

**İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Cilt 7, Mart, Sayı 12  
Vol. 7, March, No. 12**

**İstanbul  
Mart 2022**

Dergiye yapılan atıflarda “İMHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

"İMHFD" abbreviation should be used in reference to the journal.

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.



**Copyright © 2022**

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI'nın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik vesair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the İstanbul Medeniyet University Faculty of Law and Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

**İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**İstanbul Medeniyet Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
**Yayın Sahibi**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi adına  
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü**  
Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR

**Editörler**

Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN  
Doç. Dr. Tülay YILDIRIM MAT  
Dr. Öğr. Üyesi Caner TAŞATAN

**Editör Yardımcıları**

Ar. Gör. Ebuzer ZENGİN  
Ar. Gör. Melike ERGÜN TOPCU  
Ar. Gör. Yusuf Sinan CANATAR  
Ar. Gör. Büşra İZCİ  
Ar. Gör. Emre KÖPRÜCÜ

**Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

*İstanbul Üniversitesi*

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Mustafa AVCI

*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi*

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

*Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ

*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

**Medeniyet Law Review**  
**Publisher**

On behalf of Istanbul Medeniyet University  
Faculty of Law

Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI

**Responsible Manager**

Asst. Prof. Dr. Dilek AYDEMİR

**Editors**

Assoc. Prof. Dr. Emrullah KERVANKIRAN  
Assoc. Prof. Dr. Tülay YILDIRIM MAT  
Asst. Prof. Dr. Caner TAŞATAN

**Editor Assistants**

Res. Asst. Ebuzer ZENGİN  
Res. Asst. Melike ERGÜN TOPCU  
Res. Asst. Yusuf Sinan CANATAR  
Res. Asst. Büşra İZCİ  
Res. Asst. Emre KÖPRÜCÜ

**Editorial Board**

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

*Istanbul Medeniyet University Faculty of Law*

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

*Istanbul University*

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

*Marmara University Faculty of Law*

Prof. Dr. Mustafa AVCI

*Ankara Sosyal Bilimler University*

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

*Selçuk University Faculty of Law*

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

*Ankara Hacı Bayram Veli University*

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ

*Istanbul Medeniyet University Faculty of Law*

**Dil Editörleri****İngilizce**

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK

**Almanca**

Öğr. Gör. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Ar. Gör. Dr. Kübra TUNÇ

**Fransızca**

Doç. Dr. Tülay YILDIRIM MAT

Doç. Dr. Halil ALTINDAĞ

**Yayımcının Adı:**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

**Basımcının Adı:**

Renk Matbaası

**Yönetim Yeri:**İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd.

No:44, 34865 Kartal/İstanbul

**Yayın Türü:**İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR  
Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi  
statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı  
olarak yayımlanan bir Hukuk Dergisidir.**Language Editors****English**

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Asst. Prof. Dr. Ekrem SOLAK

**German**

Lect. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Res. Asst. Dr. Kübra TUNÇ

**French**

Assoc. Prof. Dr. Tülay YILDIRIM MAT

Assoc. Prof. Dr. Halil ALTINDAĞ

**Name of Publishing Company:**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

**Printed by:**

Renk Matbaası

**Place of Management:**İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd.

No:44, 34865 Kartal/İstanbul

**Type of Publication:**Medeniyet Law Review is a peer reviewed  
national Law Journal, published bi-annually, in  
March and September and cited in the  
TUBITAK ULAKBİM TR Index Legal  
Database.**ISSN-2757-7082****Basım Tarihi:** Mart 2022İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. No: 44, 34865 Kartal/İstanbulE-mail [hukukdergi@medeniyet.edu.tr](mailto:hukukdergi@medeniyet.edu.tr)URL: <https://hukukdergi.medeniyet.edu.tr/tr>DergiPark: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imhfd>

## DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman Eren	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. A. Can Tuncay	Bahçeşehir Üniversitesi
Prof. Dr. Adnan Deynekli	Bahçeşehir Üniversitesi
Prof. Dr. Adnan Tuğ	Hacı Bayram Veli Üniversitesi (E.)
Prof. Dr. A. Hamdi Topal	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Koç	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ	Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Cengiz Köseoğlu	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Güzel	Kadir Has Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Nazım Sözer	Yaşar Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Paşlı	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. A. Nizamettin Aktay	Antalya Bilim Üniversitesi
Prof. Dr. Arslan Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Aydın Başbuğ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi
Prof. Dr. Aydın Gülan	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Ayhan Döner	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Celal Erbay	İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi
Prof. Dr. Cem Baygın	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Cemil Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. C. İlhan Günay	Hasan Kalyoncu Üniversitesi
Prof. Dr. Emre Esen	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. E. Murat Engin	Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Ercan Akyiğit	MEF Üniversitesi
Prof. Dr. Fethi Gedikli	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Fevzi Demir	Yaşar Üniversitesi
Prof. Dr. Fuat Bayram	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Füsun Nomer Ertan	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Hakan Hakeri	Özyeğın Üniversitesi
Prof. Dr. Halil Akkanat	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Halil Kalabalık	Sakarya Üniversitesi
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu	Çankaya Üniversitesi
Prof. Dr. Hasan Hacak	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Hasan Tunç	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi
Prof. Dr. H. İbrahim Sarıoğlu	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. H. Nuri Yaşar	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Özbay	Tokat Gaziosmanpaşaa Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Subaşı	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. İsmail Kayar	İstanbul Aydın Üniversitesi
Prof. Dr. Kadir Anıcı	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Levent Akın	Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Mahmut Kabakçı	İstanbul Teknik Üniversitesi
Prof. Dr. Mahmut Koca	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. M. Akif Aydın	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. M. Deniz Yener	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. M. Erdem Özdemir	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Mehmet Akman	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar	Yeditepe Üniversitesi
Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım	Marmara Üniversitesi

Prof. Dr. M. Nusret Bedük  
Prof. Dr. M. Zeki Aydın  
Prof. Dr. Melikşah Yasin  
Prof. Dr. M. Fatih Uşan  
Prof. Dr. Murat Balcı  
Prof. Dr. Murat Doğan  
Prof. Dr. Murat Yavaş  
Prof. Dr. Mustafa Alp  
Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım  
Prof. Dr. Mustafa Koçak  
Prof. Dr. Mustafa Topaloğlu  
Prof. Dr. N. Binnur Tulukcu  
Prof. Dr. Necla Akdağ Güney  
Prof. Dr. Nihat Bulut  
Prof. Dr. Nur Kaman  
Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu  
Prof. Dr. Ömer Anayurt  
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi  
Prof. Dr. Ömer Özkan  
Prof. Dr. Rauf Karasu  
Prof. Dr. Ramazan Çağlayan  
Prof. Dr. Refik Korkusuz  
Prof. Dr. Sabahattin Yürekli  
Prof. Dr. Saim Ocak  
Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu  
Prof. Dr. Sururi Aktaş  
Prof. Dr. Süleyman Başterzi  
Prof. Dr. Şafak Narbay  
Prof. Dr. Şahin Akıncı  
Prof. Dr. Tankut Centel  
Prof. Dr. Turan Yıldırım  
Prof. Dr. Ümit Gezder  
Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu  
Prof. Dr. Vahit Doğan  
Prof. Dr. Yavuz Atar  
Prof. Dr. Yusuf Çalışkan  
Prof. Dr. Yücel Oğurlu  
Prof. Dr. Zekeriyya Arı

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi  
Selçuk Üniversitesi  
İstanbul Üniversitesi  
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi  
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi  
Erciyes Üniversitesi  
Marmara Üniversitesi  
Dokuz Eylül Üniversitesi  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi  
İstanbul Okan Üniversitesi  
Özyeğin Üniversitesi  
Selçuk Üniversitesi  
İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi  
İstanbul Medipol Üniversitesi  
İstanbul Medeniyet Üniversitesi  
Marmara Üniversitesi  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi  
İstanbul Üniversitesi  
Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi  
Hacettepe Üniversitesi  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi  
Dokuz Eylül Üniversitesi  
Bursa Uludağ Üniversitesi  
Marmara Üniversitesi  
İstanbul Okan Üniversitesi  
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi  
Ankara Üniversitesi  
Sakarya Üniversitesi  
İstanbul Ticaret Üniversitesi  
Koç Üniversitesi  
Marmara Üniversitesi  
İstanbul Medeniyet Üniversitesi  
Yaşar Üniversitesi  
İstanbul Aydın Üniversitesi  
İbn Haldun Üniversitesi  
İbn Haldun Üniversitesi  
İstanbul Ticaret Üniversitesi  
Bursa Uludağ Üniversitesi

## YAYIN POLİTİKASI

1. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, açık erişim ilkesini benimsediği için derginin tüm içeriğini okurlara ücretsiz olarak sunar. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almaksızın dergide bulunan makalelerin tam metnini okuyabilir, makaleleri kopyalayabilir, indirebilir, arayabilir ve bunlara bağlantı sağlayabilir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan Öz, Özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özüne altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce veya Türkçe öz eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı, ORCID numarası ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yazın ilkelere uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça Chicago atf sistemine uygun olarak yapılmalıdır.
12. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
  - a. **Kitap atıflarında:**
    - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**  
ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.

- bb. Sonraki atıflarda:**  
ŞANLI, s. 24.
- b. Makale atıflarında:**  
**aa. Metin içindeki ilk atıflarda:**  
TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)” **MÜHF – HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.  
**bb. Sonraki atıflarda:**  
TOPUZ, s. 298.
- c. Elektronik kaynakların atıflarında:**  
**aa. Metin içindeki ilk atıflarda:**  
GÖZLER, Kemal, “Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercih Konusunda Uyarılar”, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.  
**bb. Sonraki atıflarda:**  
GÖZLER, s. 8.
- d. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.**  
GÖZLER, *Anayasa Hukukunun...*, s. 76.
- e. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.**  
KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.
- f. Mahkeme kararı:** Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).
- g. T. C. Resmi Gazete:** RG. 02.01.2019, S. 30643.



## EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a peer-reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. Medeniyet Law Review, embracing open access policy, provides all content of the review to the readers free of charge. Readers, except for commercial use may read, copy, download, search, and make connection to all the articles in the journal without the permission of the writer or the publisher.
4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200- 250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English or Turkish shall also be attached.
5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the title of the writer, his/her institutional affiliation, ORCID number and e mail address.
7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.
9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page. Bibliography and references should be arranged in accordance with The Chicago Manual of Style.
12. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Footnotes should be arranged as follows:
  - a. **For books:**
    - aa. **For the first footnote:**  
BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.
    - bb. **For following footnotes of the same work:**  
BORN, p. 62.
  - b. **For papers:**
    - aa. **For the first footnote:**  
WRIGHT, David, "Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust ", **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.

- bb. For following footnotes of the same work:**  
WRIGHT, p. 298.
- c. For web pages:**
  - aa. For the first footnote:**  
LORCHER, Torsten, “Arbitration in Germany”, [https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration\\_volume\\_I/CMS%20GtA\\_Vol%20I\\_GERMANY.pdf](https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf), Access Date: 03.03.2014.
  - bb. For following footnotes of the same work:**  
LORCHER, p. 9.
- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author’s other studies.**
  - CHEMERINSKY, **Constitutional Law...**, p. 76.
  - CHEMERINSKY, **Criminal Procedure...**, p. 35.
- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**
  - aa. For the first footnote:**  
MILLER, Angharad/OATS, Lynne, **Principles of International Taxation**, 25. Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.
  - bb. For following footnotes of the same work:**  
MILLER/OATS, s.145.
- f. Citing a court case:** Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).
- g. Official Gazette of the Republic of Turkey:** RG. 02.01.2019, S. 30643.

## DERGİMİZİN AMACI

TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukukun yardımcı kaynağı olarak kabul edilen hukuk alanındaki bilim insanlarının görüş, düşünce ve kanaatlerinden oluşan hukuk doktrinine alanlarında uzman kişilerin hakemliklerinden geçmiş makaleler ulaştırmayı hedeflemektedir.

Derginin danışma kurulunu farklı alanlardan ve farklı ülkelerden bilim insanları oluşturmaktadır. Akademik alandaki çeşitli görüş ve değerlendirmeler öncelikle akademik alanda çalışan bilim insanlarına katkı sağlayacak olup, hukuk alanında öğrenim gören lisans ve lisansüstü seviyesindeki öğrenciler ile mesleğini icra eden avukat, hâkim ve savcılara da uygulamada değerlendirebilecekleri ve yararlanabilecekleri farklı kanaatler sunacaktır.

Bunun yanında, dergimizde yer alacak bilimsel eserler ile ülkemizin uluslararası alanda üretilen fikirler ile entegre olmasına yardımcı olması, akademisyenlerin, araştırmacıların ve öğrencilerin yararlanmasına açık olması, üniversitemizin ve fakültemizin tanınırlığı ve başarılarını artmasına hizmet etmesi amaçlanmaktadır.



## SUNUŞ

TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yeni sayısını sizlerle buluşturmanın sevincini yaşıyoruz.

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 7 S. 12 olarak sizlere sunduğumuz bu sayıda, Seval KILIÇ'ın “Osmanlı Komşuluk Hukukunda Mülkiyet Haklarının Sınırlandırılması: Zarar-ı Fahiş” başlıklı makalesi; Gökçe ARIKAN'ın “Sığınma Arayanların 2008/115/EC Sayılı Geri Gönderme Koşulları Avrupa Konsey Yönergesi Kapsamında Sınır Dışı Edilmelerinin Türk Yabancılar Hukuku ile Karşılaştırılması” başlıklı makalesi; Hacı KARA'nın “Deniz Ticareti Hukukunda Çekişmesiz Yargı İşleri” başlıklı makalesi; Fatih KARAMERCAN'ın “Belirsiz Alacak Davasından Sonra Ek Dava Açılabilir mi?” başlıklı makalesi; Hasan KARSLIOĞLU'nun “Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Koşulunu İndirme Yetkisi” başlıklı makalesi; Banu ÖZDEN'in “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi” başlıklı makalesi; Cahit SULUK'un “Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar” başlıklı makalesi; Oğuzhan ÜNSAL'ın “Haysiyetsiz Hayat Sürme Nedeniyle Boşanma” başlıklı makalesi olmak üzere sekiz özgün araştırma makalesi yer almaktadır.

Dergimizin bu sayısına katkı veren yazarlarımıza ve incelemelerini titizlikle yapan hakemlerimize teşekkürlerimizi sunuyoruz

**Editörler Kurulu**



## **DERGİMİZ HAKKINDA / ABOUT OUR JOURNAL**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde yazılmış olan hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi, kitap incelemesi ve çeviriler hakem denetiminden geçerek yayımlanmaktadır.

Medeniyet Law Review is a peer reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database.

Articles, case notes, and comments, discussions of legislative development, book reviews, and another similar type of papers, which are written in Turkish, English, German and French, are published after peer-review.

## **DERGİMİZİN TARİHÇESİ / HISTORY OF OUR JOURNAL**

Dergimiz, Temmuz 2016 -Temmuz 2019 tarihleri arasında Medeniyet Law Review (MLR) adıyla ve ISSN-2458-7958 numarası ile yayımlanmıştır. Ocak 2020 sayısından itibaren İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHD) adını, Mart 2021 sayısından itibaren ise ISSN-2757-7082 numarasını kullanmaktadır. Dergimiz, Mart 2021 sayısı itibariyle TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranmaktadır.

Our journal was published under the name Medeniyet Law Review (MLR) and numbered ISSN-2458-7958 between July 2016 and July 2019. Since January 2020 issue, the Journal of Medeniyet Law Review (MLR) has been using as the name of the journal and since the March 2021 issue, the number ISSN-2757-7082 has been using. Our journal has been cited in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database since March 2021 Issue.





## **İÇİNDEKİLER\* / CONTENTS\*\***

### **MAKALELER / ARTICLES**

#### **Kamu Hukuku / Public Law**

#### **OSMANLI KOMŞULUK HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKLARININ SINIRLANDIRILMASI: ZARAR-I FAHİŞ**

EXORBITANT DAMAGE: LIMITATION OF PROPERTY RIGHTS IN THE  
FRAMEWORK OF OTTOMAN NEIGHBORHOOD LAW

**Seval KILIÇ.....1**

#### **Özel Hukuk / Private Law**

#### **SIĞINMA ARAYANLARIN 2008/115/EC SAYILI GERİ GÖNDERME KOŞULLARI AVRUPA KONSEY YÖNERGESİ KAPSAMINDA SINIR DIŞI EDİLMELERİNİN TÜRK YABANCILAR HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI**

COMPARISON OF THE RETURN OF THE ASYLUM SEEKERS UNDER  
THE DIRECTIVE 2008/115/EC OF THE EUROPEAN COUNCIL WITH  
TURKISH FOREIGNERS LAW

**Gökçe ARIKAN.....35**

#### **DENİZ TİCARETİ HUKUKUNDA ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞLERİ**

NON-CONTENTIOUS JURISDICTION IN MARITIME LAW

**Hacı KARA.....61**

---

\* Bu sayıda sadece araştırma makalesi biçiminde eserler bulunmaktadır.

\*\* In this issue, there are only research article type of publications.

**BELİRSİZ ALACAK DAVASINDAN SONRA EK DAVA AÇILABİLİR Mİ?**

COULD ADDITIONAL CLAIMS BE FILED AFTER UNQUANTIFIED DEBT CLAIM?

**Fatih KARAMERCAN.....83**

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HÂKİMİN CEZA KOŞULUNU İNDİRME YETKİSİ**

DISCRETION OF JUDGE IN REDUCTION OF THE PENALTY CLAUSE IN COMPARATIVE LAW

**Hasan KARSLIOĞLU.....109**

**ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KURULLARININ OLUŞUMU VE İŞLEYİŞİ**

FORMATION AND FUNCTIONING OF OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY BOARDS IN THE EMPLOYER, SUB-EMPLOYER RELATIONSHIP

**Banu ÖZDEN.....139**

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA BASIN YAYINCILARINA TANINAN BAĞLANTILI HAKLAR**

RELATED RIGHTS GIVEN TO THE PRESS PUBLISHERS IN EUROPEAN UNION LAW

**Cahit SULUK.....169**

**HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME NEDENİYLE BOŞANMA**

DIVORCE DUE TO LIVING DISHONOURABLY

**Oğuzhan ÜNSAL.....229**

# OSMANLI KOMŞULUK HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKLARININ SINIRLANDIRILMASI: ZARAR-I FAHİŞ

Seval KILIÇ\*

## Öz

Zarar-ı fahiş, Osmanlı komşuluk ilişkilerinin hukuki düzende en önemli yansımalarından biridir. Bir mahalle düzeni içerisinde yaşayan komşuların birbirinin mülküne zarar vermeyecek şekilde eylemde bulunmaları esastır. Bunun yanında malikin de mülkiyet hakkından serbest bir şekilde tasarruf edebilmesi gerekir. Malik mülkünde tasarruf ederken komşusuna kasti olmayan bir şekilde zarar vermesi durumunda zararın oranına göre katlanma yükümlülüğü devreye girmekte ya da zarar katlanma yükümlülüğünü aşarsa zarar gören zararın giderilmesini mahkemeden talep edebilmektedir. Zarar-ı fahiş, bir kimsenin mülkünden esas menfaatini engelleyecek şekilde komşusu tarafından zarara uğratılmasıdır. Bu çalışmada, Osmanlı uygulamasında ve hukuki metinlerde zarar-ı fahişin nasıl ele alındığı incelenecektir. Zarar-ı fahiş, Osmanlı'nın dönemleri itibarıyla her zaman yürürlükte olduğu için kaynaklar bakımından herhangi bir kısıtlama yapılmamıştır.

**Anahtar Kelimeler:** *Zarar-ı Fahiş, Havayic-i Asliye, Menfaat-i Asliye, Toplumun Örfü, Makarr-ı Misvan, Kadim.*

## EXORBITANT DAMAGE: LIMITATION OF PROPERTY RIGHTS IN THE FRAMEWORK OF OTTOMAN NEIGHBORHOOD LAW

### Abstract

Excessive damage is one of the most important reflections of Ottoman neighborly relations in the legal order. It is essential that neighbors living in a neighborhood order in a way that not harming each other's property. In addition, the owner must

---

\* Ar. Gör.; İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı; ORCID: 0000-0002-7677-7823; seval.kilic@medeniyet.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 01.02.2022

**Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih:** 10.03.2022

Bu makale Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim Yönetmeliği'nin 27. maddesi gereği hazırlanan lisansüstü çalışmadan üretilmiştir.

Bu makaleye atıf için; KILIÇ, Seval, "Osmanlı Komşuluk Hukukunda Mülkiyet Haklarının Sınırlandırılması: Zarar-ı Fahiş", **İMİHD**, Y. 2022, C. 7, S. 12, s. 1-33.

be able to freely dispose of his property right. In the event that the owner unintentionally harms his neighbor while disposing of his property, the obligation to bear comes into play according to the rate of the damage, or if the loss exceeds the obligation to bear, he can request the compensation of the damaged damage from the court. Excessive damage is the harm done by one's neighbor in a way that hinders his main interest in his property. In this study, it will be examined how exorbitant harm was handled in Ottoman practice and legal texts. Since excessive damage was always in effect during the Ottoman period, no restrictions were made in terms of resources.

**Keywords:** *Exorbitant Damage, Essential Requirements, Main Interest, The Place of Women Frequent, Time Immemorial.*

### **I. Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukukundan Dolayı Sınırlanabilirliği**

İslam hukukunda mülkiyet, bir şey üzerinde tam ve hasren sahiplik hakkıdır<sup>1</sup>. İnsana muayyen bir şey üzerinde en güçlü yetkileri veren temel bir haktır. Hak ise, hukuk düzenince benimsenmiş olan aidiyettir<sup>2</sup>. Hukuk düzeninin kabul etmediği mallar üzerinde aidiyetin bir hükmü yoktur. Örneğin domuz avlayan bir Müslümanın domuz üzerindeki aidiyetini İslam hukuk düzeni korumamaktadır<sup>3</sup>. Komşuluk hukuku kapsamında mülkiyet hakkının sınırlandırılması da İslam hukukunun mülkiyet hakkına çizdiği çerçeve içerisinde kendine yer bulabilmiştir. Komşuluk hakları da yine İslam hukukunun belirlediği esaslar doğrultusunda kullanılmalıdır. Mülkiyet hakkının amacına uygun biçimde kullanılmasını son derece zorlaştıracak veya onu kullanılamaz hale getirecek şekilde yani hakkın özüne dokunacak şekilde kullanılmaması ilkesi komşuluk hukukunun sınırlarını bize gösterir. Mülkiyet hakkının sınırı da şahısların ya da kamunun zarar görmemesidir.

Komşuluk hukuku sebebiyle bir kişinin mülkiyet hakkının sınırlanması ya da başka bir deyişle taşınmaz malikinin komşuluk ilişkileri sebebiyle sorumluluğu, İslam hukukunun yanı sıra Roma hukuku ve günümüz hukukunda da ele alınmış bir meseledir. Medeni Kanunu'nun 737. maddesi, komşu hakkının kullanım biçimini açıklamıştır. Buna göre;

*“Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz derecede etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.*

<sup>1</sup> ANSAY, Sabri Şakir, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 95.

<sup>2</sup> ÇALIŞ, Halit, **İslam Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları**, Yediveren Yayınevi, Konya, 2004, s. 91.

<sup>3</sup> DEMİR, Fahri, **İslâm Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı**, İlmi Yayınlar, 1981, s. 71.

*Özellikle taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır.*

*Yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklıdır.”*

Medeni Kanun, kısıtlama sebebi olarak “taşkınlık” halini esas almıştır. Ancak ileride görüleceği üzere İslam Hukuku ve *Mecelle*'de taşkınlık yerine “zarar-ı fahiş” kavramı yer almaktadır. Bu kavramı detaylıca incelemeyen önce İslam hukukunda mülkiyet hakkının sınırlanabilir olup olmadığı üzerinde durmak gerekmektedir. İslam hukuku içtihat faaliyetleri üzerinden gelişmiş bir hukuk sistemi olması sebebiyle mezheplerde farklı görüşler mevcuttur. Osmanlı hukukunu ilgilendiren kısım Hanefi mezhebi olduğu için bu çalışmada Hanefi mezhebindeki görüş ayrılıkları ve sonraki dönemdeki içtihat değişikliği irdelenecektir.

Klasik kaynaklarda ayrı bir başlık altında değerlendirilmemiş olan komşuluk hukuku, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (Mecelle)*'de de onuncu kitap olan “Ortaklık” bahsi altında, üçüncü bölümün ikinci faslı olarak, “Muamelat-ı Civariye” başlığı ile hüküm altına alınmıştır. *Mecelle*, Tanzimat döneminde kanunlaştırılmış olmasına rağmen içeriği klasik İslam hukuku hükümleri olduğundan bu tezde *Mecelleden* faydalanılmıştır.

Mülkiyet hakkının komşuluk bağlamında sınırlandırılmasına temel dayanak sünnettir. Hz. Peygamberin bu hususta esas alınan en önemli hadisi “*Zarar ve zarara zararla mukabele yoktur*” sözleridir<sup>4</sup>. Bu cümle İslam Hukukunun genel külli prensiplerinden biri olarak kabul edilmektedir. İslam hukukunda bir meselenin çözümünde genel prensiplerle özel durum birlikte değerlendirilerek özel durumun genel prensibi ortadan kaldırmayacak şekilde yorumlanması esas alınır. Bu ilkeye göre komşuluk hukuku ve mülkiyet hakkındaki tasarruf serbestisini birlikte değerlendirdiğimizde, zarar vermeme genel ilkesinin mülkiyet hakkı içinde erimemesi, varlığını sürdürmesi gerekmektedir. Aksi düşünüldüğünde zarar vermeme ilkesi kendine kullanım alanı bulamaz.

Sözlü sünnetin yanında Hz. Peygamber komşuluk hukukuna ilişkin önemli uygulamalarda bulunmuştur. Başlıca rivayet Muaviye b. Hayde'nin Hz. Peygambere komşunun onun üzerindeki hakkını sorması ve O'nun da cevaben “Hasta olunca ziyarete gidersin. Ölürse cenazesine katılırsın...Binanı onun binasından yüksek yapıp da onun rüzgarına engel olma...” demesidir<sup>5</sup>. Bu sözlerden de anlaşılacağı gibi komşusunun binasının önüne bina dikip onun rüzgarına engel olmak komşuluk hukukunun ihlali anlamına gelmekte ve eğer böyle bir durum vuku bulursa bu zararın da giderilmesi gerekmektedir. Rüzgârın

<sup>4</sup> İBN MACE, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid Mâce el-Kazvîni (ö. 273/887), **es-Sünen**, Ahkâm, 17, no: 2341. “Zarara sokmak ve zarara karşı intikam almak yoktur”, İMAM MÂLİK, **el-Muvatta**, Akdiye, no: 2184.

<sup>5</sup> KÖSE, Saffet, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, İFAV Yayınları, İstanbul, 2018, s. 155.

engellenmemesinin yanında komşunun duvarından diğer komşunun yararlanmasına engel olunmaması gerektiğine ilişkin rivayet de komşuluk hukukunun en çok gündeme gelmiş olan duvar meselesinde hangi durumda zarar meydana geleceğini açıklamış bulunmaktadır<sup>6</sup>.

Suya erişim hakkı İslam hukukunun en çok gözettiği meselelerden biridir. İleride komşunun irtifak hakkında da inceleneceği üzere su alma hakkı ve mecra hakkının kullanımında komşuların bu kullanıma tahammül etmesi gerekir. İrtifak hakları dışında bir şahsın arazisinde komşusunun kuyusundaki suyun çekilmesine neden olacak şekilde kuyu açması veya kuyudaki suyunu kirletecek şekilde bir lağım çukuru açması da sünnet ile yasaklanmıştır<sup>7</sup>.

İslam hukukundaki ilk içtihatlar özellikle Ebu Hanife'nin içtihadı mülkiyet hakkının başkaları zarar görse dahi kısıtlanamayacağı yönündedir<sup>8</sup>. Mutlak hak nazariyesi denilen ve Ebu Hanife'nin yanında İmam Şafii ve Ahmed b. Hanbel'in de katıldığı bu görüşe göre komşuluk gibi bir sebeple malikin tasarruflarını sınırlama, mülkiyetle elde edilen yetkilerin iptaline varan bir netice doğuracaktır<sup>9</sup>. Bir kişinin kendi mülkünde yaptığı bir tasarruftan dolayı komşusu zarar görse, Ebu Hanife, zarar veren komşunun tasarrufuna mâni olmak yerine şikâyet edene kendi mülkünde karşı tedbir yolunu göstermiştir<sup>10</sup>. Mesela bir kimse kendi hanesinde kuyu kazsa ve bundan komşunun duvarı zayıflasa, komşunun buna engel olma hakkı yoktur. Engel olmak yerine mağdur olanın kendi mülkünde kuyunun kapanmasına yönelik çare bulması gerekir. Bir zarar meydana geldiği zaman zarar verenin bundan hukuki bir sorumluluğu yoktur. Zarar verecek tasarruflardan kaçınma kişinin ahlaki sorumluluğu açısından önemlidir ve vaciptir<sup>11</sup>. Ebu Hanife'ye göre, zararın giderilmesini sadece üçüncü şahıslar için değil aynı zamanda mal sahibi açısından düşünmek gerekmektedir. Mal sahibinin sınırlamadan dolayı uğrayacağı zarar diğer zarardan daha büyüktür. İslamiyetin kişilere mülkiyet hakkı tanınması üstün bir maslahatın neticesidir. Başkasına zarar vermemek için mülkiyet hakkının kısıtlanması bu üstün maslahata aykırılık teşkil eder. Bunun sonucu olarak, komşunun ya da diğer kişilerin uğradığı zarar, tasarrufta bulunan malike zarar vermek suretiyle giderilmemelidir<sup>12</sup>.

Ebu Hanife'nin özel mülkiyette mutlak tasarruf görüşünden farklı düşünen ilk kişi öğrencisi Ebu Yusuf olmuştur. Ebu Yusuf'a göre eğer bir malik kasten

---

<sup>6</sup> İMAM MÂLİK, **el-Muvatta**, Akdiye, no: 2185. "Sizden biri duvarına komşusunun giriş koymasına engel olmasın"; BUHARİ, **el-Camiu's-Sahih**, Mezalim ve'l-Gasb, no: 2503. "Bir komşu, evinin duvarına öbür komşusunu bir ağaç başı koymaktan menedemez."

<sup>7</sup> KÖSE, s. 159.

<sup>8</sup> SERAHSİ, **Mebsut**, ed. Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, 2016, s. cilt 15, 28. "...tamamen kendisine ait mülk üzerine tasarrufta bulunan kişi, bu tasarruftan başkasına zarar verse bile hüküm olarak bundan engellenemez."

<sup>9</sup> AYDIN, M. Âkif, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 100.

<sup>10</sup> DEMİR, s. 270-271.

<sup>11</sup> SERAHSİ, cilt 15, s. 28.

<sup>12</sup> ÇALIŞ, s. 99, 117.

komşularına zarar verecek şekilde mülkiyetinde tasarrufta bulunuyorsa, zarar gören komşusunun bu tasarrufu engelleme hakkı bulunmaktadır<sup>13</sup>. Bunun yanında malikin tasarrufu toplumsal bir zarara yol açıyorsa bu durumda sübjektif koşul olan kast unsurunu dikkate almayıp malikin bu zarardan dolayı her halükârda sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir<sup>14</sup>. *Mecelle*'de Ebu Yusuf'un görüşüne yakın bir görüş benimsenmiş madde 921'de "*Bir kimse mazlum olmakla âhara zulm etmeye selâhiyyeti olmaz.*" denilerek Ebu Hanife'nin zararı zararlarla denkleştirme görüşü reddedilmiştir.

İlk dönem Hanefî hukukçuları komşuluk hukukunda mutlak tasarruf görüşünü ileri sürerken, mutlak tasarruf iddiasının bitişik/yan komşuya karşı ileri sürülebileceğini, alt-üst komşulukta ise aynî bir hakkın bulunması sebebiyle malikin mülkiyet hakkının sınırlandırılabilceğini ileri sürmüşlerdir<sup>15</sup>. Bunun dayanağı olarak alt ve üst katın tam anlamıyla birbirinden bağımsız iki bölüm olmadığını, mesela bina bir sebeple yıkılmış olursa binanın bulunduğu arsaya ortak olduklarını, oysa bitişik komşulukta bölümlerin bağımsızlığının belirgin olduğunu söylemişlerdir<sup>16</sup>. Alt katın temelinin sağlamlığının üst katı, üst katta yapılacak olan temel değişikliklerin de alt katı etkilemesi, bitişik komşuların birbirlerinin tasarruflarından zarar görmesinden çok farklı bir yere sahiptir. Bu nedenle bu sınırlamanın iki komşu arasında olan bir irtifak hakkı olan inşaat hakkından kaynaklandığı ileri sürülmüştür<sup>17</sup>. Hal böyle olsa bile, bu sınırlamanın temelinde iki tarafın birbirine komşu olması yatmaktadır ve bu çalışmada daha çok komşuluk ilişkisi olarak ele alınacaktır.

Alt ve üst komşuların mülklerinde tasarruf hakları, zararın varlığı ve yokluğuna göre değişmektedir. Öncelikle taraflardan hiçbirinin zararına olmayacak tasarrufları her iki taraf da serbest bir şekilde yapabilir. Duvarlarında çivi çakmak, odaları boyamak gibi. İkinci olarak, taraflardan birisine zarar vermesi kesin olan tasarruflar yasaklanmıştır. Örneğin alt kat komşu, evin temeli olan kolonları kesemez. Kesmiş olursa üst kat komşunun zararını tazmin etmesi gerekmektedir<sup>18</sup>. Son olarak bir zarar verip vermeyeceği kesin olmayan tasarruflar hakkında mezhep içinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. İmameyn, zarar henüz meydana gelmediği için tasarruf serbestisini savunurken, Ebu Hanife, bu gibi tasarrufların komşudan izin alınmamışsa her türlü yasaklanacağını iddia etmiştir<sup>19</sup>. Baskın

<sup>13</sup> BİLMEN, Ömer Nasuhi, **Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiye Kamusu**, Ravza Yayınları, 2018, cilt 7, s. 176.

<sup>14</sup> ÇALIŞ, s. 104.

<sup>15</sup> ZUHAYLİ, Vehbe, **İslâm Fıkhi Ansiklopedisi**, Risale Yayınları, Y. 1990, C. 7, s. 19.

<sup>16</sup> **Fetâva-yı Hindîyye Ansiklopedik İslam Fıkhi**, Mustafa Efe (çev.), Huzur Yayınevi, t.y., C. 8, İstanbul, s. 43.

<sup>17</sup> HACAK, Hasan "İrtifak", **DİA**, C. 22, 2000, s. 463.

<sup>18</sup> EBU ZEHRA, Muhammed, **el-Milkiyye ve Nazarriyeü'l-akd fi's-şeriatü'l-İslamiyye**, Darü'l-Fikri'l-Arabi, Kahire, 1977, s. 101.

<sup>19</sup> EL-HAFİF, Ali, **İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri: Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku**, çev. Rahmi Yaran, 1. Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 2011, s. 105-106; ZUHAYLİ, C. 5, s. 57.

görüş Ebu Hanife'ninkidir<sup>20</sup>. *Mecelle*'nin 1192. maddesinde şu hüküm yer almaktadır:

*“Herkes mülkünde keyfe mâyeşa’ tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı taallük ederse maliki mülkünde istiklâl üzere tasarruftan men’ eder.*

*Meselâ, fevkanîsi ve tahtanîsi diğerin mülkü olan ebniyede fevkanî sahibinin tahtanîde hakk-ı kararı ve tahtanî sahibinin fevkanîde hakk-ı sakfı yani güneşten ve yağmurdan tesettür ve tehaffuz hakkı olmakla birisi diğerin izni olmadıkça ana muzır olabilecek bir şey yapamaz ve kendi binasını yıkamaz.”*

Örneğe göre alt kat sahibinin güneşten ve yağmurdan korunma hakkı ve üst kat sahibinin de yerleşme hakkı olduğu için hem alt kat sahibi hem de üst kat sahibi, izin almadıkları sürece birbirlerinin mülküne zarar verecek faaliyetlerde bulunamazlar. *Mecelle*'nin de Ebu Hanife'nin görüşünü dikkate aldığı bu örnekten anlaşılmaktadır. Hangi fiilin zararlı hangisinin zararlı olmadığı için konunun uzmanı iki kişinin görüşü alınmaktadır<sup>21</sup>.

Bunların yanında bir başka problem de üst katın bir vesile ile yıkılması sonucu, üst kat sahibinin binasını tekrar yapabilmesi için izne ihtiyaç duyulup duyulmayacağıdır. Burada içtihat alt kat sahibinin üst kata tekrardan bina yapmasına engel olamayacağıdır<sup>22</sup>. Bunun yanında alt kat, bir fiil sonucu değil de yangın, deprem gibi mücbir bir sebepten yıkılırsa, sahibinden cebren binanın tekrar yaptırılması istenemez<sup>23</sup>:

*Tahtanî Zeyd’in mülkü fevkanî Amr’ın mülkü olan menzilin fevkanîsi zelzeleden münhedim olup Amr menzilini ke’l-evvel bina ve iade etmek istedikde Zeyd razı olmayıp Amr’ın menzilini binadan men’e kâdir olur mu?*

*El-cevab: Olmaz<sup>24</sup>.”*

Hanefi ve Şafii fakihlerin hicri altıncı asrın ortalarına kadar benimsediği komşuluktan dolayı mülkiyet hakkının sınırlanamayacağı görüşü yerini Hanefi mezhebinde fahiş zarar, Şafii mezhebinde ise örf ölçütüne göre mülkiyet hakkının sınırlanabileceği içtihadına bırakmıştır<sup>25</sup>.

Hanefi mezhebindeki katı mutlak tasarruf görüşünün yerini fahiş zarar varsa tasarrufun sınırlanması gerektiği görüşüne bırakmasının altında yatan temel ilke

<sup>20</sup> ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürerü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, Diyanet İşleri Başkanlığı, C. 3, 2017, s. 2154.

