre adına ve onun altında, Kongre faaliyette olmadığı zamanlarda onun fonksiyonunu vekaleten icra etmek için ihdas edilmiştir<sup>56</sup>. Aşırı büyük bir meclis olan BRSK çok deneyimsiz, etkili olamayan bir yapıdır<sup>57</sup>. Bu sebeple BMYK'nın varlığı zaruridir. BMYK 1918'de 200 kişi, 1920'de 300 kişi, 1921'de ise 386 kişiden oluşmaktadır<sup>58</sup>. BMYK, giderek kalabalıklaşarak hantallaştığı için BMYK Presidyumu ortaya çıkacaktır.

Bu dönem tam bir deneme yanılma dönemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Sürekli olarak temsil ve icra fonksiyonlarının nasıl daha iyi yerine getirileceğine ilişkin fikirler ortaya çıkmaktadır. Yapısal olarak ise temsil ve icra fonksiyonu -adeta matruşka bebek gibi- içeriden oluşturulan komite komisyonlar ile daralan bir insan grubuna indirgenmeye çalışılmıştır.

---

<sup>55</sup> UNGER, S.16; SCHAPIRO, S.44-46.

<sup>56</sup> NAOMOV, S.58-60.

<sup>57</sup> NAOMOV, S.58-60.; UNGER, S.22.

<sup>58</sup> UNGER, S.15; SCHAPIRO, S.44-46.

1936 anayasası kabul edilip 10 Temmuz 1938’de ortadan kalkana kadar, SSCB iktidarının en üst organı Bütün Rusya Sovyetler Kongresi’dir. BMYK ise BRSK’da seçilmektedir. BMYK, yasama, yürütme ve denetim organıdır<sup>59</sup>. Bütün Rusya Sovyetler Kongresi’nin 8. Toplanmasında, Kongre’nin en az 2 ayda bir toplanması kararlaştırılmış ancak daha sonra bu süre 3 aya çıkarılmıştır. En nihayetinde ise BMYK ihdas edilmiştir<sup>60</sup>. Bütün Rusya Sovyetler Kongresi, en yüksek iktidar organı; BMYK ise, yürütme organı olup oturum arasında BRSK’nın yetkilerini kullanan organdır. HKS ise, idari anlamda yürütmeden sorumlu olan organdır. İşçi Sovyetleri, asker Sovyetleri vb. ise yerel temsil organları olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>61</sup>.

BRSK’nın 2 Kasım 1917 tarihli 4. toplantısına kadar, BMYK Presidyumu resmi olarak var olmuş değildir. Yani kuruluşu ve işleyişi herhangi bir mevzuata dayanmamakta, fiili olarak var olan ama hukuki/kanuni olarak yok olan bir kurumdur. Aralık 1919’daki oturum ile BMYK Presidyumu’nun resmi olarak kuruluşuna ilişkin yasal zemin tamamlanmıştır. BMYK Presidyumu, BMYK’nın daimi çalışan yürütme organıdır. Oturumlar için gerekli bilgi ve belgeleri toplar. BMYK’nin fiil ve faaliyetlerinin yürütülmesinden sorumludur. Genel olarak BMYK Presidyumu, ortalama 10-12 kişiden oluşmaktadır. BMYK Presidyumu toplantıları haftada birkaç kez yapılmaktadır. Kolektif bir organ olan BMYK Presidyumu’nda kararlar oy çokluğu ile alınır. BMYK Presidyum, toplantılarına bütün BMYK üyeleri katılarak oy verme hak ve yetkisine sahiptir. BMYK Presidyumu BMYK adına, kanun ve kararname yayımlayabilmektedir. BMYK Presidyumu, yayımladığı kanun hükmünde kararnameleri BMYK oturumunda sunmak ve onay almak zorundadır<sup>62</sup>.

1918 Anayasası’ndan önce ve 1918 Anayasası döneminde de BMYK Presidyumu’nun yetkilerine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bunlar açıkça hüküm altına alınmamıştır. Buna karşılık belli başlı görevleri ve yetkileri teamülen kabul edilmiştir<sup>63</sup>:

- a) Meseleleri inceler ve çözüme kavuşturur,
- b) BMYK’ya karşı sorumludur,

<sup>59</sup> KUTAFİN, S.198.; STEŞANKO/ŞAMBA, Tom-2, S.126-133.

<sup>60</sup> UNGER, S.15; SCHAPIRO, S.44-46.

<sup>61</sup> KUTAFİN, S.200.; ÇİSTYAKOV, S.89-107.

<sup>62</sup> KUTAFİN, S.200-209.

<sup>63</sup> KUTAFİN, S.202-204.; ÇİSTYAKOV, S.89-107.



c) Kanun değerinde ve hükmünde kararname yayımlayabilir,

ç) BMYK oturumları arasında BMYK'nın bütün yetkilerini kullanabilir,

d) Bu kapsamda BMYK Presidyumu'nun en önemli görevi, BMYK ve BRSK oturumlarına hazırlık yapmak olarak görülmüştür. Hazırlık amacıyla komite ve komisyonlar kurabilmektedir<sup>64</sup>.

1918 Anayasası döneminde devletin en üst organı, seçimle işbaşına gelen yasama benzeri bir yapıya benzetilebilecek olan Sovyetlerin Bütün Rusya Kongresi'dir. Kongre, diğer liberal temsil organlardaki gibi ne bir salt yasama ve temsil organı ne de bir yürütme organıdır. Kongre yasama ve yürütme organı olarak kurgulanmıştır. Yasama organını, işlevsiz olarak gören Marksist doktrin tek başına ve salt olarak yasama ile ilgilenen bir yapı yerine "çalışan bir organ" olarak Kongre'yi işaret etmiştir<sup>65</sup>.

DURDENEVSKİY'e göre BMYK Presidyumu, hükümeti ifade ederken; Halkın Komiserleri Sovyeti de buna bağlı kabinedir. Bunlar idari anlamda işleri görür. GURBİÇA'ya göre BMYK Presidyumu ve HKS ayrımları fonksiyonel ayırım prensibinin bir sonucudur. Bunlar devlet idaresinin spesifik organlarıdır. MAGAZİNER'e göre BMYK Presidyumu, başkanlık ve parlamento yetkilerini kullanan, bu iki kurumun bir kombinasyonudur<sup>66</sup>.

Anayasa'nın 51. Maddesi uyarınca BMYK, sadece BRSK'nın münhasıran yetkisinde olan milletler arası antlaşmaları onaylamak ve anayasanın temel ilkelerini belirlemek dışındaki tüm BRSK yetkilerini kullanabilmektedir. Bunların içerisinde genel ve özel af ilanı ile ülkenin topraklarından feragat edilmesi gibi oldukça mühim yetkiler de vardır<sup>67</sup>.

BMYK Presidyumu, anayasal düzen içerisindeki son derece kilit role sahip organlardan birisidir<sup>68</sup>: BMYK oturum yapmadığı dönemde kanun yapabilir, idari denetim yapabilir ve BMYK'nın görevlerini koordine eder. Aralık 1919'a kadar anayasada BMYK Presidyumu ile ilgili açık ve anlaşılabilir bir tanımlama ve görev dağılımı yapılmamıştır. 7. BRSK'de

---

<sup>64</sup> KUTAFİN, S.202-204.; ÇİSTYAKOV, S.89-107.

<sup>65</sup> UNGER, S.17

<sup>66</sup> KUTAFİN, S.198.; POPOV/MİGAÇEVA/TİHOMİROV,2012, S.103-104.

<sup>67</sup> 1918 tarihli RSFSC Anayasası'nın 52.Maddesi uyarınca bahse konu yetkiler BRSK'nın toplanma imkânı yok ise kullanılabilir.

<sup>68</sup> UNGER, S.18.

Presidyuma ilişkin detaylı düzenleme yapılmış daha sonra Aralık 1920'deki 8. BRSK'da değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

Halkın Komiserleri Sovyeti, parlamenter rejimlerdeki bakanlar kuruluna benzer biçimde yapılandırılmıştır<sup>69</sup>. Anayasa'nın 37. Maddesine göre HKS, devletin "genel yönetim işleri" ile ilgilenmekle görevlendirilmiştir. 38. Maddeye göre ise HKS genel yönetim işlerini yapabilmek için kararname, emirname çıkarabilmekte ve düzenleyici işlemler ihdas edebilmektedir. 33. Maddeye göre de BYMK'ya kanun teklifi sunabilmektedir.

Anayasa'nın 43. Maddesine göre 18 tane Halk Komiseri bulunmaktadır. HKS aldığı kararları, çıkardığı düzenleyici işlemleri MYK'ya bildirmek zorundadır. MYK, bahse konu karar ve işlemleri iptal edebilir veya uygulanmasını durdurabilir. 41. Madde ise "acil olan durumlarda" HKS'nin BYMK'nın onayına ihtiyaç duymadan hareket edebileceği belirtilmiştir.

HKS, kolejyal veya kolektif liderlik olarak tarif edilmiştir<sup>70</sup>. Her Komiser kendi alanından dolayı BYMK'ya karşı şahsi olarak sorumludur. Komiserlerin bağlı bulunduğu Başkanlık ise fonksiyonel anlamda bir başkanlıktan çok, idari bir birim gibidir. Zira Komiserler BYMK tarafından atanıp azledilmekte olup sorumlulukları da BYMK'yadır. Halk Komiserleri Başkanı ise Komiserler tarafından seçilmektedir. Günümüz Rusya Federasyonu'nda Bakanların kolektif değil münferiden Başkana karşı doğrudan sorumlu olmasının<sup>71</sup> altında da bu düzenleme ve ardılı bir geleneğin yattığı düşünülebilir.

Anayasa'nın 45. Maddesine göre her Komiser kendi yetki alanına giren konularda kendisi tek başına karar alır. Ancak kolejyal bir yapı ve sorumluluğun neticesi olarak diğer komiserler alınan bahse konu karara katılmıyor iseler HKS'ye veya MYK Presidyumu'na itiraz da bulunabilirler. Bu itiraz alınan kararın uygulanmasını tek başına durdurmaz.

## **2.2-) 1924 Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Anayasası: Lenin Anayasası – Birliğin Kuruluş Anayasası**

Sovyet sistemi, yıkılan Rus İmparatorluğu'nun diğer bölgelerine yayıldıkça Rusya Sosyalist Federatif Sovyet Cumhuriyeti (RSFSC) Anayasası'na benzer anayasalar kabul edilmiştir. Bu kapsamda 1919'da

<sup>69</sup> UNGER, S.17.; SCHAPIRO, S.44-46.; NAOMOV, S.58-60.

<sup>70</sup> UNGER, S.17.; SCHAPIRO, S.44-46.; NAOMOV, S.58-60.

<sup>71</sup> ÖZYURT, S.135-139.

Ukrayna ve Belarus Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri'nde, 1921'de Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nde, 1922'de de Ermenistan ve Gürcistan Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri'nde yeni anayasalar kabul edilmiştir. 1922 yılında Buhara ve Harezmi de Sovyet Halk Cumhuriyetleri olduğunu, ilan ettikleri anayasaları kabul etmişlerdir. Bununla birlikte bahse konu anayasaların içerisinde sosyalizm kelimesi geçmemektedir<sup>72</sup>.

Ağustos 1922'den itibaren Federasyon içindeki tüm cumhuriyetlerin Komünist Partileri tarafından federal bir birlik oluşturmak amacıyla komiteler kurulmuştur. Bunun neticesinde 1922'deki SSCB Birlik Antlaşması ortaya çıkmıştır. Görünürde bahse konu anlaşmanın, taraflarınca gönüllü olarak imzalanmış olduğu iddia edilmekte olsa da bu husus şüphe götürmektedir. Zira antlaşmadan hemen sonra Kızıl Ordu'nun desteğiyle her cumhuriyette Komünist Parti hakimiyeti tesis edilmiştir<sup>73</sup>.

RSFSC'nin 1922'de Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği halini alması sebebiyle, 1924 tarihli SSCB Anayasası'nın oluşturulması gerekmiştir. 1925 yılına gelindiğinde ise SSCB'yi oluşturan unsurların her birisi kendi anayasalarını SSCB Anayasası'na göre şekillendirmişlerdir.

Aralık 1922'de gerçekleştirilen 10. Bütün Rusya Sovyetler Kongresi'nde alınan karar ile Kongre kendisini Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Kongresi'ne dönüştürmüştür ve Bütün Birlik Sovyetler Kongresi (BBSK) olarak tanımlamıştır. Böylelikle de BBSK ilk Kongre oturumunu gerçekleştirilmiştir. Bu Kongre'de kabul edilen birliğin kuruluş anlaşması hükümlerine göre bir anayasa oluşturulması gerekmekte idi. Bu kapsamda 6 Temmuz 1923 tarihinde Birleşik Merkezi Yürütme Komitesi'nce hazırlanan Birlik Anayasası yürürlüğe girmiştir. Birleşik Merkezi Yürütme Komitesi tarafından yürürlüğe sokulan anayasa metni, 31 Aralık 1924'te yapılan 2. SSCB Kongresi'nde, birkaç değişiklik ile kabul edilerek birliğin ilk Anayasası olarak ilan edildi<sup>74</sup>.

1924 SSCB Anayasası federal bir sistem kurmuştur. Buna göre federal devlet, dış politikayı yönlendirme, askeri politikayı ve iktisadi politikayı belirleme yetkisine sahiptir<sup>75</sup>. Birliğin yapısı ve buna ilişkin düzenlemelerin

---

<sup>72</sup> HENDERSON, S.39.; STEŞANKO /ŞAMBA, Tom-2, S.160.

<sup>73</sup> HENDERSON, S.39.; SCHAPIRO, S.46-51.

<sup>74</sup> UNGER, S.17.; STEŞANKO /ŞAMBA, Tom-2, S.173-175.

<sup>75</sup> HEYMAN,Neil, Russian History, McGraw-Hill Publication,1993,S.318.

dışında hak ve ödevlere dair 1924 SSCB Anayasası'nda hüküm bulunmamakta olup bu hususlar birlik üyesi devletlerin federe anayasalarında düzenlenmiştir.

1924 Anayasası oldukça kolay değiştirilebilen bir anayasadır. Anayasa'nın 2. Maddesi uyarınca Anayasa'nın temel ilkelerinin kabulü ve değiştirilmesi münhasıran SSCB Kongresi uhdesinde olup diğer maddeler SSCB Kongresi dışında da değiştirilebilmektedir<sup>76</sup>. Federal kanunlar ile Federal Anayasa'nın değiştirilmesi arasında herhangi bir usul ve esas farkı da bulunmamaktadır.

1924 Anayasası 1918 Anayasası'na göre görev ve yetki sınırlarının daha iyi çizildiği, ancak yine de tam olarak katı sınırların oluşturulmadığı bir anayasadır. Bundan dolayı 1924 Anayasası uygulanırken, anayasal yetki paylaşımı ve bu yetkilerin sınırlarının belirlenmesine ilişkin önemli meseleler ortaya çıkmıştır. Bu durum zamanla belirli sınırlamaların ihdas edilmesi yönünde artan bir eğilime dönüşmüştür<sup>77</sup>.

1924 Anayasası selefine göre çok fazla değişiklik içermemektedir. Devlet iktidarı, 1918 RSFSR Anayasası'ndaki gibi, piramit şeklinde kurgulanmış; selefinden farklı olarak bir birlik anayasası olduğu için federal kurumlar eklenmiştir<sup>78</sup>. Birleşik Merkezi Yürütme Komitesi iki kamaralı bir meclise dönüştürülmüş; Birlik Sovyeti ve Milletler Sovyeti ortaya çıkmıştır. Birlik Sovyeti, Sovyetler Kongresi'nin kendi üyeleri arasından seçtiklerinden oluşur iken Milletler Sovyeti ise federe unsurların temsilcilerinden oluşmaktadır. Federal Yüksek Mahkeme ve Federal Genel Savcılık organları oluşturulmuştur. Diğer yandan 1918 Anayasası'nda olduğu gibi Komünist Parti, Anayasa'nın hiçbir yerinde geçmemiştir<sup>79</sup>.

BMYK Presidyumu Anayasa tarafından, "İktidarın en yüksek yasama, yürütme ve idari organı" olarak tanımlanmıştır. BMYK Presidyumu, BMYK oturumları gerçekleştirilmediği dönemlerde faaliyet yürütmek ile görevlendirilmiştir.

Halkın Komiserleri Sovyeti'de (HKS) çift başlı bir yapıya dönüşmüş: Tüm Birlik Halk Komiserleri (TBHK) ve Birlik Cumhuriyetleri Halk Komiserleri (BCHK) olarak ikiye ayrılmıştır. Federal devletin yani birliğin merkezi idaresinden TBHK sorumlu olup bu yapı tüm birliğin idaresini

<sup>76</sup> UNGER, S.53.; SCHAPIRO, S.46-51

<sup>77</sup> UNGER, S.56.; SCHAPIRO, S.46-51

<sup>78</sup> UNGER, S.17.; GRIPP, S.200.