<sup>21</sup> ALİ HAYDAR EFENDİ, s. 2154.

<sup>22</sup> ZUHAYLİ, cilt 5, s. 56.

<sup>23</sup> BİLMEN, cilt 7, s. 174.

<sup>24</sup> ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, *Behcetü'l Fetava*, ed. Süleyman Kaya vd., Klasik Yayınları, 2012, s. 591.

<sup>25</sup> KARAMAN, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İz Yayıncılık, C. 3, İstanbul, 2001, s. 87-88.



yine Hanefî mezhebinin kaynaklarından olan “*maslahat sebebiyle istihsan*”dır. Hukukçuların içinde bulunduğu toplumun dini ve ahlak anlayışı değiştikçe hukukun da değişmesinin gerekliliği kaçınılmazdır<sup>26</sup>. Tasarruf serbestisi ilkesinin ileri sürüldüğü ilk zamanlarda başkasının mülküne zarar verme büyük bir günah olarak kabul görülüp bireyler ona göre bir davranış içerisinde bulunurken, tasarruf serbestisinde sınırlılık ilkesinin ortaya çıktığı zamanlarda da zarar vermeme ilkesi bir dini-ahlaki vecibe olmasına rağmen ihlaller artmış ve ihlalin engellenmesi için hukuki güvence ihtiyacı hasıl olmuştur. *Mecelle*’nin 32’inci maddesinde de denildiği gibi “*Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz.*”

İslam hukukuna göre mülkiyet hakkı üç şekilde sınırlandırılabilir: 1. Asli, 2. İradi ve 3. İstisnai<sup>27</sup>. Komşuluk hukukundan dolayı mülkiyet hakkındaki kısıtlamalar ilk gruba girmektedir. Asli sınırlamalarda başkasının bir hakkının mülkiyet hakkını sınırlaması mümkündür. Örneğin komşunun şuf’a hakkı mülkiyet hakkının tasarrufuna ilişkin bir sınırlama getirmektedir. Komşuluk hukukundaki diğer sınırlamalar ise mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgilidir. Bu sınırlamanın kaynağında yukarıda da ifade edildiği gibi, mülkiyet hakkını kullanılırken komşuyu rahatsız etmesi ihtimalinde olan eylemlerden kaçınılmasının İslam’a göre bir vecibe olması yer almaktadır<sup>28</sup>.

#### **A. Zarar-ı Fahiş**

İslam hukuku komşuluk hukukundan doğan mülkiyet hakkı sınırlamalarını zarar-ı fahiş kavramına bağlamıştır<sup>29</sup>. “*Darr*” kökünden türeyen zarar terimi, kişinin uğradığı maddi veya manevi yoksunluk, tehlike ya da ihtiyacı anlatır<sup>30</sup>. Zarar, bir fiil neticesinde meydana gelmektedir ve bu fiil kişide bir mağduriyet oluşturmaktadır. Bu mağduriyet kişinin fiziki ve ruhsal olarak şahsında üzüntü, elem ya da sahip olduğu şeylerde oluşan bir eksilme veya kayıp şeklinde meydana gelebilir<sup>31</sup>. Zarar-ı fahiş ise değer kaybının komşudaki katlanma yükümlülüğünü aşacak boyuta ulaşmasıdır.

Zarar-ı fahişin kapsamı, kavramın ortaya çıkmasından itibaren tartışma konusu olmuştur. Bir komşunun mülkiyet hakkını ihlal eden her türlü zararın yasaklanması, zarara neden olan tarafın mülkiyet hakkını kullanmasını tamamen engelleyebilir. Bu nedenle kavram ilk başlarda “*bir duvarın ya da binanın yıkılmasına veya zayıflamasına neden olan ya da ondan yararlanma amacını imkânsız kılan her türlü zarar*” olarak İslam hukukunda kendine yer bulmuştur<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Ekrem Buğra Ekinci, **İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı**, Arısanat Yayınları, İstanbul, 2005.

<sup>27</sup> HACAK, Hasan, “Mülkiyet”, **DİA**, 2020, s. 546.

<sup>28</sup> SCHACHT, Joseph, **İslam Hukukuna Giriş**, çev. Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener, Otto, 2018, s. 165.

<sup>29</sup> EL-HAFÎF, s. 108.

<sup>30</sup> AYBAKAN, Bilal, “Zarar”, **DİA**, 2013, s. 131.

<sup>31</sup> MEVAFÎ, Ahmed, **ez-Zarar fi'l-fikhi'l-İslâm: ta'rifihi, envaihi, alakatihi, davabitihi, cezaihi**, C. 1, Huber: Dâru İbn Affân, 1997, s. 20.

<sup>32</sup> MEVAFÎ, C. 1, s. 252.

Daha sonra kavramın dayanağı olan “*maslahata göre istihsan ilkesi*” ve “*zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur*” hadisini birlikte değerlendiren fıkıh alimleri zarar-ı fahiş kavramını yeniden yorumlamışlar, komşudan zarar-ı fahişin kaldırılmasını mülkiyet hakkından doğan menfaatin elde edilmesinden daha değerli görmüşlerdir<sup>33</sup>. *Mecelle*'de de bu geniş yorum kodifiye edilmiştir. Buna göre bir kişinin mülkiyet hakkındaki tasarrufu ancak komşuların ve diğer insanların zarar görmemesi halinde geçerlidir. Yine bu zarar her türlü zarar değil, zarara uğrayan kişinin asli ve temel bir ihtiyacının ihlali olması gerekir (Havayic-i asliyye ve menfaat-i asliyye). *Mecelle*'nin 1199. maddesinde vücut bulan “*binadan maksud olan menfaat-i asliyyeyi men' eden şeyler*” kavramı, menfaat-i asliye yani temel menfaatin ne olduğunun belirsiz olması sebebiyle eleştirilmiştir. Bu görüşe göre menfaat-i asliye zamana, mekâna ve şahıslara göre değişen bir kavramdır. İçinin doldurulması gerekmektedir. Üstelik zarar da görecelidir. Kimine göre fahiş zarar olan bir husus başka biri için hoşgörü sınırları içinde olabilir. Bu iki müphem kavram bir araya gelince zarar-ı fahişin tam olarak ne demek olduğu anlaşılmamaktadır. Bu nedenle zarar-ı fahişin toplumun o zamanki örfüne göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürülmüştür<sup>34</sup>. Örneğin, binaya giren güneşin ve havanın kesilmesi yoluyla zarar-ı fahişte, çoğunluk görüşü binanın içinde yazı okunamayacak kadar çok engellenmesi havayic-i asliyenin ihlal edilmesi anlamına gelmekte iken, azınlık görüş ise zararın her türlü zarar olduğunu ve yazı okunamaması aşamasına gelmesine gerek olmadan zararın giderilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir<sup>35</sup>. İçeride birkaç saat yazı okunabiliyorsa, ancak güneşin engellenmesi binanın duvarında rutubet oluşturmaktaysa, zarar gören komşunun bu duruma katlanması gerekip gerekmediği konusuna açıklık getirmemektedir. Bu nedenle kıstas olarak toplumun örfü, daha açık ve anlaşılır olması dolayısıyla isabetlidir. Günümüz hukuku da komşu hakkı bahsinde (TMK madde 737), “*yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan*” kavramını kullanarak örfkuralını benimsemiştir. İslam hukukuna dönersek, mala zarar vermenin bir türü olan itlafta malda değerinin en az dörtte birine ulaşan zararın zarar-ı fahiş olduğu ileri sürülmüştür<sup>36</sup>. Ancak *Mecelle*'nin ilgili maddelerinde bu oran bulunmamaktadır. Bunun sadece menkul mallara ilişkin olup olmadığı belirsizdir.

Zarar-ı fahişin niteliğinin haksız fiil mi yoksa hakkın kötüye kullanılması mı olduğu konusunda görüş ayrılıkları olmuştur. Ebu Hanife, mutlak hak nazariyesine bağlı kalarak zarar-ı fahiş kavramının haksız fiil ile alakalı olduğunu ifade etmiştir. Eğer bir kişi kendi hakkında tasarrufta bulunurken hakkın tanımında yer alan hukuki sınırları dışına çıkar ve başkasının hakkına tecavüz ederse, burada haksız bir fiil söz konusu olmaktadır. Yani ortada bir kimsenin kasten ya da ihmali olarak yapmış olduğu hukuka aykırı bir fiil vardır. Bu fiille

<sup>33</sup> KÖSE, s. 93.

<sup>34</sup> ÇALIŞ, s. 180.

<sup>35</sup> HAFİZ MEHMED ZİYAEDDİN, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi*, Dersaadet, Kasbar Matbaası, 1312, s. 698.

<sup>36</sup> AYDIN, M. Âkif, “İtlaf”, *DİA*, Y. 2001, C. 23, s. 466-469.

maddi bir zarar meydana gelmiştir ve zararın önlenmesi bu kapsamda çözülmeye çalışılır<sup>37</sup>. Kişinin fiili hukuka aykırı değilse zaten tasarruf serbestisi vardır ve bu ilke gereği komşusunun zarar görmesinden dolayı mülkiyet hakkı sınırlanamaz<sup>38</sup>.

Bir diğer görüşe göre zarar-ı fahiş kavramı, hakkın kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla ortaya çıkmıştır. Eğer zarar-ı fahiş kavramı sadece haksız fiillerden meydana gelir denilirse, ki bu durum sadece sınırın dışına çıkılması halinde oluyor, hakkın dışına çıkılmaksızın yapılan fahiş zarar veren fiiller kapsam dışında kalmış olmaktadır. Dolayısıyla komşuluk hukukunun tahsisinde hem hukuka aykırı hem de hukuka aykırı olmayan zarar verici fiilleri kapsamına alan hakkın kötüye kullanılması kavramının kullanılmasını daha uygun bulmuşlardır<sup>39</sup>. Bu kötüye kullanmada kast unsuru aranmamaktadır. Kişinin, hakkını verilmiş gayesi dışında başkasına zarar verecek şekilde kullanması yeterlidir<sup>40</sup>. Bu da demek oluyor ki, bir hakkın kullanımının zarar-ı fahiş olup olmadığına tespit edilmesinde kişinin tasarrufta bulunduğu zamandaki niyeti değil, bu tasarrufunun doğurduğu maddi sonucun yarar-zarar dengesinde zarar tarafının ağır basması dikkate alınmaktadır<sup>41</sup>. Fahiş zararda kastın aranmaması objektif koşulun varlığının aranması önemlidir. Eğer kast yani sübjektif koşul aransaydı bu durumda kastı olmadan komşusunun binasının yıkılmasına sebep olan kişi zarar-ı fahişten sorumlu olmayacaktı. Zarar gören kişi hukuki güvenceye kavuşmamış olacaktı.

*Mecelle*'de Muamelat-ı Civariye başlığı altında detaylıca düzenlenen hükümler incelendiğinde, komşuluk hukukundan doğan mülkiyet hakkı sınırlamalarının ele alındığı görülecektir. İlk olarak 1197. maddede “*Hiç kimse mülkünde tasarruftan men olunamaz, meğerki âhara zarar-ı fahişi ola, ol halde menolunabilir*” denilerek komşuluk hukukunun temeli olan zarar-ı fahiş kavramı ele alınmıştır. Maddelerden hareketle zarar-ı fahişi genel olarak üçe ayırmak mümkündür;

- Komşunun mülkünden tam olarak tasarruf etmesini engelleyecek zararlar,
- Makarr-ı nisvanın (kadınlara ait bölümlerin) görülmesi
- Kamu menfaatini zarara uğratan hususlar

Bu üç durumun yanında bir komşunun diğerinin malına müdahale ederek onu zarara uğratması, haksız fiilin yanı sıra zarar-ı fahiş kavramı kapsamında da değerlendirilmiştir. Örneğin bitişik iki binada gider borularının iki taraftan birinin mülkünden ya da duvar dibinden geçmesi gerekmektedir. Normal koşullar altında komşuluk ilişkileri gereği bu duruma katlanılması gerekir. Ancak bazı hallerde gider borusunun duvarı aşır mülke zarar verecek şekilde uzatılması zarar-ı fahiş olarak değerlendirilir. Niğde kasabasında kirada evi bulunan Sarraf Sarafim'in

<sup>37</sup> KÖSE, s. 73-74.

<sup>38</sup> EL-HAFİF, s. 108.

<sup>39</sup> ZUHAYLİ, cilt 5, s. 28.

<sup>40</sup> ÇALIŞ, s. 91, 94.

<sup>41</sup> ARSEBÜK, Esat, “Hak Tepkilerinin Tevhit Ettiği Durumlar”, *AÜHFD*, Y. 1949, C. 6, No: 2, s. 172 vd.

karşılaştığı durum da bu minvaldedir<sup>42</sup>. Olayda komşu Nikola, Sarafim'in hanesinin çatısı üzerine gelecek şekilde yağmur oluğunu uzatmış ve Sarafim'in evini zarara uğratmıştır. Bunun yanında Nikola, Sarafim'in evinin içi görülecek şekilde pencere açmıştır. Özellikle kadınlara ait kısımların görülmesi başlı başına bir zarar-ı fahiş sebebidir. Sarafim, hem yağmur suyunun evinin üzerine akmasından oluşan zararın tazmini ve oluğun düzeltilmesini, hem de açılan pencerenin kapatılmasını talep etmiştir. Yağmur oluğunun bitişikteki binaya uzatılması suretiyle zarar verme sık karşılaşılan zarar-ı fahiş eylemlerinden biridir<sup>43</sup>.

Bu bilgileri pekiştirmek gerekirse, katlanma yükümlülüğünü aşan zararlar zarar-ı fahiş olarak nitelendirilmekte ve komşuya bir sorumluluk yüklenmektedir. Yoksa başkasının havasına engel olacak, ekinine gölge yapan ya da kuyusunun sularının çekilmesine sebep olan her tasarruf menedilmemiştir<sup>44</sup>. Ancak kanaatimce menfaat-i asliye zamana göre değişen bir kavramdır. İleriki bir zamanda bu zararlar zarar-ı fahiş kapsamı içinde yer alabilirler. Bunu çözmek için kanunlara objektif kurallar konulmalı ve hâkim, önüne gelen davada o yerin örfüne göre takdir yetkisini kullanarak karar vermelidir. *Mecelle*'de bu hususta kurallar detaylı bir şekilde konulmuştur. Bu durumda kadı karar verirken esnek davranmamaktadır. Örneğin kadim olanın kıdemi üzerine terk olunacağı kaidenin<sup>45</sup> (madde 6) zarar-ı fahiş eylemlerinde kullanılacağına hüküm altına alınması gibi. Bu madde ile bağlantılı olarak *Mecelle* madde 1207 ve 1224

<sup>42</sup>“Ma'rûz-i çâker-i kemîneleridir ki, Niğde Kasabası derûnunda mâlik ve mutasarrıf olduğum bir bâb hâne-i çâkerânem taht-ı îcârede bulunduğundan ve çâkerleri dahi bu tarafda bulunduğum ecilden Komşum Kırbıyık Nikola hânemin damı üzerine oluk uzadarak yağmur sularını akıtdırdıktan sonra pencere küşâd iderek hâne-i çâkerânem tarafına nezâret etmekte ve diğer komşum diğer Nikola kezâlîk oluk uzadarak hânem damı üzerine yağmur sularını akıdarak harâb itmekte buldukları mercûdur ki; evvel-emirde protesto iderim. Vukû' bulan ve ... vukû' bulacak mazarratın tazmîn eylemeleri ve merkûmânın ihdâs eyledikleri su olukların ve pencerelerin serbend ve men' olunması hususunu mahallinde vekîlim müste'cirim sandık emîni Hâce Yurdan bendeleriyle ya ma'rîfet-i şer'-i şerîf-i bi't-terâfu' ihzârlık buyurulmak emrini âmir-i kâimmakâmına hitâben bir kıt'a emirnâme-i sâmi-i şereftârî emr ü fermân hazret-i men lehü'l-emrindir”, Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, **Sadaret Deavi Evrakı**, A) MKT. DV, 220/93, H-20-10-1278.

<sup>43</sup> Ma'rûz-i çâker-i kemîneleridir ki

Spoli Bergos Kazası'na tâbi' Vasilikoz Karyesi mütemekkinlerinden olup mülkiyet üzre mutasarrıf olduğum bir bâb menzil-i âcizânem ittisâlinde Yorgi Çorbacı'nın arsası olup bu kulları hasbe'l-mesâlih diyâr-ı âherde bulunduğumdan arsa-i mezkûr üzerine müceddeden binâ ve inşâ eylediği menzilin damlalığı menzil-i âcizânemin üzerine akıntı vermiş olduğundan menzil-i âcizânemi harâb itmekde olduğundan gadr müceb olmağla merâhim-i 'aliyyelerinden mercûdur ki;

Bergos meclis-i kebîrinde me'mûru ma'rîfetiyle bakılıp mu'âyene olunarak mazarratının men' u def'i şer' ile terâfu'-i ihkâk-ı hak buyurulmak bâbında iktizâ edenlere hitâben bir kıt'a emirnâme-i sâmi' ihşâni bâbında emr ü fermân hazret-i veliyyü'l-emrindir. Fî 4 Ş. Sene (12) 72, Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, **Sadaret Deavi Evrakı**, A.) MKT. DV, 91/96, H-10-08-1272.

<sup>44</sup> BİLMEN, cilt 7, s. 175.

<sup>45</sup> “Bir sükda vaki su kuyusundan ol sükda dükkânı olan Zeyd şürb ve vuzu' ve dabbesini iska için kadimden su alagelmekle yine su almak istedikde ol sükda dükkânları olan bazı kimesneler “Ba'de'l-yevm kuyudan su aldıgına razı olmayız” diye Zeyd'i men' e kâdir olurlar mı? El-cevap: Olmazlar.”, **Neticetü'l Fetava**, es-Seyyid Ahmed Efendi, es-Seyyid Hafız Mehmed b Ahmed el-Gedusi (ed.), Klasik Yayınları, 2014, s. 394.

değerlendirildiğinde, önceden ve kadimden kalma meşru bir hakka dayanan zararların, zarar verenin rızası yoksa giderilmek zorunda olmadığı görülmektedir. Kot farkı olan birbirine komşu menzilde üsttekinin pis suyu kadimden beri aşağıya akmakta iken, üzerine su akan komşu evi satsa, yeni malik kadim olan şeyi menettiremez<sup>46</sup>. Kadim, birkaç yıllık bir zaman dilimi değil, o şeyin öncesini bilen ve gören kimsenin olmadığı bir zamandır (*Mecelle* madde 166). Mesela bir komşu diğerrinin pis suyunun kendi arsasından geçmesine izin vermişse, bu kadim olan zaman dilimini oluşturmaz. Üzerinde mesil hakkına izin veren komşu, mülkünü başkasına satarsa, mesil hakkı sahibinin yeni malikle tekrar anlaşması gerekir. Ancak mesil hakkının bir şarta dayandığı durumlarda, örneğin ortaklık hisselerinin paylaşılması esnasında şerikler mülkünü üzerinde yol veya mesil hakkı kurulacağını şart etmişlerse (*Mecelle* madde 1166), daha sonra ortaklardan birinden malı satın alan kişi, günümüzde tapuya kaydedilen şerhlerdeki gibi, böyle bir hakkın varlığını reddedemez, zararın giderilmesini karşı taraftan isteyemez.

*Mecelle*'nin 5 ve 6. maddelerine göre “Bir şeyin bulunduğu hâl üzere kalması asıldır” ve “Kadim kîdemi üzere terk olunur.” 7. madde ise kadim olanın zarar vermesi durumunda kadim olarak kabul edilmemesini hükmeder (*Zarar kadim olmaz*). Yani eskiden beri var olan şey komşuya zarar veriyorsa, bu “kadimden beri vardır” denilemez ve zararın giderilmesi gerekir. Ancak *Mecelle*'nin komşuluk hukukuna ilişkin maddelerinde kadimden beri olagelen şeyin komşunun sonradan yaptığı binasına zarar vermesi durumunda, örneğin kadimden var olan pencereden komşunun yeni yaptığı evin makarr-ı nisvanı görünürse zarar görenin zarara katlanması gerektiğine hükmetmiştir:

“Madde 1207: Bir kimse, meşru' olarak mülkünde tasarruf etmekte iken, başkası anın yanında bina ihdâsıyla, kendisi mutazarrır olsa, zararını ancak kendi def' etmek lâzım gelir. Meselâ bir hanenin kadîmî pencerelerinden, diğerr kimsenin muhdes hanesinin makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa, muhdes hane sahibi, mazarratını kendi def' etmek lâzım gelir. Atîk hane sahibinden iddiaya salâhiyeti yoktur. Nitekim bir kimse, demirci dükkânına muttasıl arsasında, bir hane ihdâs eylese, “demir darbından haneme zarar-ı fahiş terettüb eder” diye, dükkânı tatil ettiremez. Ve kezâ, eskiden harman yeri olan bir mahallin kurbunda, biri hane ihdâs ettikde, “harmanın tozu hanem üzerine gelir” diye, harman sahibine “burada harman dökme” diyemez.”

Burada bir şeyler ihdas edilmeden önce herhangi bir zarar durumu yoktur. Zarar, bina yapıldıktan sonra meydana gelmektedir. Öncelik-sonralık durumu *Mecelle*'nin sonraki maddelerinde de devam etmektedir. *Mecelle* madde 1224'te meşru surette kadim olan şeyin aleyhine delil olmadıkça iyiniyet esasları çerçevesinde olduğu gibi bırakılmasına hükmedilmiştir. Madde geçit, mesil ve

<sup>46</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, *Açıklamalı Osmanlı Fetvaları Fetava-yı Ali Efendi*, ed. H. Necati Demirtaş, Kubbealtı Neşriyat, C. 2, İstanbul, 2014, s. 416, 418.

mecra haklarını korumak için çıkarılmış, kadim olan şeyin meşru olması aranmıştır. Yani hukuka uygun olmayan kadim korunmayacaktır. Maddenin örneğinde bir hanenin pis suyu kadimden beri anayola dökülse oradan gelip geçenlere zararı olsa bu kadimlik durumuna itibar edilmeyeceği belirtilmiştir. Verilen bu misalden yola çıkılarak madde 7’de yer alan *zararın kadim olmaması* ilkesi hem Ali Haydar Efendi’nin şerhinde hem de sonraki çalışmalarda zararın kamusal nitelikte olması halinde ileri sürülebileceğine indirgenmiştir<sup>47</sup>. Ancak, komşu bu eylemden zarar görmeye başlamış ve ısrarla zarar gördüğünü beyan ediyorsa, artık o evde oturması dayanılmaz ya da tarlada mahsul alması imkânsız hale gelmişse ve uyarıda bulunmuşsa, bu durumda zararını def’ ve müdahaleyi men’ ettirmeye hakkı olmalıdır. Yoksa madde 7’nin hükmü uygulama alanı bulamaz. İleride duvar meselesinde de tahlil edileceği üzere madde 928’de birinin duvarı yıkılıp da diğerine zarar verse sorumlu tutulmaz. Fakat duvar için zarar görecektir olan kimse tehlikeyi sezmiş ve duvarını yık diyerek uyarıda bulunmuş ise artık komşu duvarın sahibi yıkılmadan dolayı sorumludur. Kadim durumun komşunun katlanma yükümlülüğünü aşması halinde zarar-ı fahiş olarak kabul edilmeli ve sırf yapıyı önceden yaptığı için kişinin tazmin yükümlülüğü ortadan kalkmamalı, zarar giderilmelidir.

Zarar-ı fahiş, mülk malın yanı sıra vakıf mallarda da söz konusu olur ve vakıf mala zarar verildiğinde mutasarrıfın zararı defettirmeye hakkı vardır:

*“Zeyd tapu ve mukâtaa ile mutasarrıf olduğu vakıf arsada vaki gölde izn-i mütevelliyile bina olunan dalyânın binasına malik iken Amr, Zeyd’in izninsiz izn-i mütevellî yokken Zeyd’in dalyânı kurbunda dalyân bina ve ihdâs ettikde Zeyd’in dalyânının taraf-i a’lasını çit çevirip seddetmekle zarar-bini olsa Zeyd zarar-bini Amr’a def’ ettirmeye kâdir olur mu?”*

*El-cevab: Olur<sup>48</sup>.*”

Yine iki farklı vakıf mülkünü birinden diğerine kadimden beri pis su akıtılmış ise zarar gören vakfın mütevellisi bundan sonra pis suyun akmasının engellenmesini isteyemez. Kendi daha önce nasıl hallediyorsa o şekilde devam ettirir<sup>49</sup>.

Bazı durumlarda iki komşunun da aynı fiilden dolayı zararı oluşabilir. Örneğin komşulardan birinin bahçesinde diğerinin bir meyve ağacı olduğunu varsayalım. Ağacın sahibi komşu meyvelerini kontrol etmek için sık sık komşusunun bahçesini ziyaret etmekte ve komşusu da kendi mülküne sürekli girip çıkan bu kişiden rahatsız olmaktadır. Bahçe sahibi ağacı satın almayı teklif etmişse de ağacın sahibi buna yanaşmamıştır. Böyle bir durumda mesele mahkemeye intikal

<sup>47</sup> ALİ HAYDAR EFENDİ, C. 1, s. 56; EKİNCİ, Ekrem Buğra / ŞİMŞİRGİL, Ahmet, **Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle**, Ktb Yayınları, 2008, s. 95; GÜR, A. Refik **Mecelle: Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından**, Sebil Yayinevi, 1993, s. 118; İLHAN Cengiz, **Mecelle: Hukukun Doksan Dokuz İlkesi**, Tarih Vakfı Yayınları, 2003, s. 12.

<sup>48</sup> **Neticetü’l Fetava**, s. 395.

<sup>49</sup> ALİ HAYDAR EFENDİ, cilt 1, s. 55.

ettiği zaman hâkim, *Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur (Mecelle madde 27)* ilkesi gereğince ağacın komşunun mülkünden kaldırılması ile hafif zararın meydana gelmesine hükmedebilir. Yani burada bahçe sahibinin komşunun mülküne girip çıkması zararı ile ağacın sökülmesi zararı yarışmış ve iki zarardan daha büyük olanı önlemek için hafif zarara katlanmak uygun bulunmuştur<sup>50</sup>.

Zarar-ı fahiş mahkemede ve idari makamlarda titizlikle incelenir, bir keşif ekibi gönderilerek gerçekten zarar olup olmadığı tespit edilmeye çalışılır. Örneğin Selim Ağa'nın Hanya'da inşa ettirdiği üst katı komşusu İbrahim Efendi nezaretimizi tamamen kesiyor diye şikâyet etmiş, durum yargıya taşınmış ve mahkemece bir keşif ekibi gönderilmiştir. Keşif raporunda Selim Ağa'nın evine üst kat çıktığı ve bu üst katın iki taraf komşusuna manzara açısından zarar vermediği ve üst katın da diğerleri ile aynı hizada olduğu belirtilmiştir. Bu inceleme sonucunda zarar-ı fahiş bir durumun olmadığı anlaşılmıştır<sup>51</sup>.

### **1. Komşuların Katlanma Yükümlülüğünü Aşan ve Kişinin Mülkünden Beklenen Esas Menfaati Engelleyen Fiiller**

*Mecelle'nin 1199. maddesinde "Binaya zarar veren yani binaya vehn getiren ve inhidamına sebep olan yahut havâyc-i asliyyeyi yani süknâ gibi binadan maksud olan menfaat-i asliyyeyi men' eden şeyler zarar-ı fahiştir"* denilerek, binaya zarar veren, yıkılmasına sebep olan ya da oturma gibi asli bir menfaati engelleyen şeylerin zarar-ı fahiş olduğu belirtilmiştir. Bu başlıkta incelenecek olan binadan beklenen asli ihtiyaçların engellenmesidir. Bu bina bir konut ise oturma, değirmen ise devrine engel olacak yapılaşma<sup>52</sup>, harman yerinin rüzgarının kesilmesi veya

<sup>50</sup> AYBAKAN, s. 133.

<sup>51</sup> "Selim Ağa'nın takdîm eylediği arzuhâlde Hanya'da leb-deryâda vâki' olup ta'mîrine başlamış olduğu hânesine yapacağı fevkânî bir odanın kimseye mazarratı olmadığı halde hâne aşırı kanşusu bulunan tüccârden İbrâhim efendi müdâhâleden hâli olmadığı gibi muhâkemedan dahi imtinâ' itmekde olduğundan bahisle bi't-terâfu' müdâhâle-i vâki'anın men'i hususu istid'â olunmuş olmağla ber-vech-i tedkîk rû'yet olunarak şer'an müdâhâle-i vâki'anın bivechân idüğü tebeyyün eylediği halde men'i ve def'i hususu fi 12 Safer sene (1)277 tarihiyle müverrehan şerefvârid olup mecâlis-i âcizânemizde kırâet olunan emirnâme-i sâmi-i cenâb-ı âsafânelerinde emr ü fermân buyurulmuş olmasıyla meâl-i emr ü irâde-i 'aliyye rehîn-i ikân-ı âcizânemiz olmuştur. Mümâ-ileyh Selim Ağa hânesinin ta'mîrine bir güne müdâhâle olunmayup ancak i'mâl ü inşâsını tasavvur eylediği mezkûr oda gerek mümâ-ileyh İbrahim Efendi ve gerek câr-ı mülâhıkı bulunan Kavverzâde Hüseyin Ağa'nın derûn-i limâna nâzır olan konakları odalarından iki bâb odanın nezâretine ve hevâsına külliyyen halel getireceği bi'd-defe'ât vukû' bulan mükâşefe ile ta'ayyün eylemiş ve şu halde mümâ-ileyhânın nizâmen mazarrat-ı zâhireleri meydanda idüğü bedîhiyâtdan olarak her ne kadar men' u def'i ve oda-i mezkûrun binâ ve inşâsından sarf-ı nazar eylemesi hakkında kirâren mümâ-ileyh Selim Ağa'ya beyân ve ifade olunmuş ise de bir vechile âsaf itmediği mesellü mümâ-ileyh Selim Ağa'nın hânesi dahi mezkûr konaklara hâne aşırı olmayup hemcivâr bulunmuş olduğu ve bu sûretle mezkûr odanın binâ ve inşâsına nizâmen mesâğ gösterilmemekde idüğü muhât-ı ilm-i 'âli-i cenâb-ı hidîviyetleri buyuruldukda olbabda ve her hâlde emr ü fermân hazret-i men lehü'l-emrindir. Fî 3 Rebî'ü'l-evvel sene (1)277", Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, **Sadaret Umum Vilayat Evrakı A.** } MKT.UM, 432/57, H- 03-04-1277.

<sup>52</sup> "Zeyd'in mülk yel değirmenin kurbunda yeri olan Amr bir mürtefi' oda ihdas edip değirmenin rüzgarını men' ve seddetmekle zarar-bini olsa, Zeyd zararını Amr'a def' ettirmeye kâdir olur mu? El-cevab: Olur.", ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, s. 591.

bir mescit ise cemaatin namaz kılamaması gibi hususlar o mülkten beklenen asli menfaatin ve ihtiyacın ihlal edilmesi olarak sayılır<sup>53</sup>. Bu fiiller *Mecelle*'deki hükümler ve fetva kitaplarındaki meseleler dikkate alınarak aşağıdaki gibi kategorilere ayrılmıştır:

**a) Ölçüyü Aşan Toz, Duman, Koku, Gürültü Gibi Fiiller**

*Mecelle*'nin 1200. maddesinde “*Zarar-ı fahiş bi eyyi veçhin kân def*” ettirilir.” yani “zarar-ı fahiş her ne suretle olursa olsun giderilir” hükmü örneklendirilerek açıklanmaya çalışılmış, bu örnekler arasında evin bitişiğine fırın yapıp dumanının evin üzerine gelmesi, yağhane yapıp kokusunun dayanılmaz hale gelmesi veya kumaş dükkanlarının bulunduğu manifaturacılar çarşısına bir restoran açıp kokunun kumaşın üzerine sinmesi<sup>54</sup> ya da evlerin/işletmelerin yakınına demirci dükkanı veya değirmen gibi gürültülü bir şekilde çalışan dükkanların yapıp komşulara rahatsızlık vermesi gibi eylemler giderilmesi gereken fiiller olarak nitelendirilmiştir. Bu hususlar kanunda sınırlandırılmamış, hangi fiillerin zarar-ı fahiş sayılacağı hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu fiillerin *numerus clausus* olmadığına bir örnek olarak, Ali Haydar Efendi, 1199. maddeyi incelerken bu mesele için de boyacılık yapılan dükkânda giysilerin boyanması için oluşturulan mekânda boyanın kurumması için elbiseyi çırparken çok şiddetli bir şekilde yapılmasının gürültü bakımından zarar-ı fahiş olarak tanımlamış ve bu fiilin men’ edilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>55</sup>.

Hangi eylemlerin zarar-ı fahiş sayılacağı hâkime bırakılmakla beraber, örf ve âdet kuralları da neyin fahiş zarar olacağını belirlemede önemli bir unsurdur. Günümüz hukukunda da Medeni Kanun’un 737. maddesine göre taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak ve gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek menedilmiştir. Yerel adetin belirlenmesinde Osmanlı uygulamasında fetvalar yol gösterici olması bakımından önemlidir. Örneğin,

*“Zeyd, mülk arsasında Amr’ın menziline muttasıl mevzide börekçi fırını ihdas etmekle fırının duhânu Amr’ın menziline girip zarar-bin olsa Amr, Zeyd’e zararını def” ettirmeye kâdir olur mu? El- cevap: Olur.”<sup>56</sup>*

Keza yukarıdaki manifaturacılar çarşısına bir aşçı dükkânı açılması, mahallenin içine sabunhane kurulması, caminin yakınına salhane inşa edilmesi gibi meseleler sonucu ortaya çıkan kötü koku, duman vb. rahatsızlıklar fetvalara da konu edilmiş<sup>57</sup> ve o dönemin şartlarına göre bu fiiller zarar-ı fahiş olarak kabul görmüştür. Bunun yanında zararın katlanılmaz olması gerekmiştir. Eğer

<sup>53</sup> ALİ HAYDAR EFENDİ, C. 3, s. 2161-2166.

<sup>54</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 405.

<sup>55</sup> ALİ HAYDAR EFENDİ, C. 3, s. 2161.

<sup>56</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 405.

<sup>57</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 406.



koşullara göre normal kabul edilen bir zarar söz konusuysa zararın men' ve def' edilmesi kabul edilemez:

*“Zeyd, mülk arsasında bir menzil bina etmek istedikte cârı Amr'ın menziline asla zararı yoğ iken Amr mücerred: “Menzilim kurbi olmakla savt(sesler) istimâ olunur!” deyu bi-gayri vech Zeyd'i binadan men'e kâdir olur mu?*

*El-cevab: Olmaz<sup>58</sup>.*”

Aşçı dükkânı ya da günümüz adıyla restoranların çıkardığı koku her zaman zararlı fahiş olarak kabul edilmemiştir. Zaten edilse bu iş kolu mesleğini icra edemeyecektir. Mesela bir restoranın yakınında çok fakir komşuları varsa, kokudan çok rahatsız olsalar bile restoran yemek pişirmekten alıkoynamamaktadır<sup>59</sup>.

Bu zararlı fahiş türünde ölçüyü aşan fiilin süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Sadece birkaç kez meydana gelen zarar durumu komşunun katlanma yükümlülüğü kapsamındadır. Örneğin bir kimse evinde sürekli dibâgat sanatı (deriyi terbiye etme) icra edip gürültüden komşuları zarar görse bu durum menedilir. Ancak arada sırada yapılıyorsa menedilmeye gerek yoktur<sup>60</sup>.

#### **b) Binanın ya da Duvarın Dayanıklılığını Azaltan Su Yolu, Kenef Açma, Duvar Dibine Çöp Bırakma Gibi Fiiller**

Bu gibi fiiller komşunun dayanması, katlanması gereken eylemler değil, bilakis varlığı duvara zarar vereceği için defedilmesi gereken türdendir. Osmanlıda hukuk literatüründe bu konu önce fetvalarla ve sicillerle geliştirilmiş, sonra da *Mecelle* ile kanun maddesi haline gelmiştir. Çatalcalı Ali Efendi kenef ile ilgili;

*“Zeyd, Amr'ın duvarına muttasıl olan kendi arsasında kenef ihdas etmekle duvara vahn gelip zarar-bin olsa Amr, Zeyd'e zararını def' ettirmeğe kâdir olur mu?*

*El-cevab: Olur<sup>61</sup>.*”

Çöp bırakma ile ilgili;

*“Zeyd, cârı Amr'ın duvarına muttasıl arsasında duvarı dibi olan mahalle mezbele ittihaz edip zibil ilka etmekle duvar çürüyüp zarar-bin olsa Amr zararını Zeyd'e def' ettirmeye kadir olur mu?*

*El-cevab: Olur<sup>62</sup>.*”

<sup>58</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 409.

<sup>59</sup> ALİ HAYDAR EFENDİ, C. 3, s. 2166.

<sup>60</sup> BİLMEN, C. 7, s. 177.

<sup>61</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 409.

<sup>62</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 410.

şeklinde yorum getirerek duvarın büyük zarar görmesi ve çürümesine neden olan eylemleri zarar-ı fahiş kapsamında ele almıştır. Duvar müstakil bir duvar değil de komşunun evinin bir duvarı ise aynı şekilde zarar-ı fahiş durumu söz konusu olmaktadır.

Zarar-ı fahiş kavramına çok güzel bir örnek teşkil eden diğer bir husus da birbirine komşu olan iki evin iç kullanımının birbirinden farklı olması sebebiyle zarar oluşmasıdır. Duvarın bir tarafında yiyeceklerin konulduğu kilerin olması, diğer tarafında ise tuvalet olması ve tuvaletten gelen pis koku ve giderin kilerdeki yiyeceklere zarar vermesi şikâyet konusu olmuştur<sup>63</sup>. Zarar gören, meselesine ilişkin bir fetvayı da mahkemeye sunmuştur.

### **c) Binanın Işığını Tamamen Kapatmak, Odanın Penceresinin Işığını Yazı Okuyamayacak Şekilde Kesmek**

*Mecelle*'nin 1201'inci maddesine göre, bir evin havasını veya nezaretini kesmek veya güneşin girişini engellemek gibi zaruri ihtiyaçlardan olmayan menfaatlere mâni olmak zarar-ı fahişten sayılmamıştır. Ancak, işlediği fiil ile komşusunun ışığını ya da havasını tamamen kesmek zarar-ı fahişten sayılmıştır. Yaptırdığı duvar ile komşusunun evini karanlıklar içerisinde bırakan kişinin, oluşan bu zararı gidermek zorunda olduğu Samanizade Ömer Hulusi Efendi'nin fetvasında belirtilmiş ve daha sonra *Mecelle*'deki örnekler arasına girmiştir:

*“Zeyd menziline cârî Amr'ın camının penceresine karşı mürtefi' binâ ihdâs itmekle Amr'un menzili ziyâde karanuluk olup zarar beyyin olsa Amr zararını Zeyd'e def' itdirmeğe kâdir olur mu?”*

*El-cevâb: Olur*<sup>64</sup>”

Kadimden beri irtifa farkı olan yan yana iki haneden alçak olanın sahibi evinin üzerine bir kat çıkıp komşusunun penceresinden yazı okunamayacak hale getirirse, vermiş olduğu zararı defetmek zorundadır. Kapısından ışık alsın diyemez<sup>65</sup>. Hatta komşusunun evi başka taraftan da güneş ışığı alıyorsa, zarar veren komşu, “ışık alan diğer tarafa pencere açtırsın” teklifi de kabul edilmez. Ancak halihazırda iki pencere varsa ve sadece biri yeni bina ihdasıyla kapayıp, diğerine güneş ışığı gelmeye devam ediyorsa, bu durum zarar-ı fahiş olarak kabul edilmez (madde 1201).

<sup>63</sup> “Ma'rûz-i çâker-i kemîneleridir ki, Niğde'de Kayabaş mahallesi'nde kâin menzil-i âcizânemin divarının ittisâlinde bulunan Dürzi Yorgi nâm zimmî müceddeden kenîf ihdâs etmiş emr-i mezkûrun tahtı zahîre anbarı olup ve arka tarafı kiler odam olmağla zarar-ı şer'îsi ziyâde olduğundan merâhim-i 'aliyelerinden mercûdur ki; cânib-i Şeyhülislâmîden verilen fetvâ-i şerîfe zarar-ı şer'îsi def' olunmak üzere Niğde kâimmakâmı bendelerine hitâben bir kıt'a emirname-i sâmi' ihstâmî bâbında emr ü fermân hazret-i veliyyü'l-emrindir. Gedik oğlu Heci enâne zimmî kulları” Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, **Sadaret Deavi Evrakı**, A.}MKT. DV, 16/45, H-21-08-1265.

<sup>64</sup> Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, **Meşihat Fetvalar**, MŞH. FTV, 1/110, H-30-05-1277.

<sup>65</sup> ALİ HAYDAR EFENDİ, C. 3, s. 2166.

Sonradan yapılan binanın ya da çıkılan üst katın komşu binanın havasını kesmesi görüşünü engellemesi gibi hususlar da dikkate alınmış ve bir şikâyet mevzubahis olduğunda ilgili makamlar inceleme ekibi göndererek durumu araştırıp ona göre karar vermişlerdir<sup>66</sup>. İstanbul Edirnekapı'da Atik Ali Paşa mahallesinde sakin Susanna bt. Yani ve babası kadiya müracaat edip komşuları Londari'nin evlerinin pencerelerinin önüne ışık girmeyecek şekilde bir oda yaptırdığını ve kendi odalarında karanlıkta hiçbir iş yapamadıklarını (amele mecâl muhâl), zarar-ı şer'ilerinin giderilmesini talep etmişlerdir. Londari'ye sorulduğunda odayı ihdas ettiğini kabul etmiş ancak ışık girmeyecek kadar karşı pencerenin kapandığını inkar etmiştir. Bunun üzerine mimar ve müslihun, binaları keşfe gidip pencerenin gerçekten de tamamen güneş ışığı gelemeyecek kadar kapandığına kayıt altına almışlardır. Böylece mahkeme tarafından yapılan fiil zarar-ı fahiş olarak kabul edilmiş ve Londari'ye zararın giderilmesine ilişkin tembihte bulunulmuştur<sup>67</sup>.

## **2. Taşkın Yapı/İnşaat**

Günümüz komşuluk hukukunda çokça dava konusu yapılan olan taşkın yapı<sup>68</sup>, bir taşınmazda yapılan inşaatın taşınmazın sınırlarını aşarak komşu taşınmazın içine giren, ona tecavüz eden kısım<sup>69</sup>. Örneğin bir inşaatın temelini komşu taşınmazın altına girmesi, bodrum katın komşu taşınmazın temeline kadar gelmesi, balkonların saçakların komşu taşınmazın havası içine taşması tecavüzdü sayılır ve zarar gören malik bu duruma katlanmak zorunda değildir<sup>70</sup>. Osmanlı döneminde de taşkın yapılar zarar-ı fahişten sayılmış ve izale olunması gerekliliği

<sup>66</sup> "Taraf-ı devletlerinden Ebniyye hâssa müdfrine, Fî 11 CA. (12)62, Emekdârân-ı hulefâdan hâmil-i tezkire-i senâver El-hâc Tâhir Efendi bendelerinin çihârşenbe pazarında vâki' Mehmed Ağa câmi'i semtinde vâki' sâkin olduğu hânesi divârı üzerine câr-ı mülâhıkı bulunan İbrahim Ağa nam kimesne tahta havâle inşâsıyla nazârını ve hâne-i mezkûrun hevâsını kat' itmiş olduğunu efendi mûmâ-ileyhe ifâde birle bir nefer halîfe tayînini iltimâs itmiş olmağla hâne-i mezkûrun mu'âyenesi zîmnında bir nefer halîfenin tayîn ü irşâli hususuna himmet-i behiyeleri dergâr buyurulmak menût-i şîme-i behiyeleridir." Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, **Sadaret Mektubi Kalemi Evrakı**, A) MKT, 41/72, H- 11-05-1262.

<sup>67</sup> **İstanbul Mahkemesi 22 Numaralı Sicil (H. 1107-1108 / M. 1695-1697)**, M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), C. 57, çev. Ali Coşkun, Mehmet Akman, İstanbul, Kültür A.Ş., 2019, s. 311, hüküm no: 212.

<sup>68</sup> Günümüz hukukunda komşu taşınmaz üzerinde irtifak hakkı varsa taşınmazın taşkın yapı yapanın bütünleyici parçası olur. Zarar gören malik, zararın giderilmesini isteyemez. İrtifak yoksa, Medeni Kanun ayrıca talebin ileri sürülebilmesi için hak düşürücü süre tanımıştır. 15 gün içinde zarar gören malik itiraz etmezse ve ortada iyiniyet varsa taşkın yapıyı yapan komşu taşınmazın taşınmazın taşınmazın devredilmesini isteyebilir: *Medeni Kanun madde 725*: "Bir yapının başkasına ait araziye taşınmazın kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşınmazın arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur."

Böyle bir irtifak hakkı yoksa, zarar gören malik taşınmazı öğrendiği tarihten başlayarak on beş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşınmazın taşınmazın taşınmazın taşınmazın devredilmesini isteyebilir."

<sup>69</sup> AKİPEK, Jale G., **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)**, İkinci Kitap: Mülkiyet, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 194.

<sup>70</sup> OĞUZMAN M. Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, Gözden geçirilmiş 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 513.

vurgulanmıştır. Örneğin İlyas b. Himmet'in evinin saçağının komşusunun avlusuna girmesi bir davaya konu olmuş ve fazlalık saçağın kesilmesi gerektiğine mahkemece karar verilmiştir:

*“Oldur ki Mahalle-i Ma'mûre'den Mihri bt. Cafer mahfil-i kazâya hâzire olup İlyas b. Himmet nâm kimesneyi ihzâr ve muvâcehesinde takrîr-i merâm edip mezkûrun evi saçağı havlumun içine havâle olup hâlâ ev binâ etmek murâd edinip bir zirâ' mikdârı yere saçak mâni' olur zirâ' mikdârı yer kesilmesin taleb ederin dedikde gibbe's-suâl mezkûr İlyas saçağın ol mikdâr yerini kesmeğe râzı olup ve lâkin mezbûre Mihri dahi benden cânibe olan havlusunu yapıp havâlesin tuta demegin mezbûre kabûl edip yapacak olmağın vâki' hâl cânibeynin talebiyle kayd olundu. Tahrîren fî târihi mezbûr (991/1583)<sup>71</sup>.”*

Mecelle'nin 1195. maddesi de aynı şekilde “Kimesne hanesinde ihdas eylediği odasının saçağının komşusunun hanesi üzerine uzatamaz. Uzatarsa ol hane üzerine gelen mikdarı kat' olunur.” hükmü ile taşkın yapılar konusundaki içtihadı kanunlaştırmıştır. Burada Ali Haydar Efendi'nin işaret ettiği nokta “ihdas eylemek” tabiridir. Yani saçaklı bina önceden beri komşusunun arsası üzerine uzamışsa, komşu daha sonra bina yapıp saçağı kestirmeye çalışamaz<sup>72</sup>. Kadim ilkesi bu hususta da caridir. Ancak, saçağın kadimden beri orada bulunması saçağın sahibine mülkiyet hakkı kazandırmaz. Fetvalarda görülüyor ki kadimden saçağın bulunmasının hukuken engellenememesi sonucu saçak sahipleri, saçağın suyunun düştüğü yerde komşusu tasarruf etmek istediğinde kendilerinden izin alması gerektiği düşüncesine kapılmışlardır<sup>73</sup>. Oysa oluşan durum sadece

<sup>71</sup>“...meclis-i ma'kûd-ı mezbûrda câr-ı mülâsıkı Londari v. Niko nâm zimmî muvâcehesinde her biri üzerine da'vâ ve takrîr-i kelâm edip mezbûr Londari bizim mülk menzimizizin işbu ikinci tabakada vâki' odamızın kadimî olan bir aded penceresini ve üç aded duvar camlarını sed edip tahta-pûşi üzerine müceddeden bir oda binâ etmek murâd edip mu'âyene olunan işbu sakf ihdâs etmeğın bizim odamızın ziyâsını giderüp karanlıktan hiçbir amele mecâl muhâl olup zarar fâhiş olmağla ba'de'l-mu'âyene suâl olunup zarar-ı şer'îsi def' olunmak matlûbumdur dedikde kazıyye minvâl-i muharrer üzere olduğu ba'de'l-mu'âyene ve'l-müşâhede suâl olundukda mezbûr Londari cevâbında ber-vech-i muharrer pencereyi ve üç aded mezbûrânın mülk menzillerinin ikinci tabakada vâki' odalarının camlarını sed edip kendi menzilin tahta-pûşi üzerine mârrü'z-zikr sakf ihdâs etdiğini ikrâr, ber-vech-i muharrer ziyâsına mâni' olduğunu inkâr edicek mi'mâr -ı mezbûr muslihûn-ı mezkûrûn, ber-vech-i muharrer nazar etdiklerinde fi'l-hakîka mezbûrânın odasının üç aded camlarını ve bir aded penceresini mezbûr Londari sed edip üzerine sakf ihdâs etmekle oda-i mezbûrenin ziyâsını giderüp karanlık olup bir vechile amele mecâl muhâl olup zarar-ı fâhiş olduğunu alâ tarîkı'ş-şehâde haber vermeleriyle lede'ş-şer'-i'l-enver zarar fâhiş olduğu şer'an müte'yyin ber-vech-i muharrer ziyâsına mâni' olmayıp zarar-ı şer'îsini def'a mezbûr Londari'ye [tenbih ile] mevlânâ-yı mezbûr mahâllinde ketb ve tahrîr ba'dehû ma'an ba's olunan Ali b. Bali ve Mehmed b. Mehmed ile meclis-i şer'-i şerîfe gelip alâ vukû'ihî inhâ ve takrîr etmeğın mâ hüve'l-vâki' bi't-taleb ketb olundu. Fi'l-yevmi'r-râbi ve'l-ışrîn min-Şevvali'l-mükerrrem sene [1]107, Şuhûdü'l-hâl: İmâm İbrahim Efendi b. Ali, Abdurrahman Efendi b. Mehmed Efendi, İbrahim Çelebi b. Mehmed, İsmail Efendi b. Abdurrahman, Mehmed Çelebi b. Dilaver.” **Üsküdar Mahkemesi 56 numaralı sicil (H. 990-991 / M. 1582-1583)**, M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), C. 9, çev. Hilal Kazan, Kenan Yıldız, Mehmet Akman, İSAM, 2010, s. 182, Hüküm no:369.

<sup>72</sup> ALİ HAYDAR EFENDİ, C. 3, s. 2156.

<sup>73</sup> ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, s. 594.

komşuların birbirine katlanma yükümlülüğü içerisinde. Komşusu saçağa izin veriyor diye saçağın olduğu yere cumba gibi çıkıntı yapılması da mülkiyet hakkının ihlali. Bu taşkın yapıdan zarar gören komşunun müdahalenin menedilmesini isteme hakkı vardır<sup>74</sup>. Bunun yanında saçağın kesilmesi saçağın sahibinde bir zarar meydana getiriyorsa, bu takdirde başka bir yöntem bulunması gerekecektir<sup>75</sup>.

1196. madde ise komşunun bahçesindeki ağaçların dallarının büyüyüp komşusunun evinin ya da bahçesine uzanması taşkın yapı olarak nitelendirilmiştir. Bu durumda üzerine dal sarkan komşu, dalların geri çektilmesi ya da kestirilmesini talep hakkına sahiptir. Bu hak tedricidir. Dallar geri çekilebiliyorsa kişi kestirilmesini talep edemez<sup>76</sup>. Dallar bizzat komşu kesmişse ikili bir ayırım vardır. Eğer hâkimin takdir edeceği yerden keserse ağacın sahibini tazmin etmesi gerekmez; takdir edilenden fazla kesmişse oluşan zararı tazmin etmelidir<sup>77</sup>.

Taşkın yapıya misal olarak birbirine komşu iki tarla sahibi arasındaki hukuki ilişki de komşuluk hukuku kapsamındadır. Zarar-ı fahiş kapsamında örneklendirmek gerekirse komşulardan biri diğerinin tarlasına su taşıyıp zarar verecek şekilde nehrin yatağını değiştirdiği takdirde, zarar gören tarafın bu zararını defettirme hakkı bulunmaktadır<sup>78</sup>.

Çıkmaz sokakların komşuluk hukukundaki yerinden ve bu sokakta oturanların arasındaki münasebetin normal yoldakinden daha yakın olduğundan daha önce bahsedilmişti. Çıkmaz sokakta bitişik komşu olmasa bile komşuların zarar-ı fahiş eylemleri elbette yasaktır. Ancak kadimden beri olan bir durumun daha sonra zarar-ı fahiş sayılıp menedilmesi de mümkün değildir. Mesela eskiden beri çıkmaz sokağa ya da komşu mülke taşan şehnişini/cumbası olan mülk sakininin taşan yapısına sonradan müdahale edilemez:

*“Bir tarik-i hâssın erbâbından Zeyd ol tarikte mülk menzili olup kadimden şehnişini olan Hind’e şehnişini bi-gayri vech-i şer’ hedm ettirmeye kâdir olur mu?”*

*El-Cevap: Olmaz<sup>79</sup>.”*

<sup>74</sup> “Zeyd’in menzilin saçağı kadimden bi-hakkın Amr’ın arsası üzerine uzanmış olup damlası Amr’ın arsasına akagelmışken hâlen Zeyd “Vech-i muharrer üzere saçağın damlası arsa-i mezbure üzerine aka gelmekle arsa benim olmuş olur” deyu saçağın suyunu âhar mevzie icra edip Amr’ın izinsiz arsa-i mezbure üzerine saçağı beraber şehnişin bina etmeye kâdir olur mu? El- cevab: Olmaz.”, ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, s. 594

<sup>75</sup> BİLMEN, C. 7, s. 175.

<sup>76</sup> “Zeyd’in ceviz ağacının dalları Amr’ın mezru’ tarlası üzerine uzanıp ekine zararı olsa Amr, ol dallardan şedd ile def’-i zarar mümkün olanı Zeyd’e şedd ettirip olmayı kat’ ettirmeye kâdir olur mu? El-cevab: olur.”; “Zeyd’in meyve eşcarının dalları Ar’ın bağına tedelli edip...Zeyd ol dallardan şedd ile def’-i zararı mümkün olanı şedd edip...Amr razı olmayıp Zeyd’e eşcârı diplerinden kat’ eyle diye cebre kâdir olur mu? El-cevab: olmaz.”, ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 420.

<sup>77</sup> ALİ HAYDAR EFENDİ, C. 3, s. 2156-2157.

<sup>78</sup> *Neticetü’l Fetava*, s. 394.

<sup>79</sup> *Neticetü’l Fetava*, s. 393.

### 3. Makarr-ı nisvan

Makarr-ı nisvan, kadınların hane içerisinde tesettüre girmeden buldukları yerlerdir. Bu bölümlerin komşu tarafından görülmesi hem *Mecelle*'de hem de fetvalarda zarar-ı fahiş olarak nitelendirilmiştir. *Mecelle*'nin 1202. maddesinde genel olarak hangi mahallerin makarr-ı nisvan olarak sayılacağı belirtilmiştir. Ancak bu mekanlar tahdidi olarak sayılmamıştır:

*“Mutfak ve kuyu başı ve hanenin havlısı gibi makarr-ı nisvân olan mahallin görünmesi, zarar-ı fâhiş addolunur.*

*Binaen-alâ-zâlik, bir kimsenin hanesinde ihdâs eylediği penceresinden yahut müceddeden inşâ eylediği binanın penceresinden, câr-ı mülâsıkının, yahut sokak aşırı hanesi olan bir kimsenin, makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa, bu zararın ref'iyle emr olunur. Ol kimse dahi, nisvân görülmeyecek sûrette duvar yahut tahta perde yapıp ol zararı def' etmeye mecbur olur. Amma beher hal, penceresini seddetmek üzere cebr olunamaz.*

*Nitekim, çitten ma'mûl bir hâitin aralığından, komşunun makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa, ol aralıkları seddetmek üzere, hâitin sahibine emr olunur. Amma yıkıp da duvar yapmak üzere cebr olunamaz.” (22. maddeye bak)”*

Madde metninde makarr-ı nisvanın görülme ihtimali olan yerler arasında bitişik komşunun yanı sıra sokak aşırı hanesi olan komşuları da katarak kapsamını genişletmiştir. Bu durum önemlidir çünkü mülkiyete ilişkin hususlarda çoğunlukla komşudan kastedilen bitişik komşudur. Oysa bu maddede sokağın karşı çaprazından makarr-ı nisvan görülüyorsa bu görece uzak komşunun penceresi veya duvarını kadınları görmeyecek şekilde değiştirmesi gerekmektedir<sup>80</sup>. Hatta bir fetvada caminin müezzine minareden ezan okurken mahalledeki kadınları görme ihtimaline karşın aşağıda ezanı okumasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir:

*“Cemaatten bazı kimesneler Zeyd-i müezzine ö(y)ğle ve ikinci ezanını minarede oku dediklerinde Zeyd dahi bazı Müslümanların evlerine havâledir aşağıda okurum demeğe kâdir olur mu? Beyan buyurulup müsâb oluna!*

*El- cevab: Allahu a'lem, fi'l-vâki havâle olup Müslümanların avreti görünürse aşağıdan okusa olur.*

*Ketebehû el-fakîr Hamîd ufiye anh<sup>81</sup>”*

<sup>80</sup> ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, s. 594.

<sup>81</sup> *İlmiye Salnamesi*, Birinci Defa, Matbaa-i Amire, 1334, s. 390.

Madde 1204'e göre bahçe makarr-ı nisvan sayılmamıştır. Kadınlar ara sıra o bahçeye çıkıyor olsalar bile, kişi komşusundan “Bahçeme olan nezaretini kes” diyemez<sup>82</sup>. Ancak mutfak bahçede ise veya bahçedeki kuyudan başka kuyu yoksa ve bu kuyuyu kadınlar kullanıyorsa bu durumda bahçe kadınların mahalli olacağından makarr-ı nisvan sayılır ve bu bahçeyi görmek zarar-ı fahiş kapsamına girer<sup>83</sup>.

Selamlık odası da dışta kalan oda olarak sayıldığı için makarr-ı nisvandan sayılmamıştır:

*“Zeyd’in ihdas ettiği pencerelerinden cârı Amr’ın makarr-ı nisvan olan mevâziine havâlesi olmayıp hâriciye olan odasının bazı mevâzii görünse Amr, “havalem vardır” diye Zeyd’e pencerelerini kapatmaya kâdir olur mu?*

*El-cevab: Olmaz<sup>84</sup>.”*

Osmanlı hukukçuları ev içi mahremiyetin korunmasına büyük önem vermişlerdir. Kadınların alanını görme ihtimali olan her türlü pencere açımı, yüksek kat çıkılması, duvarın indirilmesi gibi eylemlerin önlenmesini istemek, zarar gören komşunun hakkıdır<sup>85</sup>.

Makar-ı nisvanı görülmesinden dolayı zarar gören komşu, kendi imkânı ile zararı giderilebilecekse bile yapmak zorunda değildir. Zarar veren taraf her halükârda zararı gidermekle yükümlüdür<sup>86</sup>.

Hz. Ömer için söylenen bir rivayete göre, bir kişi komşusunun bitişiğine bir oda inşa etmiş ve komşusunun evine bakar şekilde bir pencere açmıştır. Bitişik komşu evimin içi görülüyor diye Hz. Ömer’e şikâyetle bulunca cevaben “Pencerenin altına bir basamak konur ve üzerinde bir adam durur. Eğer komşunun evinin içi görülüyorsa bu pencere kapatılır. Aksi halde müdahale edilmez”<sup>87</sup>. Buna benzer bir olay *Fetâvâ-yı Ali Efendi*’de vardır: Komşulardan biri menzilin duvarında çatıya yakın mevzide camlı penceresi varsa, komşusu bu pencereye “merdiven ile

<sup>82</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 403.

<sup>83</sup> ALİ HAYDAR EFENDİ, C. 3, s. 2167.

<sup>84</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 403.

<sup>85</sup> “Âcizleri Tırnevî (Tırnova) Kazası sâkinlerinden olup müteveffâ pederimiz Râşid Efendi’den âcizleriyle üç nefer karındaşlarına müştereken intikâl iden bir bâb hânenin makarr-ı nisvâna nazar mahalline komşumuz Bilal kendü hânesinin odasından müceddeden pencere küşâd ve ihdâsıyla tarafımıza îrâs-ı mazarrat eylediğinden ve bunun men’ u def’i hakkında yedimizde fetvây-ı şerife bulunduğundan ber müceb-i fetvây-ı şerife mahallinde şer’-i şerif ve meclis marifeti ile rû’yet birle pencere-i mezkûrenin kapatırılması mazarrat-ı vâkı’anın men’ u def’i bâbında Tırnevî Kâimmakâmı sa’âdetlü paşaya hitâben bir kıt’a emirnâme-i sâmi-i hazret-i vekâletpenâhîlerinin tastîrine müsâ’ade-i ‘aliyye-i cenâb-ı sadâretpenâhîleri bî-dirîğ ve berşân buyurulmak bâbında ve her halde emr ü fermân hazret-i veliyyü’l-emrindir. Fi 27 Şevvâl (12)76”, Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, *Sadaret Deavi Evrakı*, A.} MKT. DV, 162/67, H-07-12-1276, erişim tarihi 28.02.20, Aynı nitelikte Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, **Teftişat-ı Rumeli Evrakı Arzuhaller**, TFR.I.SKT, 47/4626, H-10-05-1322.

<sup>86</sup> ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, s. 594.

<sup>87</sup> KÖSE, s. 172.

çıkıp makarr-ı nisvan olan mevziimi gözlersen, pencereni kapat” deyip, zorla pencereyi kapattıramaz<sup>88</sup>. En sonunda da *Mecelle*’nin 1203’üncü maddesinde yüksekteki pencerenin kapatılması meselesine son nokta konulmuştur:

*“Birinin, insan boyundan yüksek yerde penceresi olup da ihtimal ki, merdiven vaz’ıyla komşusunun makarr-ı nisvân olan mahalline nazar eyler diye, komşusu ol pencereyi serdettiremez.”*

Komşuların Müslüman ya da gayrimüslim olması zararın def’ olunmasına engel değildir. Örneğin, Çatalcalı Ali Efendi fetvasında<sup>89</sup>;

*“Zeyd, mülk menziline ihdas itdiği pencerelerinden cârı Amr-ı yahudinin makarr-ı nisvan olan mevazii görünüb havâlesi olsa Amr, Zeyd’e “Havaleyi def’ eyle!” didikte Zeyd, yahudiye “havale olmaz” deyu imtinaa kadir olur mu?*

*El cevab: Olmaz.”*

denilerek Müslüman bir kimsenin evinin penceresinden Yahudi komşusunun kadınlara ait olan bölümlerinin görülmesi uygun görülmemiştir.

Bir binanın kamu yararına hizmet için yapılmış olması da makarr-ı nisvan hususunun göz ardı edilmesini haklılaştırır<sup>90</sup>:

*“Zeyd, vakfitemek için bir tekye bina ve ihdas itdikte ol tekye kurbünde menzili olan Amr’ın makarr-ı nisvan olan mevazii görünüb havalesi olsa Amr, havaleyi Zeyd’e def’ itdirmege kadir olur mu? El cevab: olur.”*

Bir kimsenin komşusu evine yeni pencere açsa ve pencereden o kişinin makarr-ı nisvanı görülse, zarar veren komşu “Eskiden duvarın yüksekti, bu nedenle zararı kendin gider” diyemez. Çünkü duvar olduğu gibi kalmamıştır, kadim hal söz konusu değildir<sup>91</sup>:

*“Zeyd’in menziline ihdas itdiği pencerelerinden cârı Amr’ın makarr-ı nisvan olan mevazii görünüb havalesi olmağla Amr, Zeyd’e havalesini def’ itdirmek murat etdikde Zeyd, Amr’a: “Menzilin havalesi divarı on beş sene mukaddem yüksek imiş, öyle olucak sen divarını terfi’ eyle, havaleyi def’ eyle” diyüb havalesini def’ den imtinaa kadir olur mu?*

*El cevab: Olmaz.”*

Kadimden selamlık odası olan oda daha sonra kadınların odası haline gelirse ve oda bu haliyle komşusu tarafından görünür olsa, odanın sahibi komşusundan pencerelerini kapat veya havale tut diyemez. Ya da her daim kiralanan odalar bir süre sonra kadınlara kiralansa komşuya pencerene engel koy denemez<sup>92</sup>. *Mecelle*,

<sup>88</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 403.

<sup>89</sup> ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, s. 595.

<sup>90</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 398.

<sup>91</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 399.

<sup>92</sup> ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, s. 595.



kadim olanı esas alarak yeni bina yapan zarar görüyorsa zararı kendisinin defetmesi gerektiğine hükmetmiştir:

*“Madde 1207: Bir kimse, meşru’ olarak mülkünde tasarruf etmekte iken, başkası anın yanında bina ihdâsıyla, kendisi mutazarrır olsa, zararını ancak kendi def’ etmek lâzım gelir.*

*Meselâ bir hanenin kadîmî pencerelerinden, diğer kimsenin muhdes hanesinin makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa, muhdes hane sahibi, mazarratını kendi def’ etmek lâzım gelir. Atîk hane sahibinden iddiâyâ salâhiyeti yoktur. Nitekim bir kimse, demirci dükkânına muttasıl arsasında, bir hane ihdâs eylese, “demir darbından haneme zarar-ı fahiş terettüb eder” diye, dükkânı ta’til ettiremez. Ve kezâ, eskiden harman yeri olan bir mahallin kurbunda, biri hane ihdâs ettikde, “harmanın tozu hanem üzerine gelir” diye, harman sahibine “burada harman dökme” diyemez.”*

İki komşunun mülk menzilleri arasında bulunan ve bir tarafa ait olan çalı vb. türde paravan (havlu, perde) yıkılırsa, paravanın sahibi karşı tarafa “*Mevzinden makarr-ı nisvan yerlerim görünüyor. Havluyu sen yap.*” diyemez. Bunun yerine kendisi yapabilir. *Mecelle*’nin 1317. maddesine göre iki hane arasındaki duvar yıkılmışsa ve birinden diğerinin makarr-ı nisvanı görünüyorsa, birinin sahibi diğerini ortaklaşa aralarına duvar yaptırmaya zorlayamaz. Ancak hâkim, tahtadan veya buna benzer bir nesneden çit (sütre) yaptırmalarını isteyebilir.

İki kişi ortaklaşa sahip oldukları evi bölüştüklerinde birbirlerinin payına düşen yerlerden birinin diğerinin makarr-ı nisvanı görünür olursa ve gören taraf perde veya duvar çekmeye yanaşmazsa, hâkim iki mülk arasına tahta perde veya duvar gibi bir sütre yapılmasına hükmedebilir (*Mecelle* madde 1206)<sup>93</sup>.

Makarr-ı nisvanın görünmesi durumunda zararın def’inin gerektiği mutlaktır. Ancak bu düzeltmeyi isterken aşırıya kaçılmaması gerekir. Çünkü *zaruretler kendi miktarlarıncâ takdir olunur* (madde 22). Örnek olarak zararın giderilmesi pencereye bir perde çekilmesi ya da makarr-ı nisvanı görmeyecek şekilde duvar örmekle mümkün iken, pencerenin tamamen kapatılması istenemez ya da aralarında çitten yapılmış duvardan makarr-ı nisvanının görüldüğünü iddia eden kimse yalnızca çitin aralıklarının kapatılmasını isteyebilir ancak taş duvar yapılmasını isteyemez (Madde 1202/2). Bir başka olayda kendi binalarının

---

<sup>93</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 400.

üzerine mahalledeki diğer evlerin makarr-ı nisvanını görecek yükseklikte çatı katı yapan kardeşlerden bütün binanın yıkılması istenemez. Sadece çatı katı yıktırılır<sup>94</sup>.

Makarr-ı nisvan bazı hallerde sadece ev içinde kadınların yaşadığı yer anlamını aşacak şekilde kadınların daha çok bulunduğu bölge olarak da kullanılmıştır. Özellikle Tanzimat döneminden sonra kadınlar kamusal alanlarda daha çok görünür olmuştur. Kadınların sokağa çıkması ile onların sık sık dolaştığı bölgeler hakkında erkeklerle daha az muhatap olacak şekilde düzenlemelere gidilmesi gerekmiştir. Örneğin, Ortaköy’de bulunan iki iskeleden birini kadınlar daha sık kullanmakta ve diğeri ise eşya taşımacılığı işlevi görmektedir. Havanın kötü olduğu zamanlar eşya taşıma kayık ve sandallarındaki hamallar ve işçiler kadınların geçtiği iskeleden eşya boşaltmakta ve oradan geçenlere sözlü sataşmada bulunmaktadır. Bunun engellenmesi adına tüm gayrimüslim ve

---

<sup>94</sup> “İstanbul’da kâin Emin Bey mahallesi ahâlfisinin rikâb-ı hümâyûna takdîm eylediği arzuhalleri mefhûmunda mahalle-i mezkûrede Yahya Bey(Beşe)zâde ka’ran onbeş hanelere mütecâviz hânesinin sakfî üzerine bu esnâda tahte’s-semâ binâ ve ihdâs edüp zikrolunan tahte’s-semânın ahâli-i merkûme(muttasıl) menzillerinin makarr-ı nisvân olan mahallerine nazar ve kendülere zararı olduğu bâhir idüğünü beyân-birle sâlifü’z-zikr tahte’s-semânın hedmiyle zararı men u def’ u ref’ olunması tahrîr ü istirhâm etmeleriyle mi’mâr Ağa ma’rifetiyle mahal-i nizâ’ üzerine lede’t-terâfu’ zikr olunan tahte’s-semâ menzili sakfî üzerine Yahya Bey(Beşe) birâderzâdesi İbrâhim Bey kerimesi Emine Hanım binâ ve ihdâs etmiş olduğunu ve zikr olunan Tahte’s-semâ’nın ahâli-i mezbûrede esâmileri derûn-i i’lâmda mezkûr kesânın menzillerine nazarı ve havâlesi olduğundan başka bu makûle tahte’s-semâ’binâ ve ihdâsî bâ-fermân-ı âli mennû’âtda idüğünü mahall-i nizâ’ üzerine ... mi’mâr halîfe(kalfası) ve ebnâ-i şer’-i şerîf gelüp haber vermesine evvela Kadıaskeri Efendi dâ’ileri zahr-i arzuhâle ilam etmeğin arzuhâl-i mezkûr manzûr-i şâhâneleri buyurulmak için merkûm ‘atebe-i ulyâ-yı mülûkâneleri kıldığı ve zikr olunan tahte’s-semâ’nın ma’lûm-i hümâyûnları buyuruldukda fermân şer’an hedmi ....gelmekle hedmi hususu mi’mâr Ağa kullarına haber ? olduğu ma’lûm-i hümâyûnları buyuruldukda fermân (hazret-i men lehü’l-emrindir.), Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, **Cevdet Belediye**, C.BLD, 32/1560, H-29-12-1255.

Müslüman cemaat mahkemeye başvurup durumun düzeltilmesini talep etmişlerdir<sup>95</sup>.

Kamusal alanda makarr-ı nisvan dolayısıyla mülkiyet hakkında bir sınırlama yapılabilmesi için talebin makul olması gerekir. Yukarıdaki örnekte mahalleye yakın iskeleye yanaşan şahıslar eşyalarını eşeklere yükleyip mahallenin ana yolu üzerinden geçerken taşkınlık yapmaları, kadınlara sarkıntılık etmeleri, mahalle içerisinde huzuru kaçırmaları sebebiyle tacirlerin uzaktaki iskeleye yanaşmaları, yüklerini oraya boşaltmaları emredilmiştir. Bunu mahalle içinde yaşayan ve evine tadilat yapmak isteyen bir şahısa indirgersek, bu komşunun mülkiyet hakkını kamusal alandaki makarr-ı nisvan anlayışı dolayısıyla kısıtlamak için çok geçerli bir sebebin olması gerekir. Ana yol üzerine ev yapan bir kişinin, âdet üzerine yani yanındaki inşa edilmiş olan diğer binalardaki gibi evine cumba yaptırması, yoldan

---

<sup>95</sup> Ma'rûz-i dâ'i-i devlet-i 'aliyyeleridir ki, Mahrûse-i Galata muzâfâtından Beşiktaş Kasabası'na tâbi Ortaköy ahâlilerinden ashâb-ı arzuhâl ve berber esnâfının köşe ustası İbrahim Ağa ve Mehmed Çelebi ve Kahveci Ahmed ile Ermeni milletinin cemaat başlıları Asvâder ve Kalyos Kalos ve köy kahyâları Evanz ve Rum Milleti'nin cemâ'atbaşısı Elya ve köy kahyaları Dimitri nâm zımmîler ve Yahudi Milleti'nin cemâatbaşlıları Mosi ve Avram ve diğer Mosi kahyaları Yasaf nâm yahûdiler ile sâir yüz neferden mütecâviz kimesneler serbostan hâssa izzetlü Ağa bendeleri tarafından mürsel hâssa hasekîlerinden Ali Ağa kulları hâzır olduğu halde mahrûse-i mezbûre mahkemesinde meclis-i şer'-i hatîrde her biri takrîr-i kelâm ve ifâde-i merâm edüp bizler zikr olunan Ortaköy ahâlîsinden olup lâkin karye-i mezkûrenin kadîm iskelesi sâlhâne iskelesi olmağla hatab ve kömür ve hamr ve taş ve fişki kayıkları iskele-i merkûmeye yanaşup yüklerini merkeblere tahmîl ve iktizâ eden mahallere getürmekte iken karye-i merkûmenin âhar tarafında piyâdeye mahsûs koyun iskelesi ta'bîr olunur iskeleye ba'zen taş ve fişki kayıkları dahi yanaşup yüklerini merkeblere tahmîl ederek dar zokaklardan geçüp nize alîl ü ihtiyâr kimesnelere ve sıbyân u nisvân mazarratları olduğundan men' u def' i bâbında karye-i merkûme ahâlîsi yedlerine mukaddemen iki kitâ fermân-ı âlişân verilmiş ise de ve bu evânda mârru'l-beyân koyun iskelesi'ne hatab ve kömür ve hamr kayıkları yanaşdığından iştidâd-ı hevâda nisvân tâifesi piyâde ile yanaşmayup ve gözünü mahal olmadığından bazı erâzil kimesneler kayıklara gelüp şûrb-i hamr ve nâ-hemvâre hareket etmekte olduklarından emn ü râhatımız külliyyen meslûb ve râyihâsından dahi mürûr u 'ubûr eden ehl-i İslâm müteezzî olmağla İstanbul'da Lanka Beyi Kapusu hâricinde yeni mahalde vâki' hamam iskelesi makarr-ı nisvân olduğundan piyâdeye mahsûs olup iştidâd-ı hevâda nisâ tâifesi piyâdeler ile yanaşup çıkageldiklerinden fakat zikr olunan koyun iskelesine taş ve fişki kayıkları men' u def' olmak takrîbiyle hatab ve kömür kayıkları ve sâir sefâiyinin yanaşması ve temur ve palamar rabt eylemesi mahzûr ve mazarratdan sâlim olmadığından iskele-i mezkûreye sağır u kebîr sefâiyin yanaşmak ve temür ve palamar rabtolunmamak vâyiderî olur ise men' u def' ve te'dîb kılınmak bâbında Haremeyn muhâsebesinden bir kıt'a fermân-ı âlişân verildiği müstebân olduktan sonra ahâlî-i karye-i merkûmenin istid'âları üzre sâlifü'l-beyân koyun iskelesine piyâdeden gayri sağır u kebîr hatab ve taş ve kömür ve fişki ve hamr kayıkları yanaşması ve Temur ve palamar rabt eylemesi mazarratdan emîn ü sâlim olmadığından bi'l-ihhtiyâr zâhir ve mütehakkık ve husus-i mezkûr için fermân-ı âlişân verildiği dahi ber-müceb-i derkenâr mesbûk-i bi'l-mesel olmağla bu sûretde sâlifü'z-zikr koyun iskelesine fimâ ba'd piyâdeden gayri sağır u kebîr kayıklar yanaşmayup temür ve palamar rabt etmeyüp vâyiderî olur ise men' u def' ve te'dîb olunmak bâbında bâlâsi tuğrây-ı garrâ ile ma'nûn ? bir kıt'a fermân-ı âlişân i'tâsiyla ahâlî-i karye-i merkûmenin istid'âlarına müsâ'ade-i aliyye buyurulmak re'y-i âlîlerine menûti mevâddan idüğü imtisâlen li'l-emri'l-âlî huzûr-i âlîlerine i'lâm olundu. Bâkî emr ü fermân hazret-i veliyyü'l-emrindir. Fi'l-yevmi's-sâdis min şehri Rebi'ü'l-âhir lisene isneteyni ve erbe'in ve meteyni ve elf', Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, **Cevdet Belediye**, C. BLD, 43/2137, H-06-04-1242.

geçenlere bir zararı yok iken “Kadınlarımız sokağa çıktığında pencerelerinden görünür” gibi bir sebeple engellenemez<sup>96</sup>.