<sup>79</sup> GRIPP, S.200; UNGER, S.17.; SCHAPIRO, S.46-51

yürütmektedir. BCHK ise birlik üyesi federe unsurların idaresinden sorumlu olan federe yapıdır. Tüm Birlik Halk Komiserleri'nin federe unsurlardaki izdüşümleri Birlik Cumhuriyetleri Halk Komiserleri'dir<sup>80</sup>.

1924 Anayasası 1918 Anayasası'ndan farklı olarak Birlik Yüksek Mahkemesi ve Genel Savcılık makamlarını ihdas etmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, Merkezi Yürütme Kurulu'na bağlı faaliyet göstermektedir. Genel Savcılık kökleri Çar 1.Peter zamanına uzanan bir organdır<sup>81</sup>. Savcılığın bilindik anlam ve muhtevasına ek olarak devlet organlarının faaliyetlerinin kanuniliği de burası tarafından takip edilmektedir.

SSCB Kongresi, Bütün Birlik Sovyetler Kongresi (BBSK) ismini almıştır. 2500 delegesi bulunmaktadır. Sayının bu denli artması Kongre'nin toplanma sıklığını azaltmıştır. BBSK, 1924-1927 yılları arasında yılda bir kez; 1927-1931 yılları arasında iki yılda bir kez; 1931-1935 yılları arasında dört yılda bir kez toplanabilmiştir. Toplandığı zaman ise azami bir hafta açık kalabilen Kongre, birlik iktidarının en yüksek organı olmak sıfatına uygun bir işlevsellik sağlayamamıştır. Birleşik Merkezi Yürütme Komitesi (BMYK) de benzer bir akıbete uğramıştır. Başlangıçta 500 olan delege sayısı, 1930'ların ortalarına gelindiğine 750'ye kadar yükselmiştir. 1931 yılına kadar BMYK'nın BBSK'nın iki oturum dönemi arasında en az 3 kez toplanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. 1931-1933 yılları arasında oturum sayısı ikiye inmiştir. Dahası BMYK oturum süresi BBSK oturum süresinden biraz daha fazla olup sadece 10 güne ulaşabilmektedir. Bu kapsamda BBSK ve MYK'nın her ikisi de yasama işlevi görmekten oldukça uzak olan iki organa dönüşmüştür<sup>82</sup>. Zamanla hantallaşmış ve fonksiyonel olmaktan çok uzaklaşmışlardır.

### **2.3-) 1936 Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Anayasası: Stalin Anayasası- Totaliter Merkezileşme Anayasası**

STALİN Anayasası olarak anılan 1936 tarihli SSCB Anayasası, SSCB anayasacılığı açısından bir kırılma olarak kabul edilmektedir. STALİN dönemi, 1917 devrimini oluşturan temel ruhtan “büyük geri çekilme” olarak ifade edilmektedir. Seleflerine göre daha muhafazakâr ve totaliter bir Anayasa olarak görülmektedir. Liberal temsili demokrasileri ve onun “burjuva değerlerini” küçümsemekte ve bu anlamda SSCB'nin zaferinin nişanesi olarak

---

<sup>80</sup> ÇİSTYAKOV, S.179-202.

<sup>81</sup> ÖZYURT, S.172-175.

<sup>82</sup> UNGER, S.17.; SCHAPIRO, S.46-51.

lanse edilmektedir. Bu algı Anayasa'nın lafzında ve üslubunda kendisini açıkça göstermektedir<sup>83</sup>. Bu sebepler ile esasen batı anayasacılığından daha “geniş” bir anayasa metni olarak görülmektedir. Zira sadece devletin değil toplumun sosyolojik ilkelerini de barındırmaktadır<sup>84</sup>. Yani devletin genel işleyişini gösteren kurallar bütünü olmasının yanı sıra devletin içtimai ve felsefi bakış açısını da yansıtan bir belgedir.

Anayasa hazırlama komisyonunun başkanlığını STALİN yaptığı için ve büyük ölçüde STALİN'in kişisel bakış açısını yansıttığından dolayı 1936 Anayasası Stalin Anayasası olarak anılmaktadır<sup>85</sup>. 1 Şubat 1935 tarihinde Sovyetler Birliği Komünist Partisi Merkez Komitesi (SBKP-MK) Genel Kurulu'nda Anayasa'nın değiştirilmesi yönünde karar alınmış. Bu kapsamda anayasa değişikliği yapılması gerektiği için 7. Sovyetler Kongresi'ne teklif sunulmuştur. Kongre, SBKP MK Genel Kurulu'nun teklifini kabul ederek Merkezi Yürütme Kurulu'na anayasa hazırlama komisyonu kurulması talimatı vermiştir. Kurulan anayasa hazırlama komisyonunu, 31 üyeden müteşekkil olup başına da bizzat Stalin geçmiştir<sup>86</sup>.

1936 Anayasası hazırlanır iken bir “başkanlık” makamı öngörülmesine karşın STALİN'in itirazları ile bu hazırlık metinden kaldırılmıştır. Dönemin SBKP Genel Sekreteri STALİN “SSCB'de tek bir kişiden müteşekkil başkana ihtiyaç yoktur, bizim seçilmiş Yüksek Sovyetimiz vardır” diyerek duruma karşı tavrını belli etmiş ve tartışmaların nihayete ermesini sağlamıştır<sup>87</sup>. STALİN'e göre tek bir kişinin başkanlığı, demokratik olmadığı için SSCB'ye uygun değildir<sup>88</sup>. Benzer biçimde STALİN başka bir açıklamasında ise SSCB Yüksek Sovyeti Presidyumunun kolektif bir başkanlık görevi gördüğünü ifade etmiştir. Sosyalist anayasa hukukunda SSCB Yüksek Sovyet Presidyumu bundan sonra kolektif başkanlık sistemi olarak ifade edilmeye başlanmıştır. Hatta devlet başkanı makamı yerine de YS Presidyumu ifade edilmiştir<sup>89</sup>.

<sup>83</sup> UNGER, S.79.; SCHAPIRO, S.51-55.; ÇİSTYAKOV, S.262-279.; ARON, S.244.

<sup>84</sup> ARON, S.240.

<sup>85</sup> GRIPP, S.199.; UNGER, S.79.; NAOMOV, S.60-63.

<sup>86</sup> UNGER, S.79.; SCHAPIRO, S.51-55.; NAOMOV, S.60-63.

<sup>87</sup> POPOV /MİGRAÇEV/TİHOMİROV, 2011, S.147.

<sup>88</sup> STEPHEN,White, Russia's New Politics: The Management of A Postcommunist Society, Cambridge Univ. Press, 2000, S.72.

<sup>89</sup> POPOV /MİGRAÇEV /TİHOMİROV, 2011, S.147.; KUTAFİN, S.288.

LAZAREV'e göre STALİN'in yetkilerine baktığımız takdirde SBKP Genel Sekreteri olarak bir devlet başkanından çok daha az yetkisi olduğunu görmüyoruz. Yazara göre bundan dolayı STALİN, devlet iktidarını temsil edecek başkaca bir makamın oluşmasını istememiştir<sup>90</sup>. Zira böylesi bir durumda elindeki gücün bir kısmını kaybetmesi ve başkaca organlara devretmesi gerekebilecektir. Yani STALİN'in başkanlık makamına itirazı sosyalist ve/veya komünist demokrasi mefhumu ile ilintili değildir. Uygulama esnasında Sovyet hukukçular ve siyaset bilimciler kolektif başkanlık olarak adlandırılan sistemin işlerlik kazanmasının çok da mümkün olmadığını görmüş ve buna uygun bir taslak hazırlanmasını teşvik etmişlerdir. Esasen STALİN'de son ana kadar bu hazırlıklara ses çıkarmamıştır. STALİN, yapısal olarak buna ihtiyaç olduğunun farkındadır; ancak tasarıya ilişkin çalışmalar tamamlanınca kendi siyasi iktidarını korumak adına komünist demokrasi ve sair mefhumları gerekçe göstererek devlet başkanlığı makamının oluşmasını engellemiştir. Oysa bahse konu anayasa komisyonunda çalışma yapan hukukçular da en az STALİN kadar Sovyet devletinin ideolojisine vakıftırlar. Böylesi bir gerekçeden herkes haberdardır. Buna rağmen taslak hazırlanırken sosyalist devlet yapısına da uygun bir formülizasyon ile başkanlık makamının tesis edilmesine gayret göstermişlerdir. Herkes SBKP Genel Sekreteri'nin fiili bir başkan olduğunun farkındadır. De jure olarak bunun anayasaya eklenmesine çaba gösterilmiştir. Ancak STALİN hukuk mantığı ile izah edilemeyecek sebepler ile bunun aksi yönünde bir karar almıştır. STALİN'in bu kararı, o iktidar da iken açıkça eleştirilemese bile daha sonra, SBKP Genel Sekreteri olarak görev yapacak olan KRUŞEV ve BREJNEV dönemlerinde açıkça eleştirilmiştir. Zira sistemsiz bu eksikliğin giderilmesi diğerlerinin üzerine bir yük olarak kalmıştır.

17 Mayıs 1936'da anayasa hazırlama komisyonunun çalışması tamamlanarak, 1 Haziran 1936'da SBKP MK Genel Kurulu'na sunulmuştur. Genel Kurul tarafından onaylanan taslak anayasa metninin görüşülmesi için Sovyetler Kongresi olağanüstü toplantıya çağırılmıştır. 11 Haziran'da MYK tarafından onaylanan taslak metnin görüşülmesi için Kongre'nin toplanma tarihi olarak 25 Kasım 1936 günü kararlaştırılmıştır. Diğer yandan MYK daha önce SSCB'de görülmedik biçimde, yeni anayasanın ülke çapında da tartışılması gerektiğini kararlaştırmıştır. Bu kapsamda birlik içerisinde yeni anayasa taslağına ilişkin bilgilendirme ve tanıtma çalışmaları yapılmıştır. 25 Kasım 1936'da 8.Sovyetler Kongresi tek gündemi anayasa taslağını görüşmek

---

<sup>90</sup> LAZAREV, B.M., Prezident SSSR, Nauka, 1991, S.10.

olmak üzere olağanüstü usulle toplanmış, 5 Aralık 1936 günü yeni anayasayı onaylamıştır<sup>91</sup>.

Yeni anayasa ile anayasal düzen veya siyasi rejim üzerinde temel bir değişiklik yapma niyeti olmamıştır. Daha otoriter ve totaliter bir rejim kurmak ve birliğin üye ülkeler üzerindeki denetim ve etkisini arttırmak hedeflenmiştir. Bu anlamda yeni anayasal düzen Marksist-Leninist çizgiden önemli bir sapma olarak algılanmıştır<sup>92</sup>. Daha sonraki dönemlerde de bu durum açıkça eleştirilmiştir.

1936 Anayasası genel olarak devlet işleyişinin temel mekanizmalarını tarif ve tasnif etmektedir. Bunun yanı sıra ise birtakım hak ve yükümlülükleri listelemektedir<sup>93</sup>. Yargı sistemine ilişkin usul, esas ve kanunlar artık sadece federal birlik yasama tasarrufu ile kanunlaşabilecektir. Federe unsurlar bunlar ile çelişen yasama faaliyetleri yapamayacaktır.

1936'daki değişiklikler ile birlikte SSCB'yi oluşturan bütün Sovyetlerin (konseylerin) genel oy hakkı ile doğrudan seçileceği hüküm altına alınmıştır. Her Sovyet bir temsil kurumunu oluşturmaktadır. Üst Sovyetlerden alt katmanlardakilere kadar Sovyetlerin hepsinin, belirli sınırlar içerisinde kanun yapma yetkisi bulunmaktadır. Sovyetler kendileri içerisinde, yürütme işlevi görececek bir yürütme komitesi seçmektedir.

1936 Anayasası'nın 30. Maddesine göre SSCB Yüksek Sovyeti, Devlet iktidarının en yüksek organı olarak tanımlanmıştır. Yüksek Sovyet'in statüsü üzerine bir değişiklik öngörülmemiştir.

SSCB'nin 1936 tarihli Anayasası, "devlete ve hukuka" yaklaşımda mühim bir değişmeyi simgelemektedir. Anayasa, STALİN'in "tek vatanda sosyalizm" teorisi kapsamında, güçlü bir hukukla desteklenen güçlü bir devlet oluşturma idealini temsil etmektedir. Hatta anayasada "Devrim veya Devrimci" kelimeleri yer almamakta olup daha pozitivist bir nitelik kazanmıştır<sup>94</sup>. Ancak burada hukuk kavramının Sovyet ideolojisini tahkim edici siyasi bir anlam kazandığı da ifade edilmelidir. Artık anayasa metni

<sup>91</sup> UNGER, S.80.; SCHAPIRO, S.51-55; ÇİSTYAKOV, S.262-279.

<sup>92</sup> SHEARER, David, "Stalinism- 1928-1940", The Cambridge History of Russia: Volume III -The Twentieth Century, Cambridge University Press,2006, S.216.S.216.; NAOMOV, S.60-63.; HAZARD, S.206.; ARON, S.291.

<sup>93</sup> GRIPP, S.201-202.; UNGER, S.80.

<sup>94</sup> HENDERSON, S.40.



siyasi bir deklarasyondan daha ziyade bir anayasaya evrilmiştir. Ancak hukuk kavramı Sovyet ideolojisinin bakış açısına uygun bir içerik ile doldurulduğu için “hukuk devletini” tesis edecek bir anayasa hala yoktur.

Daha önce de ifade edildiği üzere Yüksek Sovyet ile kıyaslandığında –hatta MKY ile de- MYK Presidyumu ve Komiserler Sovyeti, daimi ve sürekli görev yapan daha küçük yapılardır. Ancak Sovyet anayasa hukukçuları bu iki yapının karşılıklı görev ve sorumluluklarını tarif ve tasnif etmekte zorlanmışlardır. Fakat HKS bir önceki döneme oranla ve giderek, SSCB anayasal düzeninde daha önemli bir fonksiyon icra etmeye başlamıştır<sup>95</sup>. Bu sebeple yeni anayasa bu konulara ilişkin daha detaylı düzenlemeler getirme gayretinde olmuştur.

1936 Anayasası seleflerinin Sovyetler Birliği Komünist Partisi ile ilgili hiçbir anayasal hüküm bulundurmamasına ilişkin teamülü bozmuştur. Yeni Anayasa’nın 126 ve 141. Maddelerinde Komünist Parti ile ilgili düzenlemeler yer almıştır. Böylelikle SSCB anayasalarında Komünist Parti’ye ilk defa 1936 Anayasası’nda yer verilmiş; Sovyet rejimi SSCB Komünist Partisi liderliğinde çalışan sınıflar diktası olarak yeniden tanımlanmıştır. Komünist Parti ilk defa anayasa eklenerek anayasal düzenin formel bir parçası haline getirilmiştir. SBKP, toplum için resmi ve anayasal bir iktidar gücüne dönüşmüştür. Bu anayasada seçimlere ilişkin genel, eşit, doğrudan ve gizli oy usullerinin benimsendiği deklare edilmiştir. Bu kapsamda Merkezi Yürütme Komitesi’nde de birtakım değişikliklere gidilmiştir<sup>96</sup>.

Seçim sisteminde yapılan değişiklik Sovyetler piramidini ve konseyler demokrasisini ortadan kaldırmıştır. 1936 Anayasası’nın öngördüğü anayasal düzen kuvvetler ayrılığı prensibine oldukça yaklaşmıştır<sup>97</sup>. SSCB Kongresi veya BBSK yerine yasama organı olarak Birlik Konseyi ve Halk Konseyi olarak iki kanattan oluşan SSCB Yüksek Sovyeti kurulmuştur. Federal devletin en yüksek iktidar organı Yüksek Sovyet’tir. İki kamaralı olan bu yapının bir kamarası seçim ile diğeri ise atama ile oluşmaktadır. Sovyetler Kongresi’nin ortadan kalkması ile birlikte SSCB Kongresi veya BBSK’nın MYK’sı da ortadan kalkmıştır. Yüksek Sovyet ve Yüksek Sovyet Presidyumu ortaya çıkmıştır. Dahası HKS’de ortadan kalkmış ve Bakanlar Sovyeti teşekkül

---

<sup>95</sup> UNGER, S.55.; NAOMOV, S.60-63.; ÇİSTYAKOV, S.262-279.

<sup>96</sup> GRIPP, S.200.; UNGER, S.81.; ARON, S.242.