Diğer zarar-ı fahiş çeşitlerinde olduğu gibi makarr-ı nisvanda da komşuların mülkiyet haklarının sınırlanmasında hakkın özüne dokunulmamalıdır. Kişinin malından faydalanmasını tamamen engellememelidir. Örneğin, bir kişinin tarlasının yakınında komşusu bir ev ihdas edip, tarla sahibine tarlasından menzilinın makarr-ı nisvanı görüldüğünü iddia edip tarlasını ekip biçmesini engelleyemez.

#### **4. Temiz Suyu Kirletme**

*Mecelle*'nin 1212. maddesine göre bir kimsenin temiz su kuyusunun yakınında komşusu bir yeraltı lağımı ya da tuvalet yapıp temiz suyu kirletse, meydana gelen zarar fahiştir ve giderilmesi gerekmektedir. Zarar, çimento veya kireç gibi malzemelerle giderilemez ve lağımdan gelen maddelerin kuyuya geçişi engellenemezse, yapılan lağım veya tuvalet kapatılır. Burada hâkim komşuya lağım suyunun komşunun kuyusuna karışmayacak uzaklıkta bir kenef ya da kariz yapmasını emreder<sup>97</sup>.

Sadece yakın komşunun temiz suyunun kirlenmesi bu bahse girerken, bir komşunun bir şekilde bütün mahallenin temiz suyunu kirletmesi kamu menfaatini zarara uğratan fiiller kısmında değerlendirilecektir.

#### **5. Kamu Menfaatini Zarara Uğratan Fiiller**

Bir kişinin mülkündeki bir tasarruftan dolayı kamunun zarara uğraması durumunda bu zararın giderilmesi gerektiği bütün hukukçular tarafından kabul görmüş bir meseledir<sup>98</sup>. Üstelik kamu menfaatini ihlal eden kadim zararlar da Osmanlı hukuk düzeni tarafından korunmamıştır (madde 7). Komşuluk hukuku kapsamında *Mecelle* zarar görenler olarak “mârre” (yoldan geçenler) olarak adlandırılmış ve mârreyi, “amme vezninde tarik-i âmmden mürûr ve ubûr eden kimseler olarak tanımlanmıştır (madde 1048).

Kamu menfaatini zarara uğratan zarar-ı fahiş durumu genellikle komşular geçsin diye yol olarak ayrılmış bir arsanın ya da herkes tarafından kullanılan suyun/kuyunun/derenin vb özel mülke dahil edilmek istenmesi sonucu oluşan zarardır. Burada resmi olarak malın sahibi o komşu olarak görünse bile kamu menfaati ağır bastığı için zarar veren komşunun yapmış olduğu eylemi geri çekmesi gerekmektedir:

*“Bir belde valisi Zeyd, Hind’in menzili karşısında olan tarik-i âmmdan bir miktar yeri senede mirîye şu kadar akçe mukataaa ile Hind’e verip Hind dahi ol yeri menziline ilhâk ve üzerine bina ihdâs edip lakin tariki*

<sup>96</sup> ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, s. 593.

<sup>97</sup> ALİ HAYDAR EFENDİ, C. 3, s. 2176.

<sup>98</sup> ÇALIŞ, s. 173.

*tazyik etmekle mârreye zararı olsa mârre Hind'e binasını şer'an kal' ettimeğe kâdir olurlar mı?*

*El-cevab: Olurlar<sup>99</sup>. ”*

Selanik şehrinin Kavala semtinde oturan iki kardeş arsalarının etrafına duvar ördürtmek istemiş gerekli makamlara başvurup izinleri almışlar ve duvarı örmeye başlamışlardır. Ancak arsalarının arkasında eskiden beri mevcut olan küçük bir derecik vardır ve duvar örülürse komşuları Sükrü Efendi'nin yolu kapanacaktır. Bu sebeple Şükrü Efendi ya duvarın yapımının durdurulması ya da yeni yol açılması talebinde bulunmuştur. Belediye de Şükrü Efendi'nin yanında yer almıştır. Aslında arzuhal Eşref ve Abdülkadir kardeşler tarafından duvarın yapımına devam edilmesi için verilmiş ise de metnin içeriğinden Şükrü Efendi'nin ve komşularının yolunun kapanacağı anlaşılmıştır:

*“Ma'rûz-i bende-i kemîneleridir ki*

*Selânik Vilâyeti dâhilinde Kavala Kasabası'nın Yenimahallesi'nde kâin bâ-tapu mutasarrıf bulunduğumuz bir kıt'a arsamıza bundan dört mâh mukaddem müceddeden divar inşâ itdireceğimizde belediye reîsi ve mühendisin keşf ü kararları üzerine arsamızın üç tarafından nizâmı üzre tefrik eyledikleri tarîkde tarafımızdan bi'r-rızâ inşâ itmimize ruhsat virilüp ustalarımız işledilmekte idi. Hüsrev Efendi'nin mahdûmu Şükri hânesinin arka ciheti suların mecrâsına mahsûs kadîmden kalan iki arşun kadar arzında bir küçük dere olup ve arsamıza muttasıl bulunmağla mümâ-ileyh Şükri Efendi mahall-i mezkûrun tevsî'ine ve yeniden bir tarîk açdırtmak fikriyle belediyeye arz u istid'â itmesiyle uştarlarımız men' u ta'til kılınmışdı. Belediyeye tarafından tekrâr ta'yîn*

---

<sup>99</sup> ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, s. 591.

*kılınan mühendisi mahall-i münâze'un-fihi bi'l-kadîme fennen icrây-ı keşf idüp belediyeye takdîm eylediği bir kıt'a raportun meâli şu ki...<sup>100</sup>*

Bu meselenin yanında mahallenin içinden akan ve bütün mahallelinin kullandığı temiz su kaynağını komşulardan birinin bir vesileyle kirletmesi zarar-ı fahiş kapsamında değerlendirilmiş, bu husus idare tarafından çok önemsenmiş ve hatta mülkiyet hakkının bir diğer sınırlandırma yöntemi olan kamulaştırma ve istimlake konu olmuştur. Aşağıda bir kısmı alınan olayda çeşme sularına zarar veren bir vakfa ait binaların yıkılması söz konusu olmuştur:

*“...medîne-i mezbûrede Sultantepeci nâm mahâlde Kerpiçhâne ta'bir olunur mahal karşısında vâki' bir taraftan Bülbülderesi caddesi ve bir taraftan zikr olunan Kerpiçhâne önü caddesi ve bir taraftan Sultantepeci caddesi ve taraf-ı râbi'i Nazif Molla bağı ile mahdûd ve bu def'a mahallinde ümenâ-i şer' ve Ebniye-i hâssa müdürü efendi tarafından mürsel hulefâ ma'rifetleriyle keşf ve mu'âyene olunan Tophânelioğlu demekle şehîr terbi'an kırk yedi bin altı yüz kırk yedi zirâ' olarak bilâ-ebniye terk olunmuş olan otuz dönüm fi'l-asl bağ ve el-eyvm arsa-i hâliye kadîmden beri Hüdâvendigâr-ı müşârûn-ileyh Sultan Abdülhamid Han hazretleri evkâf-ı şerîfeleri mülhakâtından merhûm Abdullah Ağa Vakfı müstagallâtından iken..... mebâliğ sarf ile beş bâb menâzil binâ ve ihdâs eylediğimizden sonra menâzil-i mezkûrenin çirkâb lağımları arsa-i mezkûre derûnunda gerek Hüdâvendigâr-ı müşârûn-ileyh Sultan Osman Han hazretlerinin binâ ve ihyâsına muvaffak oldukları Öküz Limanı'nda kâin gerek evkâf-ı mezkûrenin sâlifü'l-beyân müte'addid çeşmeler ve ehl-i İslâm hâne ve*

<sup>100</sup> “...Mahal-i mezkûrun tevsi'ine aslen câiz görülemez. Ancak suların cereyânına mahsus bir dere der-hey'et asliyesiyle kalmışdır ve kılması icâb ider. Mühendisin bu yoldaki kararını belediye fer'î ve i'tibâra almayup da müdde'î Şükri'ye mu'âveneten ve tarafımıza zulm olarak mahall-i mezkûr behemehâl tevsi' olunacak diyerekden mün'akid hilâf kararlarını alup istinâden meclis-i idâreye ikâme eylediğimiz da'vâmıza karşı kezâ meclis-i idâre tarafından dahi mahal-i münâze'un-fih keşf olunup icrây-ı keşifleri mühendisin karârına tatbiken bulunduğundan meclis-i idâreye takdîm eyledikleri bir kıt'a raport kezâ mu'teber tutulmuşdur. Esbâbı şudur ki;

Meclis-i İdâre a'zâlarından Fâik ve Rızâ Efendiler müdde'î merkûmun mukarrebî ve tahrîrât kâtibi bacanağı olduğu münâsebetiyle kâimmakâm paşamızı kendi taraflarından celb ve uydurmuşlardır. Bu sebepten için belediye reîsi ile kâimmakâm paşamız âcizânemizi mutazarrır itmek üzere müttefikdirler. Meclis idâre a'zâlarından faziletli Müftî Efendi ve sâhib-i raport hacı Mehmed Efendi ve hristiyândan Todri taraf-ı âcizânemize külliyen bir gadr eyleyeceğini görmeleriyle meclis-i idârenin kararını temhîd eylediklerinden drâme mutasarrıflarından arz u istifân itmişlerdi. Müşârûn-ileyh hazretlerinden vürûd iden cevâb-ı raportun tercihine işâretle bu mes'elenin halli mahalline âid denilmişdi. Şimdi kendi diledikleri üzere mahal-i mezkûrun yeniden tarîk olması hakkında lafz-ı i'dâl ile kâimmakâm paşamız bu yolda bir karar vermiş ise de Drame Mutasarrıflığı'na arz u istinâf olunmaktadır. Lutfen ve merhameten bu mes'elenin halli hakkında tahkîkât me'mûru i'zâm buyurulacak veyahud doğrudan livâya iş'âr mı kılınacak? Ancak zât-ı sâmi-i efhâmîlerinin re'yine muhavvel bir keyfiyet bulunduğundan icâb iden mahalle emr ü havâle buyurulması bâbında ve her halde emr ü fermân efendimiz hazretlerindir. Fî 27 Mart sene (1)319 Birâderî Ahmed Abdulkâdir Mehmed Paşa bin Hüseyin Efendi”, Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, **Teftişat-ı Rumeli Evrakı Arzuhaller**, TFR. I. ŞKT, 7/625, H-11-01-1321.

*sâhilhânelerine cereyân eden suların üzerine ve yakın mahallerine tesâdüf ve neşf ü sirâyeti cihetiyle miyâh-ı mezkûre teneccüs ve evsâf-ı selâsesi tegayyür ederek zarâr-ı şer'îsi re'yi'l-ayn mahâllinde ehl-i vukûfun alâ-tarîkı'ş-şehâde haberleriyle şer'an zâhir oldukdan sonra zarâr-ı şer'îlerimiz âm olduğuna binâen menâzil-i merkûme hedm birle fîmâ-ba'd Müslim ve re'âyâ menzili ihdâs olunmayıp kadîmî vechile bilâ-ebniye tarla ve bağ olarak mârru'z-zikr Abdullah Ağa Vakfı tarafından Müslim kimesneye icâr olunmasını bin iki yüz..<sup>101</sup>”*

Bir mahallede eskiden beri var olan ancak bir süre sonra âtil duruma gelen bakımsız esnaf dükkanlarının atıkları mahalleli bakımından önemli bir sorundur. Bu yapılardan gelen pis koku, duman ve toz gibi emisyon atıkları ya da içme suyuna karışan atıklar için mahalleli ilgili makamlara başvurmuş ve meydana gelen fahiş zararın giderilmesini talep etmişlerdir. Örneğin Cebeci mahallesinde bulunan bakımsız ve harap durumdaki selhhânede(mezbaha) bulunan hayvanların kokusundan ve deri iç organ ve benzeri atıkların mahalledeki temiz içme suyunu kirletmesinden rahatsız olan mahallelinin selhhânenin kaldırılmasına ilişkin talebi uygun bulunmuştur<sup>102</sup>.

Kendi mülkünü genişletme yönünde zarar-ı fahişin yanında Fetâvâ-yı Ali Efendi'deki bir fetva olay örgüsü bakımından oldukça ilgi çekicidir. Olayda menzilin kapısı işlek olmayan bir yolun sonunda olan bir kişi menzilin ana yola bağlamak istemektedir. Bunun için de kendi menzilinden bir kısmını yola katama talebinde bulunmuştur. Komşuları bundan zarar göreceklerini düşünmüşler ve itiraz etmişlerdir. Fetva da komşular lehine çıkmıştır. Burada işlek olmayan yolda oturanlarında, yol işlek olmadığı için menfaati bulunduğu düşünülebilir. İşlek olmayan yol çıkmaz sokak kadar olmasa bile genel yoldan daha fazla mahremiyet alanı sunmaktadır. Toplumsal yapı da mahremiyetin korunması yönündedir.

<sup>101</sup> **Anadolu Sadâreti Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 1251-1257/ M. 1835-1841)**, M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), C. 94, çev. Salih Kahrıman, Mümin Yıldıztaş, Kültür A.Ş., 2019, s. 159.

<sup>102</sup> “...Kuşçu Mehmed Ağa demekle ma'rûf kimesne bâb-ı mezkûr hâricinde Cebeci başı mahallesinde vâki' Harâmî Ahmed Paşa vakfından icâreteyn ile tasarrufunda olan menâzili mukaddemâ selhhâne etmekle müste'cirinin fisk u fesâdından ve zebh olunan ağnâmın ve dimâ-i fazalâtının râyiha-i kerîhasından mutazarrır ve mütezzileriz deyû ahâl-i mahalle teşekkî ettiklerinde, mahall-i mezbûr min ba'd selhhâne olmayıp kömürhâne ve otlakhane etmek üzere merkûm Mehmed'in vekîli Ali [nâm] kimesne Hâslar mahkemesinde huzûr-ı şer'de ta'ahhüd eylediği i'lâm ve zikr olunan selhhâne kat'â ref' olunmak...selhhâneleri tarafından mahall-i mezbûre ağıllar yapıp, içinde koyun vaz'ı ile mezâristânî telvis edip ve odun yakdıkları mu'âyene ve müşâhede olunmağın bu husûsun dahi ref'i ve men'i vâcibâtdan olmağla mezbûr Mehmed bundan akdem bâ fermân-ı âlî men' olunan sâlifü'z-zikr selhhânesini kemâ fi'l-evvel men' ve def' ve zikr olunan mezâristâna koyun vaz' edip odun yakanlar dahi men' ve zecr olunup ve ol havâlîde min ba'd bu makûle âmme-i nâssa muzır nesne icâd ve ihdâs olunmamak için sen ki İstanbul kadısı Mevlânâ Ebû Said Mehmed -zîde fezaîluhûsun- i'lâm etmekle, i'lâmın mücebince selhhâne-i merkûm men'-i küllî ile men' ve zikr olunan mezâristâna koyun vaz' olunmayıp ve hatab istif olunmayıp def' olunmak bâbında fermân-ı âlîşânım sâdır olmuştur...”, **İstanbul Mahkemesi 24 Numaralı Sicil (H. 1138-1151/M.1726-1738)**, M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), C. 21, çev. Fuat Recep vd., İSAM, 2010, s. 300, Hüküm no: 219.

Bundan dolayı belki ekonomik açıdan ana yollarda oturmak daha avantajlı olarak görülse bile mahremiyet bu noktada ağır basmıştır. Yine mahremiyetin korunması hususunda tarik-i has denilen çıkmaz sokakta sadece kapısı olanların oradan geçme hakkı olduğu için, eğer ana yola kapısı olan menzili bitişik komşusu tarik-i hasa kapı açmak isterse, komşuları buna itiraz edebilir<sup>103</sup>. Bu husus *Mecelle*'nin 1219. maddesinde “*Tarîk-i hâsda hakk-ı mürûru olmayan kimse müceddeden kapı açamaz.*” hükmü ile kanunlaştırılmıştır. Ancak daha önce tarik-i hasda olan kapısını kapayıp bir süre sonra tekrar açmak isterse ya da menzilini başkasına satmışsa, yeni malik tekrardan kapıyı açtırabilir. Komşular buna itiraz edemez<sup>104</sup>. Kadim olanın esas alınması bu hususta da devrededir. Kişi, tarik-i hasda olan kapısını kapatıp tarik-i âm tarafında olan duvarından kapı açabilir. Komşuları bu durumu da engelleyemez. (*Mecelle* md. 1218).

Kamu menfaatini zarara uğratan eylemler belirlenirken diğer zarar-ı fahiş türlerinde olduğu gibi burada da makul olma koşulu aranmaktadır. Yine her zarar değil, örneğin yukarıdaki örneklerde olduğu gibi mahallede insanların evlerinde rahat bir şekilde yaşayamayacak düzeyde yoğun, mahallelinin mülkündeki esas menfaatini ihlal eden bir zarar meydana gelmelidir. Mesela bir yangın çıkmış ve mahallede yan yana birçok ev sırayla yanmış olsa, komşular da yangından sonra tekrar evlerini yapsa, aralarından bir kişi de çeşitli sebeplerle evini yapamamış olsa, bu kişiye komşuları “*Menzilimiz ortasında harap menzil olmasına razı değiliz, menziline bina eyle*” diyerek zorla bina yaptırtamazlar<sup>105</sup>. Çünkü menziline bina yapmamış olması kamu menfaatini zarara uğratan, ölçüyü aşan fahiş bir zarar durumu değildir.

Pis ve atık suyun akış istikametinin (kariz) değiştirilmesi de kamu menfaatini ihlal eden zarar-ı fahiş olarak kabul görmüş ve karizin tekrar eski hale getirilmesine karar verilmiştir<sup>106</sup>.

## SONUÇ

Komşuluk hukuku bağlamında mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının bir biçimi olan zarar-ı fahiş, Osmanlı uygulamasında sıkça karşılaşılan hukuki ilişkilerden biridir. *Mecelle*'nin kanunlaştırdığı hukuk-ı civariye yani komşuluk hukukunun içeriğini oluşturmuştur. Zarar-ı fahişin kapsamı Hanefi mezhebinin yaygınlaştığı ilk dönemlerde haksız fiil sonucu oluşan zarar ile sınırlı tutulmuş ancak zamanın, şartların ve örfün değişmesiyle birlikte yeni düzenlemeler yapılması gerekmiştir. Bu minvalde komşunun mülkiyetinden tam olarak tasarruf etmesini engelleyen, katlanma yükümlülüğünü aşan, makarr-ı nisvan görecektir şekilde yapılaşmaya giden ve kamu menfaatini zarara uğratan fiiller, kişinin bu yönde kastı olmasa

<sup>103</sup> ÇATALCALI ALİ EFENDİ, C. 2, s. 413.

<sup>104</sup> *Mecelle madde 1222.*” Bir kimse tarik-i hâsda olan kapısını sedd etmekle hakk-ı mürûru sâkit olmaz.

Binâ'en aleyh sonra kendisi ve hânesini satsa müşterîsi tekrâr kapısını açabilir.”, ÇATALCALI ALİ EFENDİ, s. 413.

<sup>105</sup> ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, s. 593.

<sup>106</sup> **İstanbul Mahkemesi 22 Numaralı Sicil (H. 1107-1108 / M. 1695-1697), C. 57, s. 551.**



dahi zarar-ı fahiş olarak nitelendirilmiştir. Bu çalışma ile zarar-ı fahişin Osmanlı dönemi uygulamasını detaylı bir şekilde incelenmiş ve sonucunda meselenin şeri hukuk kapsamından çıkılmadan çözülmeye çalışıldığı vurgulanmıştır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi

**Sadaret Deavi Evrakı**, A.}MKT. DV, 220/93, H-20-10-1278.

**Sadaret Deavi Evrakı**, A.}MKT. DV, 91/96, H-10-08-1272.

**Sadaret Umum Vilayat Evrakı**, A.}MKT.UM, 432/57, H- 03-04-1277.

**Sadaret Deavi Evrakı**, A.}MKT. DV, 16/45, H-21-08-1265.

**Sadaret Mektubi Kalemli Evrakı**, A.}MKT, 41/72, H- 11-05-1262.

**Sadaret Deavi Evrakı**, A.}MKT. DV, 162/67, H-07-12-1276.

**Teftişat-ı Rumeli Evrakı Arzuhaller**, TFR.I.SKT, 47/4626.

**Cevdet Belediye**, C.BLD, 32/1560, H-29-12-1255.

**Teftişat-ı Rumeli Evrakı Arzuhaller**, TFR. I. ŞKT, 7/625, H-11-01-1321.

AKİPEK, Jale G.: **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)**, İkinci Kitap: Mülkiyet, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.

ALİ HAYDAR EFENDİ: **Dürerü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam**, 4 cilt, Diyanet İşleri Başkanlığı, 2017.

ANSAY, Sabri Şakir: **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

ARSEBÜK, Esat: "Hak Tepkilerinin Tevhit Ettiği Durumlar", **AÜHFD**, Y. 1949, C. 6, No: 2, s. 157-178.

AYBAKAN, Bilal: "Zarar", **DİA**, Y. 2013, C. 44, s. 130-134.

- AYDIN, M. Âkif: **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996.
- : “İtlaf”, **DİA**, C. 23, 2001, s. 466-469.
- AYDIN M. Âkif, Coşkun YILMAZ, (ed.): **Anadolu Sadâreti Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 1251-1257/ M. 1835-1841)**, C. 94, çev. Salih Kahriman, Mümin Yıldıztaş, Kültür A.Ş., 2019.
- , (ed.): **İstanbul Mahkemesi 22 Numaralı Sicil (H. 1107-1108 / M. 1695-1697)**, C. 57, çev. Ali Coşkun, Mehmet Akman, İstanbul, Kültür A.Ş., 2019.
- , (ed.): **İstanbul Mahkemesi 24 Numaralı Sicil (H. 1138-1151/M.1726-1738)**, C. 21, çev. Fuat Recep vd., İSAM, 2010.
- , (ed.): **Üsküdar Mahkemesi 56 numaralı sicil (H. 990-991 / M. 1582-1583)**, C. 9, çev. Hilal Kazan, Kenan Yıldız, Mehmet Akman, İSAM, 2010.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi: **Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiye Kamusu**, 8 Cilt, Ravza Yayınları, 2018.
- BUHARİ: **el-Camiu’s-Sahih**.
- ÇALIŞ, Halit: **İslam Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları**, Yediveren Yayınevi, Konya, 2004.
- ÇATALCALI ALİ EFENDİ: **Fetava-yı Ali Efendi**, 2 Cilt, ed. H. Necati Demirtaş, Kubbealtı Neşriyat, İstanbul, 2014.
- DEMİR, Fahri: **İslâm Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı**, İlmi Yayınlar, 1981.
- EBÛ ABDİLLÂH MUHAMMED B. YEZÎD MÂCE EL-KAZVÎNÎ (ö. 273/887): **es-Sünen**.
- EBU ZEHRA, Muhammed: **el-Milkiyye ve Nazarriyeü'l-akd fi’ş-şeriatî'l-İslamiyye**, Darü'l-Fikri'l-Arabi, Kahire, 1977.
- EFE Mustafa, (çev.): **Fetâva-yı Hindiyeye Ansiklopedik İslam Fıkhı**, 16 cilt, Huzur Yayınevi, İstanbul, t.y.
- EFENDİ ES-SEYYİD AHMED, ES-SEYYİD HAFIZ MEHMED B AHMED EL-GEDUSÎ, (ed.): **Neticetü'l Fetava**, Klasik Yayınları, 2014.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra: **İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı**, Arısanat Yayınları, İstanbul, 2005.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, Ahmet ŞİMŞİRGİL: **Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle**, Ktb Yayınları, 2008.

- GÜR, A. Refik: **Mecelle: Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından**, Sebil Yayınevi, 1993.
- Hacak, Hasan: “İrtifak”, **DİA**, Y. 2000, C. 22, , s. 460-464.
- : “Mülkiyet”, **DİA**, Y. 2020, C. 31, s. 541-546.
- HAFIZ MEHMED ZİYAEDDİN: **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi**, Dersaadet, Kasbar Matbaası, 1312.
- HAFÎF, Ali El-: **İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri: Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku**, çev. Rahmi Yaran, 1. Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 2011.
- İLHAN, Cengiz: **Mecelle: Hukukun Doksan Dokuz İlkesi**, Tarih Vakfı Yayınları, 2003.
- İlmiye Salnamesi**, C. Birinci Defa, Matbaa-i Amire, 1334.
- İMAM MÂLİK: **el-Muvatta**.
- KARAMAN, Hayreddin: **Mukayeseli İslâm Hukuku**, 3 Cilt, İz Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- KÖSE, Saffet: **Hakkın Kötüye Kullanılması**, İstanbul, İFAV Yayınları, 2018.
- MEVAFİ, Ahmed: **ez-Zarar fi'l-fikhi'l-İslâmî: ta'rifihî, envaihi, alakatihî, davabitihî, cezaihi**, 2 Cilt, C. 1, Huber: Dâru İbn Affan, 1997.
- OĞUZMAN, M. Kemal, Özer SELİÇİ, Saibe OKTAY ÖZDEMİR: **Eşya Hukuku**, Gözden geçirilmiş 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- SCHACHT, Joseph: **İslam Hukukuna Giriş**, çev. Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener, Otto, 2018.
- SERAHSİ: **Mebcut**, 31 cilt, ed. Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, 2016.
- ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ: **Behcetü'l Fetava**, ed. Süleyman Kaya vd., Klasik Yayınları, 2012.
- ZUHAYLİ, Vehbe: **İslâm Fıkhi Ansiklopedisi**, Risale Yayınları, 1990.



# SIĞINMA ARAYANLARIN 2008/115/EC SAYILI GERİ GÖNDERME KOŞULLARI AVRUPA KONSEY YÖNERGESİ KAPSAMINDA SINIR DIŞI EDİLMELERİNİN TÜRK YABANCILAR HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Gökçe ARIKAN\*

## Öz

Avrupa Birliği Sığınma Hukuku'na ilişkin müktesebatın üstlenilmesinin nihai hedef olarak belirlenmesi, sığınma arayanların Avrupa Birliği Sığınma Hukuku kapsamında sınır dışı edilmelerinin Türk Yabancılar Hukuku açısından incelenmesini önemli hale getirmektedir. Sınır dışı kararı için uluslararası koruma başvurusu hakkında ön kararın verilmesinin gerekliliği, sınır dışı etme kararı, ülkeyi terk için süre tanınması, sınır dışı etmek üzere gözaltında tutma, sınır dışı kararına itiraz ve yürütmenin kendiliğinden durması hususları, Avrupa Birliği Sığınma Hukuku ve Türk Yabancılar Hukuku düzenlemeleri karşılaştırılarak incelenmektedir. Sığınma arayan kişinin, bireysel durumuna göre yapılan uluslararası koruma başvuru incelemesinden mahrum bırakılması, geri göndermeme ilkesinin ihlaline neden olacağından; Türk Yabancılar Hukuku açısından sığınma arayanların sınır dışı edilmelerinde istisna olmaksızın uluslararası koruma başvuruları hakkında ön kararın verilmesi gerekmektedir. Avrupa Birliği Sığınma Hukuku'nda sınır dışı kararına karşı itiraz halinde, istisnai hallerde yürütmenin kendiliğinden durması kuralı yerine hâkimin kararı ile durması kuralı benimsendiğinden; sığınma arayanlar temyiz kararlarının sonucunu dahi öğrenmeden sınır dışı edildikleri için etkin başvuru hakları ihlal edilmektedir. Sınır dışı kararına karşı sığınma arayanların, herhangi bir istisna olmaksızın kendiliğinden yürütmenin durdurulması etkisini haiz itiraz hakkına sahip olmaları etkin başvuru hakkının bir gereğidir. Bu anlamda sığınma arayanların sınır dışı edilmelerine ilişkin düzenlemelerde, Türk Yabancılar

---

\* Dr. Öğr. Üyesi; Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı; ORCID: 0000-0002-0883-1795; gokce.arikan@balikesir.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 25.09.2021

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 24.03.2022

Bu makale yazarın “Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma” başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

Bu makaleye atf için; ARIKAN, Gökçe, “Sığınma Arayanların 2008/115/EC Sayılı Geri Gönderme Koşulları Avrupa Konsey Yönergesi Kapsamında Sınır Dışı Edilmelerinin Türk Yabancılar Hukuku ile Karşılaştırılması”, **İMHD**, Y. 2022, C. 7, S. 12, s. 35-59.

Hukuku'nun Avrupa Birliği Sığınma Hukuku'na nazaran sığınma arayanların haklarına daha saygılı hükümler ihdas ettiği görülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** *Sınır Dışı Etme Kararı, Ülkeden Çıkarılma, Kendiliğinden Yürütmenin Durması, Gönüllü Geri Dönüş, Sınır Dışı Etmek İçin Gözaltında Tutma.*

## **COMPARISON OF THE RETURN OF THE ASYLUM SEEKERS UNDER THE DIRECTIVE 2008/115/EC OF THE EUROPEAN COUNCIL WITH TURKISH FOREIGNERS LAW**

### **Abstract**

Determining the adoption of the *acquis* regarding The Common European Asylum System as the ultimate goal makes it important to examine the return of asylum seekers within the scope of The Common European Asylum System in terms of Turkish Foreigners Law. The Common European Asylum System and Turkish Foreigners Law regulations analyzed by comparison in terms of the necessity of giving the first decision on the international protection application for the return decision, the return decision, voluntary departure, detention for the purpose of removal, the objection to the return decision and the suspension of execution. Depriving the asylum-seeker from the examination of his/her international protection application based on his/her individual situation would result in a violation of the principle of non-refoulement; in terms of Turkish Foreigners Law, the first decision on international protection applications should be made without exception in the return of asylum seekers. In The Common European Asylum System, in the event of an objection against the return decision, as the rule of suspension of execution by a judge's decision has been adopted instead of the rule of automatically suspension of execution in exceptional cases; asylum seekers are returned without even knowing the outcome of appeal decisions, their right to an effective application is violated. In accordance with the right to an effective remedy, asylum seekers should have the right to object with automatically suspensive effect, without exception, against the return decision. In the legislations regarding the return of asylum seekers, it is observed that Turkish Foreigners Law establishes provisions that are more respectful to the rights of asylum seekers compared to The Common European Asylum System.

**Keywords:** *Return Decision, Removal, Automatically Suspensive Effect, Voluntary Departure, Detention for the Purpose of Removal.*

### **GİRİŞ**

Avrupa Birliği (AB)'nde göç kontrolü; ülkeye giriş, vizeler, kısa dönemli kalma, sınır dışı etme, ülkeye giriş yasağı, gözaltına alma, veri depolama, operasyonel iş

birliği konularına ilişkin olan ve genellikle de kaynağını 19.06.1990 tarihli *Schengen Antlaşması Uygulama Konvansiyonu*<sup>1</sup>'ndan alan birçok tüzük ve yönerge ile sağlanmaktadır. “19.06.1990 tarihli *Schengen Antlaşması Uygulama Konvansiyonu*” mad. 23-24 hükümlerini özel olarak düzenleyen “16 Aralık 2008 tarihli *Üye Devletlerde Yasa Dışı Olarak Kalan Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Geri Gönderilmesine İlişkin Ortak Prosedürler ve Standartlar Hakkında 2008/115/EC Sayılı Avrupa Konsey Yönergesi*<sup>2</sup> (2008/115/EC sayılı Yönerge)”, üye devletlerde yasa dışı olarak kalan üçüncü ülke vatandaşlarının geri gönderilmesine ilişkin üye devletlerde uygulanacak ortak prosedür ve standartları düzenlemektedir. Buna göre üye devletler, kendi topraklarında yasa dışı olarak ikamet eden bütün üçüncü ülke vatandaşları hakkında sınır dışı kararı almakla yükümlüdürler (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 6/1). 2008/115/EC sayılı Yönerge, üye devletlerde yasa dışı olarak kalan üçüncü ülke vatandaşlarının, gönüllü ya da zorunlu olarak; menşe ülkelerine, geri kabul antlaşmalarına ya da diğer düzenlemelere uygun olarak transit bir ülkeye ya da ilgili kişinin gönüllü olarak dönmeye karar verdiği ya da kabul edileceği diğer bir üçüncü ülkeye<sup>3</sup> geri gönderilmesine ilişkin ortak standartlar ve prosedürleri düzenlemiştir.

*Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar*<sup>4</sup> ile Avrupa Birliği Sığınma Hukuku'na ilişkin müktesebatın üstlenilmesinin nihai hedef olarak belirlenmesi; sığınma arayanların, 2008/115/EC sayılı Yönerge kapsamında sınır dışı edilmelerini Türk Yabancılar Hukuku açısından önemli hale getirdiğinden bu makalede incelenmektedir. Bu anlamda makalede, sınır dışı kararı için uluslararası koruma başvurusu hakkında ön kararın verilmesi gerekliliği, sınır dışı

---

<sup>1</sup> The Schengen acquis - Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, OJ L 239, 22.09.2000, (Çevrimiçi) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1545291956625&uri=CELEX:42000A0922\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1545291956625&uri=CELEX:42000A0922(02)), E.T. 08.09.2021.

<sup>2</sup> Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, OJ L 348, 24.12.2008, (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1545289439646&uri=CELEX:32008L0115>, E.T. 08.09.2021.

<sup>3</sup> *Yabancıların Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu Taslak Kuralları (International Law Commission's 2014 Draft Articles on the Expulsion) mad. 22* düzenlemesi, sınır dışı edilecek yabancı, vatandaşı olduğu veya milletlerarası hukuka göre yabancıyı kabul etme yükümlülüğü olan veya sınır dışı eden devletin ya da gerekli hallerde söz konusu yabancı talebi üzerine onu kabul etmek isteyen devlete sınır dışı edilmesini; vatandaşı olduğu veya milletlerarası hukuka göre yabancıyı kabul etme yükümlülüğü olan devlet belirlenemezse ve söz konusu yabancıyı kabul etmek isteyen başka bir devlet bulunamazsa, söz konusu yabancı, giriş ve oturma hakkının olduğu bir devlete ya da sınır dışı edecek devlete hangi devletten geldiyse o devlete sınır dışı edilebilmesini öngörmektedir. bkz., EKŞİ, Nuray, “ILC'nin Yabancıların Sınır Dışı Edilmesine İlişkin 2014 Taslak Kurallarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleriyle Mukayesesi ve Bu Kuralların Türkçe Tercümesi”, *İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Y. 2013, C. 33, S. 1, s. 16.

<sup>4</sup> Bakanlar Kurulu Karar Sayısı: 2001/2129, Karar Tarihi: 19.03.2001, s. 98, RG. 24.03.2001, S. 24352 (Mükerrer).

etme kararı, ülkeyi terk için süre tanınması, sınır dışı etmek üzere gözetim altında tutma, sınır dışı etme kararına karşı itiraz ve yürütmenin kendiliğinden durmaması sorunu, AB Sığınma Hukuku ve Türk Yabancılar Hukuku karşılaştırılarak incelenmektedir.

### **I. Sınır Dışı Kararı İçin Uluslararası Koruma Başvurusu Hakkında Ön Kararın Verilmesinin Gerekliliği**

*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 3/3* hükmünde, *geri gönderme (return)* kavramı, bir üçüncü ülke vatandaşının; menşe ülkesine ya da topluluk antlaşmaları, ikili geri kabul antlaşmaları ya da diğer düzenlemeler doğrultusunda transit bir ülkeye ya da ilgili üçüncü ülke vatandaşının gönüllü olarak geri dönmeye karar verdiği ve kabul edileceği bir üçüncü ülkeye gönüllü ya da mecburi olarak sınır dışı edilmesi süreci olarak ifade edilmektedir. *Ülkeden çıkarılma (removal)* ise, geri dönüş yükümlülüğünün uygulanması yani üye devletin dışına fiziksel olarak sınır dışı edilmesini ifade etmektedir (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 3/5*).