<sup>97</sup> ALEKSANDROV, Aleksey, Aktualnie Vaprosi Razbitiya Rossiyskovo Parlamentarizma Na Sovremennom Etape, Unity Yayınları, 2012, S.S.12

ettirilmiştir<sup>98</sup>. Anayasal düzen giderek batılı muadillerine benzer kavram ve usulleri ittihaz edecek hale getirilmiştir.

Karma kuvvetler ve/veya kuvvetler birliği düşüncesinden vaz geçilmemiş ancak anayasal organların kullandıkları yetkiler daha da belirginleştirilmiştir. Yani fonksiyonel ayrımın gerekleri yerine getirilmeye çalışılmıştır. Temsil organı olarak Yüksek Sovyet'e, doğrudan seçim yolu ile üye tayin edilmesi, klasik anlamdaki Sovyet algısının değişmesi anlamına gelmektedir. Daha önce Yüksek Sovyet'in yerinde bulunan BBSK'ye, diğer Sovyetlerin delegeleri üzerinden üye atanırken, artık doğrudan üye seçilmektedir. Dolayısı ile Sovyetler zinciri kırılmıştır. En alttaki Sovyet'in en tepedeki Sovyet'e teorik olarak üye göndermesi usulü son bulduğuna göre, artık toplumun tüm kesimlerine nüfuz eden komünist demokrasi anlayışı -bir anlamda- terk edilerek, liberal temsili demokrasi mantığına uygun biçimde seçim usulü kabul edilmiştir diyebiliriz. Böylelikle SSCB'nin komünist demokrasi anlayışına dayanan Yüksek Sovyeti, sosyalist anayasa hukukçuları tarafından "burjuva demokrasi" olarak itham edilen liberal temsili demokrasilerin parlamentosuna belirgin bir şekilde benzemiştir<sup>99</sup>. Bu açıkça 1936 Anayasası'nın daha önceki sosyalist anayasa teorisini terk etmesi anlamına gelmektedir. Dönem içerisinde sosyalist anayasa hukukçuları dahi Yüksek Sovyeti "halkın parlamentosu" veya "Sovyet parlamentosu" olarak anmaya başlamıştır<sup>100</sup>. Oysa daha önce parlamento kelimesi tamamen burjuvaziyi çağırırdığı gerekçesi ile uzak durulan bir kavram idi. Bu durum bir sonraki dönemde de yürütme kuvveti kapsamında "başkanlık makamının" dillendirilmesine giden yolu açmıştır.

Anayasa'nın 32. Maddesi açıkça SSCB'de yasama kuvvetinin, münhasıran Yüksek Sovyet tarafından temsil ve ifa edileceğini yazmıştır. STALİN'de ilgili Anayasa maddesine ilişkin yorumunda, daha önceki süreçte yasama yetkisini paylaşan birden çok organın bulunmasının istikrarı bozduğunu belirtmiş; "Yasama kuvveti sadece bir tek organ tarafından, SSCB Yüksek Sovyeti tarafından yürütülür" diyerek ne kadar mühim bir değişiklik yaptığını açıklamıştır<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> UNGER, S.94.; SCHAPIRO, S.51-55; KIRICHENKO /DENISOV, S.312.

<sup>99</sup> UNGER, S.94.; SCHAPIRO, S.51-55; ÇİSTYAKOV, S.262-275.

<sup>100</sup> SAİFULİN, Maksim, The Soviet Parliament, Progress Publishers, 1967, S.35-43.; POPOV/ MİGRAÇEV/TİHOMİROV, 2011, S.51.

<sup>101</sup> STALİN, Josef, Problems of Leninism, Foreign Languages Publishing House, Moscow-1954, S.708.

Yüksek Sovyet Presidyumu ve Bakanlar Sovyeti, yetkilerini Anayasa'dan alan dolayısı ile anayasal güvenceye sahip organlar olarak düzenlenmiştir. Bunlar, devlet iktidarının en üst düzey organı olan Yüksek Sovyet'e karşı sorumlu olarak faaliyet göstermektedir. Ancak yetki sınırları anayasanın garantisi altındadır. Bundan önceki iki anayasa da böylesi bir anayasal koruma zırhı bulunmamaktadır<sup>102</sup>.

Her ne kadar Yüksek Sovyet daha önceki BBSK'nın yerine oluşturulmuş olsa dahi BBSK MYK'sına biçimsel ve işlevsel olarak daha çok benzemektedir. Öncelikle ikisi de çift kamaralı meclis şeklinde kurgulanmıştır. Her ikisinin bir kamarası da -yeni anayasada Birlik Sovyeti olarak düzenlenmiş olan- doğrudan halk tarafından seçilmekte iken; diğer kamarası -yeni anayasada Milletler Sovyeti olarak düzenlenmiş- federe unsurlar tarafından federe unsurları temsil etmek üzere seçilmektedir.

Anayasa hazırlama komisyonunda, Milletler Meclisi'nin tamamen kaldırılması talep edilmiş ise de STALİN tarafından bu talep reddedilmiştir. STALİN'e göre milletler SSCB'nin karakterini oluşturan hususi ilgi alanıdır: Böylesi bir ilgi alanı görmezden gelinmemelidir. Bu sebeple Yüksek Sovyet gibi bir yapıda temsil edilmeyen milletlerin, çok milletli SSCB içerisinde idaresi de imkân dahilinde olamayacaktır<sup>103</sup>.

Anayasa, -STALİN'in arzu ettiği şekilde- her iki kamaranın da birbirlerine karşı eşit statü ve yetkilerde olmaları esasına göre düzenlemiştir. Ancak üye sayıları eşitlenmemiştir. 1937-1962 yılları arasında Milletler Sovyeti'nin 569, Birlik Sovyeti'nin 574 üyesi; 1962-1966 yılları arasında Milletler Sovyeti'nin 652, Birlik Sovyeti'nin 791 üyesi; 1962-1977 yılları arasında ise Milletler Sovyeti'nin 750, Birlik Sovyeti'nin 767 üyesi bulunmaktadır<sup>104</sup>.

Yüksek Sovyet seçimleri Anayasa'nın 36. Maddesine göre 4 yılda bir yapılmaktadır. 2. Dünya Savaşı dönemi dışında bu sürelerle riayet edilmiştir.

STALİN, yeni bir anayasayı en çok da işlevsel bir yasama organı kurulması için arzu etmiştir<sup>105</sup>. Bunun tesis edilmesi için köklü değişiklikler yerine başkaca formüller bulunmaya çalışılmıştır. Yüksek Sovyet komisyonları bu çabanın ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Yüksek Sovyet oturum yapmadığında

---

<sup>102</sup> UNGER, S.95.; SCHAPIRO, S.51-55

<sup>103</sup> STALİN, S.707.

<sup>104</sup> UNGER, S.96.; NAOMOV, S.63-66.

<sup>105</sup> UNGER, S.81.; NAOMOV, S.63-66.

da faaliyet göstermek üzere; Anayasa'nın 50 ve 51. Maddeleri Yüksek Sovyet'e daimi veya ad hoc komisyonlar kurması için yetki vermiştir.

STALİN her ne kadar Yüksek Sovyet'in yasama tekeline sahip olmasını arzu etmiş olsa da Yüksek Sovyeti sürekli faaliyet gösteren bir organ olarak dizayn etmediği için bu arzusu gerçekleşmemiştir. Yalnızca birkaç ay faaliyet gösteren bir organın, devletin bütün kanun ihtiyacını karşılaması ve daha önemlisi işlevsel olması mümkün olmamıştır. Köklü reformların reddedilmesi, anayasal düzenin ıslah edilmesine de engel olmuştur.

#### **2.4-) 1977 Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Anayasası: Brejnev Anayasası-Liberalizasyon ve Dönüşüm Anayasası**

##### **2.4.1-) SBKP Genel Sekreteri KRUŞEV dönemindeki Anayasa Çalışmaları**

1977 Anayasası'nın yapıma süreci çok uzun bir zamanı almıştır. SBKP'nin 14 Şubat 1956'da yapılan 20. Parti kongresinde KRUŞEV, STALİN'in gücünü açıkça kötüye kullandığını söyleyerek herkesi şaşkınlığa gark etmiştir. KRUŞEV, canavar olarak nitelediği STALİN'in özellikle Kafkaslarda yaptığı sürgünlerin ve tüm federasyonda uyguladığı "cadı avının" çok yanlış olduğunu da eklemiştir. Yapmış olduğu bu konuşmanın kamuoyunda duyulmasının ardından KRUŞEV'in iktidarı muhkemleşmiş, anılan toplum desteğini de kazanmıştır. Böylelikle KRUŞEV, STALİN'in yaratmış olduğu menfi neticeleri ortadan kaldırmak için bir dizi reform yapmıştır. Reform arzusunun en önemli parçasını da 1936 Anayasası'nı değiştirmek oluşturmaktadır<sup>106</sup>.

Ocak 1959 yılında yapılan 21. SSCB Komünist Parti Kongresi'nde SBKP Genel Sekreteri KRUŞEV, kapsamlı bir anayasa değişikliği fikrini ortaya atmış ve komünizm anayasasının tekrar, en baştan oluşturulması gerektiğini beyan etmiştir. KRUŞEV'in fikri kabul görmesine karşın anayasa değişikliği anlamında ciddi hiçbir adım atılamamıştır. Ekim 1961'de SSCB Komünist Parti Kongresi'nde "De-Stalinizasyon" kararları alınmıştır. Böylelikle parti kuralları ve parti politikası yeniden şekillendirilmeye başlanmıştır. KRUŞEV de bu kapsamda yeni bir anayasanın gerekliliğini tekrar dile getirmiştir. 25 Nisan 1962'de KRUŞEV tarafından Yüksek Sovyete, yeni bir anayasa yapılması

<sup>106</sup> TAUBMAN, William, "The Krushchev Period, 1953- 1964", The Cambridge History of Russia: Volume III –The Twentieth Century, Cambridge University Press, 2006, S.268-271; STEŞANKO/ ŞAMBA, Tom-2, S.294-298.; ARON, S.282.

yönünde resmi teklif sunulmuştur. KRUŞEV'e göre sosyalizm anayasası, toplumun tarihsel bir aşamadan diğerine geçişi ile birlikte değişmek zorunadır. 1936 Anayasası o günkü toplumsal duruma göre sosyalizmin konsolide edilmesi için inşa edilmiştir<sup>107</sup>. Yeni dönemde ise de-konsolidasyona ihtiyaç bulunmaktadır. Yani artık bu denli totaliter bir rejime ihtiyaç kalmamıştır. Ancak KRUŞEV, yeni anayasanın hangi kapsamda oluşması gerektiğine dair hususları ise özellikle cevapsız bırakmış; bir anayasa çalışması yapılmadan yeni anayasanın kapsamının ne olacağına kestirilemeyeceğini belirtmek ile iktifa emiştir<sup>108</sup>. Bu sebeple anılanın, yeni anayasal düzenden neyi kastettiğini kestirmek ve/veya somutlaştırmaya da olanak yoktur.

Yüksek Sovyet tarafından KRUŞEV'in teklifi kabul edilmiş ve akabinde KRUŞEV'in başkanlığında bir anayasa hazırlama komisyonu oluşturulmuştur. 97 üyeli komisyonda parti üyeleri, polit-büro üyeleri, yargı mensupları, akademisyenler, federe unsurların temsilcileri gibi çok geniş yelpazeden insanlar bulunmaktadır. 16 Temmuz 1962'de komisyon, KRUŞEV'e temel düzeyde bir taslak metin sunarak, 9 adet de alt komisyon kurulmasını teklif etmiştir. Bahse konu komisyonun nihai taslak metni SBKP Genel Sekreteri Brejnev döneminde Mayıs 1977'de tamamlanmıştır<sup>109</sup>. Yani KRUŞEV kendi döneminde yeni bir anayasa hazırlanmasını sağlayamamıştır.

#### **2.4.1-) SBKP Genel Sekreteri BREJNEV dönemindeki Anayasa Çalışmaları**

Bazı yazarlara göre BREJNEV dönemi “normalleşmeye dönüş”, batı demokrasilerindekine benzer biçimde “çoğulculuğun” egemen olmaya başladığı bir dönemdir<sup>110</sup>. Esasen STALİN sonrası Leninist çizgiye geçilme çabası olarak ifade edilebilecek bu dönemin etkilerini, 1977 Anayasası'nda da görebiliyoruz<sup>111</sup>.

Ekim 1964'te KRUŞEV'in SSCB liderliğinin yerine BREJNEV'in gelmesinin ardından Yüksek Sovyet, anayasa hazırlama komisyonu başkanı olarak BREJNEV'i tayin etmiştir. 10 Temmuz 1966 tarihinde BREJNEV, Sovyet devriminin 50. yılında SSCB'nin yeni bir anayasa ile “taçlandırılacağını”

---

<sup>107</sup> UNGER, S.173-174.; NAOMOV, S.63-66.

<sup>108</sup> UNGER, S.175.; SCHAPIRO, S.55.

<sup>109</sup> UNGER, S.175.; SCHAPIRO, S.55.

<sup>110</sup> TAUBMAN, S.294.

<sup>111</sup> HAZARD, S.206.; ÇİSTYAKOV, S.399-418.

duyurmuştur. BREJNEV'in açıklamasın akabinde Yüksek Sovyet hali hazırdaki komisyondan boşalan 33 üyelik için yeni kişileri tayin etmiş ve 97 kişilik komisyon çalışmaya hazır hale gelmiştir. Ancak ne belirtilen tarihte ne de daha sonra yeni bir anayasa oluşturulabilmiştir. Zaman içerisinde anayasa hazırlama komisyonu üyelerinin bir kısmı ölmüş diğer bir kısmı ise çeşitli sebepler ile üyelikten çekilmiştir. 29 Nisan 1977 yılında Yüksek Sovyet, komisyonda yine değişiklik yaparak 21 üyenin yerine yenilerini atamış ve üye sayısını 74'e düşürmüştür. 23 Mayıs 1977'de komisyon nihai taslağını tamamladığını açıklamış, 27 Mayıs 1977'de YS Presidyumu nihai anayasa taslağını onaylamıştır. 4 Ekim 1977'de anayasa taslağını görüşmek için Yüksek Sovyet olağan üstü toplanmış, 7 Ekim 1977'de ise nihai taslağı yeni Anayasa olarak kabul etmiştir<sup>112</sup>.

BREJNEV Anayasası olarak da bilinen 1977 tarihli SSCB Anayasası, taslak olarak hazırlanmasının akabinde halkın görüşüne sunulmak üzere yayınlanmıştır. Bu kapsamda kamuoyu tarafından bahse konu taslak için 400 bin değişiklik teklifi gelmiştir. Neticede ise taslağa sadece bir yeni madde eklenmiş ve bazı maddelerde değişikliğe gidilmiştir. Yine de yeni Anayasa halkın katılımı ile şekillenmiş ve meşrulaştırılmıştır<sup>113</sup>.

1977 Anayasası meydana gelene kadar uzun yıllar yeni anayasa yapılmasına ilişkin tartışmalar sürmüştür ancak yeni bir anayasa yapılamamıştır. Bunun en önemli nedeni KRUŞEV ve BREJNEV'in yeni anayasa yapma yönündeki iradelerinin SBKP ileri gelenlerince desteklenmemesidir. Her iki liderde bu anlamda yalnızdır<sup>114</sup>. Sovyet bürokrasisi o kadar genişlemiş ve güçlenmiştir ki, SBKP Genel Sekreterleri artık tek başlarına bu grup üzerinde mutlak otorite tesis edemez hale gelmişlerdir. Bu durum daha sonra da artarak devam etmiştir. GORBAÇOV ise özellikle bu bürokratik yığınının yönetilememesinden muzdarip olarak yeni bir anayasa reform dönemine girmeye karar verecektir<sup>115</sup>.

STALİN sonrası dönemde SSCB'nin temsil kurumlarının yenilenmesi ve geliştirilmesi bağlamında sürekli gelişen bir arzu oluşmuştur. 1977 Anayasası da bu arzu ve isteğin yansımalarını içermektedir. Siyasi kurumların hesap verilebilirliği başlıklı 2. Madde ve Halkın Vekilleri Sovyeti seçim usullerine

<sup>112</sup> UNGER, S.176.; SCHAPIRO, S.55.; STEŞANKO /ŞAMBA, Tom-2, S.376-379.

<sup>113</sup> HENDERSON, S.41.; SCHAPIRO, S.55.; STEŞANKO /ŞAMBA, Tom-2, S.376-379.

<sup>114</sup> NAOMOV, S.63-66.; UNGER, S.219. ; ÇİSTYAKOV, S.399-418.

<sup>115</sup> ÖZYURT, S.5-14.

ilişkin detaylı düzenlemeler buna delalet etmektedir.