*2008/115/EC Sayılı Yönerge*, göç ve sığınma ile ilgili AB müktesebatında yer alan ve üçüncü ülke vatandaşı için daha elverişli olabilecek herhangi bir hükme hâlel getirmeyeceğini açıkça düzenlemiştir (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 4/2*). *2008/115/EC sayılı Yönerge*, sığınma arayan kişiler için, sadece uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olmalarına dayanarak uygulanamaz<sup>5</sup>. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), 30.05.2013 tarihli bir kararında da uluslararası koruma başvurusunda bulunan sığınma arayanlara, başvuruda bulunulmasından söz konusu başvuruya ilişkin ön kararın verilmesine kadar olan süreçte *2008/115/EC sayılı Yönerge* hükümlerinin uygulanamayacağına açıkça hükmetmiştir<sup>6</sup>. Dolayısıyla sığınma arayanların sınır dışı edilebilmeleri için öncelikle uluslararası koruma başvuruları hakkında ön kararın verilmiş olması gerekir. *26 Haziran 2013 tarihli Uluslararası Koruma Statüsü Verilmesi ve Geri Alınmasında Müşterek Prosedürlere İlişkin 2013/32/EU Sayılı Konsey Yönergesi*<sup>7</sup> (*2013/32/EU sayılı Yönerge*) mad. 45 gereğince; başvuru sahibine tanınan statünün geri çekilmesine ilişkin bir karar (*2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 46/1(c)*) sonrasında da ilgili kişilerin sınır dışı edilmesi mümkündür.

Uluslararası koruma başvurusu hakkında ön karar; başvurunun dayanaktan yoksun olmasına ilişkin bir karar ya da *2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 33/2* hükmünde düzenlenen sebeplerle başvurunun kabul edilemez olarak

<sup>5</sup> BOELES, Pieter / HEIJER, Maarten Den / LODDER, Gerrie / WOUTERS, Kees, **European Migration Law**, 2nd edition, Ius Communitatis Series, Volume 3, Cambridge, Intersentia, 2014, s. 389.

<sup>6</sup> ABAD - 3. Daire, *Mehmet Arslan v Policie*, Case C-534/11, 30.05.2013, paragraf 49, (Court of Justice of the European Union).

<sup>7</sup> Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection, OJ L 180, 29.06.2013, (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1543139020357&uri=CELEX:32013L0032>, E.T. 08.09.2021.



değerlendirilmesine ilişkin bir karar ya da 2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 43/1 gereğince bir üye devletin transit bölgesi ya da sınırında alınan bir karar ya da 2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 39 gereğince başvurunun incelenmemesine yönelik bir karar (2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 46/1(a)) ya da 2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 27-28 gereğince başvurunun tekrar incelenmesinin reddedilmesine<sup>8</sup> ilişkin bir karar (2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 46/1(b)) olabilir. Üye devletler, söz konusu kararlara karşı, başvuru sahiplerine bir mahkeme huzurunda etkili başvuru hakkı sağlamakla yükümlüdürler (2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 46/1). Ancak uluslararası koruma başvurularına ilişkin söz konusu ön kararlardan sonra sığınma arayanların sınır dışı edilmesi mümkün hale gelmektedir.

Türk Yabancılar Hukuku'nda 2008/115/EC sayılı Yönerge ile benzer şekilde, uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenler hakkında verilen son karardan sonra YUKK diğer hükümlerine göre de Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar hakkında sınır dışı etme kararı alınacağı düzenlenmiştir (6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu<sup>9</sup> (YUKK) mad. 54/1/i). Bununla birlikte terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar ile uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler ve kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturan uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilmektedir (YUKK mad. 54/2). ABAD'ın 30.05.2013 tarihli kararında da ifade ettiği gibi uluslararası koruma başvurusunda bulunan sığınma arayanların, ancak başvurularına ilişkin ön kararın verilmesinden sonra sınır dışı edilebilmeleri mümkündür<sup>10</sup>. Zira sığınma arayan kişinin bireysel durumuna göre yapılan uluslararası koruma başvuru incelemesinden mahrum bırakılması halinde geri göndermeme (non-refoulement) ilkesinin ihlali gündeme gelebilir ki bu durum dolaylı olarak 1951 Cenevre Antlaşması<sup>11</sup>'nin ihlali sonucunu meydana getirir<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> STRBAN, Grega / RATAJ, Primoz / SABIC, Zlatko, "Return Procedures Applicable to Rejected Asylum-Seekers in the European Union and Options for their Regularisation", **Refugee Survey Quarterly**, Y. 2018, C. 37, S. 1, s. 74.

<sup>9</sup> RG. 11.04.2013, S. 28615.

<sup>10</sup> ABAD - 3. Daire, *Mehmet Arslan v Policie*, Case C-534/11, 30.05.2013, paragraf 49, (Court of Justice of the European Union).

<sup>11</sup> Cenevre'de 28 Temmuz 1951 Tarihinde İmzalanmış Olan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında 359 Sayılı Kanun, RG. 05.09.1961, S. 10898.

<sup>12</sup> KALIN, Walter / CARONI, Martina / HEIM, Lukas, "Article 33 para 1 - Prohibition of Expulsion and Return (Refoulement)", Ed.: Andreas Zimmermann, Jonas Dörschner, Felix Matsch, **The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary**, Oxford, Oxford University Press, 2011, s. 1395; GIUFFRÉ, Mariagiulia, "Readmission Agreements and

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *D.A ve Diğerleri v. Polonya*<sup>13</sup> kararında 1951 Cenevre Antlaşması ile güvence altına alınan geri göndermeme ilkesinin; sığınma arayanların uluslararası koruma taleplerinin inceleneceği uygun prosedürlere etkin erişim sağlamayı amaçladığına hükmederken, *M.K. ve Diğerleri v. Polonya*<sup>14</sup> kararında da sığınma başvurusunda bulunan kişilerin başvuruları incelenene kadar söz konusu devlette kalmalarına izin verilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)<sup>15</sup> mad. 3 hükmü<sup>16</sup>, *1951 Cenevre Antlaşması*'dan daha geniş bir koruma sağladığından<sup>17</sup> terörizmle suçlanan kişiler de dahil<sup>18</sup>; geri göndermeme ilkesinin ihlal edilmediğinden emin olmak için uluslararası koruma başvuruları hakkında ön kararın verilmesinden sonra sınır dışı işleminin uygulanması gerekir.

## II. Sınır Dışı Etme Kararı

*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 12/1* gereğince; sınır dışı etme kararları, giriş yasağı kararları ve ülkeden çıkarılmaya ilişkin kararlar mevcut hukuki itiraz imkanları hakkında bilgiler de dahil olmak üzere hukuki ve fiili gerekçeler gösterilerek yazılı olarak verilir. Üye devletler, bir üye devletin topraklarına yasa dışı olarak giren bir üçüncü ülke vatandaşının geri dönüşü hakkında kararı, ulusal mevzuatlarına uygun olarak standart bir formda verebilirler. Ancak bu durumda standart formların, yasa dışı giriş yapan göçmenlerin en sık kullandıkları ya da anladıkları en az beş dilde hazırlanması gerekir (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 12/3*).

Türk Yabancılar Hukuku'nda yabancıнын doğrudan sınır dışı edileceği, Türkiye'yi terke davet edildiği veya idari gözetime tabi tutulduğu hususlarından birinin yer aldığı sınır dışı etme kararı, Göç İdaresi Başkanlığı (GİB)<sup>19</sup> talimatı üzerine veya resen yabancıнын yakalandığı, işlem gördüğü veya tespit edildiği ildeki Valilik İl

---

Refugee Rights: from a Critique to a Proposal", *Refugee Survey Quarterly*, Y. 2013, C. 32, S. 3, s. 105.

<sup>13</sup> AİHM, *D.A ve Diğerleri v. Polonya*, (Başvuru No: 51246/17), 22.11.2021, paragraf 66, (Court of Justice of the European Union).

<sup>14</sup> AİHM, *M.K. ve Diğerleri v. Polonya*, (Başvuru No: 40503/17, 42902/17, 43643/17), 14.12.2020, paragraf 181, (Court of Justice of the European Union).

<sup>15</sup> RG. 19.03.1954, S. 8662.

<sup>16</sup> *Soering v. Birleşik Krallık* kararından itibaren geri gönderme yasağının zımni olarak, hiç kimsenin işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulamayacağını düzenleyen AİHS mad. 3 hükmünde mevcut olduğu kabul edilmektedir. bkz., AİHM, *Soering v Birleşik Krallık*, (Başvuru No: 14038/88), 07.07.1989.

<sup>17</sup> JUSS, Satvinder Singh, *International Migration and Global Justice*, Ashgate Publishing Company, 2006, s. 123; EKŞİ, Nuray, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s. 39.

<sup>18</sup> GILBERT, Geoff, "Is Europe Living up to Its Obligations to Refugees", *The European Journal of International Law*, Y. 2004, C. 15, S. 5, s. 987.

<sup>19</sup> 85 numaralı Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi mad. 24 gereğince; 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 162. Maddesinde yer alan "Genel Müdürlük" ibaresi "Başkanlık" şeklinde değiştirilmiştir. bkz., RG. 29.10.2021, S. 31643.

Göç İdaresi Müdürlüğü (VİGİM) tarafından her yabancı için ayrı alınır ve gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir; ancak hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisi, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir (*YUKK mad. 53/1-2 – YUKKY<sup>20</sup> mad. 54/1, YUKKY mad. 56*).

AB üyesi devletler sınır dışı etme ve ülkeden çıkarılma işlemlerinde *Sığınma, Göç ve Entegrasyon Fonu* aracılığıyla destek alırken<sup>21</sup>; Türkiye sınır dışı edilecek yabancıların hiç parasının olmaması ya da mevcut parasının seyahat masraflarının tamamını karşılamaya yetmemesi durumunda seyahat masraflarını GİB tarafından karşılanmak suretiyle (*YUKK mad. 60/3/b-c*) söz konusu külfete AB üyesi bir devlet olmadığı için tek başına katlanmaktadır.

AB üyesi devletlerin, geri göndermeme ilkesinin ihlali ve sınır dışı etme kararının askıya alınması durumunda ülkeden çıkarılmayı ertelemeleri düzenlenmiştir (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 9/1*). Üye devletler, özellikle ilgili kişinin fiziksel durumu ve temyiz gücü veya taşıma kapasitesi yetersizliği ya da kimlik tespitinin yapılamamasına ilişkin teknik sebepler gibi bireysel durumun özelliklerini dikkate alarak uygun bir süre için ilgili kişinin ülkeden çıkarılmasını erteleyebilirler (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 9/2*). Bu durumda ilgili kişiye, yetkili mercilere düzenli bildirimde bulunma, yeterli parasal teminat yatırma, belge sunma ya da belirli bir yerde kalma yükümlülüğü getirilebilir (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 9/3*). Ancak üye devletlerin; insani, teknik, pratik ya da hukuki sebeplerle<sup>22</sup> ilgili kişinin ülkeden çıkarılmasını ertelemeleri halinde, yerine getirmeleri gereken tek yükümlülük *2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 14/2* gereğince, ilgili kişiyi sınır dışı etme kararının geçici olarak uygulanmayacağı hususunda yazılı olarak bilgilendirmeleridir. Bu durumda sınır dışı etmenin ertelenmesi üzerine belirli bir statüye sahip olmayan sığınma arayan kişilerin belirsiz durumları devam etmektedir<sup>23</sup>. İlgili kişilerin sınır dışı edilmemesi ya da ülkeden çıkarılmaması durumunda, kaldıkları üye ülkede ikamet izni sahibi de olmadıklarından çalışma, eğitim, barınma ve sağlık hizmeti haklarında mahrum kalabileceklerdir<sup>24</sup>. Bu nedenle, geri dönmek ya da ülkeden ayrılmak istemeyen kişilerle, kendi iradeleri dışındaki sebeplerle geri dönemeyen ve ülkeden

---

<sup>20</sup> Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, RG. 17.03.2016, S. 29656.

<sup>21</sup> Regulation (EU) No 516/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 establishing the Asylum, Migration and Integration Fund, amending Council Decision 2008/381/EC and repealing Decisions No 573/2007/EC and No 575/2007/EC of the European Parliament and of the Council and Council Decision 2007/435/EC, OJ L 150, 20.05.2014, (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0516&qid=1631181817605>, E.T. 08.09.2021.

<sup>22</sup> STRBAN / RATAJ / SABIC, s. 85.

<sup>23</sup> BALDACCINI, Anneliese, “The EU Directive on Return: Principles and Protest”, *Refugee Survey Quarterly*, Y. 2009, C. 28, S. 4, s. 138.

<sup>24</sup> STRBAN / RATAJ / SABIC, s. 88.

ayrılmayan kişiler arasında ulusal mevzuatlarda ayırım yapılması<sup>25</sup> ve ülkeden çıkarılmanın ertelendiği süre içerisinde sığınma arayanların haklarının korunması gerekir.

Türk Yabancılar Hukuku'nda sınır dışı sebeplerinin varlığına rağmen sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar<sup>26</sup>; ciddi sağlık sorunu, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler; hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar; mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları; tedavileri tamamlanıncaya kadar psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz (YUKK mad. 55/1). Bu kapsamdaki değerlendirmeler, herkes için ayrı olarak bireysel yapılır ve belli bir adreste ikamet etmeleri, istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunmaları da istenebilir (YUKK mad. 55/2).

### III. Ülkeyi Terk İçin Süre Tanınması

<sup>25</sup> STRBAN / RATAJ / SABIC, s. 95.

<sup>26</sup> Anayasa Mahkemesi, sınır dışı işlemlerine karşı yapılan başvurularda, geri gönderilen ülkenin koşullarını dosyaya sunulan bilgi ve belgelerle sınırlı kalmaksızın re'sen araştırma yönündeki kararları (AYM-İkinci Bölüm, Olga Dogot, (Başvuru No: 2015/11252), 10.07.2015; AYM-İkinci Bölüm, Eiza Kashkoeva, (Başvuru No: 2016/9483), 25.05.2016, paragraf 17) sonrasında, sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusundaki ciddi emareleri, başvurunun sunma yükümlülüğü olduğunu açıkça ifade etmiştir. bkz., “ ... Başvurucu, ülkesindeki kötü muamele riskini genel olarak dile getirmiş; ancak, söz konusu riskin kişisel olarak kendisini nasıl etkileyeceğini açıklamamıştır. Başvurucu ayrıca, kendisini ülkesinden ayrılmaya zorlayan somut bir sebep olup olmadığı konusunda da bilgi vermemiştir. Başvurucunun kişisel durumuna ilişkin açıklama yapmaktan kaçınması nedeniyle ülkesinin yukarıda yer verilen genel koşullarının kendisi açısından gerçek bir risk içerip içermediğinin araştırılabilmesi veya değerlendirilebilmesi mümkün değildir. ... başvurunun ülkesine geri gönderilmesi hâlinde kötü muameleye maruz kalacağına ilişkin "genel" ve "soyut" iddialarının araştırmaya değer nitelikte ve yeterlilikte olmadığı anlaşılmaktadır. ... başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna ...”, AYM-İkinci Bölüm, Yrskul Beishenaliev, (Başvuru No: 2016/7458), 20.04.2017; “... Başvurucu 1971 doğumlu olup Afganistan vatandaşıdır. İran'da yaşadığı bölgede mezhep farklılıkları nedeniyle bazı sorunlarla karşılaşması üzerine yasa dışı yollardan Türkiye'ye giriş yapmış ... (BMMYK) başvurmuş ... imza yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve ikamet ilini izinsiz olarak terk etmiş ... anılan gerekçelerle başvurunun geçici sığınmacı statüsünün kaldırılmasına ve sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. ... Başvurucu, ülkesinde Taliban terör örgütünün faaliyetlerini devam ettirdiğini genel olarak dile getirmiş ancak söz konusu durumun kendisini ve ailesini nasıl etkilediğini açıklamamıştır. Dahası başvurunun Afganistan'ın hangi bölgesinden olduğu ya da geri gönderilmesi hâlinde hangi bölgesinde yaşamak zorunda kalacağı konusunda da herhangi bir bilgi sunulmamıştır. ... başvurunun geri gönderileceği ülkenin koşullarına ilişkin araştırma yapmaya elverişli nitelikte bilgiler vermediği açıktır. Geri gönderilen ülkenin koşullarının kamu makamları tarafından resen araştırılması gerektiğine ilişkin kural, başvurunun bu konuda açıklamada bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. ... başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının savunulabilir nitelikte olmadığı anlaşıldığından başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna ...”, AYM-İkinci Bölüm, Abdolghafoor Rezaei, (Başvuru No: 2015/17762), 06.12.2017, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

AB üyesi devletler sınır dışı etme kararında, ilgilinin kendi isteğiyle (gönüllü) ayrılması için yedi ile otuz gün arasında uygun bir süre verilmesini kendi ulusal mevzuatlarında düzenlerler; ancak üye devletler, kendi ulusal mevzuatlarında, söz konusu sürenin sadece ilgili üçüncü ülke vatandaşı tarafından yapılan ikamet başvurusunu takiben verilmesini de öngörebilirler (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 7/1). 12.09.2018 tarihli Yönerge Taslağı<sup>27</sup> “yedi gün” ifadesini kaldırarak otuz güne kadar bir süre öngörülmesini düzenlemektedir. Böylece yedi gün olan alt süre sınırı düzenlemeden çıkarıldığı için üye devletlerin, ilgili kişinin gönüllü geri dönüşü için bir gün ya da daha kısa bir süre vermelerine imkân tanınmaktadır.

The European Council on Refugees and Exites (ECRE), gönüllü geri dönüş için ilgili kişilere verilecek sürenin en az otuz gün olması gerektiğini önermektedir<sup>28</sup>. Gönüllü geri dönüş için bir günlük süre verilmesi durumunda, bu süreye ilgili kişinin riayet edebilmesi hayatın olağan akışı içerisinde çok mümkün olmayacağı için aslında gönüllü geri dönüşü ortadan kaldıran bir düzenleme getirilmek istenmektedir. Türk Yabancılar Hukuku’nda, sınır dışı etme kararı alınanlara, sınır dışı etme kararında belirtilmek kaydıyla, Türkiye’yi terk edebilmeleri için on beş günden az olmamak üzere otuz güne kadar süre tanınarak “çıkış izin belgesi” verilmesi (YUKK mad. 56), sığınma arayanlar açısından daha makul bir süredir.

AB üyesi devletler, kişinin kaçma riski olması ya da yasal olarak kalmak için yapılan bir başvurunun açıkça dayanaktan yoksun veya hileli olması dolayısıyla reddedilmesi ya da ilgili kişinin kamu düzeni, kamu güvenliği ya da ulusal güvenlik açısından risk teşkil etmesi durumlarında, kişinin gönüllü olarak ayrılması için uygun süre vermeme ya da yedi günden daha kısa bir süre verme hakkına sahiptirler<sup>29</sup> (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 7/4). ABAD, söz konusu hallerde gönüllü geri dönüş için süre verilmemesi ya da yedi günden daha az süre verilmesinin her durum için bireysel olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>30</sup>. Ancak kamu düzeni ve ulusal güvenlik kavramları üye devletlerce keyfi yoruma açık olduğundan, üye devletler ilgili kişilerin gönüllü ayrılması için bir süre verilmemesini öngörebilmektedirler. 2008/115/EC Sayılı Yönerge’nin üye devletlere tanıdığı takdir yetkisi, AB Komisyonu’nun 07.03.2017 tarihli

---

<sup>27</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast) A contribution from the European Commission to the Leaders’ meeting in Salzburg on 19-20 September 2018, COM (2018) 634 final, 2018/0329(COD), (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1583520407005&uri=CELEX:52018PC0634>, E.T. 08.09.2021.

<sup>28</sup> ECRE, Comments on the Commission Proposal for a Recast Return Directive COM (2018) 634, November 2018, s. 11, (Çevrimiçi) <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/11/ECRE-Comments-Commission-Proposal-Return-Directive.pdf>, E.T. 08.09.2021.

<sup>29</sup> 12.09.2018 tarihli Yönerge Taslağı, söz konusu durumlarda üye devletlerin, gönüllü geri dönüş için bir süre vermemesini yükümlülük olarak düzenlemektedir.

<sup>30</sup> ABAD – 3. Daire, Z. Zh. V Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie, C-554/13, 11.06.2015, paragraf 75, (Court of Justice of the European Union).

*Tavsiye Kararı*<sup>31</sup>'nda da ifade edildiği gibi ulusal mevzuatlar arasındaki farklılıklar sebebiyle AB'nin geri dönüş politikasının etkinliği üzerinde olumsuz etkiye neden olmaktadır.

Benzer şekilde Türk Yabancılar Hukuku'nda da kaçma ve kaybolma riski bulunanlara, yasal giriş veya çıkış kurallarını ihlal edenlere, sahte belge kullananlara, asılsız belgelerle ikamet izni almaya çalışanlara veya aldığı tespit edilenlere, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlara, terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlara, uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenlere bu süre tanınmaz (*YUKK mad. 56 -YUKKY mad. 58/1-2*).

Gönüllü geri dönüş için süre verilmemesi ya da verilen sürede geri dönüş yükümlülüğüne uyulmaması halinde geri dönüş kararı ile birlikte ilgili kişi hakkında giriş yasağı kararı alınır (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 11/1*). Giriş yasağının süresi, bireysel durumun koşulları dikkate alınarak belirlenir ve kural olarak beş yılı<sup>32</sup> geçemez. Ancak üçüncü ülke vatandaşının kamu düzeni, kamu güvenliği ya da ulusal güvenlik için ciddi bir tehdit oluşturması durumunda giriş yasağı beş yıldan fazla olabilir (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 11/2*). *12.09.2018 tarihli Yönerge Taslağı*'nda gönüllü geri dönüş için bir gün ya da daha az bir süre verilmesi düzenlenmesi, hayatın olağan akışı içerisinde ilgili kişilerin riayet edebilecekleri bir süre olmadığından; ülkeye uzun süreli giriş yasakları ile karşılaşmalarına sebebiyet verecektir. Türk Yabancılar Hukuku'nda ise terke davet süresini geçirmiş olarak sınır kapısına gelenlerden, vize veya ikamet ihlal süresine göre giriş yasağı uygulanması (*YUKKY mad. 58/7-8*) düzenlenmiş ancak giriş yasağında bir üst süre sınırı belirlenmemiştir.

Bir üye devlet, bir başka üye devlet tarafından giriş yasağına tabi olan üçüncü ülke vatandaşına, ikamet izni veya kalma hakkı veren başka bir izin verecek olursa, *Schengen Antlaşması Uygulama Konvansiyonu mad. 25* gereğince, ilk önce giriş yasağı vermiş olan üye devlete danışmalı ve üye devletin menfaatlerini dikkate almalıdır (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 11/4*). Giriş yasağına ilişkin söz konusu hükümler, uluslararası koruma hakkına hanel getirmeksizin uygulanır (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 11/5*).

Söz konusu süreler içinde geri dönüş yükümlülüğü gönüllü olarak yerine getirilmemişse ya da gönüllü geri dönüş için bir süre öngörülmemişse üye devletler, sınır dışı etme kararının uygulanmasına yönelik olarak gereken tüm

---

<sup>31</sup> Commission Recommendation (EU) 2017/432 of 7 March 2017 on making returns more effective when implementing the Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council, C/2017/1600, OJ L 66, 11.03.2017 (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1561194736103&uri=CELEX:32017H0432>, E.T. 08.09.2021.

<sup>32</sup> Kural olarak beş yılı geçmeyecek olan giriş yasağının başlangıç süresinin, ilgili kişinin üye devletin ülkesinden fiilen ayrıldığı tarihten itibaren hesaplanması gerektiği yönünde bkz., ABAD – 2. Daire, *Mossa Ouhrani*, C-225/16, 26.07.2017, paragraf 58, (Court of Justice of the European Union).

tedbirleri alma yetkisine sahiptirler (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 8/1). Üye devletler, bu durumda ülkeden çıkarılmayı düzenleyen ayrı bir idari ya da yargısal karar ya da işlem tesis edebilirler (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 8/3). Üye devletlerin, ülkeden çıkarılma konusunda direnen üçüncü ülke vatandaşına karşı son çare olarak zorlayıcı tedbirler uygulaması halinde, söz konusu tedbirlerin orantılı olması ve makul güç kullanımını aşmaması; ulusal mevzuatta öngörüldüğü gibi temel haklara uygun olarak ve ilgili üçüncü ülke vatandaşının onuruna ve fiziksel bütünlüğüne saygı gösterilerek uygulanması gerekir (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 8/4).

#### **IV. Sınır Dışı Etmek Üzere Gözaltında Tutma**

Üye devletler, yeterli ama daha az zorlayıcı diğer tedbirleri somut olayda etkili bir şekilde uygulayamadıklarında, sınır dışı etmeyi hazırlamak ve/veya ülkeden çıkarılmayı gerçekleştirmek amacıyla, özellikle kaçma riskinin bulunduğu ya da üçüncü ülke vatandaşının kararın gereğini yerine getirmekten kaçındığı ya da engellediği durumlarında sınır dışı prosedürüne tabi olan üçüncü ülke vatandaşını gözaltında tutabilirler (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 15/1). AB üyesi devletlerde sığınma arayanların gözaltında tutulmaları sıklıkla başvuru bir tedbirdir<sup>33</sup>. Türk Yabancılar Hukuku'nda hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında VİGİM tarafından "idari gözetim kararı" alınır ve ya da idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilir (YUKK mad. 57/2 – YUKK mad. 57/A/3). Aynı zamanda sınır dışı edilmek üzere geri gönderme merkezinde idari gözetim altında olan yabancıların uluslararası korumaya başvurması halinde de idari gözetim kararının süresi içinde, uluslararası koruma işlemleri yürütülmeye devam eder (YUKKY mad. 96/7).

AB Hukukunda gözaltında tutulmaya, adli veya idari merciler tarafından, hukuki ve fiili gerekçeleri belirtilerek yazılı olarak karar verilir (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 15/2). Kural olarak gözaltında tutulma, özel merkezlerde gerçekleştirilir. Ancak özel gözaltı merkezlerinin sağlanamaması durumunda ilgili kişiler cezaevlerinde mahkumlardan ayrı şekilde tutulurlar (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 16/1). ABAD bu durumda sınır dışı etmek amacıyla gözaltında tutulan ilgili kişinin normal mahkumlarla tutulma yönünde rızası olsa bile; ilgili kişilerin cezaevlerinde mahkumlardan ayrı bir şekilde tutulmaları gerektiğine hükmetmiştir<sup>34</sup>. 2008/115/EC sayılı Yönerge; sınır dışı edilecek kişilere özel gözaltı merkezlerinin sağlanamaması durumunda cezaevlerinde

<sup>33</sup> CORNELISSE, Galina, **Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty**, Leiden, 2010, s. 3-4.

<sup>34</sup> ABAD – Büyük Daire, *Thi Ly Pham v Stadt Schweinfurt*, Amt für Meldewesen und Statistik, C-474/13, 17.07.2014, paragraf 23; ABAD-1. Daire, *WM v Stadt Frankfurt am Main*, C-18/19, 24.8.2020 (Court of Justice of the European Union).

mahkumlardan ayrı şekilde tutulmalarına imkân veren hükmüyle, temel insan hakları bakımından örnek alınabilecek bir düzenleme olarak değerlendirilemez; zira söz konusu kişiler suçlu değildir<sup>35</sup>. Bu anlamda Türk Yabancılar Hukuku, idari gözetim altına alınan yabancıların, geri gönderme merkezlerinde tutulmaları düzenlemesiyle (YUKK mad. 58/1), sığınma arayanların haklarına 2008/115/EC sayılı Yönerge düzenlemesine göre daha saygılı bir hüküm içermektedir.

Her bir üye devlet, gözaltı için altı ayı geçmemek üzere belirli süre tayin etmelidir (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 15/5). Bununla birlikte üye devletler, geri dönüş sürecinin uzun süreceği hallerde belirleyecekleri bu süreyi on iki ayı geçmeyecek şekilde uzatabilirler (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 15/6). Türk Yabancılar Hukuku da geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresinin kural olarak altı ay olarak düzenlemesi ve sınır dışı etme işlemlerinin yabancının iş birliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması halinde, en fazla altı ay daha uzatılabilmesi hükmüyle (YUKK mad. 57/3)<sup>36</sup>, 2008/115/EC sayılı Yönerge ile benzer düzenleme içermektedir.

AB Hukuku'nda uzun gözaltı süreleri durumunda denetimin yargısal makamların gözetimi altında yapılması gerektiği düzenlemiştir (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 15/3). Türk Yabancılar Hukuku'nda da idari gözetim altına alınan ya da elektronik izleme yükümlülüğüne tabi tutulan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, söz konusu karara karşı sulh ceza hâkimine başvurabilir ve sulh ceza hâkimi incelemeyi “beş gün” içinde sonuçlandırır ve bu konudaki kararı kesindir. İdari gözetim altına alınarak özgürlüğünden yoksun bırakılan yabancılar, hukuka aykırı idari gözetimden doğan zararlar için, sulh ceza mahkemesinin itirazı kabul

---

<sup>35</sup> ECRE, Reception and Detention Conditions of Applicants for International Protection in Light of the Charter of Fundamental Rights of the EU, January 2015, s. 72, (Çevrimiçi) <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Reception-and-detention-conditions-for-applicants-for-international-protection-in-light-of-the-Charter-of-Fundamental-Rights-of-the-EU-January-2015.pdf>, E.T. 08.09.2021.

<sup>36</sup> BMMYK tarafından 12.02.2007 tarihinde mülteci kabul belgesi verilerek uluslararası koruma sağlanan, 19.10.2016 tarihinde Kırklareli Valiliği tarafından, kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu gerekçesiyle sınır dışı ve idari gözetim kararı alınan başvurunun, Anayasa Mahkemesi'nin 15.11.2016 tarih ve 2016/24656 sayılı kararıyla Çin ve Kazakistan'a iade edilmemesine karar verilmiştir. Türkiye'nin kendisini Çin ve Kazakistan dışında üçüncü bir ülkeye göndermeye hazırladığını iddia eden başvurucu; sınır dışı edilme riski, idari gözetim altında tutmanın hukuki olmaması, geri gönderme merkezindeki tutulma koşulları, bu koşullardaki sağlık olanaklarının yetersizliği nedeniyle 23.11.2016 tarihinde AİHM'ne müracaat etmiş ve AİHM, 70333/16 başvuru numaralı ve 30.11.2017 tarihli kararında başvurunun Türkiye dışına gönderilmemesi doğrultusunda tedbir kararı vermiştir. Azami on iki aylık idari gözetim altında tutulma süresinin dolması ve kendi rızasıyla ayrılmak istemediği yönünde tutanak düzenlendiği ancak imzalamaktan imtina ettiği bu tutanağın içeriğinin gerçeği yansıtmadığı savunmaları ile on ikinci aydan sonra fiilen idari gözetim altında tutmanın kanunilik koşulunu sağlamayacağı gerekçesiyle Anayasa'nın 19. maddesi ile korunan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlaline karar verilmiştir. bkz., AYM- Genel Kurul, *Abdülkadir Yapıoğlu*, (Başvuru No: 2016/35009), 02.05.2019, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).



etmesi halinde idari yargıda tam yargı davası açabilirler<sup>37</sup>; ancak başvuru idari gözetimi durdurmaz. İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hakimine başvurabilir (*YUKK mad. 57/6-7 – YUKK mad. 57/A/5*).

Türk Yabancılar Hukuku'nda idari gözetim kararı, idari gözetim süresinin uzatılması<sup>38</sup>, her ay düzenli olarak yapılan değerlendirmelerin sonuçları<sup>39</sup> ya da

---

<sup>37</sup> Kanun koyucunun idari gözetim kararına karşı itiraz mercii olarak münhasıran sulh ceza hâkimliklerini tayin ettiği ve bu açıdan idare mahkemelerinin idari gözetim kararının hukuka uygunluğunun denetimini konusunda herhangi bir yetkisi bulunmadığından sulh ceza hâkimliğine itiraz edilmeden idari yargıda tam yargı davası açılmayacağını ve sulh ceza hâkiminin idari gözetim kararının hukuka uygun olduğuna hükmetmesi durumunda sulh ceza hâkiminin ret kararından itibaren süresi içinde doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabileceği ancak sulh ceza hakiminin idari gözetim kararının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle itirazı kabul etmesi halinde idari yargıda tam yargı davası açılabilmesi yönünde bkz., AYM-Genel Kurul, B.T., (Başvuru No: 2014/15769), 30.11.2017, paragraf 70, 71, 72, 73; Aynı yönde bkz., AYM-Birinci Bölüm, I.M. ve Z.M., (Başvuru No: 2014/16413), 20.12.2017 ; AYM-İkinci Bölüm, F.A.A., (Başvuru No: 2015/15764), 04.04.2018; AYM-İkinci Bölüm, G.B. ve Diğerleri, (Başvuru No: 2014/19481), 24.05.2018; AYM-Birinci Bölüm, G.E., (Başvuru No: 2015/6543), 11.06.2018; AYM-Birinci Bölüm, M.A., (Başvuru No: 2015/7305), 11.06.2018, paragraf 16, 39; AYM-Birinci Bölüm, K.K., (Başvuru No: 2014/16575), 11.06.2018; AYM-İkinci Bölüm, Manzura Jumaeva, (Başvuru No: 2015/1474), 27.06.2018; AYM-Birinci Bölüm, F.M., (Başvuru No: 2015/9776), 28.06.2018, paragraf 41; AYM-İkinci Bölüm, M.S.S., (Başvuru No: 2014/19690), 26.12.2018, paragraf 22-26; AYM- Birinci Bölüm, A.A. ve Diğerleri, (Başvuru No: 2014/17572), 07.02.2019; AYM-Birinci Bölüm, Sara Rahmazani, (Başvuru No: 2015/33), 08.05.2019, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

<sup>38</sup> Anayasa Mahkemesi de söz konusu altı aylık sürenin hangi nedenle uzatıldığının ilgili kişiye bildirilmeksizin idari gözetim süresinin uzatılmasının, *Anayasa mad. 19* hükmü ile korunan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlaline karar vermiştir. bkz., "...başvurucunun bu koşullarda sekiz ayın üzerinde bir süre idari gözetim altında tutulmasının, *Anayasa'nın 17. maddesi* açısından açık bir ihlal doğurduğu sonucuna ulaşılmıştır. ... başvurucunun toplam 8 ay 10 gün idari gözetim altında tutulması sonucunda idari gözetim kararında kanuni sınır olarak öngörülen 6 aylık sürenin aşıldığı ve 6 aylık sürenin hangi gerekçeyle uzatıldığının da başvurucuya bildirilmediği tespit edilmiştir. ... başvurucunun idari gözetim altına alınmasına ve bu tedbirin devam ettirilmesine ilişkin kararların ve kendisi hakkındaki bilgilerin zamanında kendisine bildirilmediği ... yargısal denetim, yeri geldiğinde başvuruda bulunan kişinin serbest bırakılmasını temin edebilmelidir. Bu şekilde öngörülen hukuk yolunun, sadece teoride değil uygulamada da yeterince sonuç alınabilir bir yol olması gerekir. Aksi hâlde söz konusu hükmün amaçları açısından gerekli olan erişilebilirlik ve etkili olma özelliğinden söz edilemez...", bkz., AYM – Genel Kurul, K.A., (Başvuru No: 2014/13044), 11.11.2015, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

<sup>39</sup> İdari gözetimin devamında zaruret olup olmadığı, VİGİM tarafından her ay düzenli olarak değerlendirilir ve idari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar için idari gözetim derhal sonlandırılır ve idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilir. Sınır dışı etme kararının, yabancıların idari gözetime alınmasından itibaren altı ay içinde yerine getirilemeyeceğinin öngörülmesi, idari gözetim altında bulunan yabancıların, sınır dışı etme kararı alınmayacaklar kapsamına girdiğiyle ilgili ciddi emarelerin ortaya çıkması, yabancı hakkında idari gözetim kararı alınmasına esas teşkil eden kaçma ve kaybolma riskinin ortadan kalkması, yabancıların gönüllü geri dönüş desteğine başvurması idari gözetimin devamında zaruret görülmeyebilecek durumlar olarak düzenlenmiştir (*YUKKY mad. 61/2*). İdari gözetime alternatif yükümlülükler; belirli adreste ikamet etme, bildirimde bulunma, aile temelli geri dönüş, geri dönüş danışmanlığı, kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma, teminat ya da elektronik izlemedir (*YUKK mad. 57/4 - YUKK mad. 57/A/1 - YUKKY mad. 61*). İlgili kişi söz konusu yükümlülüklerden bir ya da birkaçı ile

idari gözetime alternatif yükümlülüklerden bir ya da birkaçına tabi tutulmuşsa bu durum, gerekçesiyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir; idari gözetim altına alınan ya da idari gözetime alternatif yükümlülüklerle tabi olan kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa, kendisi veya yasal temsilcisi kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir (*YUKK mad. 57/5 – YUKK mad. 57/A/4*).

Hukuki ya da diğer sebeplerle geri dönüşün olmayacağını anlaşılması veya gözaltında tutulmayı gerekli kılan durumların ortadan kalkması durumunda gözaltı sona erer ve ilgili kişi derhal serbest bırakılır (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 15/4*). ABAD, gözaltı uygulaması sona eren ve serbest bırakılan kişilere üye devletlerin ikamet izni vermek zorunda olmadığını; sadece durumlarını teyit eden bir belge verilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>40</sup>.

Çok sayıda üçüncü ülke vatandaşının geri dönmesinin bir üye devletin gözaltı merkezleri ya da adli veya idari görevlileri üzerinde beklenmedik ağır bir yük oluşturması durumunda bir üye devlet, söz konusu istisnai durum devam ettiği sürece gözaltında tutulma koşullarına ilişkin acil tedbirler almaya karar verebilir (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 18/1*). Bu tür istisnai tedbirlere başvuran üye devlet AB Komisyonu'nu bilgilendirmekle yükümlüdür (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 18/12*).