1977 Anayasası'nın hazırlık döneminde birlik başkanlığı konusunda, 1936 Anayasası'nın hazırlık dönemindekine benzer nitelik ve muhteviyatta ancak daha ciddi tartışmalar yaşanmıştır. 1962 yılında KRUŞEV'in başkanlığında kurulan komisyonun nihai raporunda, bir başkanlık kurumu kurulması gerektiği sonucuna varıldığı beyan edilmektedir. Ancak daha sonra bu görüşünden dolayı KRUŞEV'in, anayasa hazırlama komisyonu başkanlığından ayrılması gerekmiştir. 1970'lerin ortalarına gelindiğinde dönemin SBKP Genel Sekreteri BREJNEV başkanlığında bir anayasa komisyonu daha kurulmuştur. Bu komisyonda da başkanlığa ilişkin önemli tartışmalar yaşanmıştır. BREJNEV dönemindeki anayasa hazırlama çalışmalarında da esas mesele "başkanlığın" nasıl ve ne şekilde kurulacağı veya varlığına ihtiyaç bulunup bulunmadığı yönündeki sorunlar ve sorulardır. Fakat en nihayetinde 1977 Anayasası da başkanlığı öngörmemiş ve başkanlığa ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Gelenek olduğu üzere 1977 Anayasası'nda da başkanlığa ilişkin bütün yetkilerin SSCB YS Presidyumu'nda toplandığı görülmektedir. SBKP Genel Sekreteri yeni Anayasa ile birlikte YS Presidyumu'nda çok önemli ve hayati yetkiler ile donatılmıştır. Anayasa'da yazmasa dahi başkanlık rolünün SBKP Genel Sekreteri'nde olduğu görülmektedir<sup>116</sup>.

Karma kuvvetler iktidarı bu anayasada da öngörülmüş ve 89. Madde, devlet iktidarını kullanan tüm organların tek bir sistem içerisinde olduğunu düzenlemiştir. Devlet iktidarının en yüksek yegane organı olarak Yüksek Sovyet gösterilmeye devam edilmektedir.

Anayasa'nın 12. Bölümü'nde Halkın Vekilleri Sovyeti'nin (HVS) faaliyet ilkeleri ve sistemi başlığı ile öngörülen hususlar bu anayasaya özgü en önemli yeniliktir. Düzenlemeler ile Yüksek Sovyet, Tüm Birlik Sovyeti ve Birlik Cumhuriyetleri Sovyeti olarak iki kamaralı bir yapıda tarif edilmiştir. Anayasa'nın 14. Bölümü'nde yer alan Halkın Vekilleri de başlı başına yeni bir kavram ve kurumdur. Diğer bir yeni yaklaşım ise 100. Madde de yer alan özgür seçim kampanyası yürütme hakkıdır.

1936 Anayasası kanunlar ve diğer yasama işlemleri için basit çoğunluğu yeterli görmekte iken; 1977 Anayasası kanunlar için mutlak çoğunluğu

---

<sup>116</sup> KUTAFİN, S.288-289.; STEPHEN, S.72.; POPOV/MİGRAÇEV/TİHOMİROV,2012, S.148.

öngörerek diğer işlem ve kararları kanunlardan ayırmıştır<sup>117</sup>. 1936 Anayasası'na göre bir kanunun geçirilmesine ilişkin Yüksek Sovyet'in her iki kamarası da mutabakata varamaz ise YS Presidyumu, Yüksek Sovyeti feshederek yeni seçim tarihini belirliyor idi. Ancak 1977 Anayasası ile bu durum ortadan kalkmış ve mutabakata varılamayan kanun taslağının reddedilmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca yeni Anayasa'nın 115. Maddesi, bir kanun teklifi veya kararı ile ilgili olarak her iki kamaranın mutabık kalamaması durumu için uzlaşmazlık konusu olan meseleyi bir sonraki oturuma taşıma veya referanduma götürme yetkisini de tanımıştır.

Anayasanın 13. Bölümü'nde yer alan seçim sistemi de, 1936'ya paralel olmak ile birlikte bir takım yenilikler içermektedir. Seçilme yaşı 23'ten 21'e indirilmiştir.

1936 Anayasası'nda yer alan, Yüksek Sovyet'in her iki kamarasının da statü ve yetkiler bakımından eşit olduğuna dair fiili olarak çok fazla bir şey ifade etmeyen hükümlere karşılık, 1977 anayasası Birlik Sovyeti ve Milletler Sovyeti olarak adlandırılan her iki kamaranın da 750'şer üyesi olduğuna dair ortaya koyduğu irade ile eşitliği yakalama gayreti göstermiştir.

1977 Anayasası'nın getirdiği en önemli yeniliklerden birisi de Yüksek Sovyet kamaralarından herhangi birisinin üye tamsayısının 1/3'ünün talebi doğrultusunda, Yüksek Sovyet'in olağan üstü toplantıya çağrılmasına ilişkin anayasal düzenlemedir. Böylelikle Yüksek Sovyet'in sürekli faaliyet gösteren bir organ olmamasının, işlevsellik yönünden yarattığı menfi etki giderilemeye çalışılmış ancak arzu edilen netice elde edilememiştir<sup>118</sup>.

1977 Anayasası'nın 113. Maddesi ile birlikte Yüksek Mahkeme ve Genel Savcılık makamı da yasama teşebbüsünde bulunma yetkisine sahip olmuştur. Artık Birlik Sovyeti, Milletler Sovyeti, Birlik Cumhuriyetleri Yüksek Sovyetleri, Yüksek Sovyet Komisyonları, Yüksek Sovyet Vekilleri, Yüksek Mahkeme ve Genel Savcılık yasama teşebbüsünde bulunabilmektedir. Bu durum Rusya Federasyonu'nun mevcut düzeninde de varlığını sürdürmekte olup Yüksek Yargı organlarının yasama teşebbüsü yetkileri bulunmaktadır<sup>119</sup>.

YS Presidyumu artık 39 üyeden oluşmaktadır. Yeni anayasa, YS Presidyumu'nda "birinci başkan yardımcılığı" makamı öngörerek bir önceki

<sup>117</sup> SCHAPIRO,S.110.; NAOMOV,S.63-66.

<sup>118</sup> NAOMOV, S.63-66.; UNGER, S.220.

<sup>119</sup> ÖZYURT, S.146-171.



dönemden ayrılmıştır.

1936 Anayasası 1924'ün aksine YS Presidyumu'nun anayasal düzen içerisindeki yerini somut ve açık bir biçimde düzenlememiştir<sup>120</sup>. 1936 Anayasası'nda YS Presidyumu'nun yetkilerinin sıralanması dışında Yüksek Sovyet ve Bakanlık Sovyeti ile ilişkilerinin nasıl olacağına dair bir düzenleme yoktur. 1977 Anayasası ise YS Presidyumu'nun anayasal konumunu detaylandırmaya çaba göstermiştir. Mesela 119. Madde'de YS Presidyumu'nun, Yüksek Sovyet'in sürekli faaliyet gösteren daimi bir organı olduğunu ifade etmiştir. Dahası açıkça Yüksek Sovyet'in oturum aralarında devlet iktidarının en yüksek organını YS Presidyumu'nun temsil ettiği yazılmış ve “yetkileri anayasa ile belirlenir” olarak ifade etmiştir.

Yeni Anayasa YS Presidyumu'na, Yüksek Sovyet'in daha sonra onayına ihtiyaç kalmayacak biçimde “bağımsız yetkiler” ihdas etmiştir. Bunun dışında yasama faaliyeti, birlik federe unsurlarına ilişkin sınırların değiştirilmesi, bakanlık ve komite kurulması ile kaldırılması, Bakanlar Sovyeti Başkanı'nın önerisi ile bakan atanması ve azli durumlarında ve bunlara ilişkin işlemlerinde YS Presidyumu'nun Yüksek Sovyet'in onayına ihtiyacı vardır.

YS Presidyumu ile ilgili en önemli değişiklik; SBKP Genel Sekreteri'nin, YS Presidyumu Başkanı olarak görev yapmasını düzenleyen Anayasa hükmüdür. SSCB tarihinde ilk defa SBKP'nin lideri resmi olarak YS Presidyumu'na da başkanlık etmektedir. Bu durum SBKP Genel Sekreteri'nin, resmi ve anayasal “yetkiler” ile de donatılmasına dair ihtiyaçtan kaynaklanmıştır<sup>121</sup>.

YS Presidyumu'nun yasama yetkisi açıkça düzenlenerek, bunun Yüksek Sovyet ile bağıntısına 108. Madde de değinilmiştir. STALİN sonrası dönemde uzun süre tartışılan YS Presidyumu'nun yasama yetkisi, anayasal düzenleme ile bu dönemde açığa kavuşturulmuştur<sup>122</sup>. Böylelikle 122. Madde de YS Presidyumu'nun kanunları “yorumlama” ve “somutlaştırma” yetkisi düzenlenmiştir.

Bakanlar Sovyeti'ne dair hemen hemen hiçbir değişiklik olmamıştır. Selefleri gibi 1977 Anayasası da Bakanlar Sovyeti'ni, Yüksek Sovyet ve YS Presidyumu'na karşı sorumlu olan bir anayasal organ olarak tanımlamıştır.

---

<sup>120</sup> UNGER, S.209.

<sup>121</sup> NAOMOV, S.63-66.; UNGER, S.211.

<sup>122</sup> UNGER, S.209.; ÇİSTYAKOV, S.399-418.

Nihai olarak bütün olumlu yanlarına rağmen 1977 Anayasası'nın SSCB rejiminde ve anayasal düzeninde görülebilir hiçbir müspet etkisi olmamış; anayasal düzenin kurmak istediği siyasi ve sivil ortam teşekkül ettirilememiştir<sup>123</sup>. Çok uzun süre yapılamayan anayasal reformların oluşturduğu çatlaklar o kadar derinleşmiştir ki, yapılan değişiklikler ile bunların doldurulması imkânı kalmamıştır.

### C-) SONUÇ

Sovyetler Birliği, Çarlık Rusyası'nın monarşiden meşruti monarşiye evrildiği kısa bir zaman diliminin ardından kurulmuştur. Bolşeviklerin esas mücadele vermeleri gereken fikri alan monarşinin yerindeliği değil anayasal demokrasi, liberal temsili demokrasi gibi kavram olmuştur. Bolşevikler esas devrimi henüz emekleme çağında olan parlamenter demokrasi üzerinde gerçekleştirmişlerdir. Tam da bu yüzden özellikle SSCB'nin kuruluş yılları olan LENİN döneminde liberal temsili demokrasiler ve parlamentarizm fikrine temas eden her şeyden muhakkak suretle uzak durmaya çalışmışlardır. LENİN dönemi sadece bir iktidarı değil Marksist öğretinin Rus tipi gelişme dönemini de kapsamaktadır. Teorinin pratiğe döndüğü bir praksis alanıdır. Dolayısı ile SSCB bu dönemde adeta bir deney alanıdır. Bu yüzden batılı olarak görülen liberal temsili demokrasilerde kullanılan bir şeyin kullanılması teorinin yetersizliğine dair bir karine oluşturur korkusu oluşmuştur. Bu adeta bir komplekse ve taassuba dönüşmüştür. Başkanlık kavramı da böyle bir taassubun eseri olarak görülebilir. Monarkı ve monarkın yordakçısı olarak görülen parlamentoların yarattığı yürütme kuvvetinin tek kişilik başı fikri neredeyse bir günah sayılmıştır. Kuvvetlerin ayrılması fikri de benzer biçimde kabul edilemez görülmüştür. Neden monarşilerin tarihi seyri monarkın iktidarını sınırlandıran ve hukuk devletini tesis etmeye yaran temsil organı olarak parlamentoyu meydana getirdi diye Sovyetler bu düzeni kabul etsindi? LENİN dönemi ideologların düşünceleri böyle idi. Monarşiye karşı iseniz monarşinin yarattığı bütün kavramlara da karşı olmalıydınız: parlamento, anayasa, yürütmenin başı vb. İşte bu yüzden özellikle başkanlık fikrine karşı bir huzursuzluk mevcut idi. Bu sebepler ile kolektif başkanlık ve karma kuvvetler denilen bir teorinin oluşturuldu. Bu teorinin bu dönemde içeriğinin doldurulması mümkün olmadığı gibi yasama ve yürütme kuvvetlerinin bir arada varlığı tezinin ayakları olan devlet iktidarı organlarının da tam bir işlerlik kazanması mümkün olmadı. Devlet yapısı büyüüp komplike bir hale

<sup>123</sup> UNGER, S.209.; ÇİSTYAKOV, S.399-418.

geldikçe, kanun çıkarmak kadar basit bir iş ve işlem bile bir kaosa dönmeye başlamıştır. Özellikle belirli kavramların ideolojik küfür olarka görülmesi dolayısı ile kullanıma kapalı olması teorik fikri ilerlemeyi durma noktasına getirmiştir.

STALİN, kökleşen meselelerin farkında olmak ile birlikte yapısal değişiklikleri arzu etmemiştir. SSCB'yi daha merkezi ve totaliter hale getirecek düzenlemeleri yaparken özellikle dış dünyaya tersini yaptığını göstericesine anayasayı değiştirmiştir. Artık bazı liberal temsili demokrasi kavramları kullanıma açılmıştır. Ancak yine de başkanlık meselesi konuşulmaya kapalıdır. Zira artık bu bahis anayasal anlamda teorik ve pratik olarak bir Sovyet onuru meselesi haline getirilmiştir. Yine de şekli anlamda anayasa daha bilinen formu ile bir anayasaya dönüşmüştür. Teorik olarak kuvvetler birliği ve karama kuvvetler fikrinin pratikte yansması neredeyse mümkün değildir. Bu yüzden fonksiyonel kuvvetler ayrılığı denilen bir çözüm bulunmuştur. Yine de devlet yapısı o kadar komplike hale gelmiştir ki, bu formül pratik olarak işleri kolaylaştırmamaktadır. Yasama tasarrufu, temsil, yürütme fonksiyonu bir devletin temel olarak yerine getirmesi gereken hususlar iken bunlar yerine getirilememektedir. Boşluğu sürekli olarak SBKP doldurmaktadır. Fiili olarak başkanlık gibi hareket etmektedir. Daha kötüsü artık Sovyet ideolog ve hukukçuları da durumu kabullenmiştir. Mevcut sorun kanıksanmış ve kökleşmiştir.

KRUŞEV ve BREJNEV dönemlerine gelindiğinde artık kuvvetler birliği ve kolektif başkanlık, yasama ve yürütmenin birliği ve fakat fonksiyonel ayrılığı gibi kavramların içinin doldurulamayacağı anlaşılmıştır. Temel olarak liberal temsili demokrasilerin kavramları kullanıma açılmıştır. Ancak SSCB'nin artık basit ve temel sorunlardan çok daha iç içe geçmiş sorunları vardır. Üstelik birlik eski kudretinde değildir. Yönetişim problemleri had safhaya gelmiştir. Anayasa hukuku başta olmak üzere, idare hukuku ve bir dizi hukuk alanının da daha reforma ihtiyaç vardır. Özellikle bir türlü vaz geçilmeyen kolektif başkanlık fikrinden vaz geçilmesi gerekmektedir. Bunların pek çoğu bu dönemde yapılamasa dahi GORBAÇOV döneminde yapılacak çok mühim reformların ve bugün ki Rusya Federasyonu anayasal düzeninin temelleri BREJNEV dönemi anayasal değişikliklerinin eseridir. KRUŞEV ve BREJNEV, reformist tavır ve çabalar ile anayasal düzeni ıslah etmeye çalışmışlardır. Yaptıkları çok mühim ve önemlidir, ancak yetersizdir. Bu yetersizlik daha sonra GORBAÇOV ile giderilmeye çalışılacak ancak SSCB'nin dağılmasına engel olunamayacaktır.

## KAYNAKLAR

- ALEKSANDROV,A., Aktualnie Vaprosi Razbitiya Rossiyskovo Parlamentarizma Na Sovremennom Etape, Unity 2012.
- ARON,R., Demokrasi ve Totalitarizm, Kültür Bakanlığı Yayınları, 1976.
- BELYAEV,İ.,Zemskie Sobori Na Rusi, URSS İzdatelstvo, 2011.
- CHKHIKVADZADE,V., The Soviet Form Of Popular Government, Progress Publishers, 1972.
- ÇİSTYAKOV,O.İ., İstoriya Oteçestvennovo Gosudarstva i Prava, İzdatelstvo Yurist,2007.
- ÇİRKİN,V.,Glava Gosudarstva : Sravnitelno-pravovoe İssledovanie, İzdatelstvo Norma, 2013.
- FAINSOD,M.,“Nature of Soviet Soviet Constitutionalism”, 1965, Poitics and Government, Alfred A Knopf Publisher.
- GRIPP,R., Pattern Of Soviet Politics, The Dorsey Press,1967.
- HAZARD,J.N.,”Models for a Gorbachev Constitution of the USSR”, 1989, Michigan Journal of International Law,Vol.10-1.
- HENDERSON,J.,The Constitution of The Russian Federation: A Contextual Analysis,Hart Publishing,2011.
- HEYMAN,N.,Russian History, McGraw-Hill Publication, 1993.
- HUSKEY,E.,“Executive-Legislative Relations”,1992, Executive Power and Soviet Politics: The Rise and Decline of the Soviet State.
- KIRICHENKO, M./DENISOV, A., “Soviet Constitutionalism”. Soviet Poitics and Government. New York : Alfred A Knopf Publisher, 1965.
- KUTAFİN,O.E., Glava Gosudarstva, Izdatelstvo Prospekt,2014.
- KURAT,A.N., Rusya Tarihi Başlangıçtan 1917’ye Kadar, TTK Yayınları, 2014
- LAZAREV,V.V., Prezident SSSR, İzdatestvo Nauka,1991.
- LENİN,V.İ.,Gosudarstvo i Revolyutsiya. Gosudarstevnnoe İzdatelstvo,1930.
- LUNEV, A.E., Teoretiçeskie Problemi Gosudarctvennovo Upravleniya, İzdatelstvo Nauka, 1974.
- MATUZOV,N.İ./MALKO,A.V., Teoriya Gosudarstva i Prava, İzdatelstvo Yurist, 1997.

- NAOMOV,S., Sistema Gosudarstvennovo Upravleniya, İzdatelstvo Forum, 2011.
- ÖZYURT,D., Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Devlet Başkanının Konumu ve Fonksiyonu, Adalet Yayınevi,2021.
- POPOV,L./MİGRAÇEV,Y./TİHOMİROV,S., Gosudarstvennoe Upravlenie V Rossii i Zarubejnıh Stranah: Administrativno-Pravovıe Aspektı. İzdatelstvo Norma, 2012.
- POPOV,L./MİGRAÇEV,Y./TİHOMİROV,S., Gosudarstvennoe Upravlenie i İspolnitelnaya Vlast. Moskva: İzdatelstvo Norma, 2011.
- SAİFULİN,M., The Soviet Parliament, Progress Publishers, 1967.
- SCHAPIRO,L., The Government and Politics of the Soviet Union, Hutchinson University Library Press, 1970.
- SHEARER,D., “Stalinism- 1928-1940”, The Cambridge History of Russia: Volume III –The Twentieth Century, Cambridge University Press, 2006.
- STALİN,J., Problems of Leninism, Foreign Languages Publishing House, S.1954.
- STAŞENKO,L./ŞAMBA,T., İstoriya Gocudarctva i Prava Rosii,Tom.2, İzdatelstvo Norma, 2003
- TANİLLİ,S., Uygurluk Tarihi, Cumhuriyet Yayınları, 2017.
- TAUBMAN,W., “The Krushchev Period, 1953- 1964”, The Cambridge History of Russia: Volume III –The Twentieth Century. Cambridge University Press, 2006.
- TÜRKKAYA,A., “Sovyetler Birliği Devlet İdaresi”,A.Ü.S.B.F.Yayınları,1961.
- UNGER,A., Constitutional Development in the USSR, Methuen Publisher,1981.
- VİŞNEVSKİY,A.F./GORBAMOK,N.A./KUÇİNSKİY,V.A., Obşaya Teoriya Gosudarstva i Prava. Minsk:Akademiya MVD,2013.
- WHITE, S., Russia’s New Politics: The Management of A Postcommunist Society. Cambridge University Press,2000.
- ZEMTSOV,B., İstoriya Oteçestvennovo Gosudarstva i Prava, İzdatestvo Norma, 2012.



## İDARİ YARGIDA TANIK DELİLİ\*

Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK\*\*

### Öz

*Devlet kavramının tanımına ve oluşumuna ilişkin pek çok görüş ileri sürülmüştür. Bir topluluğa mensup insanların birtakım temel haklarından vazgeçerek bir iktidara üstünlük tanınması ve yönetilmeyi kabul etmesinin genel gerekçesi üzerinde yapılan tartışmalarda güvenlik, sağlık, eğitim gibi gerekçelerle ve isteyerek bu haklardan vazgeçtiği kabul edilmeye başlanmıştır. Böylece Devlete üstün ve ayrıcalıklı bir güç tanınmış olmasının insan ögesine hizmet etmek adına yapıldığı görüşü ağırlık kazanmıştır. Ancak her halükarda insanların temel ve vazgeçilmez, devredilemez çekirdek haklarının var olduğu fikrinin yaygınlaşmaya başlamasıyla birlikte bu hakların güvence altına alınması ve ihlâl edilmemesi için Devlet adına hareket eden İdarenin denetlenmesi gerekmiştir. Zamanla tarafsız bir denetimin ancak yargı organlarınca gerçekleştirilebileceği görülmüş ve idarenin yargısal denetimine gidilmiştir. Ülkemizde de Kıta Avrupası'na paralel bir gelişme ile kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı yapılmış ve idarenin kamu gücüne dayanarak ve kamu yararını gözeterek gerçekleştirdiği; özel hukuk ilişkilerinden farklılık gösteren eylem ve işlemlerini denetlemek üzere idari yargılama sistemi getirilmiştir. Ancak idare hukuku kodifiye edilmemiş ve geçmişi çokta eskilere dayanmayan bir hukuk dalıdır. Bu sebeple de idare hukukunda hali hazır pek çok konuda tartışmalar devam etmektedir ve tartışmalı konulardan biri de tanık delilidir.*

**Anahtar Kelimeler:** Delil, Tanık, İspat, Medeni Usul Hukuku, İdari Yargı

### WITNESS EVIDENCE IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION

### ABSTRACT

*Many theories have been put forward on the creation and definition of the concept of the state. Many theories have also been proposed concerning a given population joining together and the creation of a society comprised of a State by its people that man knowingly foregoes his natural rights and freedoms to create a society has become widely accepted. In time, health, safety, and education became the accepted reasons as to the questions of why people cede these rights. With the spread*

\* İşbu makale Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans programında hazırlanan ve 2006 yılında oybirliği ile başarılı bulunan “Genel Olarak Delil Kavramı ve İdari Yargıdaki Uygulamaları” isimli Yüksek Lisans tezinden türetilmiştir.

\*\* **Av. Dr. e-posta:** colpanmucahit@gmail.com

**Orcid ID:** 0000-0002-7140-3451

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.871322

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 09/01/2021

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 15/01/2021

*of the beliefs that humanity has fundamental and inalienable core rights, it became apparent that these rights must be protected and ensured against encroachment and violation by the state and in time, judicial bodies were widely accepted as the only way to ensure an unbiased control (monitoring/check). In our country, with a parallel development to Continental Europe, the distinction between public law and private law was made, and the administrative judicial system was introduced to control the actions and actions that differ from the relations of private law, which the administration performs based on public power and taking into account the public interest. But administrative law is a branch of law that has not been codified and we can say it's young . For this reason, discussions are ongoing about many issues in administrative law and one of it is about witness.*

**Keywords:** Evidence, Witness, Proof, Civil Procedure Law, Administrative Jurisdiction Law

## 1. Adli Yargı- İdari Yargı Ayrımı

İdare hukuku, özel hukuk-kamu hukuku ayrımının yapıldığı ülkelerde doğmuş ve gelişmiştir. Esasen Roma Hukuku'ndan bu yana hukuk sistemleri içindeki "kamu hukuku" (jus publicum) ve "özel hukuk" (jus privatum) ayrımı görülmektedir. Buna göre, bir kişi ile diğer kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar "özel hukuk" içinde değerlendirilirken, devlet ile bir kişi ya da diğer bir devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları "kamu hukuku" nun konusunu oluşturmuştur. Yönetimi ilgilendiren davaların özel mahkemelere veya yargısal yetkileri olan idari otoritelere bağımlı kılınması zorunluluğu çok öncelerden kabul edilmiştir. Çok basit olan bu uygulamanın sebebi, bu uyuşmazlıkları görmek mecburiyetinde olan mahkemeleri doğrudan doğruya denetimi altında tutmayı muhafaza eden egemen iradede kaynaklanmaktadır.<sup>1</sup> İdari yargı yolu, hukuk devleti fikrinin yerleşmeye başladığı bir ortam içinde Fransız Devrimiyle birlikte farklı bir ivme kazanmıştır. Zira yargı yetkisine ilişkin süreç incelendiğinde, hemen hemen bütün Avrupa'da başlangıçta kralın mutlak yetkisinin kabul edildiği İlkçağın arkasından Orta Çağ'da ve Yeni Çağ'da, bu yetkinin, zamanla saraya yakınlığı veya siyasi ve ekonomik gücü bulunan aristokrat kesimle ve iktidarların çok zaman karşısına almayı göze alamadığı din adamları ile paylaşıldığı gözlenmektedir. Yine adli ve idari yargı ayrımına giden süreçte

<sup>1</sup> Ethem Ender Atay, "Fransa'da Adli İdari Yargı Ayrımı", 1998, 1(2), Kamu Hukuku Arşivi, s. 103.



Fransız örneği incelendiğinde, Devrim öncesinde genel mahkemelerin işlevini, uyarı ve tescil yetkilerini haiz, imtiyazlı bir sınıf olarak ortaya çıkan idari yargı yolu, hukuk devleti fikrinin yerleşmeye başladığı bir ortam içinde Fransız Devrimiyle birlikte farklı bir ivme kazanmıştır. Zira yargı yetkisine ilişkin süreç incelendiğinde, hemen hemen bütün Avrupa’da başlangıçta kralın mutlak yetkisinin kabul edildiği İlkçağın arkasından Orta Çağ’da ve Yeni Çağ’da, bu yetkinin, zamanla saraya yakınlığı veya siyasi ve ekonomik gücü bulunan aristokrat kesimle ve iktidarların çok zaman karşısına almayı göze alamadığı din adamları ile paylaşıldığı gözlenmektedir. Yine adli ve idari yargı ayırımına giden süreçte Fransız örneği incelendiğinde, Devrim öncesinde genel mahkemelerin işlevini, uyarı ve tescil yetkilerini haiz, imtiyazlı bir sınıf olarak ortaya çıkan parlamenterlerin üstlendiği görülmektedir. Ancak parlamentodaki soylu kesimin kendi yetkilerini korumak düşüncesi ile hareket etmeleri nedeniyle halkın güvenini yitirdikleri belirtilmelidir. İşbu sebeplerle Devrimle birlikte Eski Rejim’in mahkemeleri ve idari otoriteleri, erkler ayrılığı sistemi gereği yürürlükten kaldırılmıştır<sup>2</sup>. İdari yargı yolu ise İdare heyetlerinin (conseil de préfecture) tesisini takiben 1797 tarihinde Fransız Danıştay’ının kurulması ile açılmıştır<sup>3</sup>. Neticeten idare hukukunun, 19. yüzyıl Kara Avrupası’nda gelişme göstermeye başlamış yeni bir hukuk dalı olduğu söylenebilecektir. Buna göre kamu hizmetleri alanında baş gösteren değişimler ile devletin iktisadi ve sosyal hayata yönelik müdahalelerinin çoğalmasından ötürü, idarenin faaliyetlerini düzenleme ve denetleme gereği artmıştır. Ayrıca çıkan uyuşmazlıkların çözümünün ancak bu konuda uzmanlaşmış mahkemeler kanalıyla çözüme kavuşturulabileceği, idarenin pek çok tasarrufunun kendine has nitelik arz ettiği savunulmaya başlanmıştır.

Ülkemizde idare hukukunun, hukukun ayrı bir dalı olarak kabul edilmeye başlanması, Tanzimat’tan sonraki dönemde, Fransa’nın örnek alınması ile batılılaşma çabalarının bir parçası olarak gerçekleşmiştir<sup>4</sup>. Ancak bu hukuk

---

<sup>2</sup> Atay, s. 103-110.

<sup>3</sup> Aydın H. Tuncay, İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları, Danıştay Başkanlığı Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:14, 1972, s.59. Günümüzde ise Fransa’da ikili yargı düzeni anayasal güvenceye alınmış bir esas olarak görülmektedir (bkz. Atay, s.120).

<sup>4</sup> Türk İdari yargısının sistemleşmesini şu şekilde başlıklandırmak mümkündür:

Şikâyet yolu ve adaletnameler

Modern idarenin oluşması

a-Temsili taşra meclislerinin oluşumu b-Adli işler idari iler ayrımı

Şurayı Devletin Kuruluşu (bkz. Onur Karahanaoğulları, Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, 1. Bası, Turhan Kitapevi, 2005, s.49-89, Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargı Usul Kanunu,

dalinın tam anlamıyla yerleşmesi ve gelişimi Cumhuriyet Döneminde olmuştur. Bu gelişim sürecini, değinildiği üzere, en çok hukuk devleti ilkesinin ve buna bağlı olarak idarenin her türlü faaliyetinin bağımsız yargı erkince denetlenmesi fikrinin yerleşmesi etkilemiştir. İdare hukuku, idari ağın ve yetkilerin genişliği dolayısı ile pek çok yasa ve diğer mevzuat hükümleri ile şekillendirilmeye çalışıldığı için oldukça dağınık bir görünüm arz etmektedir. Yine idare hukuku bir içtihat hukukudur. Öte yandan çoğunlukla ilgililerin iradesine yer bırakmayacak kadar şekilcidir. Kamu yönetimi alanındaki hukuki işlemlerin çoğu tek taraflı geliştiğinden taraflar arasında bir eşitlikten de söz edilemeyecektir<sup>5</sup>. Eşitler arasında gerçekleşmeyen uyuşmazlıklar bakımından gerçekleşen bir yargılamada ise ispat ve delil kavramları özel önem taşımaktadır.

## 2. İspat ve İspat Yüğü

HMK madde 187’de “İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşımadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir.” denilmektedir. Doktrinde ispat kavramı “bir vakıanın doğruluğuna hâkimi inandırma”<sup>6</sup>; “bir olayın veya hukuksal durumun varlığı veya yokluğu hakkında yargıçta kanaat uyandırmak için girişilen inandırma eylemi”<sup>7</sup>; “bir davada ileri sürülen hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların gerçekten mevcut olup olmadığı konusunda bir takım araçlarla mahkemeye kanaat verme işlemi”<sup>8</sup> olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere bir hakkın varlığı ya da hukuk nazarında dikkate alınabilirliği o hakkın kanıtlanması ile mümkündür ve kural olarak, hukuksal sonucun doğduğunu iddia eden tarafın söz konusu olgunun varlığını ya da olayın gerçekleştiğini ispatlaması gerekir. Hakların güvence altına alınması hukuk devletinin bir gereği olduğuna ve ancak kanıtlanabilen bir hak pratik sonuçlar doğurabildiğine göre kanıtlama ve kanıtlama araçları konusu hukuk devleti ile yakından ilgilidir. Zira Anayasa’nın 36’ncı maddesinde “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil

1. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005, s. 9).

<sup>5</sup> Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, 34. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, s.15,16.

<sup>6</sup> İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası,1980, s. 450.

<sup>7</sup> Bilge Umar, Ejder Yılmaz, İspat Yüğü, Yeniden ve Yazılmış Genişletilmiş 2. Bası, Kazancı Yayınları, 1980, s.3.

<sup>8</sup> Faruk Tekdemir, “İspat Yüğü ve İkrar”, 2017, 91 (4), İstanbul Barosu Dergisi, s. 200

*yargılanma hakkına sahiptir.*” denmiştir. Genel bir düzenleme özelliği taşıyan TMK’nın 6’ncı maddesinde de kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu durumda taraflar sav ve savunmalarını değil; sav ve savunmalarını dayandırdıkları olguları ispat etme yükü altındadır<sup>9</sup>. Bu durumda ispatın nesnesi olan olguların niteliklerine değinmek gerekecektir.

### 1.1. İspat İşlemini Oluşturan Olay ve Olguların Nitelikleri

İspatın konusunu, tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturmaktadır. Aksi halde ispatında taraflar açısından bir yarardan söz edilemeyecektir. Bu olay ve olgular uyuşmazlığın çözümünü etkileyebilecek nitelikte olmalıdır. Eğer mevzuat tarafından hiçbir hukuki sonuç öngörülmemişse bu olay ya da olguların kanıtlanmasına gerek yoktur. Ayrıca herkes tarafından bilinen olayların da kanıtlanmasına gerek yoktur. Hukuksal sorunlar da ispatın konusu değildir<sup>10</sup>. Tecrübe kurallarının ispat konusu olup olmayacağı ise tartışmalıdır<sup>11</sup>

### 1.2. İspat Yükü

Bir olayda hangi çekişmeli vakıaların ispat edileceği tespit olunduktan sonra, bu olayları kimin ispat edeceği meselesi gündeme gelir. Bir başka deyişle ispat olunacak hususların belirlenmesinin ardından ispat yükünün davanın hangi tarafında olması gerektiği sorunu baş gösterecektir. Doktrinde ispat yükü, “muayyen bir vakianın, davada, taraflardan biri tarafından ispat edilmesi mecburiyeti”<sup>12</sup>, “belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usuli bir yük”<sup>13</sup>, olarak tanımlanmıştır.