## **V. Sınır Dışı Etme Kararına Karşı İtiraz ve Yürütmenin Kendiliğinden Durmaması Sorunu**

*AIHS 7 No'lu Protokol*<sup>41</sup> *mad. 1* hükmü gereğince, bir devletin ülkesinde, yasal olarak bulunan bir yabancı, sınır dışı edilmesine karşı gerekçelerini sunmasına; sınır dışı kararının yeniden incelenmesine ve bu amaçlarla yetkili bir makam veya bu makam tarafından tayin edilen kişi veya kişiler huzurunda temsil edilmesine izin verilmedikçe ve kanuna uygun olarak alınan bir karar olmadıkça sınır dışı edilemez. Ancak, söz konusu kişinin sınır dışı edilmesi, kamu düzeni açısından gerekliyse veya milli güvenlik nedenlerinden kaynaklanıyorsa bu durumda söz konusu usulü güvenceleri kullanmadan da yabancı sınır dışı edilebilir. AB Sığınma Hukuku'nda üçüncü ülke vatandaşı, yetkili adli ya da idari merci ya da bağımsız ve tarafsız üyelerden oluşan yetkili bir organ önünde sınır dışı etmeye ilişkin kararların yeniden incelenmesini istemek ya da temyiz başvurusunda bulunmak hakkına sahiptir (*2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 13/1*). İlgili yetkili merci ya da organ sınır dışı etmeye ilişkin kararların geçici olarak yürütmesini

---

en fazla yirmi dört ay süre ile sınırlı olarak sorumlu tutulabilir (*YUKK mad. 57/A/2*). İlgili kişi söz konusu idari gözetime alternatif yükümlülüklerle uymaması durumunda, idari gözetim altına alınır (*YUKK mad. 57/A/6*).

<sup>40</sup> ABAD – 3. Daire, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, C-146/14 PPU, 05.06.2014, paragraf 89, (Court of Justice of the European Union).

<sup>41</sup> 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokolün Onaylanması Hakkında Karar (RG. 08.04.2016, S. 29678).

durdurma da dahil olmak üzere yeniden incelenmesinde yetki sahibidir (2008/115/EC sayılı Yönerge mad. 13/2).

AB üyesi devletler, uluslararası koruma başvuruları hakkındaki ön karara karşı etkili başvuru hakkının kullanılması için öngörülen sürenin<sup>42</sup> sonuna kadar ve şayet itiraz hakkı kullanılmışsa da itiraz sonuçlanana kadar başvuru sahibinin ülkelerinde kalmasına kural olarak izin vermekteyse de (2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 46/5); 2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 46/6 düzenlemesindeki hallerde itirazı inceleyen mahkeme, başvuru sahibinin üye devletin ülkesinde kalıp kalmayacağına karar verme yetkisine sahiptir. Buna göre bir başvuru açıkça dayanaktan yoksun kabul edilmişse, hızlandırılmış prosedür ya da sınır prosedürüne tabi ise, geri çekilmiş ya da geri çekilmiş sayılmış ise ve Avrupa güvenli üçüncü ülkesi sebebiyle başvurunun incelenmemesine karar verilmişse, bu durumlarda sınır dışı kararının yürütmesinin durdurulması için hâkimin kararı gereklidir<sup>43</sup>.

Yürütmenin kendiliğinden durdurulması genel kural olarak 2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 46/5 hükmünde düzenlenirken; bu kuralın istisnasını teşkil eden 2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 46/6 düzenlemesindeki hallerde yürütme kendiliğinden durmayıp ancak talep üzerine ya da re'sen hakim tarafından yürütmenin durdurulması kararı<sup>44</sup> ile durdurularak öngörülen sürenin sonuna kadar ve şayet itiraz hakkı kullanılmışsa da itiraz sonuçlanana kadar başvuru sahibinin ülkelerinde kalmasına izin verilerek sınır dışı edilmesi engellenmiş olur<sup>45</sup>. Ancak sığınma arayanlar; açıkça dayanaktan yoksun başvuru, hızlandırılmış prosedür, geri çekilmiş sayılma sebeplerine dayalı olarak her ne kadar temyiz hakkına sahip olsalar da hâkimin sınır dışı kararının yürütmesini durdurulmaması halinde temyiz kararlarının sonucunu dahi öğrenemeden sınır dışı edilebilmektedirler.

ABAD, üçüncü ülke vatandaşı bir kişinin geri dönüşüne yönelik karara itirazı halinde, kararın uygulanmasının ciddi bir hastalığa sahip olan ilgili kişinin sağlık

---

<sup>42</sup> Uluslararası koruma başvuru kararlarına karşı itiraz ya da temyiz merciine başvuru süresi her bir AB üye devlette farklı belirlenmiş olsa da genellikle 14-30 gün aralığında değişmektedir. İspanya 60 günlük ve Güney Kıbrıs 75 günlük süre ile en uzun itiraz süresine sahip üye ülkeler iken; Hollanda 7 gün ve Macaristan ise 8 gün içinde itiraz edilmesini düzenleyerek en kısa süreye sahip üye ülkelerdendir. bkz., Asylum Information Database (Çevrimiçi) <http://www.asylumineurope.org/comparator/asylum-procedure>, E.T. 08.09.2021.

<sup>43</sup> Başvuru sahibinin geri gönderilmemesi ilkesinin ihlaline yönelik gerçek bir riskin bulunduğu durumlarda bile itirazın kendiliğinden yürütmeyi durdurmayacağına ilişkin bkz., ABAD - 4.Daire, *X and Y v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Case C-180/17, 26.09.2018, paragraf 46.

<sup>44</sup> ABAD, yetkili idari merci tarafından, uluslararası koruma başvurusunun açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle reddedilen başvuru sahibinin, temyiz incelemesi süresince ülkede kalma hakkına ilişkin karar verilene kadar yasal olarak ülkede kalma hakkı sahibi olduğuna ve sınır dışı edilmek amacıyla tutuklanamayacağına hükmederek söz konusu olayda hakimın yürütmeyi durdurma kararı vermesi gerektiği yönünde karar vermiştir. bkz., ABAD - 1.Daire, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie v C and J and S v Staatssecretaris*, Case C-269/18 PPU, 05.07.2018, paragraf 56, (Court of Justice of the European Union).

<sup>45</sup> PEEK, Markus / TSOURDI, Lilian, **EU Immigration and Asylum Law**, 2nd edition, Ed.: Kay Hailbronner, Daniel Thym, C. H. Beck-Hart-Nomos, 2016, s. 1377.

durumunu geri dönüşü olmayacak şekilde bozulma riski ya da ciddi bir ölüm riski ile karşı karşıya bırakabilecek durumda olması sebebiyle sınır dışı etmeye yönelik kararın yürütmesinin durdurulması gerektiğine ve bu sürede ilgili kişinin acil sağlık hizmeti ve temel hastalıkların tedavisine yönelik temel ihtiyaçlarının karşılanması gerektiğine hükmetmiştir<sup>46</sup>. Dolayısıyla ABAD, ulusal mevzuatlarda yürütmenin kendiliğinden durdurulması düzenlemesini bir zorunluluk olarak görmemekte, ancak sınır dışı kararlarına karşı yetkili merciye itiraz halinde, yetkili merciin gerektiğinde yürütmeyi durdurma kararı vermesini benimsemektedir. Oysa uluslararası koruma başvurusu sahiplerinin, ilk derece itiraz mercii tarafından verilen ön karar da dahil olmak üzere başvuruları hakkında nihai karar verilene kadar ülke de kalma hakkının (2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 9/1) ihlal edilmemesi ve hakkında sınır dışı kararı alınan kişilerin herhangi bir istisna getirilmeksizin kendiliğinden yürütmenin durdurulması etkisine sahip itiraz hakkına sahip olmaları gerekir<sup>47</sup>.

Sınır dışı etme kararına yapılan itiraz neticesinde yürütmenin kendiliğinden durdurulması ilkesinin benimsenmesi *AİHS mad. 13* hükmü ile korunan etkin başvuru hakkının sağlanması bakımından gereklidir<sup>48</sup>. Ancak ABAD, uluslararası koruma başvurusu reddedilen ve geri gönderilmesine karar verilen kişilerin söz konusu karara karşı itiraz etmesi halinde kararın yürütmesinin kendiliğinden durmamasına yönelik ulusal düzenlemeleri *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ)*<sup>49</sup>’na uygun bulmaktadır<sup>50</sup>. Zira AB kurumlarının kontrol edilmesi ve üye devletlerin AB mevzuatına uygunluğunun sağlanması olmak üzere AİHM’ne nazaran daha geniş ve kapsamlı yargı yetkisine sahip olan<sup>51</sup> ABAD, AİHS ya da

---

<sup>46</sup> ABAD – Büyük Daire, *Centre ... v Moussa Abdida*, C-562/13, 18.12.2014, paragraf 63; ABAD-1.Daire, *B. v Centre public d’action sociale de Liège*, C-233/19, 23.11.2020, (Court of Justice of the European Union).

<sup>47</sup> ECRE, Comments for a Recast Return Directive, s. 15, 18.

<sup>48</sup> AİHM, *Conka v. Belçika*, (Başvuru No: 51564/99), 05.02.2002, paragraf 75-83; AİHM, *Gebremedhin v. Fransa*, (Başvuru No: 25389/05), 26.04.2007, paragraf 66; İddia edilen işkence ya da kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesi halinde meydana gelecek zararın geri dönüşü olmayan niteliği ve AİHM’nin 3. maddeye verdiği önem nedeniyle 13. madde bağlamında etkili hukuk yolu kavramının, başvuranın, söz konusu ülkeye sınır dışı edilmesi halinde, AİHS’nin 3. maddesine aykırı muameleye uğraması yönünde gerçek bir tehlike bulunduğu inanmayı gerektirecek esaslı gerekçeler bulunduğu iddiasının bağımsız ve titiz bir incelemeye tabi tutulması ve kendiliğinden durdurucu etkisi olan bir hukuk yolu olmak üzere iki unsuru gerektirdiği yönünde bkz., AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye*, (Başvuru No: 30471/08), 22.09.2009, paragraf 108; AİHM, *Mohammed v. Avusturya*, (Başvuru No. 2283/12), 06.06.2013, paragraf 72, (Court of Justice of the European Union).

<sup>49</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 202, 07.06.2016, (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&qid=1542479820316&from=EN>, E.T: 08 Eylül 2021.

<sup>50</sup> ABAD – 4. Daire, *X v Belastingdienst/Toeslagen*, C-175/17, 26.09.2018, paragraf 48, (Court of Justice of the European Union).

<sup>51</sup> COSTELLO, Cathryn, **The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law**, Oxford University Press, 2015, s. 54.

AİHM'nin yorumları ile bağlı değildir<sup>52</sup>. 12.09.2018 tarihli *Yönerge Taslağı*, geri göndermeme ilkesinin ihlal edilme tehlikesi olduğu durumda, belirlenen süre içerisinde sınır dışı etme kararına itiraz halinde, sınır dışı kararının yürütmesinin kendiliğinden durmasını düzenlemiştir. Ancak sığınma arayanların etkin başvuru haklarının ihlalinin önüne geçilmesi için istisna getirilmeksizin her durumda sınır dışı kararına itiraz halinde yürütmenin kendiliğinden durması prensibi benimsenmelidir.

12.09.2018 tarihli *Yönerge Taslağı* sınır dışı kararlarına karşı itiraz hakkının kullanılmasında üye devletlerin makul süre sınırı düzenlemelerini öngörmüş; ancak uluslararası koruma başvurusunun reddedilmesine ilişkin bir kararın sonucu olan sınır dışı kararlarına karşı "beş günü" aşmayan bir sürede itiraz edilmesini ve sınır prosedüründe de sınır dışı kararlarına itiraz süresinin "kırk sekiz saati" aşmayacak şekilde üye devletlerce belirlenmesini düzenlemiştir. Ancak bu kadar kısa sürelerin öngörülmüş olması *ABTHŞ mad. 47* ile korunan etkin başvuru hakkının açıkça ihlaline sebebiyet vermektedir<sup>53</sup>. Zira ABAD, hızlandırılmış prosedürde, sınır dışı kararlarına karşı en az on beş günlük itiraz süresinin gerekli olacağına karar vermiştir<sup>54</sup>. Uygulamada sığınma arayanların çoğunlukla sınır dışı kararı ve gönderilecekleri ülke hakkında bilgilendirilmediği, sınır dışı kararına karşı itiraz etme ve sınır dışı işleminin yürütmesinin kendiliğinden durdurulması imkanına da sahip olmamaları<sup>55</sup> sebebiyle ulusal makamlar önünde etkin başvuru imkanının kısıtlandığını söylemek mümkündür<sup>56</sup>.

Türk Yabancılar Hukuku'nda ise yabancı ya da yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren "yedi gün"<sup>57</sup> içinde idare

---

<sup>52</sup> KROMMENDIJK, Jasper, "The Use of ECtHR Case Law by the Court of Justice After Lisbon: The View of Luxembourg Insiders", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Y. 2015, C. 22, S. 6, s. 815, 833.

<sup>53</sup> ECRE, Comments for a Recast Return Directive, s. 19.

<sup>54</sup> ABAD-İkinci Daire, *Brahim Samba Diouf v Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, Case C-69/10, 28.07.2011, paragraf 66-67, (Court of Justice of the European Union).

<sup>55</sup> GIUFFRÉ's. 90-91.

<sup>56</sup> YILDIRIM, Tülay, **Güvenlik Ekseninde Avrupa Birliği Mülteci Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 127-128.

<sup>57</sup> 06.12.2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanun mad. 75 düzenlemesi ile sınır dışı etme kararlarına karşı on beş günlük itiraz süresi 24.12.2019 tarihinden itibaren yedi güne düşürülmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin *Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad* kararında (Başvuru No: 2016/5604, 24.05.2018), başvuruçunun dava açma hakkını ne şekilde kullanacağını kendisine açıklanmaması ve vekaletname düzenlenmesi için noterin geri gönderme merkezine davet edilmesi sebebiyle on beş günlük sürede dava açılmamasında başvuruçunun etkin başvuru hakkının ihlaline karar verdiği ve yine *A.A.K.* (Başvuru No: 2015/17761, 08.05.2019) davasında başvuruçunun kendisi tarafından tamamlanması mümkün olmayan bir eksikliği bertaraf etmek amacıyla yeni bir dava açmasını, kötü muamele iddialarını inceleyebilmek için kendisinden beklenen gayreti ve özeni gösterdiği bir durumda on beş günlük sürenin katı yorumlanmasının, *Anayasa mad. 17/3* hükmü ile bağlantılı olarak etkin başvuru hakkının ihlaline karar verdiği dikkate alındığında; haklarında sınır dışı kararı verilen kişilerin idare mahkemelerine itiraz haklarının yedi gün gibi kısa bir süre ile sınırlandırılmasının, *Anayasa mad. 40* ve *AİHS mad. 13* hükmü ile korunan etkin başvuru hakkının ihlali sonucunu meydana getirebilecektir.

mahkemesine<sup>58</sup> başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararı veren makama da başvurusunu bildirir. İdare mahkemesi itiraza ilişkin olarak “on beş gün” içinde karar verir<sup>59</sup>. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesin<sup>60</sup> olduğundan (YUKK mad. 53/3); söz konusu kararlara karşı bölge idare mahkemelerine istinaf veya Danıştay’a temyiz yoluna başvurulamayacaktır<sup>61</sup>. Her ne kadar iki dereceli bir itiraz imkanı Türk Yabancılar Hukuku’nda mevcut değilse de hem ABAD<sup>62</sup> hem de AİHM<sup>63</sup>, etkin başvuru hakkı kapsamında ilgili kişilere iki dereceli bir temyiz yolunun sağlanmak zorunda olmadığına karar vermektedir<sup>64</sup>. Önemli olan ilgililere itiraz için etkin başvuru haklarını

---

<sup>58</sup> YUKK sınır dışı kararına itiraz edilecek yetkili idare mahkemesini göstermediğinden, dava konusu olan idari işlemi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesinin yetkili olduğunu düzenleyen İYUK mad. 32/1 hükmü gereğince, sınır dışı etme kararı veren VİGİM’nün bulunduğu il idare mahkemesi sınır dışı kararına itiraz edilecek yetkili idare mahkemesidir. Zira Danıştay, GİB’nın, VİGİM’ne sınır dışı etme yönündeki talimatının, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığına ve sınır dışı etme kararını alan VİGİM’nün bulunduğu yerdeki il mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermiştir. bkz., Danıştay 10. Daire, T. 30.09.2015, E. 2015/3518, K. 2015/3964, 08.09.2021. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>59</sup> Anayasa Mahkemesi, yargının görevleri arasında yer alan, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının (Anayasa mad. 141/4), yargılama usulünün ve yargılamaların makul süre içinde bitirilmesi amacına hizmet etmesi sebebiyle on beş günlük sürenin iptali istemini reddetmiştir. bkz., AYM, T. 14.07.2016, K. 2016/135, E. 2016/37 (R.G. 23.09.2016, S. 29836), paragraf 24. (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

<sup>60</sup> Her ne kadar İYUK mad. 49/2-a hükmü gereğince yetkisiz bir idare mahkemesinin kararı temyiz sebebi ise de YUKK mad. 53/3 gereğince, idare mahkemesinin kararının kesin olması sebebiyle, yetkisiz idare mahkemesinin kararından dolayı temyiz yoluna gidilemeyeceği gibi eksik vekaletname sebebiyle de temyiz yoluna gidilemez. Ancak söz konusu karara karşı ilgili kişi Anayasa Mahkemesi ve AİHM’ne bireysel başvuruda bulunabilir. bkz., “... *dava dosyasına noter onaylı vekaletname ibraz edilmediği ve davacının, avukat tarafından yapılan işlemleri kabul ettiği beyanını içeren dilekçeyi Mahkemeye sunmadığı gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına ilişkin olarak verilen 31/03/2016 tarih ve E:2016/399, K:2016/845 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir. ... mahkemelerin sınır dışı etme işlemleri konusunda verdiği kararların kesin olduğu hükme bağlanırken kararların usule veya esasa ilişkin olması hususunda herhangi bir ayırım yapılmamış olması karşısında, esasa ilişkin ilk derece mahkemesi kararları kesin kabul edilirken usule ilişkin olanların temyizen incelenebileceğinin kabulünün hukuka uygun olmadığı değerlendirilmektedir. ... "sınırdışı etme" işlemine karşı açılmış bulunan davada idare mahkemesince verilen karar kesin olup temyizen incelenmesine hukuken olanak bulunmamaktadır. ...*”, Danıştay 10. Daire, T. 06.02.2017, E. 2016/2405, K. 2017/469, 08.09.2021. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>61</sup> EKŞİ, Nuray, “2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi”, **Göç Araştırmaları Dergisi**, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 42.

<sup>62</sup> ABAD, tek bir yetkili merci tarafından itirazın incelenmesini yeterli görerek iki dereceli bir itiraz aşamasına gerek görmemektedir. bkz., ABAD – 2. Daire, *Brahim Samba Diouf v Ministre du Travail, de l’Emploi et de l’Immigration*, C-69/10, 28.07.2011, paragraf 69; ABAD – Büyük Daire, *Sadikou Gnandi v État belge*, C-181/16, 19.06.2018, paragraf 57, (Court of Justice of the European Union).

<sup>63</sup> AİHM, *A.M. v. Hollanda*, (Başvuru No: 29094/09), 05.07.2016, paragraf 70, (European Court of Human Rights).

<sup>64</sup> Doktrinde idare mahkemesince verilen sınır dışına ilişkin kararlara karşı bir üst yargı merciine başvurma imkânı tanınmasının gerekliliği ifade edilmiştir. bkz., DARDAĞAN KİBAR, Esra, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği

kullanmalarına imkân veren makul süre tanınması, itiraz halinde yürütmenin kendiliğinden durması ve itiraza ilişkin değerlendirme yaparken de BMMYK ve Uluslararası Af Örgütü gibi insan hakları izleme örgütlerinin görüşlerinin de dikkate alınmasıdır<sup>65</sup>.

Türk Yabancılar Hukuku'nda sınır dışı kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması halinde yürütmenin kendiliğinden durması<sup>66</sup> kuralının (*YUKK mad. 53/3 - YUKKY mad. 59/4*) benimsenmesinde, AİHM'nin sınır dışı edilmesine karar verilen yabancıların, söz konusu sınır dışı işlemine karşı itiraz etmeleri

---

Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Y. 2012, C. 11, S. 2, s. 71; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülsüm, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, **TBB Dergisi**, Y. 2013, S. 108, s. 246; YİĞİT, Özgenur, **Uluslararası Hukuk, Avrupa Hukuku ve Türk Hukukunda Mülteci ve Sığınmacıların Etkili Başvuru Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 124.

<sup>65</sup> AİHM, Jabari v. Türkiye, (Başvuru No: 40035/98), 11.07.2000, paragraf 41, 49; AİHM, N.A v. Birleşik Krallık, (Başvuru No: 25904/07), 17.07.2008, paragraf 122; AİHM, Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye, (Başvuru No: 30471/08), 22.09.2009, paragraf 82; AİHM, Z.N.S. v. Türkiye, (Başvuru No: 21896/08), 19.01.2010, paragraf 48, (European Court of Human Rights).

<sup>66</sup> Anayasa Mahkemesi 30.05.2019 tarihinde verdiği pilot kararlar, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması halinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancıların sınır dışı edilemeyeceğini düzenleyen *YUKK mad. 53/3* hükmünde, 676 sayılı KHK ile yapılan değişikliğin; yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı (*Anayasa mad. 17/1, 3*), bu haklarla bağlantılı etkili başvuru hakkı (*Anayasa mad. 40*) ile Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yerleşik içtihatlarıyla uyumlu olmadığını; ülkesinde yaşam hakkının ihlal edileceğini ya da kötü muameleye maruz kalacağını ileri süren yabancıların bazılarından bazılarının artık dava açmalar bile davalarını sonuna kadar takip edebilmeye olanaklarının kalmadığını veya en iyi ihtimalle bu hususun, idarenin ve yargı mercilerinin takdirine bırakıldığını; başvuru idare mahkemesine açtığı davanın sonucunu beklerken sınır dışı edilme riskini ortadan kaldıran, yasal bir güvenceye sahip olmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini, ihlalin ise mevzuatta yapılan değişiklik sonrası oluşan yeni durumdan kaynaklandığı sonucuna vararak, yaşam hakkı ve kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ve bu ihlalin bir yasama işlemi olan *YUKK mad. 53/3* hükmünde yapılan ve 29.10.2016 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikten kaynaklandığını; ihlale yol açan kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerektiğini; yasama organı tarafından *YUKK mad. 53/3* hükmünün değişiklikten önceki hâle getirilmesini ya da hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılmasının bu konudaki yapısal sorunu ortadan kaldıracak ve benzer nitelikte yeni başvurular yapılmasını engelleyeceğini ifade ederek 29.10.2016 - 08.04.2019 tarihleri arasında yapılmış 1.545 bireysel başvuru ile bu tarihten sonra yapılacak aynı mahiyetteki yeni başvuruların bir yıl süreyle incelemesinin ertelenmesine karar vermiştir. bkz., AYM-Genel Kurul, Pilot Karar – Y.T., (Başvuru No: 2016/22418), 30.05.2019, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası); 24.12.2019 tarihinde yürürlüğe giren, 06.12.2019 tarih ve 7196 sayılı Kanun mad. 75 hükmü ile terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar ile uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler ve kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanların da sınır dışı edilme kararlarının dava açma süresi içinde ya da idare mahkemesine başvurulması halinde yürütmesinin kendiliğinden durdurulması benimsenerek söz konusu hak ihlallerini önleyecek şekilde bir değişiklik yapılarak düzenleme önceki haline getirilmiştir; Etkili başvuru hakkından, herhangi bir istisnaya tabi olmaksızın, sınır dışı etme kararı verilmiş olan tüm yabancıların eşit şekilde yararlanması gerekir. bkz., KUŞCU, Döndü, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 170.

halinde yürütmenin kendiliğinden durması ya da yürütmenin durdurulması imkanı sağlayan bir itiraz yolunun varlığının AİHS mad. 13 kapsamında etkin başvuru hakkının gereği olduğuna yönelik kararlarının etkisi olmuştur<sup>67</sup>.

AİHM'nin *Gebremedhin v. Fransa*<sup>68</sup> kararında açıkça ifade ettiği gibi yürütmenin kendiliğinden durdurucu etkiye sahip olmasının, *AİHS mad. 13* hükmü ile korunan etkin başvuru hakkının bir gereğidir. Türk Yabancılar Hukuku'nda sınır dışı kararına karşı dava açma süresi içinde ya da yargıya başvurulması halinde sınır dışı işleminin yürütmesinin yargılama sonuçlanıncaya kadar kendiliğinden durdurulması kuralının belirli kişiler istisna edilmeksizin düzenlenmiş olması; AİHM'nin, *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye*<sup>69</sup> davasında olduğu gibi Türkiye'nin *AİHS mad. 13* hükmünü ihlalden dolayı tazminata mahkum edilmesine sebep olacak Türkiye aleyhine ihlal kararlarının önüne geçilebilmesi bakımından önemlidir.

ABAD her ne kadar uluslararası koruma başvurusu reddedilen ve geri gönderilmesine karar verilen kişilerin söz konusu karara karşı itiraz etmesi halinde kararın yürütmesinin kendiliğinden durmamasına yönelik ulusal düzenlemeleri *ABTHŞ*'na uygun bulmaktaysa da yürütmenin kendiliğinden durmaması AİHM'nin kararlarında ifade ettiği gibi sığınma arayanların etkin başvuru haklarının ihlaline sebebiyet vermektedir. Bu anlamda *2008/115/EC Sayılı Yönerge* hükümlerinin Türk Yabancılar Hukuku sınır dışı etme düzenlemelerinin gerisinde kaldığı görülmektedir. Bu sebeplerle *2008/115/EC Sayılı Yönerge*, sığınma arayanların geri dönüş süreçlerinin güvenli ve sürdürülebilir bir şekilde yönetilmesine yönelik hiçbir güvence içermediği ve geri dönüş politikalarının

---

<sup>67</sup> AİHM, *Jabari v. Türkiye*, (Başvuru No: 40035/98), 11.07.2000, paragraf 50; AİHM, *Conka v. Belçika*, (Başvuru No: 51564/99), 05.02.2002, paragraf 65-66; AİHM, *Gebremedhin v. Fransa*, (Başvuru No:25389/05, 26.04.2007, paragraf 66; AİHM, *Muminov v. Rusya*, (Başvuru No: 42502/06), 11.12.2008, paragraf 101; AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye*, (Başvuru No: 30471/08), 22.09.2009, paragraf 108, 116; AİHM, *M.A v. Kıbrıs*, (Başvuru No: 41872/10), 23.07.2013, paragraf 133; AİHM, *L.M. ve Diğerleri v. Rusya*, (Başvuru No: 40081/14), 15.10.2015, paragraf 100; AİHM, *Kebe ve Diğerleri v. Ukrayna*, (Başvuru No: 12552/12), 12.01.2017, paragraf 101, (European Court of Human Rights).

<sup>68</sup> AİHM, *Conka v Belçika*, (Başvuru No: 51564/99), 05.02.2002, paragraf 75-83; AİHM, *Gebremedhin v. Fransa*, (Başvuru No: 25389/05), 26.04.2007, paragraf 66; İddia edilen işkence ya da kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesi halinde meydana gelecek zararın geri dönüşü olmayan niteliği ve AİHM'nin 3. maddeye verdiği önem nedeniyle 13. madde bağlamında etkili hukuk yolu kavramının, başvuranın, söz konusu ülkeye sınır dışı edilmesi halinde, AİHS'nin 3. maddesine aykırı muameleye uğraması yönünde gerçek bir tehlike bulunduğu inanmayı gerektirecek esaslı gerekçeler bulunduğu iddiasının bağımsız ve titiz bir incelemeye tabi tutulması ve kendiliğinden durdurucu etkisi olan bir hukuk yolu olmak üzere iki unsuru gerektirdiği yönünde bkz., AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye*, (Başvuru No: 30471/08), 22.09.2009, paragraf 108; AİHM, *Mohammed v. Avusturya*, (Başvuru No. 2283/12), 06.06.2013, paragraf 72, (European Court of Human Rights).

<sup>69</sup> AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye*, (Başvuru No: 30471/08), 22.09.2009, paragraf 116, (European Court of Human Rights).



sonuçlarını gözlemlemek amacıyla herhangi bir mekanizma da içermediği gerekçesiyle haklı olarak eleştirmektedir<sup>70</sup>.

## **SONUÇ**

*YUKK mad. 54/2* gereğince, terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar ile uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenlerin ve kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturan uluslararası koruma başvuru sahibi kişilerin, uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilmesi, sığınma arayan kişinin bireysel durumuna göre yapılan uluslararası koruma başvuru incelemesinden mahrum bırakılmasına neden olacağından bu durum geri göndermeme ilkesinin ihlalini teşkil edebilmektedir. Oysa sığınma arayan kişinin bireysel durumuna göre yapılan uluslararası koruma başvuru incelemesinden mahrum bırakılmaması ve sınır dışı edilmelerinde istisna olmaksızın uluslararası koruma başvuruları hakkında ön kararın verilmesi aranmalıdır. ABAD'nın *Mehmet Arslan v. Policie* kararının da bu yönde olduğu dikkate alınmalıdır. Mevcut durumda belirli kişi ve durumlarda uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilmesi geri göndermeme (non-refoulement) ilkesinin ihlaline sebebiyet verebilecektir.

AB Sığınma Hukuku'nda yürütmenin kendiliğinden durdurulması genel kural olarak *2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 46/5* hükmünde düzenlenirken; bu kuralın istisnasını teşkil eden *2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 46/6* düzenlemesindeki hallerde yürütmenin kendiliğinden değil de ancak talep üzerine ya da re'sen hâkim tarafından durdurulması, sığınma arayanların temyiz kararlarının sonucunu dahi öğrenmeden sınır dışı edilmelerine sebebiyet vermektedir. Oysa uluslararası koruma başvurusu sahiplerinin, ilk derece itiraz mercii tarafından verilen karar da dahil olmak üzere başvuruları hakkında son karar verilene kadar ülke de kalma hakkının (*2013/32/EU sayılı Yönerge mad. 9/1*) ihlal edilmemesi ve hakkında sınır dışı kararı alınan kişilerin herhangi bir istisna getirilmeksizin kendiliğinden yürütmenin durdurulması etkisine sahip itiraz hakkına sahip olmaları gerekir.

AİHM'nin *Gebremedhin v. Fransa* kararında açıkça ifade ettiği gibi yürütmenin kendiliğinden durdurucu etkiye sahip olması, *AİHS mad. 13* hükmü ile korunan etkin başvuru hakkının bir gereğidir. Her ne kadar *12.09.2018 tarihli Yönerge Taslağı*, geri göndermeme ilkesinin ihlal edilme tehlikesi olduğu durumda, belirlenen süre içerisinde sınır dışı etme kararına itiraz halinde, sınır dışı kararının yürütmesinin kendiliğinden durmasını öngörmekteyse de sığınma arayanların etkin başvuru haklarının ihlalinin önüne geçilmesi için istisna getirilmeksizin her

---

<sup>70</sup> ECRE, Information Note on the Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, CO7/1/2009/Ext/MDM, (Çevrimiçi) <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/FD4CF624F1132063C125759F0034790E-ecre-returns-directive-jan09.pdf>, E.T. 08.09.2021.

durumda sınır dışı kararına itiraz halinde yürütmenin kendiliğinden durması prensibinin kabul edilmesi gerekir.

Sığınma arayanların sınır dışı edilmelerine ilişkin düzenlemelerde, Türk Yabancılar Hukuku'nun 2008/115/EC Sayılı Yönerge hükümlerine göre sığınma arayanların haklarına daha saygılı hükümler ihdas ettiği görülmektedir. Buna karşın 12.09.2018 tarihli Yönerge Taslağı'nın ise sığınma arayanların hakları bakımından, değiştirilmesini öngördüğü 2008/115/EC Sayılı Yönerge hükümlerinin bile gerisinde kaldığı görülmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

BALDACCINI, Anneliese, “The EU Directive on Return: Principles and Protest”, **Refugee Survey Quarterly**, Y. 2009, C. 28, S. 4, s. 114-138.

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülsüm, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, **TBB Dergisi**, Y. 2013, S. 108, s. 211-258.

BOELES, Pieter / HEIJER, Maarten Den / LODDER, Gerrie / WOUTERS, Kees, **European Migration Law**, 2nd edition, Ius Communitatis Series, C. 3, Cambridge, Intersentia, 2014.

Commission Recommendation (EU) 2017/432 of 7 March 2017 on making returns more effective when implementing the Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council, C/2017/1600, OJ L 66, 11.03.2017 (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1561194736103&uri=CELEX:32017H0432>, E. T. 08.09.2021.

CORNELISSE, Galina, **Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty**, Leiden, 2010.

COSTELLO, Cathryn, **The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law**, Oxford University Press, 2015.

DARDAĞAN KİBAR, Esra, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Y. 2012, C. 11, S. 2, s. 53-74.

Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, OJ L 348, 24.12.2008, (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1545289439646&uri=CELEX:32008L0115>, E.T. 08.09.2021.

Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection, OJ L 180, 29.06.2013, (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1543139020357&uri=CELEX:32013L0032>, E.T. 08.09.2021.

ECRE, Comments on the Commission Proposal for a Recast Return Directive COM (2018) 634, November 2018, s. 11, (Çevrimiçi) <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/11/ECRE-Comments-Commission-Proposal-Return-Directive.pdf>, E.T. 08.09.2021. (Comments for a Recast Return Directive)

ECRE, Information Note on the Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, CO7/1/2009/Ext/MDM, (Çevrimiçi) <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/FD4CF624F1132063C125759F0034790E-ecre-returns-directive-jan09.pdf>, E.T. 08.09.2021.

ECRE, Reception and Detention Conditions of Applicants for International Protection in Light of the Charter of Fundamental Rights of the EU, January 2015, s. 72, (Çevrimiçi) [https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Reception-and-detention-conditions-for-applicants-for-international-protection-in-light-of-the-Charter-of-Fundamental-Rights-of-the-EU\\_January-2015.pdf](https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Reception-and-detention-conditions-for-applicants-for-international-protection-in-light-of-the-Charter-of-Fundamental-Rights-of-the-EU_January-2015.pdf), E.T. 08.09.2021.

EKŞİ, Nuray, “ILC’nin Yabancıların Sınır Dışı Edilmesine İlişkin 2014 Taslak Kurallarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleriyle Mukayesesi ve Bu Kuralların Türkçe Tercümesi”, **İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y. 2013, C. 33, S. 1, s. 1-30.

EKŞİ, Nuray, “2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi”, **Göç Araştırmaları Dergisi**, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 12-43.

EKŞİ, Nuray, **Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.

GILBERT, Geoff, “Is Europe Living up to Its Obligations to Refugees”, **The European Journal of International Law**, Y. 2004, C. 15, S. 5, s. 963-987.

GIUFFRE’, Mariagiulia, “Readmission Agreements and Refugee Rights: from a Critique to a Proposal”, **Refugee Survey Quarterly**, Y. 2013, C. 32, S. 3, s. 57-83.

JUSS, Satvinder Singh, **International Migration and Global Justice**, Ashgate Publishing Company, 2006.

KALIN, Walter / CARONI, Martina / HEIM, Lukas, “Article 33 para 1 - Prohibition of Expulsion and Return (Refoulement)”, Ed.: Andreas Zimmermann, Jonas Dörschner, Felix Matsch, **The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary**, Oxford, Oxford University Press, 2011.

KROMMENDIJK, Jasper, “The Use of ECtHR Case Law by the Court of Justice After Lisbon: The View of Luxembourg Insiders”, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Y. 2015, C. 22, S. 6, s. 812-835.

KUŞCU, Döndü, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

PEEK, Markus / TSOURDI, Lilian, **EU Immigration and Asylum Law**, 2nd edition, Ed.: Kay Hailbronner, Daniel Thym, C. H. Beck-Hart-Nomos, 2016, s. 1381-1477.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast) A contribution from the European Commission to the Leaders’ meeting in Salzburg on 19-20 September 2018, COM (2018) 634 final, 2018/0329(COD), (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1583520407005&uri=CELEX:52018PC0634>, E.T. 08.09.2021.

Regulation (EU) No 516/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 establishing the Asylum, Migration and Integration Fund, amending Council Decision 2008/381/EC and repealing Decisions No 573/2007/EC and No 575/2007/EC of the European Parliament and of the Council and Council Decision 2007/435/EC, OJ L 150, 20.05.2014, (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0516&qid=1631181817605>, E.T. 08.09.2021.

STRBAN, Grega / RATAJ, Primož / SABIC, Zlatko, “Return Procedures Applicable to Rejected Asylum-Seekers in the European Union and Options for their Regularisation”, **Refugee Survey Quarterly**, Y. 2018, C. 37, S. 1, s. 71-95.

The Schengen acquis - Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, OJ L 239, 22.09.2000, (Çevrimiçi) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1545291956625&uri=CELEX:42000A0922\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1545291956625&uri=CELEX:42000A0922(02)), E.T. 08.09.2021.

YILDIRIM, Tülay, **Güvenlik Ekseninde Avrupa Birliği Mülteci Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

YİĞİT, Özgenur, **Uluslararası Hukuk, Avrupa Hukuku ve Türk Hukukunda Mülteci ve Sığınmacıların Etkili Başvuru Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.