İspat yükünün kime ait olduğunun tespiti bir noktada, o olayı düzenleyen hukuk kuralından kimin lehine sonuç çıkarılabildiğinin de tespitidir<sup>14</sup>. Ancak

---

<sup>9</sup> Mehmet Akif Tutumlu, “İspat Yükünün Tayininde Yanılığlar”, 2010, 5 (46), Terazi Hukuk Dergisi, s. 177.

<sup>10</sup> Yener Ünver, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, 2006, 1(2) , Ceza Hukuku Dergisi, s. 103

<sup>11</sup> Sema Taşpınar, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, Ocak 1996, 45 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 545.

<sup>12</sup> İlhan E. Postacıoğlu, s. 455.

<sup>13</sup> Hakan Pekcanitez, Hülya Taş Korkmaz, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.2, 15. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1694.

<sup>14</sup> Selami Şengül, “Özel Hukukta ve Vergi Hukukunda Delil Sistemi”, Eylül-Ekim 1987,

ispat yükü bir hakkı elde edebilmek için vakıayı ortaya koymayı gerektiren bir külfettir<sup>15</sup>; mükellefiyet (yükümlülük) değildir<sup>16</sup>. Şu halde ispat külfeti kendisinde olan taraf bu yükümü yerine getirmezse aleyhte bir kararla karşılaşabilecektir. Ne var ki sırf bu yüzden bir müeyyideye tabi olmayacaktır.

Ne İYUK'da ne de diğer mevzuatta ispat yüküne ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. İYUK'un 3/2. ve 16/5. maddelerinde görülmekte olan davaya ilişkin olarak delil sunma zorunluluğu getirilmiş fakat ispat yükünün hangi tarafta olduğu açık olarak belirtilmemiştir. Dolayısıyla ilk bakışta ispat yüküne ilişkin medeni usul uygulamasının idari yargı açısından da geçerli olması gerektiği düşünülebilecektir. Ne var ki hem doktrin hem de idari yargı uygulamaları medeni usul açısından geçerli ispat yükü kurallarının idare hukukunun kendi bünyesine uygun olduğu ölçüde uygulanması gerekeceği biçimindedir<sup>17</sup>. Öte yandan idari yargılamada re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan<sup>18</sup> mahkemenin pasif kalmadığı; bu sebeple de kanıtlanma yükünün bir sorun teşkil etmediği düşünülebilecektir. Ancak uygulama açısından bu görüşün haklılığını savunmak güçtür. Öncelikle mahkeme tarafından yapılan araştırmalara rağmen bir belirsizliğin sürmesi söz konusu olabilir. Mahkemenin bu durum karşısında nasıl bir karara varacağı örneğin ceza yargısında olduğu gibi açık değildir ve mahkemenin uyuşmazlığı çözüme

1(47), Maliye Dergisi s. 70.

<sup>15</sup> Murat Buğra Tahtalı, "İdari Yargı Kararları Çerçevesinde İdarece Yapılan Mülakatlarda Hukuka Aykırılıkların İspatı", Nisan 2020, 5 (1), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 2970, 2971.

<sup>16</sup> HMK'da yer alan " Taraflarca getirilme ilkesi" başlıklı 25. maddede

" (1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

(2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz." denilmiştir. Bahse konu Kanunu'nun "Hâkimin davayı aydınlatma ödevi" başlıklı 31'inci maddesinde ise

"Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." denilmiştir.

<sup>17</sup> Tahtalı, s. 2972.

<sup>18</sup> İYUK'un 20. maddesinin 1. fıkrasında, "Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler." hükmü vazolunarak re'sen inceleme yetkisi kabul olunmuştur.

bağlama zorunluluğu da devam etmektedir<sup>19</sup>. Her ne kadar burada da Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan genel kuraldan istifade etmek mümkün ise de, idari yargılama usulünün kendine has yönlerinin olması ve taraflar arasındaki güç dengesizliği, bu soruna hukuk yargılamasından farklı yaklaşılmasını gerektirmektedir<sup>20</sup>. İdarenin çoğu zaman belgelerin tamamını ya da çok büyük bölümünü elinde tuttuğu gözetildiğinde, davacıdan tüm kanıtları sunması beklenemez. Bu sebeple hâkim re'sen hareket edecek ilgili belgelerin getirilmesi hangi taraf için imkân dâhilinde ise yahut taraflardan hangisinin bu delillere ulaşması daha kolay ise ispat yükünü o tarafa yükleyecektir.

### 3. DELİL KAVRAMI

Usul hukukunda delil, taraflar arasında gerçekliği tartışmalı olan vakianın doğruluğuna hâkimi inandırma faaliyetinde kullanılan vasıtaları ifade eder<sup>21</sup>. Bir davada tarafların maddi hukukun kendilerine tanıdığı bir hakkın var olup olmadığına ilişkin olayları ispat etmek için başvurduğu ispat araçları olan delil, uyuşmazlığın aydınlatılması için dayanak teşkil eder<sup>22</sup>.

Delillerin, akılcı ve gerçekçi, uyuşmazlık konusu olay ya da olguyla bağlantılı, ispat bakımından önemli ve hukuka uygun olması gerekmektedir<sup>23</sup>. Yine bu vasıtanın hukuki bir nitelik taşıması için uyuşmazlığın halli açısından önemli olması ve hukuka aykırı olmaması zorunludur. Nitekim delillerin bahsolunan özelliklerine değinilen ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda<sup>24</sup>,

*“...hükme dayanak alınan delillerin gerçekçi, akılcı, olayı temsil edici, kanıtlayıcı ve hukuka uygun bulunmaları gerekir. Bu belirlemeler ceza*

---

<sup>19</sup> Mustafa Elçim, Hukuk Devleti Açısından İdari Yargılama Usulünde Kanıtlama Yöntemi ve Araçları, 2001, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, , s 29-30.

<sup>20</sup> Elçim, s. 37.

<sup>21</sup> Necip Bilge, Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Sevinç Matbaası, 1978, s.492

<sup>22</sup> HMK'nın “Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi” başlıklı 194'üncü maddesinde  
“(1) Taraflar, dayandıkları vakiaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır.  
(2) Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakianın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur.” denilmiştir.

<sup>23</sup> Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, 2006, 1(2), Ceza Hukuku Dergisi, s. 213.

<sup>24</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2005/5-74, K: 2000/79, Yargıtay Kararları Dergisi Ağustos-2000, s. 1283.

yargılamasında şekli duruma değil, somut gerçeğe itibar edileceğini ortaya koymaktadır. Aksinin kabulü hak ve adalet duygularını yaralayacaktır.” ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca özel kanunlarda bir vasıtanın delil olarak kullanılmasının belirli şartlara bağlandığı hallerde, bunun geçerli bir kanıt olarak değerlendirilebilmesi bahsedilen şartları taşımasına bağlıdır.

Tarihsel bağlamda hangi ispat unsurunun delil olarak kabul edileceğine ilişkin sistem, ceza hukuku ve temel haklara ilişkin evrim ile örtüşmektedir. Bu evrim, ilkel gruplarda görülen aile içi ve küçük topluluklara yönelik şahsi yargı ve deneyimlere dayalı etnik evre; tanrılar/inançlar adına hüküm verilen dinsel evre; ispatın kurallara bağlandığı ve fakat sanıktan delile gitmekte beis görülmeyen kanuni evre ile modern hukukta kabul gören soyut normlara bağlı olarak önceden belirtilen yöntemlere uygun olarak sunulan ve teknolojik-bilimsel gelişmeler ışığında da denetlenebilen delillendirme yönteminin ve delilden sanığa ulaşılmasının kabul edildiği bilimsel evre olarak ayrılabilir<sup>25</sup>.

Delilin konusu, iddia ve savunmanın esasını teşkil eden maddi olaylardır. Deliller kural olarak taraflarca gösterilir. Ancak, bilirkişi ve keşif delilerine hakim re’sen de başvurulabilir.

### 3.1. Delil Serbestisi İlkesi

Yargılamanın genel amacı, maddi gerçeğin açığa çıkması ve ilgili mevzuat hükmünce açığa çıkan bu gerçeğe göre mahkeme tarafından karar verilmesidir. Ancak bu gerçeğin açığa çıkması esnasında hangi araçların delil olarak değerlendirilebileceği her yargılama usulüne göre farklılıklar gösterir. İşte bir uyuşmazlıkta nelerin delil olarak kullanılabilirliği sayıca sınırlanmamışsa burada delil serbestisinden bahsedilir. Ancak belirli hususların yalnızca belirtilen delillerle ispatı sağlanabilmekte ise, burada bağlı delillerden söz edilebilir. İdari yargılama usulünde kural olarak her şey, her şeyle ispatlanabilecektir. Yani genel anlamda delil serbestisinin varlığı söz konusudur. Ancak İYUK’da, yargılama esnasında, 2577 sayılı Kanunda bulunmayan hükümler için 1086 sayılı Kanunda mevcut hükümlerden yararlanılmasını öngören 31. madde kapsamında yemin ve tanık delillerine değinilmemesi nedeniyle idari yargı mercileri tarafından bu iki delile başvurulmayacağı savunulmaktadır.

<sup>25</sup> F. Garraud, “Kıta Avrupası Delil Sistemi Tarihi” (Çev. Devrim AYDIN), Aralık 2016, 11(32), Ceza Hukuku Dergisi, s. 197, 198

### 3.2. Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi

İdari yargılama sisteminde genel kural olarak hâkimi bağlayan delillere yer verilmemiştir. Bu durumda idari mahkemelerde her türlü ispat aracına başvurulabilecek ve bu araçların içeriği ile sonuca etkisini serbestçe takdir ve tayin edebilecektir. Elbette bu husus keyfiliğe kaçır bir hal almamalıdır. İdari yargı hâkiminin verdiği tüm kararlar gibi, hangi delilin ne şekilde değerlendirildiği de gerekçeli olarak açıklanmalıdır.

### 3.3. Delil Sistemleri

Kanuni/katı delil sistemi belli hususların kanunlarda gösterilen belli delillerle ve hâkimi bağlayacak şekilde ispat edilmesi esasına dayanır. Kanuni delil sisteminde nelerin delil olarak kullanılabileceği kanun tarafından belirlenir<sup>26</sup>. Bu durumda hâkim sadece bu kanıtları değerlendirir. Ayrıca bazı delillerin varlığı halinde başka bir değerlendirme ve derinleştirmeye gerek kalmaksızın uyuşmazlık konusu olay ispatlanmış sayılmaktadır<sup>27</sup>. Takdiri/serbest/vicdani delil sisteminde, uyuşmazlık konusu vakıalar hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın her türlü delil ile ispatlanabilir<sup>28</sup>. Bu sistemde hâkim hiçbir delille bağlı değildir ve vakıanın gerçekleşip gerçekleşmemesi bu kanaati uyandırabilecek her hangi bir vasıta ile ispatlanabilir. İdari yargılama hukukunda kamu gücünün ağır olduğu bir yapı söz konusu olduğu için önceden belirlenmiş deliller ile davacı aleyhine olan dengesizliğin arttırılmaması ya da kamu yararının söz konusu olduğu alanlarda böylesi bir sınırlama ile davalının ispat vasıtalarının kısıtlanarak bir hak kaybına yol açılmaması için kanıt araçları sayıca sınırlanmamış ve takdiri delil sistemi benimsenmiştir. Alman Hukuku delil serbestisi sisteminin kabul edildiği hukuk sistemine örnek verilebilir. Alman mahkemelerinde hâkim, ileri sürülebilen (beş delil türünden olan) delillerin vakıayı ispat edip etmediği noktasında delilleri serbestçe takdir etmektedir. Türk Hukukunda ise karma bir sistem benimsenmiştir. Şöyle ki; kural olarak hâkim delilleri serbestçe değerlendirebilecek olsa da kanuni istisna olan kesin delillerin varlığı halinde söz konusu delillerle bağlı olacaktır<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Ali Kemal Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002, s. 125

<sup>27</sup> Devrim Aydın, Ceza Muhakemesinde Deliller, 1. Bası, Yetkin Basımevi, 2014, S. 32.

<sup>28</sup> Hakan Albayrak, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, 1. Bası, Yetkin Basımevi, 2013, s. 110.

<sup>29</sup> Albayrak, 300, 301.

### 3.4. Kesin Delil-Takdiri Delil

Kesin delillerin başlıca niteliği hâkimi bağlayıcı olmasıdır. Hukuk yargılamasında kabul edilen kesin deliller ikrar, senet, kesin hüküm ve yemindir. Takdiri deliller ise hâkimi bağlayıcı niteliği haiz değildir ve hukuk yargılaması bakımından tanık, bilirkişi, keşif gibi kanıtlar takdiri delil niteliği arz eder.

### 4. İdari Yargılama Usulü ve Delillerin Değerlendirilmesi

Delil ve ispat konusu medeni yargılama usulünde detaylı biçimde düzenlenmiş ancak idari yargılama usulünde, deliller için böyle ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. İYUK'un 31'inci maddesinde bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre Kanun'da özel olarak hüküm bulunmayan hallerde HMK' da delillere ilişkin olarak vazedilen ilkeler geçerli olacaktır. Ancak idari yargılama usulü içerik ve özü itibarı ile hukuk yargılamasından farklı nitelikler taşıdığından bir takım farklılıklar görülmektedir. İdari yargıda özellikle yemin ve tanık delilinin kullanılamayacağı ileri sürülmektedir. Taraflarından birini idarenin oluşturduğu idari yargılamada yemin delilinin kullanılamaması olağandır. Zira yemin delili, taraflardan birinin uyuşmazlığa ilişkin bir olayın doğruluğu hususunda, kanunda belirtilen usul ile mahkeme önünde, kutsal saydığı değerler üzerine yapılan sözlü açıklama olması sebebiyle kurumsal bir yapıya sahip tüzel bir kişilik tarafından kullanılamayacak olan şahsa bağlı kesin bir delildir. Ancak tanık delili bakımından konunun ayrıntılı biçimde incelenmesi gerekmektedir.

### 5. İdari Yargı Açısından Tanık Delilinin Değerlendirilmesi

Davaya taraf olmayan ve fakat dava ile ilgili<sup>30</sup> olay ve olgular hakkında,

<sup>30</sup> Mesut Ertanhan, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 48.



dava dışında bizzat bilgi sahibi olan kimselere tanık<sup>31</sup> denir<sup>32</sup>. Tanıktan görgüye ve duyuma dayalı bilgilerini aktarması beklenir ve fakat görüşü sorulmaz<sup>33</sup>. Tanık delilinin değerine gelince, geçmişte görülen, duyulan ya da yaşanan bir olaya ilişkin olarak yararlanılacak tanık beyanı, kişilerin hatırlamada çekebilecekleri güçlükler<sup>34</sup>, süreç içerisinde yönlendirilip yönlendirilmemeleri, algı ve akıl zayıflıkları, kişisel kanaat, inanç ve görüşlerle hareket edilme ihtimali, baskı ve tehdit unsurları ya da sempati veya menfaat elde etme kaygısı ile doğruların veya tümüyle yaşananların anlatılmayabileceği düşüncesi ile zayıf bir delil olarak nitelendirilmektedir<sup>35</sup>. Elbette ki tanığın yaşadığı sosyal ortam, yaşı, karakteri, taraflara olan duygusal yakınlığı gibi pek çok faktör ifadesini etkileyebilecektir<sup>36</sup>. Buna rağmen tanık beyanı hem hukuk hem de ceza yargısında çok sık başvuru ve çoğunlukla itibar edilen ve niteliği itibariyle vazgeçilmez bir kanıttır. Zira kimi zaman olayların çözümünün tümüyle tanık beyanına bağlı olduğu görülmektedir.

Esasen hukuk yargılamasında tanıkla kanıtlanma imkânı senede bağlanması imkânsız hukuki işlem ve hukuki fiiller ile belirli mablağın altındaki konularla sınırlandırılmıştır<sup>37</sup>. Ceza yargılaması açısından ise delil serbestisi hâkim

<sup>31</sup> Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, 1. Bası, Legal Yayıncılık, 2016, s. 399; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C.3, 3. Bası, Yetkin, 2017, s. 2664.

<sup>32</sup> HMK'nın "Tanık gösterme şekli" başlıklı 240'ıncı maddesinde,

"(1) Davada taraf olmayan kişiler tanık olarak gösterilebilir.

(2) Tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıyı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar." denilmiştir.

<sup>33</sup> Fatih Karamercan, "Medenî Usûl Hukukunda Tanık ve Tanıklık", 2018, 76(3), Ankara Barosu Dergisi, s. 155.

<sup>34</sup> Metin, Köse, "Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi", 2019, 14 (1), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.177.

<sup>35</sup> Oğuz Atalay, "Delil Kavramı Üzerine", in Osman Berat Gürzumar (Ed.) Haluk Konuralp Anısına Armağan, Yetkin Yayınları, C.2, 2009, s.135.

<sup>36</sup> Tanıklıktaki güvenilmezlik; tanıktan kaynaklanabileceği gibi dış etkenlerden de kaynaklanabilir. Tanıklıktan kaynaklanan sebepler; yalan söyleme ihtiyacı, müşahede hatası, unutma veya yanıltıcı psikolojik sebepler olarak ifade edilebilir. Tanıktan kaynaklanmayan sebepler ise tanık üzerinde yaratılan tehdit, cebir veya baskıdır (bkz. Olgun Değirmenci, "Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması", 2009, (83), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 74.

<sup>37</sup> Ancak yerleşik Yargıtay İçtihatlarına göre tanık delilinin kullanılabilmesi durumlarda taraflarca bu delile başvurulduğu halde mahkeme tarafından tanığın dinlenilmemesi bozma nedenidir (Örn. Y. 7. HD., 2014/15967 E.-2015/1911 K., T. 19.02.2015, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/2-801 K. 2018/671, T. 4.4.2018 Lexpera Hukuk Prog).

olduğundan tanıkla ispat hususunda bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Ancak bir takım yargı içtihatları ile getirilen bazı sınırlamalara rastlamak mümkündür. Buna göre örneğin tanığa karşı tanık dinlenmeyeceği<sup>38</sup> şeklinde; neden belirli bir tanığın ifadesinin üstün tutulduğunun yahut neden tamamen bir tanık beyanının esas alınarak hüküm kurulduğunun izahının güç olduğu bir sınırlandırma getirilmiştir. Zira tüm beyanlar dinlenmeden taraflardan hangisinin doğruyu söylediği bilinemeyecektir. Elbette ki tüm tanıkların dinlenmesi yargılama faaliyetini geciktirebilecektir. Bu nedenle mahkemenin gösterilen tanığı dinlememesi ya da bu beyanlara ilişkin yapılacak değerlendirme tamamen kendi takdirindedir. Ancak “diğer deliller aracılığı ile suçun işlenip işlenmediği konusunda yeterli bir kanaatin oluşması, dinlenilmesi istenen tanığın konuyla ilgisi bulunmadığı ya da konuyu aydınlatamayacağı” gibi gerekçeler haricinde sırf bir konuya ilişkin olarak herhangi bir tanığın dinlendiği ve onun beyanının başka tanıklar aracılığı ile çürütülmesine olanak olmadığı şeklinde bir mantığın ceza yargılaması gibi kişi hürriyetini ilgilendiren bir alanda kabulü doğru değildir.

İdari yargıda tanık dinlenip dinlenemeyeceği hususu ise tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım görüş, İYUK’un 31’inci maddesinde tanıkla ilgili olarak HMK’ya bir atıf yapılmadığı ve burada yazılı yargılama usulünün hakim olduğu gerekçesi ile idari yargıda delil olarak tanık beyanına başvurulamayacağı<sup>39</sup> yönündedir. Kanun koyucunun bilerek tanıkla ispat konusunda yollama yapmadığı düşüncesinde olan bu görüş taraftarları eğer idari yargılama usulünün bünyesine uygun bir kanıtlama aracı olarak görülmüş olsa idi, vergi yargılamasında<sup>40</sup> olduğu gibi açık bir ifadenin kullanılacağını savunmaktadırlar. Ayrıca yine İYUK bünyesinde duruşma esnasında tarafların dinlenilmesi konusu düzenlenmişken (m. 18/39) tanıkların dinlenilmesi hususuna yer verilmemiş olması da bu fikri savunanlar tarafından dayanak olarak gösterilmektedir.

<sup>38</sup> Örneğin Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2004/316 E. sayılı dosyasına ilişkin olarak dinlenen bir tanık beyanının doğru olmadığına başka tanıkların beyanları ile ispatlanabileceği savunmasına karşın Mahkeme Heyeti istemi, söz konusu gerekçe ile reddetmiştir.

<sup>39</sup> Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1986, Süheyla Şenlen Sunay, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, Karşısında İsbat ve Delil Hususları, 1. Bası, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1997, s. 61.

<sup>40</sup> Nitekim Vergi Usul Kanunu’nun 3’üncü maddesinde “*vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.*” ifadesine yer verilmiştir. Bu maddenin yorumundan konuyla açık ve tabii ilgisi olan kimselerin tanık sıfatı ile beyanına başvurulabileceği çıkmaktadır.

Diğer bir takım görüş taraftarlarına göre idari yargıda da tanık beyanı delil niteliğini haizdir<sup>41</sup>. Zira mahkemenin görevi, önüne gelen davayı adil bir çözüme kavuşturmaktır. Ancak mevcut deliller maddi vakıyı aydınlatmaya yetmiyorsa, eğer tarafların da bu konuda bir başvurusu olmuşsa tanık ifadesine başvurulması gereklidir ki en doğru çözüme varılabilsin<sup>42</sup>. Bu görüşü savunan müelliflere göre, idari yargıda tanık beyanının delil niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalı değildir. Zira uygulamada örneğin soruşturma dosyasına giren tanık beyanları, adli yargı yerlerince veya noterlerce tespit olunan ifadeler delil olarak idari yargı yerlerince de kullanılmaktadır. Bu durumda temelde idari yargı yerlerince tanık dinlenip dinlenemeyeceği hususu tartışılmalıdır<sup>43</sup>. Ancak Danıştay içtihatlarında bu sorunun menfi olarak çözüldüğü ve iş yükü kaygısı, idari yargı yerlerinin belirli illerde teşkilatlanmış bulunması ve yazılı yargılama usulünün geçerli olması, pozitif hukukta bu konuda açık bir düzenlemenin bulunmayışı, tanığı hazır bulundurmanın zorluğu gibi sebeplerle tanık dinlenilmeyeceği görüşünün hâkim olduğu görülmektedir. Örneğin Yüksek Mahkeme bir kararında<sup>44</sup>,

“ *İdari Yargılama Usulü Kanununda, yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şahadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunmadığına göre, yükümlüden canlı hayvan satın alan kasap .....’ın Vergi Mahkemesince duruşmada şahit olarak dinlenmesinde, şahide yemin teklif edilmesinde ve yemine icabet etmediği nedeniyle yemin teklif edilen hususun ikrar edildiğinin kabulü suretiyle delil olarak değerlendirilerek karar verilmesinde Kanun ve usul hükümlerin uyarlık bulunmamaktadır.*” şeklinde karar vermiştir. Yine başka bir kararında<sup>45</sup> “*hafızaya dayanan şahadetin zayıf ve çürük bir delil olduğu, hafıza kudretinin marazi sakatlıkları bulunabileceği, bunun kişiden kişiye değiştiği ve menfaat, kişiye duyulan sempati gibi hissi*

---

<sup>41</sup> Elçim, s. 82

<sup>42</sup> Selçuk Hondu, “İdari Yargılama Usulünde Tanık ”I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, s. 264 (Ancak bu yazıda özet olarak müspet hukuktaki ihtiyaca rağmen tanık dinlenmesinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır.), Gürsel Kaplan, “İdari yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, 2004, 13(1), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 36, 37.

<sup>43</sup> Elçim, s. 82.

<sup>44</sup> Danıştay 3. Dairesi, E:1986/1201, K: 1986/2706, Danıştay Kararları Dergisi, S.66-67, s. 187, benzer yönde Danıştay 3. dairesi, E: 1989/3460, K: 1990/3569 (Kazancı Hukuk Prog.).

<sup>45</sup> Danıştay 13. Dairesi, E:1973/3995, K: 1974/2240, (aktaran Sunay, s. 59).

*nedenlerin etkisi ile gerçeğe uymayabileceği(ni)” vurgulamıştır. Yine Danıştay, idare mahkemesince, davacının tez savunma sınavında başarılı olduğu ve tutulan tutanağa sehven oybirliğiyle ret kararı yazılmış olabileceği yolundaki iddialar üzerine açılan davada, ara kararı ile 5 jüri üyesine, ilgilinin doktora tez sınavında başarılı olup olmadığı, oybirliğiyle verilen ret kararının sehven verilip verilmediği sorulmuş, cevaben gönderilen jüri üyelerinin ifadelerinden, 3 jüri üyesinin olumlu oy kullandığının anlaşıldığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmesi üzerine ilgili kararın temyizi dolayısı ile verdiği kararda<sup>46</sup>;*

*“İdare mahkemesince, davacının tez savunma sınavında başarılı olduğu ve tutulan tutanağa sehven oybirliğiyle ret kararı yazılmış olabileceği yolundaki iddialar üzerine, ara kararı ile 5 jüri üyesine, ilgilinin doktora tez sınavında başarılı olup olmadığı, oybirliğiyle verilen ret kararının sehven verilip verilmediği sorulmuş, cevaben gönderilen jüri üyelerinin ifadelerinden, 3 jüri üyesinin olumlu oy kullandığının anlaşıldığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir. Anılan Yasa hükümleri ve yerleşmiş idari yargılama usulü ilkelerine göre; yazılı yargılama yapmak zorunda olan idari yargı yerlerinin kendiliğinden yapacakları her çeşit inceleme için, lüzum gördükleri ve taraflar veya ilgili yerlerden isteyebilecekleri evrak ve bilgiler kapsamında, tanık veya şahit dinlenmesi ya da ifade alınması şeklinde bir yöntem bulunmamaktadır. Ayrıca, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasına atıfta bulunulan konular arasında da bu yönde bir kural mevcut değildir. Bu durumda, davacının iddiası ciddi bulunuyorsa başarılı olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak doğacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, idari yargılama usulünde yer almayan bir inceleme ve değerlendirme yöntemine dayalı olarak verilen İdare Mahkemesi kararında usul hükümlerine ve hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”* ifadesini kullanmıştır. Konunun muhatapları olan jüri üyelerinin beyanlarına yazılı yargılama usulü ilkesine aykırılık taşıdığı gerekçesi ile itibar edilmeyerek bilirkişiye başvurulmasına karar verilmesi isabetli değildir. Zira Anayasa'nın 38. maddesinde her türlü meşru vasıttan yararlanılarak savunma yapılabileceği belirtilmiştir. Şu halde esas sorun “meşru vasıta” kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğudur. Meşru vasıta kavramı, kullanılması mevzuat tarafından açıkça yasaklanmamış ve bir uyuşmazlıkla ilgili olan her türlü delil olarak değerlendirilmelidir. Zira yasa maddesinde amaçlanan, menfaatler dengesinin de gözetilerek savunma hakkının korunmasıdır. Şu halde idari yargı yerlerince tanık dinlenmesi hususunun mevzuatta açıkça yasaklanmadığı; olayların aydınlatılmasında da

<sup>46</sup> Danıştay 8. Dairesi, E: 2003/3369, K: 2004/917 (Kazancı İçtihat Programı)

yararlı olacağı ve hatta kimi zaman elzem olduğu gözetildiğinde Anayasal güvence ile korunan temel insan haklarından biri olan savunma hakkının ve adil yargılanma ilkesinin bir gereği olarak idari yargı yerlerince de tanık dinlenebilmeli ve tanık delili bu yargı kolunda da meşru vasıtalar arasında sayılmalıdır. Öte yandan HMK'ya yapılan yollama gereğince idari yargıda kullanılan delil tespiti, keşif gibi bünyesinde tanık delilini de barındıran kurumlar söz konusu olduğunda dahi, Danıştay'ın tutumu değişmemekte, bunların idari yargının bünyesine uyduğu ölçüde kullanılabileceği görüşünün mevcut olduğu görülmektedir. Örneğin bir kararında Danıştay<sup>47</sup>;

*“ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 'İdari Davalarda Delillerin Tespiti' başlıklı 58. maddesinin 2. fıkrasında 'Davaya bakan Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemeleri istemi uygun gördüğü takdirde üyelerden birini bu işle görevlendirebileceği gibi, tespitin mahalli idari veya adli yargı mercilerince yaptırılmasına da karar verebilir' hükmü kurala bağlanmış bulunmaktadır. Dosyanın incelenmesinden mahkemece yukarıda anılan yasa hükmü dayanak alınarak uyuşmazlığın çözümü için yapılması gerekli görülen keşif ve bilirkişi incelemesinin mahalli adli yargı merciince yaptırılması yolunda karar alındığı, bunun üzerine adli yargı merciinin tespit ettiği bilirkişi tarafından mahallinde yapılan inceleme sonucunda hazırlanan rapor esas alınarak dava konusu işlemlerin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda anılan yasa hükmü delillerin tespitine ilişkin düzenlemeyi içermekte olup idari yargı yerlerince keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması yolunda mahalli idari veya adli yargı mercilerinin görevlendirileceği yolunda karar alınabileceğine ilişkin hüküm taşımamaktadır. İdari yargıda keşif ve bilirkişi incelemelerinin davaya bakan idari yargı mercileri tarafından yapılması gerekli olduğundan 2577 sayılı Yasanın 58. maddesinin 2. fıkrasındaki delillerin tespitine ilişkin hükümlere dayanılarak mahalli adli yargı mercii tarafından keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak bunun sonucuna göre işlemlerin iptaline karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.”* biçiminde hükme varmıştır.

Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına karşın, kimi zaman elde edilen deliller olayı tüm şüphelerden arındıracak şekilde çözememekte, özellikle idarenin eylemlerinden kaynaklanan konulara ilişkin tam bir açıklığın sağlanması için bazen tanık beyanlarına ihtiyaç duyulmaktadır. Öte yandan özellikle disiplin cezaları konusunda şahit beyanlarının alınması hususu çoğu kere zorunluluk

---

<sup>47</sup> Danıştay 6. Dairesi, E: 1994/3089, K: 1995/925, Danıştay Kararları Dergisi, S. 91, s. 601-603.

arz etmektedir. Örneğin, telafi sınavında başarısız olan bir öğrenci idare mahkemesinde bu işleme karşı açtığı davada, sınavın yapılacağı gün okula geldiğini, öğretmeni aradığını, fakat hocanın 18:00'a kadar okula gelmediğini, bu nedenle sınava giremediğini iddia etmekte ve birlikte bulunduğu arkadaşının ifadesine başvurulmasını istemektedir. Bu konuda eğer ilgili hocanın okula gelip gelmediği okul kayıtlarından çıkartılabilecekse elbette resmi kayıtlar tanık delilinin üzerinde bir değer gösterecektir<sup>48</sup>. Bir diğer örnekte dekan, öğretim üyelerinden birini Bayrak törenlerine muntazaman katılmadığı gerekçesiyle Anabilim Dalı Başkanlığı'ndan almış; öğretim üyesi ise Bayrak töreninden sonra öğretim üyelerinin boy sırasına dizilerek marş eşliğinde uygun adım yürütülmesine karşı çıktığını belirtmiştir<sup>49</sup>. Somut olaylarda olduğu üzere fiili bir olayın ilgilisi tarafından ispatı ancak tanık ifadesi ile gerçekleştirilebiliyorsa idari yargılama açısından durumun ne olacağına ilişkin net bir düzenleme mevcut değildir. Elbette senet delili ile ispat olunabilen hususlarda hele ki yazılılık ilkesinin geçerli olduğu idare hukuku bakımından ve idari yargılama açısından idari faaliyete tanık beyanıyla müdahale edilmesi ya da bu delil vasıtasıyla yazılı belge ve bilgileri, resmi kayıtları etkisizleştirme söz konusu değildir. Ne var ki idarenin fiilinin ancak tanık delili ile ispatının mümkün olduğu durumlarda idari yargı hâkiminin böyle bir kısıtlamaya tâbi tutulmaması gerekmektedir. Öte yandan idari davalar bakımından tanık delili geçersiz addedilmemekte ancak bu beyanlar, mahkeme hâkimi tarafından tanığın dinlenmesi suretiyle elde edilmemekte; duruma göre noterde sunulan beyanlar, soruşturmacı, inceleme elemanı, müfettiş gibi mahkeme dışı kişiler tarafından alınana ifadeler ya da adli mahkemelerce dinlenen tanık beyanları biçiminde dosyaya girmektedir<sup>50</sup>. Yargılama esnasında mahkemelerin görevi yalnızca bir uyuşmazlık konusunda karar vermek değil, adil yargılanma ilkesine uygun biçimde ve hakkaniyete uygun kararı vermektir. Yargılama esnasında yapılacak değerlendirmelerin somut delillere bağlı olduğu gözetildiğinde idari yargı hâkimi hiçbir kısıtlamaya tabi tutulmaksızın şahit dinlenmesine karar verebilmelidir. Tanıkların dinlenmesi mevcut duruşmaları anlamlı hale getireceği gibi; tanığı, bizzat dinleyecek hâkimin mesleki tecrübe ve yönelteceği sorular aracılığı ile daha sağlıklı bir karar vermesi mümkündür. Öte yandan tanığı dinleyip dinlememek de; dinlenen tanığın

<sup>48</sup> Selçuk Hondu, "Selçuk Hondu'ya Sorulan Sorular ve Cevapları" I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs, Ankara, 1990, s. 290.