# DENİZ TİCARETİ HUKUKUNDA ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞLERİ

Hacı KARA\*

## Öz

Herhangi bir hukuki ihtilaf yaşayan veya mevcut bir hakkını korumak isteyen ya da bir hakkının ihlal edildiğini düşünen taraf, tahkim yolu kararlaştırılmamış ise devlet yargısına başvurur yani mahkeme huzurunda dava açar. Bu davalara hangi mahkemelerin bakacakları, görevli ve yetkili mahkemelerin neresi olacağı ya 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ya da ilgili kanunda yer alan özel bir kuralla düzenlenmiştir. Göreve dair bu kural kamu düzenindedir ve re'sen dikkate alınır. Ancak tüm hukuki korunma isteyen davalar karşı tarafının da mutlaka olması gereken yani çekişmeli (nizalı) davalar değildir. Bir kısım davalar çekişme (niza) içermez. Bu davalar Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Ticaret Kanun'da çekişmesiz dava türü olarak gösterilmiştir. Bir davanın çekişmesiz davalar kapsamında sayılması için mutlaka karşı tarafının da belirtilmemesi, bir diğer deyişle olmaması gerekmez. Çekişmesiz yargıda hâkim durumun niteliğine uygun olarak gerekli kararı verecektir. Türk Ticaret Kanunu 5'inci madde ile ticari çekişmesiz davalar bakımından da Asliye Ticaret Mahkemeleri görevlendirilmiştir. Hangi ticari davaların çekişmesiz dava kapsamında oldukları ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 382'de düzenlenmiştir. Ancak bu maddede sayılmayan işlerin çekişmesiz yargı işlerini tespit kolay değildir. Bununda birlikte doktrinde kabul edildiği üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu 382'nci maddede belirtilmeyen davalar Kanunda sayılan haller ile sınırlı değildir. Yani anılan maddede sayılmamakla beraber bir çekişmesiz yargının ölçütlerinden birini veya birkaçını taşıyan bir iş de çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilir. Bu çalışmada özellikle deniz ticareti hukukuna dair işlerden hangilerinin çekişmesiz yargı işi olarak kabul edileceği açıklanacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** *Çekişmeli Yargı, Çekişmesiz Yargı, Çekişmesiz Yargının Özellikleri, Deniz Ticareti Hukuku, Çekişmesiz Yargıya Tabi İşler.*

---

\* Doç. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı; ORCID: 0000-0002-8255-6277; haci.kara@medeniyet.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 10.01.2022

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 25.02.2022

Bu makaleye atf için; KARA, Hacı, "Deniz Ticareti Hukukunda Çekişmesiz Yargı İşleri", **İMHD**, Y. 2022, C. 7, S. 12, s. 61-81.

## NON-CONTENTIOUS JURISDICTION IN MARITIME LAW

### Abstract

The party, who has any legal dispute or wants to protect an existing right, or who thinks that a right has been violated, applies to the state court, that is, files a lawsuit before the court, if arbitration is not been decided. Which courts will deal with these cases and which courts are in charge and competent will be arranged either in the Civil Procedure Law No. 6100 or, by a special rule in the relevant law. This rule of duty is of the public order and is taken into account ex officio. However, not all cases requiring legal protection are contentious cases where the other party must also be present. Some lawsuits do not involve disputes. These cases are shown as uncontested cases in the Code of Civil Procedure and the Turkish Commercial Code. In order for a case to be considered as a non-contested case, it is not necessary for the other party not to be specified, in other words, it must not be. In uncontested jurisdiction, the judge will make the necessary decision in accordance with the nature of the situation. According to article 5 of the Turkish Commercial Code, Commercial Courts of First Instance have been appointed for commercial non-contentious cases. Commercial cases are within the scope of uncontested cases are regulated in article 382 of the Code of Civil Procedure. Nevertheless, it is not easy to identify uncontested judicial works that are not listed in this article. However, as accepted in the doctrine, the cases, that are not specified in Article 382 of the Code of Civil Procedure are not limited to the cases listed in the Law. In other words, a job that meets one or more of the criteria of an uncontested jurisdiction, although not included in the aforementioned article, is also considered an uncontested jurisdiction job. In this study, it will be explained which of the jobs related to maritime law will be accepted as non-contentious jurisdiction.

**Keywords:** *Contentious Judgment, Uncontested (Non-Contested) Judgment, Characteristics of Non-Contested Judgment, Maritime Commercial Law, Uncontested Judgment.*

### GİRİŞ

Dava, davalı (bir başkası) tarafından<sup>1</sup> subjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan (*takipten önce açılan menfi tespit davalarını da kapsamı açısından, bulunulması tehlikesine maruz bulunan da eklenebilir*) davacının (diğer kimsenin), mahkemedен hukuki koruma talep etmesidir. Buna göre ticari dava, bir başkası tarafından ihlal edilen veya tehlikeye

---

<sup>1</sup> BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz, **Hukuk Davalarında Taraf Sıfatı (Husumet Ehliyeti)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 55; DELİDUMAN, Seyithan/ORUÇ, Yakup, “Ticari Davalar”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, s. 100, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/798699>, E.T. 18.09.2021.



sokulan hakkın ticari bir hak olması ya da haksız talebe (veya talep tehlikesine) maruz konunun ticari olması durumunda ticari davadan söz edilir.<sup>2</sup>

Ticari hayat; sürat, güvenlik ve esneklik gerektirir. Bu nedenle ticari uyuşmazlıkların çözümü ayrı bir uzmanlık gerektirmektedir.<sup>3</sup> Ancak ticaret mahkemeleri, kuruluş itibarıyla de hukuk mahkemelerinden farklı değildir. Hâkimleri, hukuk hâkimleriyle aynı vasıfta olup aynı şartlarla tayin edilirler.<sup>4</sup>

## **I. ÇEKİŞMESİZ YARGI**

### **A. TANIMI**

Çekişmeli yargı ile anlatılmak istenen, aralarında hukuki uyuşmazlık bulunan taraflardan birinin, bir başka deyişle, subjektif hakkı ihlal edilen veya ihlal edilme tehlikesi bulunan tarafın, bağımsız ve tarafsız mahkemeye başvurması ile birlikte söz konusu uyuşmazlığın, mahkemece yargılama kurallarına uygun olarak ve objektif hukuka göre kesin bir şekilde karara bağlanması faaliyetidir.<sup>5</sup>

Çekişmeli yargıda, iddia ve karşı iddia ileri süren iki taraf vardır ve dolayısıyla bir dava söz konusudur. Dava konusunu oluşturan ihtilaf, bu iki taraf arasındadır. Çekişmesiz yargı ise çekişmeli yargıdan farklı özellikleri bulunan bir yargı çeşidi olup, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nin 382/1 maddesinde; *“Çekişmesiz yargı, hukukun mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır”* hükmüne yer verilmiş; *bu ölçütler ise ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı haller ve hakim in re'sen harekete geçtiği haller”* olarak tanımlanmıştır<sup>6</sup>.

Buna göre çekişmesiz yargı işlerinde ilgililer arasında kural olarak bir uyuşmazlık yoktur. Yani çekişmesiz yargıda, bir dava, birbirine zıt talepler ileri süren iki taraf bulunmamaktadır. Çekişmesiz yargıda karşı taraf bulunmadığı için, tek taraflı bir

---

<sup>2</sup> DELİDUMAN, Seyithan/ORUÇ, Yakup, *Ticari Davalar*, “**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**”, C. 18, S. 2, s. 100, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/798699>, Erişim tarihi: 18.09.2021.

<sup>3</sup> KARA, Hacı, “Ticari Arabuluculuk”, **Arabuluculuk Yıllığı**, Ed. Begüm KOCAMAZ/Baybüke KURTULUŞ, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 109 vd. Türk hukukunda ticari mahkemelerin tarihi gelişimi için bkz. ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2019, s. 105 v.d.; KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 69; Ticaret mahkemelerinin dünyadaki ve Türkiye'deki tarihsel gelişimi için bkz. BOZKURT, Salim, **Ticari Davalar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2015, s. 3-10.

<sup>4</sup> GÜRDOĞAN, Burhan, “Ticari Usul Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1956, S. 13, s. 181, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/634014>, E.T. 01.10.2021.

<sup>5</sup> TOPAL, Önder, “TMK m. 173/2 ve 3'de Yer Alan Hususların Çekişmesiz Yargı İşleri Olup Olmadığının Değerlendirilmesi”, **EÜHFD**, Y. 2014, C. XVIII, S. 3-4, s. 196.

<sup>6</sup> ÖZBAY, İbrahim/YARDIMCI, Taner Emre, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Konuyla İlgili Mevzuat Açıklamalı (7035 Sayılı Kanun İşlenmiş Hali)**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2018.

yargılama söz konusudur.<sup>7</sup> Ayrıca, çekişmeli yargının konusunu tarafların sübjektif hakları oluşturduğu hâlde, çekişmesiz yargıda talepte bulunan kişinin ilgili tarafa karşı ileri sürebileceği hiçbir sübjektif hakkı bulunmamaktadır.<sup>8</sup>

Genel kriter olarak “Çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır (HMK m. 382/1):

- a) İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller.
- b) İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller.
- c) Hâkimin resen harekete geçtiği hâller.

Buna göre taraflar arasında uyuşmazlık var veya taraf bir hakkının bulunduğunu iddia ediyor ise burada çekişmesiz yargı işinden söz edilemeyecektir<sup>9</sup>.

HMK'nın 382. maddesinin 2. bendinin (e) fıkrasında Ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri sayılmış fakat bu sayma sınırlı olmadığından anılan maddede sayılmamakla beraber çekişmesiz yargının ölçütlerinden birini veya birkaçını taşıyan bir iş de çekişmesiz yargı işi olarak kabulü gerekir.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> ARAS, Aslı, “Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev Ve Yetki”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 7, S. 1, s. 66, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/415294>, E.T. 13.09.2021.

<sup>8</sup> ARAS, 2016, s. 66; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 8. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 32.

<sup>9</sup> Birinci fıkrada özellikle, Hukukumuzda üzerinde mutabık kalınan çekişmesiz yargı ye ilişkin temel ölçütler esas alınarak çekişmesiz yargı işlerinin genel olarak sınırları çizilmiştir. İkinci fıkrada açıkça çekişmesiz yargı işi olduğu belirtilmeyen işler birinci fıkrada belirtilen kriterlere uyduğu takdirde çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilecektir. Madde gerekçesi, KİRAZ, Taylan Özgür/BAŞOĞLU, Gizem, **Gerekçeli 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 362; Çekişmesiz yargı işlerinin tespitinde kullanılacak ölçütler için bkz. TOPAL, 2014, s. 197 v.d.

<sup>10</sup> İkinci fıkrada, mevcut kanunlarımızdaki belli başlı çekişmesiz yargı işleri daha kolay bulunması ve anlaşılmasının sağlanması için mümkün olduğunca kategorilere ayrılarak sayılmıştır. Bu sayma yapılırken yabancı ülkelerdeki bu konuya ilişkin düzenlemelerden ve doktrinde ileri sürülen görüşlerden yararlanılmıştır. Çekişmesiz yargı işlerinin bu şekilde uzun bir liste halinde sayılması ile, öncelikle mahkemelerin görevinin kanunla belirleneceğini ilişkin kural da, çekişmesiz yargı işinde uygulanacak yargılama usulünde, mahkemenin yargılama sonunda vereceği karara karşı kanun yoluna başvurup başvurulamayacağı, başvurulacaksa hangi kanun yolu olacağının belirlenmesinde, verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil Edip etmeyeceği konularında uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütler olabildiğince asgari düzeye indirmek istenmiştir. Bu sayma nedeniyle, madde alışılmışın dışında uzun bir madde olmuştur. Ancak bu durum, çekişmesiz yargı işlerinin kendi içinde tekrar bir ayırım yapmaya müsait olmaması ve tümünün bir bütün olarak düzenleme zaruretinden kaynaklanmıştır. HMK m. 382/2 gerekçesi, KİRAZ/BAŞOĞLU, 2018, s. 363; Çekişmesiz yargıya dair Yargıtay ve BAM Kararları için bkz. Yarg. HGK, T. 08.07.2020, E. 2017/1210 ve K. 2020/548; Yarg. HGK, T. 04.04.2019, E. 2017/1261 ve K. 2019/408 ve İstanbul BAM 1. HD, T. 03.03.2017, E. 2017/186 ve K. 2017/156, (Çevrimiçi) [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net), E.T. 02.10.2021.

## **B. ÖZELLİKLERİ**

Çekişmesiz yargı ismi aslında yanıltıcıdır, çekişmesiz yargı işlerine “hasımsız dava” şeklinde nitelendirme yapılmaktadır ki, bu da yanıltıcıdır. Çünkü, çekişmesiz yargı da bir yargılama faaliyetidir ve dava demek, iki taraflı yürütülen ve hasmın olduğu yargılama demektir.<sup>11</sup> Oysa, çekişmesiz yargı da iki taraf yoktur; birden fazla kişi bulunsada dahi, maddi anlamda ilgililer<sup>12</sup> vardır.<sup>13</sup>

Çekişmesiz yargıya ilişkin işler de mahkemelerde görülmektedir. Bu, medeni yargının bir alt türünü ifade etmektedir. Bununla birlikte, çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasında önemli farklar vardır ve yürütülen yargı faaliyeti çekişmeli yargıyla aynı nitelikte değildir. İkisi arasındaki farkı belirlemek için, tek bir ayırıcı kıstas bulunmamaktadır, bu iki yargıyı birbirinden ayırt etmek için birkaç kıstas birlikte uygulanmaktadır.

Mutlak anlamda bir çekişmesizlik her zaman söz konusu olmayabilir. Uyuşmazlığının bulunmaması çekişmesiz yargıyı belirleyen ölçülerden sadece bir tanesidir. Çekişmesiz yargı demek yargılamada yer alan ilgililer arasında hiçbir uyuşmazlık bulunmadığı, her konuda uyuştukları anlamına gelmez. Çekişmesiz yargı da taraf değil, ilgili kavramı esastır ve birçok ilgili bulunabilir. Bu ilgililerin tümü, farklı iddia ve taleplerde bulunabileceği gibi tamamı aynı konuda görüş ve talep birliği içinde de olabilirler. Bir uyuşmazlık (çekişme) olduğunda, bu ilgililerden birinin ya da birkaçının doğrudan bir subjektif hakkına yönelik olmayacağı gibi, görüş birliğinde olmaları da hakimi bağlamayacaktır. Zira hakim ilgililerin taleplerinden bağımsız olarak re’sen araştırma yapıp, belirli bir tarafın hakkını hüküm altına alacak şekilde değil, işin niteliğine uygun bir karar vermek durumundadır. Eğer teknik anlamda ve çekişmeli yargıdaki gibi bir çekişmeden veya çekişmesizlikten söz edilseydi, o zaman ilgililerin uzlaşmaları-anlaşmaları halinde, bu çekişmenin ortadan kalktığından söz edilebilir talepleri doğrusunda karar verilmesi gerekirdi.<sup>14</sup>

Çekişmesiz yargı da bir yargılama faaliyetidir ve bu nedenle mahkemeler görevlidir. Görevli mahkeme ise sulh hukuk mahkemesidir ve talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkili olur. Kural olarak basit yargılama usulü uygulanır ve kararlara karşı da istinaf yoluna gidilebilir. Çekişmesiz yargıda süjeler taraf değil, ilgililerdir. Çekişmesiz yargıda da bir çekişmenin, bir uyuşmazlığın bulunması söz konusu olabilir, ancak kanunun belirlemesi nedeniyle çekişmesiz yargı işi sayılır. Kararlar maddi anlamda kesin

<sup>11</sup> Husumet ehliyeti için bkz. BERBEROĞLU YENİPİNAR, s. 36.

<sup>12</sup> Çekişmesiz yargıdaki “ilgili” kavramı, bizzat usûl işlemlerini yapan şekli ilgiliden çok, çekişmesiz yargı sonunda verilen kararla hukukî durumları etkilenen “maddi ilgili” olarak anlaşılmalıdır. PEKÇENİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, 2020, s. 33.

<sup>13</sup> TANRIVER, Süha/HANAĞASI Emel, “Türk Yargı Örgütü ve Medeni Yargı Teşkilatı”, (Çevrimiçi) [https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/52227/mod\\_resource/content/2/2-Tu%CC%88rk%20Yarg%C4%B1%20O%CC%88rgu%CC%88tu%CC%88%20ve%20Hukuk%20Yarg%C4%B1s%C4%B1%20.pdf](https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/52227/mod_resource/content/2/2-Tu%CC%88rk%20Yarg%C4%B1%20O%CC%88rgu%CC%88tu%CC%88%20ve%20Hukuk%20Yarg%C4%B1s%C4%B1%20.pdf), E.T. 13.09.2021.

<sup>14</sup> PEKÇENİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 32-33.

hüküm oluşturmaz. Bununla birlikte bu kararların hepsinin, kanun tarafından aksinin kararlaştırılması mümkündür.

Ticari olsa bile, çekişmesiz yargı işlerinde arabulucuya başvurmak zorunlu değildir.<sup>15</sup>

### C. ÇEKİŞMESİZ YARGININ ÇEKİŞMELİ YARGIDAN FARKLARI

1. Çekişmesiz yargı, bir dava değildir; çekişmeli yargı ise, dava temellidir. Çekişmesiz yargıda “dava” değil; *çekişmesiz yargı işi* söz konusudur.
2. Çekişmeli yargıda, subjektif hakkı ihlal edilen veya ihlal tehlikesine maruz kalan taraf, mahkemeden hukuki korunma istemektedir. Çekişmesiz yargıda ise, kural olarak uyuşmazlık ve subjektif hak ihlali yoktur, hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasını gerektiren bir iş vardır. İlgililerin özel hukuk kişilerine karşı ileri sürebilecekleri subjektif hakların bulunmadığı işler (ihtilaflar olsa bile) subjektif hakkın yokluğu kıstasına göre çekişmesiz yargıya tabi olur. Bundan başka hâkimin re’sen (kendiliğinden) harekete geçmesi işe el koyması gereken bütün işler re’sen harekete geçme kıstasına göre çekişmesiz yargı türündedir.<sup>16</sup>
3. Çekişmesiz yargıya başvurma kriterleri HMK 382/1’deki gibidir. Kural olarak ilgililer ya da hak sahipleri arasında *bir uyuşmazlık ya da subjektif hak yoktur*.<sup>17</sup> Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki farkı belirten en önemli ölçü ihtilaf (çekişme) yokluğu kıstasıdır. Buna göre, çekişmeli yargı bir ihtilaf (çekişme, uyuşmazlık), iddia ve karşı iddia hakkında karar verilmesi talebiyle açılan davalarla meşgul olur. Buna karşılık çekişmesiz yargı tabi işlerde ilgililer arasında kural olarak bir çekişme, uyuşmazlık yoktur. Yani çekişmesiz yargı da mahkeme, ilgililer arasında mevcut bir ihtilaf hakkında karar vermez.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı”, TBB Yayınları, Ankara, 2019, s. 20, (Çevrimiçi) <https://d.barobirlik.org.tr/2019/ticariuyusmazliklardaarabuluculukelkitabı/2/>, E.T. 16.09.2021.

<sup>16</sup> KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, C. 1, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 28.

<sup>17</sup> Bu kıstasın bir başka şekilde ifadesi de hasım yokluğu kıstasıdır. Bununla beraber uygulamada nizasız kaza ya tabi olan bazı işler suni hasımlar yaratılmak suretiyle nizalı kaza teşekkülüne sokulmaktadır. İhtilaf yoktur kıstas ona göre nizasız kazadan sayılan bir iş, prosedürün devamı sırasında ilgililerin itiraz ve müdahalesi ile nizalı kaza sahasına sokulabilir. Medeni Kanunumuzda ve diğer mevzuatımızda serpiştirilmiş olarak bulunan nizasız kaza tasarruflarından bazıları incelendiğinde, bunların ihtilaf ihtiva ettikleri tespit edebilmek de mümkün olmaktadır. O halde bu tasarrufların nizasız kaza ya tabi olmasını açıklamamız için başka kıstaslar bulunması gerekmektedir. İkinci kıstasta subjektif hakkın yokluğu kıstasıdır bir başka kıstas da nizalı kazanın aksine olarak bazı tasarruflar da hâkimin re’sen harekete geçmek imkânının varlığıdır. Bu sebeple re’sen harekete geçmek kıstasına göre de nizasız kaza tasarrufları ayırt edilebilecektir. ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s. 49.

<sup>18</sup> KURU, s. 27.

4. Bazen çekişmesiz yargıda da ilgililer arasında uyuşmazlık olabilir, ama bu bir taraftan doğrudan elde edilecek bir haktan dolayı değil, taraf istek ve menfaatlerinin uyuşmamasından kaynaklanır. Çekişmesiz yargıda, daha çok bir hakkın ortaya çıkartılması, kullanılması için yargısal bir karara ihtiyaç duyulur. Bu sebeple, bazen bazı çekişmesiz yargı işleri, yargı organları dışındaki mercilere de bırakılabilir. Çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasındaki fark bir ilişkiyi daha iyi belirtebilmek için, bir çekişmesiz yargı işinin yargılama sırasında çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargı alanına girmesini kısaca incelemekte yarar vardır. Gerçekten, yalnız ihtilaf yoktur kıstasına göre çekişmesiz yargıya giren bir işin, yargılama sırasında çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargı alanına girmesi mümkündür<sup>19</sup>. Bazı Yargıtay kararlarında çekişmesiz yargı işlerinde herhangi bir kişinin hasım olarak gösterilmesinin gereksiz olduğu belirtilmekte ve çekişmesiz yargı işleri için dava terimi kullanılmayıp, istek ve istem yani talep terimi kullanılmaktadır.<sup>20</sup>
5. Çekişmeli yargıda, iddia ve karşı iddia ileri süren iki taraf vardır ve dolayısıyla bir dava söz konusudur. Dava konusunu oluşturan ihtilaf, bu iki taraf arasındadır.<sup>21</sup>
6. Çekişmesiz yargıda taraf değil “*ilgili*” kavramı vardır ve yargılamada yer alsın ya da almasın o konuda maddî hukuk temelli bağlantısı olan (hukukî yararı olan) “*maddî anlamda ilgili*”dir. Oysa davada, şekli ilgili esastır. Yani dava açan davacı, onun muhatap olarak gösterdiği ise davalıdır.
7. Çekişmesiz yargının yargılama usulü farklıdır; *re’sen araştırma ilkesi ön plandadır*. Çekişmesiz yargı hem şekli hem de maddî anlamda yargısal bir faaliyettir. Bundan başka çekişmesiz yargıya ilişkin bazı Yargıtay kararlarında çekişmesiz yargı için, hasımsız dava ve tek taraflı dava terimleri kullanılmaktadır.<sup>22</sup>
8. Çekişmesiz yargı kararları *maddî anlamda kesin hüküm oluşturmaz*. Bu sebeple, belirli şartlarda yeniden veya ilgili başkası tekrar talepte bulunabilir.
9. Çekişmesiz yargıda, maddî anlamda ilgili olanlar, yargılama içinde yer almasalar

dahi kanun yoluna başvurabilirler.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Taraf değişikliği için bkz. BERBEROĞLU/YENİPİNAR, s. 43.

<sup>20</sup> “Çekişmesiz yargıdaki faaliyet, çekişmesiz yargı işi olarak adlandırılır”. ARAS, s. 66; “Yargıtay uygulaması doğrudur”. KURU, s. 30; “Çekişmesiz yargıda dava, davacı, davalı kavramları değil; iş ve ilgili kavramları esastır.” TOPAL, s. 197.

<sup>21</sup> En önemli kıstaslardan bir niza yokluğudur. ÜSTÜNDAĞ, s. 49.

<sup>22</sup> KURU, s. 29.

<sup>23</sup> ARAS, s. 86; TANRIVER/HANAĞASI, s. 12.

## **II. DENİZ TİCARETİNE DAİR ÇEKİŞMESİZ DAVALARDA GÖREV VE YETKİ**

### **A. GÖREV**

Genel kural olarak göreve ilişkin kurallar kamu düzenindedir (HMK. m. 1, 2. cümle) Mahkemelerin görevli olması ise dava şartlarındandır (HMK. m. 114/1. cümle). Bu nedenle, mahkeme, davanın her safhasında görevli olup olmadığını kendiliğinden (resen) inceler ve görevsiz olduğu kanısına varırsa kendiliğinden görevsizlik kararı verir (HMK m. 115/1).<sup>24</sup> Çekişmeli yargıda, görev kuralları dava şartıdır (HMK m. 114/1(c)).

Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir (HMK m. 383). Yine çekişmeli yargıda esas olan yazılı yargılama usulü olduğu hâlde, çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanır (HMK m. 385/1).

Özel bir kanun hükmü ile bazı çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemesi dışında başka bir mahkeme görevlendirilebilir<sup>25</sup>. Nitekim Türk Ticaret Kanunu (TTK)<sup>26</sup> madde 5/1'e göre, mutlak<sup>27</sup> ve nispi<sup>28</sup> ticari çekişmesiz davalar ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işi sayılır.<sup>29</sup> Ticari davalarda da deliller ile bunların sunulması 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabidir. Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve mutlak ya da nispi ticari sayılan

---

<sup>24</sup> KARA, Hacı, **Deniz Ticareti Hukuku**, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 34; YAZICIOĞLU, Emine (KENDER, Rayegan/ÇETİNGİL, Ergon), **Deniz Ticareti Hukuku**, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

<sup>25</sup> ARAS, s. 72.

<sup>26</sup> Doğrudan doğruya iflâs (İİK m. 178, 179); iflâsın kaldırılması (İİK m. 182); iflâsın kapanması (İİK m. 254) ve konkordatonun tasdiki.

<sup>27</sup> Tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın: a) Bu Kanunda, b) Türk Medeni Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde, c) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmesi bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde, d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan çekişmesiz hukuk davaları ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işi sayılır.

<sup>28</sup> Her iki tarafın da tacir olduğu ve her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan çekişmesiz hukuk davaları ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.

<sup>29</sup> Hangi davaların ticari dava olduğu ve hangi çekişmesiz yargı işlerinin ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi olduğu ise, TTK'nın 4. maddesinde ve bazı özel kanunlarda yer alan çeşitli hükümlerde belirtilmiştir.

davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir.

Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır. Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder.

## **B. YETKİ**

Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir (HMK m. 384/1).

## **C. YARGILAMA USULÜ**

Çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanır. Çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça resen araştırma ilkesi geçerlidir (HMK m. 385).

## **D. KANUN YOLLARI**

Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı hukuki yararı bulunan ilgililer, özel kanuni düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde, bu Kanun hükümleri dairesinde istinaf yoluna başvurabilirler (HMK m. 387/1).

## **E. KARARLARIN NİTELİĞİ**

Kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde, çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.

## **III. DENİZ TİCARETİ HUKUKUNDA ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞLERİ**

### **A. GEMİNİN SİCİLDEN TERKİNİ**

#### **1. Genel Olarak**

Gemi, kurtarılamayacak şekilde batır veya tamir kabul etmez hâle gelir yahut her ne suretle olursa olsun Türk Bayrağını çekme hakkını kaybederse, istem üzerine sicilden kaydı silinir. Tescili isteğe bağlı olan gemilerin kaydı malik veya maliklerinin istemi üzerine sicilden silinir.

## **2. Geminin Zıyaı ve Tamir Kabul Etmez ya da Tamire Değmez Hale Gelmesi**

### **a. Geminin Zıyaı**

Gemi, kurtarılamayacak şekilde batar veya tamir kabul etmez hâle gelir yahut her ne suretle olursa olsun Türk Bayrağını çekme hakkını kaybederse, istem üzerine sicilden kaydı silinir. Tescili isteğe bağlı olan gemilerin kaydı malik veya maliklerinin istemi üzerine sicilden silinir (TTK m. 966).

Ancak, sicile kayıtlı bir geminin kurtarılamayacak şekilde batması, yararlanılabilir enkaz bırakmaksızın harap olması, patlaması ve tahrip edilmiş olması gibi sebeplerden zâyi olmasıyla gemi üzerindeki mülkiyet hakkı sona erer. Şu kadar ki, malikin; yararlanılabilir enkaz üzerindeki taşınır mülkiyeti ile her türlü enkazın kaldırılmasına, çevrenin korunmasına ve benzer hususlara ilişkin yükümlülük ve borçları devam eder (TTK m. 1003).<sup>30</sup>

### **aa. Geminin Batması**

Batması halinde geminin sicilden terkin edilebilmesi için, malikin yetkili Asliye Ticaret Mahkemesi'ne müracaat ederek sicilden terkin talep etmesi gerekir. Ancak bu talebi için geminin gerçekten batmış olduğunu ispatlayacak kanıtlara da (güverte ve makine jurnali, tanık beyanları (kaptan veya diğer gemiadamları), gazete ve internet haberleri gibi) yer vermelidir.

### **bb. Tamir Kabul Etmez Ya da Tamire Değmez Hale Gelmesi**

Denize elverişsiz hâle gelmiş olan bir gemi bu TTK'nın uygulanması bakımından, "tamir kabul etmez gemi" veya "tamire değmez gemi sayılır". Geminin denize elverişsiz hale gelmesi sebebiyle gemi vasfını kaybetmesi ve hükümden düşmesi için, geminin tamir kabul etmez veya tamire değmez hale geldiğinin mahkeme kararı ile tespiti gerekli ve yeterlidir.

Eğer geminin tamiri hiç veya bulunduğu yerde mümkün değilse ve tamir edilebileceği bir limana da götürülemezse bu gemi, "tamir kabul etmez gemi" sayılır. Bununla birlikte geminin tamiri mümkünse, ancak tamir giderleri eski ve yeni farkı gözetilmeksizin geminin, önceki değerinin dörtte üçünü aşacaksa "tamire değmez gemi" sayılır.

Geminin tamir kabul etmez hâle gelmesi sebebiyle kaydının silinmesi istendiğinde, sicil memuru, tescil edilmiş gemi ipoteği alacaklılarını gerektiğinde 966'ncı maddede yazılı usule göre yapılacak ilan ile durumdan haberdar ederek belirleyeceği uygun bir süre içinde itirazlarını bildirmeye çağırır. Süresi içinde bildirilen itirazların yerinde görülmediğine dair mahkemece verilen kararın kesinleşmesi üzerine geminin kaydı silinir.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> KARA, s. 49.

<sup>31</sup> KARA, s. 57.



### **cc. Türk Bayrağını Çekme Hakkını Kaybetmesi**

Her ne suretle olursa olsun Türk Bayrağını çekme hakkını kaybederse, istem üzerine sicilden kaydı silinir. Mahkemenin işi geminin Türk Bayrağını çekme hakkını kaybedip kaybetmediğinin tespiti olacaktır. Tescili isteğe bağlı olan gemilerin kaydı, üzerinde herhangi bir ipotek, haciz, intifa hakkı, serbest dereceden istifade hakkı vs. olmaması halinde malik veya maliklerinin istemi üzerine her zaman sicilden silinebilir. Bununla birlikte:

- 1) Esaslı şartlarından biri bulunmadığı için, tescili mümkün olmayan bir gemi tescil edilmişse,
- 2) Gemi kurtarılamayacak şekilde batmış veya tamir kabul etmez bir hâle gelmiş yahut her ne suretle olursa olsun Türk Bayrağını çekme hakkını kaybetmiş olmasına rağmen bu hususlar sicil müdürlüğüne bildirilmemişse,
- 3) Tescil edilmiş bir gemi hakkında yirmi yıldan beri hiçbir kayıt işlemi yapılmamış ve Bakanlıktan alınan bilgiye göre de geminin artık var olmadığına veya denizcilikte kullanılamayacak hâle geldiğine kanaat getirilmişse,
- 4) MGS'de kayıtlı bir gemi, TUGS'a tescil ettirilmek üzere terkin ettirilmişse.

Gemi üzerinde ipotek veya intifa hakkı tescil edilmiş bulunmadığı takdirde, sicil memurunun önerisi üzerine mahkeme, gemi kaydının silinmesine karar verir.

Gemi, Türk Bayrağını çekme hakkını kaybederse, kaydı, ancak ipotek alacaklılarının ve gemi sicilindeki kayıt ve belgelere göre ipotek üzerinde hak sahibi olan üçüncü kişilerin onayı ile sicilden silinebilir. Kaydın silinmesi istemi ile birlikte onay belgelenmemişse, geminin Türk Bayrağını çekme hakkını kaybettiği gecikmeksizin gemi siciline kaydolunur. Bu kayıt, gemi üzerinde tescil edilmiş gemi ipotekleri bulunmadıkça, geminin kaydının silinmesi hükmündedir. Şu kadar ki, geminin cebrî icra yoluyla 940'ıncı maddede yazılı niteliklere sahip olmayan bir kişiye satılması hâlinde 1388 inci maddenin ikinci fıkrası, cebrî icra yurt dışında vuku bulmuş ise 1350'nci maddenin birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri hükümleri saklıdır.

Tescili isteğe bağlı olan gemilere ait kayıtların sadece maliklerinin istemleri üzerine silinebilmesi için ipotekli alacaklıların ve gemi sicilinin içeriğine göre ipotek üzerinde hak sahibi olan üçüncü kişilerin buna onay vermeleri şarttır.<sup>32</sup> Bu durumda her ne kadar davada taraf teşkili sağlanıp, iddia ve savunmaları alınacaksa da somut olay bakımından gemi Türk Bayrağı çekmek için gerekli şartları kaybetmişse dava çekişmesiz yargı işi olarak sonuçlandırılacaktır.

---

<sup>32</sup> KARA, s. 116; YAZICIOĞLU (KENDER/ÇETİNGİL), s. 305.

## **B. GEMİ İPOTEĞİNDE, MALİKİN BULUNAMADIĞI HÂLLERDE KAYYIM TAYİNİ**

Malik, alacaklıya ülke içinde bir yerleşim yeri veya bir temsilci göstermemiş ise, geminin tescil edildiği sicil bulduğu yer mahkemesi alacaklının istemi üzerine, kendisine bildirimde bulunabileceği bir temsilci atar. Malikin yerleşim yerinin bilinmemesi veya alacaklının kendi kusuru olmaksızın malikin kim olduğunu bilmemesi hâlinde de aynı hüküm uygulanır (TTK m. 1034, HMK m. 382/2(e)8). Ancak temsilci atanmamış veya temsilci ya da ve malike bulunamıyorsa bu takdirde mahkeme bir kayyım atayabilecektir. Kayyımın atanması işlemi çekişmesiz yargıda görülüp, sonuçlandırılacaktır.

## **C. DENİZ RAPORU DÜZENLENMESİ**

TTK'ya göre kaptan, yolculuk sırasında gemiyi veya taşınan eşyayı ilgilendiren veya başkaca bir maddi zarar doğurması muhtemel olan bir kaza meydana geldiğinde, gemi zayı olsa bile, bir deniz raporu düzenlenmesini istemeye yetkili ve kendisinden istendiği takdirde buna zorunludur (TTK m. 1098, HMK m. 382/2(e)9).

Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun'un<sup>33</sup> 23/1 maddesi de “*Deniz kazasının gerçekleşmesi hâlinde Türk Ticaret Kanununun 1098 ve 1101’inci (eTTK 982 ve 984 üncü) maddeleri hükümlerine göre deniz raporu almayan veya bu raporun tasdikli bir örneğini kazadan sonra uğradığı liman reisliği bulunan ilk limanda liman reisliğine vermeyen gemi kaptanı iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*” hükmü ile deniz raporu almayan gemi kaptanına dair hürriyeti bağlayıcı hapis cezasını düzenlemektedir.

### **1. Tespit Edilecek Konular**

Deniz raporu, yolculukla ilgili önemli olayların, özellikle kazalar ve zararın önüne geçilmesi veya azaltılması için alınan önlemlerin tam ve açık olarak tespit edilmesi için düzenlenir.

### **2. Deniz Raporu Düzenleme Yeri**

Deniz raporunun, vakit kaybetmeksizin aşağıda belirtilen yerlerden birinde düzenlenmesi istenebilir:

- Varma limanında ve eğer varma limanı birden çok ise, kazadan sonra varılan ilk limanda,
- Gemi tamir edildiği veya eşya boşaltıldığı takdirde barınma limanında,
- Yolculuk geminin batması yüzünden veya diğer bir sebepten varma limanına ulaşmadan biter ise, kaptanın veya ona vekâlet eden kişinin uğradığı ilk elverişli yerde.

---

<sup>33</sup> 10.06.1946 tarihli ve 4922 sayılı Kanun 14.06.1946 T. ve 6333S. RG’de yayımlanmıştır.

### **3. Tespit Usulü**

Deniz raporu alınması çekişmesiz yargı kapsamında sayılan işlerdendir. Deniz raporu, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde (TTK'ya göre görevli) mahkemelerce, diğer yerlerde, Türk Bayraklı gemiler için yerel mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere Türk konsolosluklarınca düzenlenir. Deniz raporunun alınacağı ülkede, bu iş için özel bir yargı usulü öngörülmüş olabilir. Bu durumda yerel mevzuat ile belirtilen usul izlenir.

Tespit için kaptan, bütün gemi adamlarının ad ve soyadlarını gösteren bir cetvel (*crew list*), gemi journali ve olayla ilgili mevcut diğer belgelerle birlikte mahkemeye veya konsolosluga başvurur. Kaptan ölür veya deniz raporu düzenlettiremeyecek bir hâlde bulunursa, gemide kaptandan sonra en yüksek rütbeli zabıt tespit yaptırmak zorundadır. Deniz raporunun düzenlenmesini donatan veya ilgisi olduğunu ispat eden herkes isteyebilir. Gemi veya yükle ilgili olanlarla kaza ile ilgili diğer kişiler, mahkemede veya konsoloslukta bizzat bulunabilecekleri gibi, bir vekil de bulundurabilirler.

Başvuru üzerine; mahkeme veya konsolosluk, tespit için mümkün olduğu kadar yakın bir gün belirler ve bunu uygun olan bir şekilde ilan eder. Ancak gecikmesinde sakınca görülen hâllerde ilandan vazgeçilebilir. Hâkim veya konsolos, gerek gördüğünde gemi adamlarından mahkemeye gelmemiş olanları dinleyebileceği gibi, olayların yeterince anlaşılması için kaptan ve diğer gemi adamlarına istediğini de sorabilir.

Kaptan, gemi jurnaline dayalı olarak gerekli açıklamalarda bulunur.<sup>34</sup> Gemi journali, mahkemeye veya konsolosluga getirilemiyorsa veya tutulması zorunlu değilse, bu hâllerin sebepleri bildirilmelidir. Hazırlanan tutanağın aslı mahkemeye veya konsoloslukça saklanır. İlgililerden isteyenlere onaylanmış örnekleri verilir.<sup>35</sup>

### **D. KIRKAMBAR SÖZLEŞMESİNDE GEMİNİN HAREKET GÜNÜNÜN MAHKEME TARAFINDAN TAYİNİ**

Kırkambar sözleşmesi ile taşıyan ayırt edilmiş eşyayı denizde taşımayı üstlenir (TTK m. 1138).<sup>36</sup> Bu tür sözleşmede geminin herhangi bir kısmının ya da herhangi bir yerinin taşıtana tahsis edilmesi söz konusu değildir. Kırkambar sözleşmesinde çok sayıda taşıtan bulunmaktadır.