<sup>49</sup> İl Han Özay, "Selçuk Hondu'ya Sorulan Sorular ve Cevapları" 1990, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs, s. 291.

<sup>50</sup> Elçim, s.84.

beyanına itibar edip etmemek de tamamen hâkimin takdirindedir. Doktrinde de idari yargıda şahit dinlenmesinin gerekli olduğu konusunda büyük ölçüde görüş birliği mevcuttur<sup>51</sup>. Ancak tartışma mevzuu pozitif hukuk açısından mevzuata göre tanık dinlenmesinde bir engel olup olmadığı noktasıdır. Buna göre mevzuatın buna imkân tanımadığı görüşünü savunan yazarlar<sup>52</sup>, Danıştay uygulamalarının da bu yönde olmasını olağan kabul etmektedirler. HMK'ya herhangi bir yollama yapılmayışı ve Kanun'da bu konunun bilinçli olarak düzenlenmediği biçimindeki bu görüşe karşılık; kanun koyucunun, idari yargı yerlerince şahit dinlenilmesini engellenmek istemesi halinde açık bir hükümle bunu yapılabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Söz konusu müellifler, uygulamada duyulan ihtiyaç, hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkeleriyle birlikte düşünüldüğünde yapılması gerekenin bunu engelleyecek bir hükmün vazedilmemiş olması karşısında mahkeme içtihatları ile mevcut sınırlamayı aşmak olduğunu savunmaktadır<sup>53</sup>. Nitekim idari yargı yerleri de dolaylı yoldan elde edilen şahit ifadelerine itibar ederek karar verebilmektedirler. Örneğin Danıştay bir kararında<sup>54</sup> yerel mahkemenin,

*“..davacılar murisinin muhtemel ölüm nedeni .... Hastanesinin 28.4.1992 tarihli ölüm raporunda hipertansiyona bağlı cardiovascular hastalık olarak belirtilmişse de, muris ...'ün yangın söndürme çalışmalarına bizzat katılarak uğraş verdiği ve söz konusu rahatsızlığının bu uğraşın hemen ardından meydana geldiği şahit ifadeleriyle anlaşıldığından, ölüm olayının görevinin neden ve tesiriyle oluştuğunun kabulü”* yönünde verdiği kararı onamıştır. Görüldüğü üzere bu olayın oluş biçiminin şahit ifadesi haricinde öğrenilebilmesi mümkün değildir ve olay sonrası tutulan tutanaklardaki şahit beyanlarına dayanılarak hüküm kurulmuştur. Yine Danıştay 6. Dairesi bir kararında<sup>55</sup>,

*“Davacı inşaat yerinin gösterilmesi maksadıyla idareye yazılı bir müracaatta bulunmamakla beraber şifahen müracaatta bulunduğunu ve*

---

<sup>51</sup> Ramazan Çağlayan, “İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri”, 2003, 11 (3-4), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 198 vd., Elçim, s. 84 vd., Hondu, s.263 vd.

<sup>52</sup> Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt II, Genel Esaslar, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2001, s. 984, Erol Çırakman, “Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 10,11,12 Haziran 1982, s.111.

<sup>53</sup> Kaplan, s. 43, 44.

<sup>54</sup> Danıştay 10. Dairesi, E:1996/1839, K:1997/2585K, Danıştay Kararları Dergisi, S.95, s. 626.

<sup>55</sup> Danıştay 6. Dairesi, E:1971/629, K: 1971/2334, Danıştay Kararları Dergisi, S.5, s.,196.

*bunun üzerine mahaline geldiklerini , yapı yeri ve röperlerinin gösterildiğini iddia etmekte ve bunu tevsikan mahaline gelen fen adamı(nın)...noterlikten alınmış beyanını ibraz etmektedir.”* diyerek noter tarafından alınan beyanı kararına esas almıştır. Ayrıca, Asliye Hukuk Mahkemesince görev yönünden reddolunan bir davada bu mahkemece toplanan diğer deliller ve tanık ifadeleri de Danıştay kararında esas alınmıştır<sup>56</sup>.

İdari yargılama usulünde kural olarak delil serbestisi ilkesi hâkimdir. Maddi gerçeği bulma amacından hareket etmek suretiyle ve taraflar arasındaki güç dengesizliği de gözetilerek gerekli hallerde tanık dinlenilebilmelidir. Öte yandan yazılılık ilkesi yargılamanın şekline ilişkin olduğuna göre uyumsuzluğun esasında kullanılacak deliller açısından sınırlayıcı bir etkisi olmamalıdır. Kaldı ki vergi yargılaması da yazılı yargılama usulüne tabidir. Ancak uyumsuzlukla doğrudan ilgili kimselerin şahadeti burada delil niteliği taşımaktadır. Bu noktada vergi mevzuatında düzenlenen hükmün kaleme alınış biçimi de tanık dinlenilmeyecek hallerin düzenlenme ihtiyacı duyulduğu biçiminde yorumlanabilecektir. Her halükârda tanık dillenmesini engelleyecek bir düzenleme olmayışı da kanun koyucunun iradesini değerlendirirken göz önünde tutulmalıdır. Öte yandan diğer ülkelerdeki uygulamalara bakıldığında şahit ifadelerinin bir şekilde yargı safhasına dâhil edildiği görülmektedir. Örneğin Fransa’da, idare yargı yerlerince ilgili düzenlemelere yapılan atıflarla, yazılı yargılama yöntemlerinin mahkemeyi aydınlatmaya yetmediği durumlarda sık sık anket adı altında tanık beyanlarına başvurulmaktadır. Esasen Fransız Danıştay’ının yargılama usullerine ait düzenlemelerde bu uygulamaya değinilmediği halde, zaman zaman ve özellikle seçimlere ilişkin konularda anket usulü ile tanık ifadesine başvurduğuna rastlanılmaktadır. Anket uygulamasında tanık sayısı belirli değildir ve bunları gösteren taraf vazgeçmedikçe hepsinin dinlenmesi gerekmektedir<sup>57</sup>. Ülkemizde olduğu gibi Fransız hukukunda da geçmişte mutlak bir şekilde uygulan yazılılık ilkesi yumuşatılarak duruşma ve keşif sırasında tanık dinlenmesine olanak tanınmış ve kimi Fransız müelliflere göre sözlülük usulü de yargılama sürecinde giderek önemli bir yer teşkil etmeye başlamış, normal yargılama prosedüründe sözlülük usulü ve tanık dinlenmesinin yazılılık ilkesini tamamlayıcı nitelikte

<sup>56</sup> Danıştay 12. Dairesi, E: 1966/908, K: 1968/3, (aktaran Erçetin Yorgancıoğlu, “Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi” İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 1976, s. 237.)

<sup>57</sup> Muammer Oytan, “Türk ve Fransız Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Delil Tespiti, Anket Uygulaması ve Sahteliğin İleri Sürülmesi”, 1993, 65(398), Türk İdare Dergisi, s.78-79.



kabul edilirken yabancıların sınır dışı edilmesi ya da “sınıra götürülmesi” ne karşı açılan davalarda yazılılık ilkesiyle yarışmaya, seri yargılama usulünde ise yazılılık ilkesinin önüne geçmeye başlamıştır<sup>58</sup>. İtalya’da da kamu personeli ile ilgili uyuşmazlıklarda yargıcın tanık dinlemesi mümkün görülmektedir<sup>59</sup>. Alman İdari Yasası da tanık dinlenmesine izin vermektedir<sup>60</sup>. Bu durumda idari yargılamada mahkemenin önüne gelen kimi uyuşmazlıkların tam olarak çözüme kavuşturulması için tanık beyanlarına delil olarak başvurulma zorunluluğunun hissedildiği ve diğer ülkelerin uygulamalarında şahit ifadesine başvurulmasına cevaz verildiği görülmektedir. Asıl amacı maddi gerçeğe ulaşmak olan idari yargı mercileri de alışkanlıklarını esneterek ihtiyaç doğrultusunda tanık dinleyebilmelidir.

### SONUÇ:

Bir ülkede hak ve adaletin temini, evrensel nitelikteki insan haklarını da kapsayacak biçimde, idarenin de hukuka bağlı olduğu düzenlemelerin varlığı ile mümkündür. Zira idarenin, bir devlete ait tüm kamu gücü ve otoritesini elinde tuttuğu düşünüldüğünde, bireyler karşısındaki üstünlüğü tartışmasızdır. Ancak gerçek anlamda hukuk devleti ilkesini hayata geçirme çabası içinde olan ülkelerde, mevcut eşitsizliğin, idarenin keyfi davranmasına imkân vermemesi için, yargısal denetim metodu kabul edilmiştir. Buna göre öncelikle idarenin faaliyet alanları, bu alanlardaki takdir yetkisi ve tüm hak ve yetkileri ile ödevleri önceden belirlenmektedir. Eğer idarenin tasarruflarından ötürü bir uyuşmazlık mevzubahis olursa konu yargıya taşınacak ve bir inceleme başlatılacaktır. İdari tasarruflar, başta amaç ve kapsam yönünden olmak üzere özel hukuk tasarruflarından ayrılmaktadır. Doğal olarak idare hukuku ile özel hukuk ve adli yargı ile idari yargılama sistemi arasında bir takım farklılıklar oluşmuştur. Ülkemizde idari uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaların halli idari yargı düzeni içinde sağlanmakta yani ayrı bir teşkilat ve yargılama sistemi mevcut bulunmaktadır. İdare hukuku genç bir hukuk dalı olması sebebiyle sürekli değişmekte; içtihatlarla yön bulmakta ve idarenin fonksiyonlarının gelişmesine eşdeğer olarak şekillenmektedir. Elbette bu şekillenmede ihtiyaçlar ön plana çıkmaktadır. Mevcut ihtiyaçlardan biri şu ana kadar pek ele alınmayan delil kavramı ve içeriğine ilişkin bir takım düzenlemelere gidilmesi

---

<sup>58</sup> Kaplan, s. 43.

<sup>59</sup> Elçim, s.96.

<sup>60</sup> Ülkü Azrak, “Yargı ve İdare İki Fonksiyonun Karşılaşması Üzerine Teorik Bir Deneme”, 1969, 34(1-4), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 145.

gereğidir. Gerçekten de yargılama esnasında, maddi gerçeğin tam anlamıyla ortaya çıkması, dava konusu iddiaların ispatı ile mümkün olmakta bu nedenle de ispat vasıtaları önem kazanmaktadır. Zira hâkim, mevcut ispat vasıtalarını mevzuat çerçevesinde değerlendirerek bir hükme varacaktır. Konu ispat vasıtaları olan deliller açısından incelendiğinde İYUK'da, HMK'ya yapılan atıf dolayısı ile delillerin değerlendirilmesi ve bu delillerin tespiti noktasında genel anlamda bir paralellik gözlenmektedir. Bu konudaki ayrılıklara gelince; örneğin idari uyuşmazlıkların bünyesine uygun olmadığı için yemin delili idari yargıda bir ispat vasıtası olarak kullanılamayacaktır. Öte yandan içtihatlar doğrultusunda yerleşen görüş dolayısı ile yazılı yargılama usulünün uygulandığı bu yargı kolunda, idari yargı yerlerince tanık dinlenmemektedir. Oysa tanık delilinin, gerekli hallerde kullanılamayacağına ilişkin açık bir kural vaz edilmemiştir. Esasen re'sen araştırma ilkesi de kapsam olarak buna olanak sağlamaktadır. Üstelik idari yargının konusuna giren birtakım uyuşmazlıklarda olayın tam olarak aydınlatılabilmesi için tanık dinlenmesi elzemdir. Mevcut durumda idari yargı yerlerince tanık dinlenmesi konusunda yasal bir engel olmadığı değerlendirilmekle birlikte konunun tümüyle netleştirilebilmesi için açık düzenlemeler yapılması, hatta idari yargılama usulüne ilişkin tüm belirsizlikleri ortadan kaldıracak şekilde yeni bir Usul Yasası'nın düzenlenmesi gerekmektedir.

### KAYNAKÇA

- Albayrak H, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, 1. Bası, Yetkin Basımevi, 2013.
- Atalay O, "Delil Kavramı Üzerine", in Osman Berat Gürzumar (Ed.) Haluk Konuralp Anısına
- Armağan, Yetkin Yayınları, C.2, 2009, s. 129-138.
- Atay E E, "Fransa'da Adli İdari Yargı Ayrımı", Kamu Hukuku Arşivi, Ekim 1998, 1(2), s. 101-146.
- Aydın D, Ceza Muhakemesinde Deliller, 1. Bası, Yetkin Basımevi, 2014.
- Azrak Ü, "Yargı ve İdare İki Fonksiyonun Karşılaşması Üzerine Teorik Bir Deneme", 1969, 34 (S.1-4), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mecmuası, s. 129-155.

Bilge N; Önen E, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

Çağlayan R, “İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri”, 2003, 11 (3-4), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 195-206

Çırakman E, “Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 10,11,12 Haziran 1982, s. 102-112.

Değirmenci O, “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, 2009, (83), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 73-122.

Elçim M, “Hukuk Devleti Açısından İdari Yargılama Usulünde Kanıtlama Yöntemi ve Araçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2001.

Ertanhan M, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2005.

Garraud F. “Kıta Avrupası Delil Sistemi Tarihi” (Çev. Devrim Aydın), Aralık 2016, 11(32) , Ceza Hukuku Dergisi, s.197-203.

Gözübüyük Ş, Yönetim Hukuku, 34. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.

Gözübüyük, Ş; Tan, T, İdare Hukuku, Cilt II Genel Esaslar, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

Hondu S, “İdari Yargılama Usulünde Tanık” I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı,1-4 Mayıs, Ankara, 1990, s. 263-268.

Kaplan G, “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, 2004, 13(1), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.33-46

Karamercan F, “Medenî Usûl Hukukunda Tanık ve Tanıklık”, 2018, 76(3), Ankara Barosu Dergisi, s.152-191.

Koca M, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Aralık 2006, 1(2), Ceza Hukuku Dergisi, s. 207-225.

Köse M, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi”, Nisan 2019, 14(1), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.175-209.

Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, 1. Bası, Legal

Yayıncılık, 2016.

Onar S S İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

Oytan M, “Türk ve Fransız Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Delil Tespiti, Anket Uygulaması Ve Sahteliğin İleri Sürülmesi”, Mart 1993, 65(398), Türk İdare Dergisi, s. 45-93.

Pekcanitez H, Taş Korkmaz H, Özkes M, Akkan M, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.2, 15. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, 2017.

Postacıoğlu İ E, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, 1980.

Şengül S, ”Özel Hukukta ve Vergi Hukukunda Delil Sistemi”, Eylül-Ekim 1987, 1(47), Maliye Dergisi, s.68,86

Tahtalı M B, “İdari Yargı Kararları Çerçevesinde İdarece Yapılan Mülakatlarda Hukuka Aykırılıkların İspatı”, Nisan 2020, 5 (1), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 2969-2994.

Taşpınar S, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, Ocak 1996, 45 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.533-572.

Tekdemir F, “İspat Yüğü ve İkrar”, Temmuz 2017, 91 (4), İstanbul Barosu Dergisi, s. 200-213.

Tuncay A H, İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları, Danıştay Başkanlığı Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:14, Ankara 1972.

Tutumlu M A “İspat Yükünün Tayininde Yanılgılar”, Haziran 2010, 5 (46), Terazi Hukuk Dergisi, s.173-178

Umar B; Yılmaz E, İspat Yüğü, Yeniden ve Yazılmış Genişletilmiş 2. Bası, Kazancı Yayınları, 1980.

Ünver Y, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, Aralık 2006, 1(2) , Ceza Hukuku Dergisi, s. 103-205.

Yıldız A K, “Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2002.

Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C.3, 3. Bası, Yetkin, 2017.

Yorgancıoğlu E, “Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi” İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler, Danıştay Tasnif Ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 1976, s. 218-253.