---

<sup>34</sup> Kaptan ve diğer gemi adamlarının kendi aleyhlerine yapmış oldukları beyanları ikrar niteliğinde olduğundan aleyhe değerlendirilmektedir. Buna karşılık kendi lehlerine yapmış oldukları beyanların akıbeti ise doktrinde tartışmalıdır. DEMİRKIRAN, İhsan/DEMİRKIRAN, H. Murat, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Düşünceler", **Deniz Hukuku Dergisi**, Ocak 2006, Özel Sayı, s. 341.

<sup>35</sup> KARA, s. 133-134.

<sup>36</sup> Kırkambar kelimesinin sözlük anlamı; "İçinde değişik türden şeyler bulunan kap veya yer"dir. Ne eşya taşıma sözleşmesi ne de düzenli hat sözleşmesi gibi bir terim kavramı açıklamaya yetmez. CUMALIOĞLU, Emre, **Kırkambar Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 11.

Kırkambar sözleşmesi yaygın olarak konteyner (*container*)<sup>37</sup> taşımacılığında kullanılır. Genellikle taşıma sürekli, düzenli ve “tarifeye dayalı” şekilde hizmet sunan (*liner services*) gemilerle yapılır. Geminin ismen belirlenmiş olması, belirlenmiş bir gemi olması gerekmez.

Kırkambar sözleşmelerinde geminin tahsisi söz konusu olmadan yük önem kazanmaktadır. Burada taşıyan belirli bir gemiyi kullanma taahhüdü altına girmeden sadece kırkambar taşıtanın yükünü çoğu zaman tarifeli sefer yaptığı iki liman arasında taşımayı vadetmektedir.<sup>38</sup> Burada taşıyan belirli bir gemiyi kullanma taahhüdü altına girmeden sadece kırkambar taşıtanının yükünü çoğu zaman tarifeli sefer yaptığı iki liman arasında taşımayı vadetmektedir.<sup>39</sup>

Taşıtan gecikirse taşıyan, eşyanın teslimini beklemekle yükümlü değildir. Ancak tarifeli sefer yapılmıyorsa, yani arızı olarak yapılan kırkambar sözleşmesinde geminin ne zaman hareket edeceği belirsizse, geminin hareket gününün mahkeme tarafından tayin edilir. Hareket gününün tayini gerekirse mahkemeye yapılacak başvuru çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilir (TTK m. 1163, HMK m. 382/2(e)10).

Ancak uygulamada genellikle kırkambar taşımalar belirli bir tarife üzerine yapılmaktadır. Arızı olarak yapılsa bile taraflar charter partide geminin yükleme süresini ve yola çıkacağı günü düzenlemektedir. Bu nedenle bu maddenin uygulanabilirliği uygulamada söz konusu olmamaktadır.

## **E. NAVLUN SÖZLEŞMESİNDE, BOŞALTIMA LİMANINDA MALLARIN HÂL VE VAZİYETİNİN, ÖLÇÜ, SAYI VE TARTISININ EKSPERE TESPİT ETTİRİLMESİ**

Gönderilen; eşyayı teslim almadan, taşıyan, kaptan veya gönderilen, eşyanın hâl ve durumunu, ölçü, sayı veya tartısını tespit ettirmek amacıyla onları mahkemeye veya yetkili diğer makamlara ya da bu husus için yetkili uzmanlara inceletebilir. Mümkün oldukça diğer taraf da incelemede hazır bulundurulur. İnceleme giderleri, başvuruda bulunana aittir. İnceleme için, gönderilen başvuruda bulunup da sonuçta taşıyanın tazminat vermesi gereken bir zıya veya hasar belirlenirse

---

<sup>37</sup> Konteyner doktrinde, “Uluslararası Standartlar Örgütü (ISO) tarafından kabul edilen tip ve ölçülere uygun olarak, her tür taşıma aracıyla taşınabilen, özellikle çok sayıda heterojen yükün tek bir taşıma birimi haline gelmesini sağlayan, taşıma araçlarından bağımsız (taşıma araçlarına bağlı olmayan), bir araçtan diğerine kendine özgü donanımı ile teknik araçlar yardımıyla aktarılabilen, taşıyacağı yüke has nitelik ve türe sahip, elleçlemeye uygun ve birçok kez kullanılmaya elverişli taşıma gereci” olarak tanımlanmaktadır. YAVAŞ, Aksoy, **Kara Yolunda Konteyner İle Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 17; genel tanım için bkz. ALKAN, Mustafa/ERDAL, Murat, **Lojistik ve Dış Ticaret Sözlüğü**, Utikad Derneği Yayınları, İstanbul, 2004, s. 92.

<sup>38</sup> ÜLGENER, Fehmi, **Charter Sözleşmeleri-I Sefer Charteri Sözleşmesi**, Der Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 29.

<sup>39</sup> ÜLGENER, s. 29.

inceleme giderleri taşıyana ait olur (TTK m. 1184).<sup>40</sup> Yük zıyaı ya da hasarını iddia etmek böylece mümkün olur.

Eşyanın incelenmesi tarafların katılımıyla mahkeme veya yetkili makam ya da bu husus için resmen atanmış uzmanlar tarafından yapılmışsa bildirimde gerek yoktur.<sup>41</sup> Gerçek veya muhtemel bir zıya veya hasarın söz konusu olması hâlinde taşıyan ve gönderilen, eşyanın incelenmesi ve koli sayısının belirlenmesi için birbirlerine uygun olan her türlü kolaylığı göstermekle yükümlüdürler.

Eşyanın zıya veya hasarı ne bildirilmiş ne de tespit ettirilmiş olursa ispat yükü yer değiştirir. Taşıyanın eşyayı konişmento denizde taşıma senedinde yazılı olduğu gibi teslim ettiği ve eğer eşyada bir zıya veya hasarın meydana geldiği belirlenirse, bu zararın taşıyanın sorumlu olmadığı bir sebepten ileri geldiği kabul olunur.<sup>42</sup> Buna karşılık taşıyanın zıya veya hasarı ve bunun taşıyanın kusurundan meydana geldiğini ispat etmesi gerekir. Şu kadar ki, bu karinelerin aksi ispat olunabilir<sup>43</sup>.

Navlun sözleşmesinde, boşaltma limanında malların hâl ve vaziyetinin, ölçü, sayı ve tartısının tespit ettirilmesi gerekirse, bu işlem çekişmesiz yargı kapsamındadır (TTK m. 1184-1185, HMK m. 382/2(e)11).

## **F. MÜŞTEREK AVARYALARDA DİSPEÇÇİ TAYİNİ VE DİSPECİN MAHKEMECE TASDİKİ**

### **1. Genel Olarak**

Müşterek avaryalarda dispeççi (*dispatcher*) tayini ve dispecin mahkemece tasdiki çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmiştir (HMK m. 382/2(e)12). Donatan gecikmeksizin dispeççi yaptırmakla yükümlüdür; bu yükümlülüğünü yerine getirmese ilgililerin her birine karşı sorumlu olur. Dispeç süresinde yaptırılmazsa, sigortacı da dâhil olmak üzere, ilgililerden herhangi biri bunun

<sup>40</sup> KARA, s. 235; YAZICIOĞLU (KENDER/ÇETİNGİL), s. 447 vd.

<sup>41</sup> Taşıyan yolculuk sırasında gemi ve yükü tehdit eden bir tehlike sebebiyle, yükün bir kısmının denize atıldığını beyan etmiş olur ve fakat söz konusu filin müşterek avarya kapsamında değerlendirilmeyecek ve dolayısıyla taşıyanın sorumluluğunu doğuran bir faaliyet olduğu anlaşılırsa, yükün zıyaından kaynaklanan zararın tazmini için bildirimde bulunmuş olma şartını aramamak gerekir. AĞSAKAL, İbrahim, “Deniz Yolu İle Yapılan Taşımalarda Yükün Zıya ve Hasarı İle Teslimdeki Gecikmenin Bildirimi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2012, C. 2, S. 2, s. 2, (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/3799>, E.T. 11.07.2021.

<sup>42</sup> Y. 11. HD, T. 22.2.1985, E. 1985/934 ve K. 1985/902 sayılı kararı: “Donatan veya taşıyan temsilcisi bulunmaksızın ve geminin boşaltma limanına varışından çok sonra düzenlenmiş “gümrük muayene” tutanağı” TTK m. 1066’da aranan ihbar ve tespit yükünü ortadan kaldıracı nitelikte sayılmaz. AYBAY, Gündüz, **Deniz Ticaret Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları**, Aybay Yayınları, İstanbul, 1986, s. 237.

<sup>43</sup> Y. 11. HD, T. 16.4.1981, E. 1981/1402 ve K. 1981/1753 sayılı kararı: Gönderilen veya kaptan, teslimden önce, taşınan eşyanın durumunu mahkemeye veya yetkili makamlar yahut bilirkişiler aracılığıyla tespit ettirebilirler. Tespit yaptırılmadığı hallerde, gönderilen, yükteki zıya ve hasarı en geç teslim alma sırasında, eğer zıya ve hasar belli değilse, teslimden itibaren üç gün içinde taşıyana veya temsilcisine yazılı olarak bildirmelidir. İhbar yapılmamışsa, taşıyanın veya gönderilenin tazminat isteme hakkı düşmez. Fakat ispat yükü, taşıyanın lehine olmak üzere yer değiştirir. AYBAY, s. 178.

yapılmasını istemeye ve yaptırmaya yetkilidir. Dispeçin yapılması istemi, olayın müşterek avarya sayılmayacağı ileri sürülerek dispeççi tarafından reddedilirse, dispeçin yapılmasının gerekip gerekmediğine, sigortacı da dâhil olmak üzere, ilgililerden herhangi birinin başvurması üzerine varma yerinde, eğer buraya varılmazsa yolculuğun bittiği limandaki mahkemece karar verilir. Mahkeme dosya üzerinde veya sigortacı da dâhil olmak üzere ilgilileri dinleyerek bu hususta karar verir. Bu hâlde basit yargılama usulü uygulanır (TTK m. 1278).<sup>44</sup>

Müşterek avarya bakımından dipeççi tayini ile dispeç raporunun onaylanmasını ayırmak gerekir. Dispeççi tayin edilmesi istemi acilen sonuçlandırılması gereken bir taleptir. Halbuki dispeççi tarafından hazırlanan raporun onaylanması hakkında aynı şeyi söylemek ve çekişmesiz yargı işlemi olarak görmek mümkün değildir. Çünkü taraf menfaatleri gerektiği için bu tür davaların çekişmeli yargı kapsamında olması gerekir. Bu nedenle HMK 382'nci maddede yapılan düzenleme yerinde olmamıştır. Dispeç raporunun onaylanması çekişmeli bir yargı işi olarak görülmelidir.

## **2. Dispeççi Tayini ve Dispeç Raporunun Onaylanması**

### **a. Dispeççi Tayini**

Dispeç, ilgililerin oybirliğiyle atayacakları bir veya birden fazla dispeççi tarafından yapılır. Oybirliği sağlanamazsa, dispeççiyi veya dispeççileri, dispeçin yapılacağı yer mahkemesi atar. İlgililerden her biri dispeçin yapılması için gereken ve elinde bulunan belgeleri, özellikle çarter partileri, konişmento ve faturaları, dispeççiye vermekle yükümlüdür. Dispeççinin istemi üzerine mahkeme, ellerinde bulunan ve kanunen ibrazla yükümlü oldukları belgeleri dispeççiye teslim etmelerini, onları elinde bulunduranlara emreder. Dispeççi, ilgililerin dispeçi incelemelerine izin ve istemleri üzerine giderlerini ödemeleri şartıyla, bir örnek vermekle yükümlüdür (TTK m. 1280). Zararın tespiti ve paylaşılması varma yerinde, eğer buraya varılmazsa yolculuğun bittiği limanda yapılır (TTK m. 1279).

### **b. Dispeç Raporunun Onaylanması**

Sigortacılar dâhil olmak üzere ilgililer, varma yerinde, eğer buraya varılmazsa yolculuğun bittiği limandaki mahkemeden dispeçin onaylanmasını isteyebilecekleri gibi avarya türüne veya hesaplarına itiraz da edebilirler. Dilekçede duruşmaya çağrılacak olan ilgililerin ad ve soyadları bildirilir. Dilekçe üzerine mahkeme, dispeççiden, dispeç ile istemleri ispatlayan belgeleri ister; bu belgelerin tamamlanmasına gerek görülürse, ibrazını onları elinde bulunduranlara emreder. İlgililerin hepsi duruşmaya çağrılır. Çağrıda, dispeç ile istemleri ispatlayan belgelerin mahkeme kaleminde incelenebileceği ve çağrılanın daha önce de dispeçe karşı mahkemede itirazda bulunabileceği, belirli günde gelmediği

---

<sup>44</sup> Geniş bilgi için bkz. ÇETİNER, Ergon/KENDER, Rayegan/ÜNAN, Samim, **Müşterek Avarya Hukuku**, Onikilevha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2011, s. 5 vd.

takdirde dispeçe onay vermiş sayılacağı yazılır. Çağrının duruşma gününden en az *onbeş gün önce* ilgililere tebliğ edilmesi gerekir.

Dispeç raporuna itirazın, en geç ilk celsede, hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık ve etraflı olarak yapılması zorunludur. Haklı sebepler dolayısıyla bu mümkün olmazsa, hâkim ilgiliye itirazını bildirmek üzere bir defalık uygun bir süre verir. İlk oturumda veya en geç hâkim tarafından verilecek süre içinde gereği gibi açık ve ayrıntılı şekilde bildirilmemiş olan itiraz yapılmamış sayılır.

Belirlenen günde hazır bulunanlarla duruşma yapılır. Dispeçe karşı, duruşmada veya daha önce bir itiraz yapılmamış olduğu takdirde dispeç onaylanır. İtiraz yapılmışsa ilgililer dinlenir. İtirazın yerinde olduğu görülür veya başka surette bir anlaşmaya varılırsa dispeç buna göre düzeltilerek onaylanır. İtirazın hemen karara bağlanması imkânının bulunmaması hâlinde, dispeç raporunun itirazın kapsamı dışında kalan kısımları, ayrı bir kararla onaylanır ve itiraz edilen kısım hakkında duruşmaya devam olunur (TTK m. 1282). Anılan kurallar kapsamında dispeçin onaylanmasında ve itirazların incelenmesinde basit yargılama usulü hükümleri uygulanır (TTK m. 1283).

### **c. Dispeç Raporunun Onaylanması Hakkındaki Karar**

Dispeç raporunun onaylanması hakkındaki kararın kesinleşmesiyle bu karar, raporda gösterilen alacakların ödetilmesi için verilmiş bir ilam niteliğini kazanır. Şu kadar ki, itiraza uğramamış bir raporun onaylanması kararı kesinleşmeden önce de bu niteliğe sahiptir. Raporun onayına ait ilam, onay istemi üzerine yapılan duruşmaya usulüne göre çağrılmış olmayan ilgililer aleyhine hiçbir sonuç doğurmaz (TTK m. 1284).<sup>45</sup>

## **G. DENİZCİLİK RİZİKOLARINA KARŞI SİGORTALARDA ZARARIN VE KAPSAMININ BELİRLENMESİ İÇİN BİLİRKİŞİ TAYİNİ**

Sigortacılık Kanunu (SK)'nda sigorta eksperleri<sup>46</sup>, "*Sigorta konusu risklerin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan kayıp ve hasarların miktarını, nedenlerini ve niteliklerini belirleyen ve uzlaşmalı (mutabakath) kıymet tespiti, ön ekspertiz ve hasar gözetimi gibi işleri mutad meslek olarak yapan tarafsız ve bağımsız kişi*" şeklinde tanımlanmıştır (SK m. 2/n). Türkiye'de sigorta eksperliği yapacak yabancılar hakkında Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta eksperlerinin tabi olduğu hükümler geçerlidir<sup>47</sup>.

Sigorta eksperleri, sigortacı veya sigorta ettiren ya da sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler tarafından serbestçe tayin edilebilir. Ekspertiz ücretinin miktarı, sigorta eksperleri ile kendisini tayin eden taraf arasında serbestçe kararlaştırılır. Sigorta sözleşmesinde, sigorta eksperinin sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler tarafından tayin edilmesi halinde

<sup>45</sup> KARA, s. 320 vd.

<sup>46</sup> Sigorta Eksperleri Yönetmeliği, RG: 22.06.2008 T. ve 26914 S.

<sup>47</sup> KARA, Hacı, **Sigorta Hukuku**, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2021, s. 175 vd.

ücretin hangi tarafça karşılanacağı belirtilir; belirtilmemişse ücret sigortacı tarafından ödenir. İki sigorta eksperleri tarafından reddolunan kişi, Sigorta Eksperleri İcra Komitesi'ne başvurup kendisine sigorta eksperleri tayin edilmesini talep edebilir.

Denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda zararın ve kapsamının belirlenmesi için bilirkişi tayin edilmesi de HMK'ya göre çekişmesiz yargı işidir (HMK m. 382/2(e)13).

## **SONUÇ**

Yargılama faaliyetinin çoğunluğu çekişmeli yargı işlerinden oluşur. Ancak hukuki niteliği gereği bazı tür davalarda taraf teşkili gerekmez. Resmi bir merci olan mahkemelerin somut olayın özelliklerine göre bir karar vermesi gerekir. Bir diğer deyişle bazı ihtilaflar mahkemenin re'sen araştıracağı hususlara göre karar vermesini gerektirir. Bu tür davalar çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilir.

Türk Ticaret Kanununun 5'inci maddesine göre, sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.

Bununla birlikte çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargıyı ise kolaylıkla ayırmak mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunda sayma yöntemi ile çekişmesiz yargıya tabi olan işler belirtilmiştir. Ancak doktrine göre bu sayma yöntemi ile belirlenen çekişmesiz işler kanunda belirtilenle sınırlı değildir. Belli kriterleri taşıyan olaylardan kaynaklanan ancak kanunda sayılmayan diğer ihtilafları da çekişmesiz yargı işi kapsamına almak mümkündür. Böylece HMK kapsamı dar olarak değil, daha geniş bir şekilde uygulanabilecektir.

Kırkambar taşımalarda geminin hareket gününü mahkemeye yapılacak başvuru ile tayin etmek mümkündür. Ancak uygulamada genellikle kırkambar taşımalar belirli bir tarife üzerine yapılmaktadır. Arızı olarak yapılsa bile taraflar navlun sözleşmesinde geminin yükleme süresini ve yola çıkacağı günü düzenlemektedir. Bu nedenle uygulama bakımından bu maddenin uygulanabilirliği pek söz konusu olmamaktadır.

Müşterek avarya dispeç raporunun onaylanması bakımından ise aynı şey söylenemeyecektir. İşin niteliğine ve konunun özüne bakıldığında dispeççi tayini ile dispeç raporunun onaylanmasını aynı mahiyette görmek mümkün olmaz. Dispeççi raporu acil bir durum gerektirir ve işin mahiyeti gereği çekişmesiz yargı türü içinde görmek mümkündür. Halbuki dispeççi raporu uyarınca müşterek avarya payı "gemi ve yük" ile halen kazanılmamışsa ya da sözleşmede istisna sayılmamışsa "navlun" arasında paylaşılır. Dolayısıyla taraf menfaati konunun mahiyeti, ihtilafın tartışılmasını ve taraf teşkilini gerektirir. Zira menfaatler çok farklı olabilir. Bu nedenle taraf teşkiline imkan sağlanması bakımından bu davanın da -HMK'da belirtildiğinin aksine- çekişmesiz yargı türü olarak değil, çekişmeli yarı türüne alınmasını gerektirir.



---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

AĞSAKAL, İbrahim, “Deniz Yolu ile Yapılan Taşımalarda Yükün Zıya ve Hasarı ile Teslimdeki Gecikmenin Bildirimi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2012, C. 2, S. 2, (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/3799>, E.T. 11.07.2021.

AYBAY, Gündüz, **Deniz Ticaret Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları**, Aybay Yayınları, İstanbul, 1986.

ARAS, Aslı, “Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 7, S. 1, s. 65-86, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/415294>, E.T. 13.09.2021.

ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2019.

BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz, **Hukuk Davalarında Taraf Sıfatı (Husumet Ehliyeti)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

BOZKURT, Salim, **Ticari Davalar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2015.

CUMALIOĞLU, Emre, **Kırkambar Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

ÇETİNER, Ergon/KENDER, Rayegân/ÜNAN, Samim, **Müşterek Avarya Hukuku**, Onikilevha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2011.

DELİDUMAN, Seyithan/ORUÇ, Yakup, “Ticari Davalar”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/798699>, E.T. 18.09.2021.

DEMİRKIRAN, İhsan/DEMİRKIRAN, H. Murat, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Düşünceler”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Ocak 2006, Özel Sayı.

GÜRDOĞAN, Burhan, “Ticari Usul Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1956, S. 13, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/634014>, E.T. 01.10.2021.

KARA, Hacı, “Ticari Arabuluculuk”, **Arabuluculuk Yıllığı**, Ed. Begüm KOCAMAZ/Baybüke KURTULUŞ, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

KARA, Hacı, **Deniz Ticareti Hukuku**, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2020.

KARA, Hacı, **Sigorta Hukuku**, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021.

KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

KİRAZ, Taylan Özgür/BAŞOĞLU, Gizem, **Gerekçeli 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, C. 1, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 2001.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 8. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2020.

ÖZBAY, İbrahim/YARDIMCI, Taner Emre, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Konuyla İlgili Mevzuat Açıklamalı (7035 Sayılı Kanun İşlenmiş Hali)**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2018.

TANRIVER, Süha/HANAĞASI Emel, “Türk Yargı Örgütü ve Medeni Yargı Teşkilatı”, (Çevrimiçi) [https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/52227/mod\\_resource/content/2/2-Tu%CC%88rk%20Yarg%C4%B1%20O%CC%88rgu%CC%88tu%CC%88%20ve%20Hukuk%20Yarg%C4%B1s%C4%B1%20.pdf](https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/52227/mod_resource/content/2/2-Tu%CC%88rk%20Yarg%C4%B1%20O%CC%88rgu%CC%88tu%CC%88%20ve%20Hukuk%20Yarg%C4%B1s%C4%B1%20.pdf), E.T. 13.09.2021.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.

TOPAL, Önder, “TMK m. 173/2 ve 3’de Yer Alan Hususların Çekişmesiz Yargı İşleri Olup Olmadığının Değerlendirilmesi”, **EÜHFD**, Y. 2014, C. XVIII, S. 3–4, s. 193-228.

ÜLGENER, Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri-I Sefer Çarteri Sözleşmesi**, Der Yayınevi, İstanbul, 2000.

YAVAŞ, Aksoy, **Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

YAZICIOĞLU, Emine (KENDER, Rayegan/ÇETİNGİL, Ergon), **Deniz Ticareti Hukuku**, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

“Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı”, TBB Yayınları, Ankara, 2019, s. 20, (Çevrimiçi) <https://d.barobirlik.org.tr/2019/ticariuyusmazliklardaarabuluculukelkitabı/2/>, E.T. 16.09.2021.

Mahkeme içtihatları, [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net).



# BELİRSİZ ALACAK DAVASINDAN SONRA EK DAVA AÇILABİLİR Mİ?

Fatih KARAMERCAN\*

## Öz

İlk defa HMK m. 107 hükmü ile pozitif hukukumuza kazandırılan “belirsiz alacak davası” hem doktrin hem de uygulama anlamında beraberinde bazı tereddütleri de getirmiştir. Bu tereddütlerden birisi de belirsiz alacak davası açılmasından sonra ek dava açılıp açılmayacağı hususudur. Bu sebeple, çalışmamızın amacı, belirsiz alacak davası olarak açılmış bir dava hakkında ek dava açılıp açılmayacağının ortaya konulmasıdır. Bu bağlamda, belirsiz alacak davasının hukukî niteliği belirlenmiştir. Sonrasında, belirsiz alacak davası, kısmî dava ile karşılaştırılmıştır. Buna paralel olarak belirsiz alacak davası ile kısmî dava, dava konusu özelinde de bir karşılaştırmaya tabi tutulmuştur. Devamında da, bu konu ile ilgili verilmiş Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi Kararları ile birlikte Yargıtay Kararları sunulmuştur. En sonunda ise bu bilgiler ışığında, çalışmamız açısından vardığımız sonuç ile birlikte konuya ilişkin çözüm önerimiz belirtilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *Belirsiz Alacak Davası, Kısmî Dava, Ek Dava, Derdestlik, Kesin Hüküm.*

## COULD ADDITIONAL CLAIMS BE FILED AFTER UNQUANTIFIED DEBT CLAIM?

### Abstract

“Unquantified debt claim” which has been initially brought in Turkish lex lata by Article 107 of Turkish Code of Civil Procedure has led to certain hesitation not only in legal doctrine but also in practice. One of these hesitations is whether additional claims can be filed after filing an unquantified debt claim. Therefore, the purpose of this study is to determine whether additional claims are able to be filed with regards to unquantified debt claim. In this regard, legal nature of

---

\* Av.; İzmir Barosu; ORCID: 0000-0003-1135-8756; fatihkaramercan@gmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 12.07.2021  
**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 15.01.2022

Bu makaleye atf için; KARAMERCAN, Fatih, “Belirsiz Alacak Davasından Sonra Ek Dava Açılabilir mi?”, **İMİHD**, Y. 2022, C. 7, S. 12, s. 83-107.

unquantified debt claim has been defined. Thereafter unquantified debt claim has been compared to partial claim. Concordantly unquantified debt claim and partial claim have been subjected to comparison specific to matter in dispute. Afterwards the judgments of Civil Chambers the Regional Courts of Justice and Judgments of High Court Appeal regarding this matter have been submitted. Lastly, in the view of such information the conclusion of the study and solution suggestion regarding this matter have been stated.

**Keywords:** *Unquantified Debt Claim, Partial Claim, Additional Claim, Pendency, Res Judicata.*

## GİRİŞ

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'nın 107. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, belirsiz alacak davası, uygulamada kısmî davanın bazı dezavantajlı yönlerini bertaraf etmek için ihdas edilmiş olup İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde de kendisine yer bulmuştur. Çalışmamızda, belirsiz alacak davasının hukukî niteliği tespit edilerek, kısmî dava ile bir karşılaştırmaya tabi tutulmuştur. Bu karşılaştırma yapılırken çalışmanın odak noktasını oluşturan “ek dava” meselesinin çözümlenmesi için gayret edilmiştir. Bunun neticesinde uygulamada bu konuya ilişkin verilmiş kararlar irdelendikten sonra ortaya koyduğumuz çözüm önerimizi desteklemek adına 7251 sayılı ve 22.07.2020 tarihli HMK değişikliğine de değinilmiştir.

## I. HUKUKÎ NİTELİĞİ

İlk defa HMK m. 107 hükmü ile pozitif hukukumuza kazandırılan “belirsiz alacak davası”, İsviçre<sup>1</sup> ve Alman hukuk sistemlerinde “rakamlandırılmamış alacak davası (*unbezifferte Forderungsklage*)” olarak anılmaktadır<sup>2</sup>. Belirsiz alacak davası, davacının, alacağının tümünün hüküm altına alınması amacıyla açtığı bir davadır<sup>3</sup>. Zira, belirsiz alacak davası açan alacaklının da alacağının sadece bir kısmını değil tamamını talep ettiği (irade beyanın bu yönde olduğu) açıktır<sup>4</sup>. Bu açıdan bakıldığında talep sonucu, tam olarak ortaya konulursa, mahkemeden istenen hukukî koruma talebi de tam olarak ortaya konulmuş olur<sup>5</sup>. Aslında talep sonucunun belirsiz alacak davası bakımından tam olarak

<sup>1</sup> İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu maddenin kenar başlığı “*unbezifferte Forderungsklage*” yani rakam olarak belirlenmemiş alacak davasıdır. (SİMİL, Cemil, **Belirsiz Alacak Davası**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 27).

<sup>2</sup> AKİL, Cenk, **Kısmî Dava**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 270.

<sup>3</sup> PEKCANITEZ, Hakan, **Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107)**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 59; SİMİL, s. 23, 111, 299, 343; AKİL, s. 105; BAHADIR, Zeynep, **Medenî Usûl Hukukunda Kısmî Karar**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 155.

<sup>4</sup> BUDAK, Ali Cem, “Belirsiz Alacak Davası”, **Bankacılar Dergisi**, C. 24, Özel Sayı, Y. 2013, s. 84.

<sup>5</sup> ERCAN ÖZLER, Meltem, **Medenî Usûl Hukuku'nda Dava Konusu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 113.

belirlenmesi, dava konusunun ve bununla bağlantılı derdestlik, kesin hüküm, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, hukukî yarar, görevli mahkeme, kanun yollarına başvuru ve hükmün icrası, harç ve yargılama giderleri, hüküm fıkrasının açık bir şekilde belirlenmesi, mahkemenin davacının talep sonucuyla bağlı olması ve talepten başkasına karar verememesi, davalının hukukî dinlenilme hakkını kullanabilmesi açısından son derece önemlidir<sup>6</sup>. Bu nedenle belirsiz alacak davasının hukukî niteliğinin ortaya konulması, çalışmanın anlaşılabilmesi ve şekillenebilmesi için zorunludur.

Doktrindeki bir görüş<sup>7</sup> göre, belirsiz alacak davası, hukukî niteliği itibarı ile kısmî bir davadır.

Doktrindeki katıldığımız hâkim görüş<sup>8</sup> göre ise belirsiz alacak davası, hukukî niteliği itibarı ile tam bir eda davasıdır.

Sonuç olarak, belirsiz alacak davası, davanın açıldığı anda talep edilecek alacağın miktarının veya değerinin, davacı tarafından rakamsal olarak belirlenmesinin beklenemeyeceği veya imkânsız olması durumlarında, davacıya talebinin miktarını veya değerini yargılama sırasında karşı tarafın veya üçüncü

---

<sup>6</sup> BÖRÜ, Levent, **Dava Konusunun Devri**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 213; ERCAN ÖZLER, s. 319.

<sup>7</sup> KURU, Baki/ AYDIN, Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 154.

<sup>8</sup> PEKCANİTEZ, s. 31; SİMİL, s. 23, 111, 299, 343; KİRAZ, Taylan Özgür, “Belirsiz Alacak Dâvası”, **Çatı Dergisi**, S. 30, Y. 2012, s. 16; AKİL, s. 105; ASLAN, Kudret/ AKYOL ASLAN, Leyla/ KİRAZ, Taylan Özgür, “Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar”, **DEÜHFD**, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), Y. 2014, s. 998, 999; TANRIVER, Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C. I, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 597; KARAASLAN, Varol, “Belirsiz Alacak Davası/Kısmi Dava - Bir Madalyonun İki Yüzü Mü?”, **YÜHFD**, C. VIII, Özel Sayı (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı), Y. 2016, s. 214, 217; PEKCANİTEZ, Hakan, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1025; YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Genişletilmiş 4. Baskı, C. 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 2378; BAHADIR, s. 153, 154; BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol, **Medenî Usul Hukuku**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 148; ERCAN ÖZLER, s. 318; EROĞLU, Orhan, **İslah**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 228; DURAN, Osman, **Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 116. Doktrinde İYİLİKLİ, belirsiz alacak davasının nitelik itibarı ile tespit davasından çok eda davasına yakın olduğu görüşündedir. (İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, **Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 604). İsviçre ve Alman hukukunda belirsiz alacak davası ile ilgili yazılan monografik eserlerde de, belirsiz alacak davası, eda davası olarak kabul edilmektedir. (BAUMANN WEY, Sabine, **Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO**, Schulthess Verlag, Zürich, 2013, s. 7; GUT, Nicolas, **Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, s. 4; KURTOĞLU, Bahar Tuna, **Die unbezifferte Forderungsklage Analyse, Problemstellungen und Lösungsansätze, bezogen auf das türkische, schweizerische und deutsche Recht**, Peter Lang Verlag, Berlin, 2019, s. 46, 122, 312).

kişinin vereceği bilgiler veya delillerin incelenmesinden sonra, hâkimin vereceği süre içinde belirleme imkânı tanıyan tam bir eda davası olarak tanımlanabilir<sup>9</sup>.

## **II. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ KISMÎ DAVA İLE KARŞILAŞTIRILMASI**

### **A. Genel Olarak**

Kısmî dava, davacının aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı dava şeklinde tanımlanabilir<sup>10</sup>. Kısmî dava tabiri, alacağın tümünün dava edilmesi halinde açılan davaya verilen “tam dava” tabirinin karşıtıdır<sup>11</sup>. Çalışmamızda daha önce de belirttiğimiz üzere<sup>12</sup>, belirsiz alacak davası, hukukî niteliği itibari ile tam bir eda davasıdır<sup>13</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun m. 109/1 hükmünde belirtildiği gibi “*Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir*”. Bölünebilir talep konusu, para alacağı olabileceği gibi, bölünebilir nitelikte başka bir talep de olabilir

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun m. 109/2 hükmünde yer alan “*Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dava açılmaz*” hükmü 6644 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır<sup>14</sup>. Böylelikle alacağın kaynağı ve alacağın davanın açıldığı anda tartışmalı veya açıkça belirli olup olmaması önemli olmaksızın kısmî dava açılacaktır<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> SİMİL, s. 97; EROĞLU, s. 228.

<sup>10</sup> PEKCANITEZ, **Pekcantez Usûl**, s. 990; AKİL, s. 63; ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel, **Medenî Usul Hukuku**, Güncellenmiş ve 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 290; GÖRGÜN, L. Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TORAMAN, Barış/ KODAKOĞLU, Mehmet, **Medenî Usûl Hukuku**, 28.07.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanunla Değiştirilmiş, Güncellenmiş 9. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 287; BUDAK/KARAASLAN, s. 146. “... *Kısmî dava, alacağın yalnızca bir bölümü için açılan dava olarak tanımlanmaktadır. Bir davanın kısmî dava olarak nitelendirilebilmesi için alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması ve alacağın şimdilik belirli bir kesiminin dava edilmesi gerekir. Diğer bir söyleyişle, bir alacak hakkında daha fazla bir miktar için tam dava açma imkânı bulunmasına rağmen alacağın bir kesimi için açılan davaya kısmî dava denir.*” (Yar. HGK, E.2017/13-690, K.2020/235, 26.02.2020, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>11</sup> YILMAZ, s. 2490.

<sup>12</sup> Bkz. yuk. I.

<sup>13</sup> Belirsiz alacak davası, kısmî dava olmadığı gibi kısmî davanın bir türü de değildir. (SİMİL, s. 105).

<sup>14</sup> RG. 11.04.2015, S. 29323.

<sup>15</sup> PEKCANITEZ, **Pekcantez Usûl**, s. 996; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 291; YILMAZ, s. 2493; KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 324, 333. “... *Kısmî dava 6100 sayılı HMK’da ise ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (m.109). Anılan maddenin birinci fıkrasında; talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmının da dava yoluyla ileri sürülebileceği; ikinci fıkrasında ise talep konusunun miktarı,*



Davacı, belirsiz alacak davasının açılabilirdiği her durumda dilerse kısmî dava açabilir<sup>16</sup>. Buna bir engel görülmemektedir. Çünkü alacak miktarı belirsiz ise davacının her iki davadan birini açmakta seçim hakkı vardır. Buna karşılık kısmî davanın açılabilirdiği her durumda belirsiz alacak davası açılmaz<sup>17</sup>. Belirli alacaklar bakımından belirsiz alacak davası açılmazken, belirli veya belirlenebilen bir alacak için alacaklı tam bir eda davası yerine kısmî dava açabilecektir<sup>18</sup>. Çalışma konumuzun odak noktalarından birisini oluşturan davacının bu seçim hakkının, ileride de açıklandığı üzere<sup>19</sup> bazı sonuçları da bulunmaktadır.

## **B. Sonuçları Bakımından**

### **1. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süre Bakımından**

Kısmî dava ile davacı, mahkemeden sadece dava konusu yaptığı kısmın hüküm altına alınmasını istemektedir. Bu nedenle kısmî dava bakımından dava açılmasına bağlanan sonuçlar, sadece alacağın dava konusu yapılan kısmı bakımından sonuç doğuracaktır<sup>20</sup>. Buradan hareketle, kısmî dava açılması durumunda zamanaşımı sadece dava konusu edilmiş miktar bakımından kesilir. Talep edilmeyen miktar bakımından ise işlemeye devam edecektir<sup>21</sup>. Bunun gibi, kısmî dava ile alacağın yalnız kısmî dava konusu yapılan kesimi için hak

---

*taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte ikinci fıkra 01.04.2015 tarihli ve 6644 sayılı Kanununun 4. maddesi ile yürürlükten kaldırılarak alacağın taraflar arasında tartışmasız ve belirli olup olmadığına bakılmaksızın kısmi dava açılması olanağı sağlanmıştır.” (Yar. HGK, E.2018/3-564, K.2019/1150, 07.11.2019, (UYAP Bilişim Sistemi).*

<sup>16</sup> SİMİL, s. 108; AKİL, s. 271; TANRIVER, s. 609. “... Alacağın belirsiz olması halinde alacaklı, belirsiz alacak davası açabileceği gibi kısmi dava olarak da alacağın tahsilini talep edebilir.” (Yar. 9. HD, E.2016/13162, K.2020/1860, 11.02.2020, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>17</sup> SİMİL, s. 108.

<sup>18</sup> SİMİL, s. 110. “... Alacak, belirli veya belirlenebilir ise, belirsiz alacak davası açılmaz; ancak şartları varsa kısmi dava açılması mümkündür.” (Yar. 22. HD, E.2016/28939, K.2020/2083, 10.02.2020, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>19</sup> Bkz. aşağı. II., B.

<sup>20</sup> PEKCANİTEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1002.

<sup>21</sup> KURU/AYDIN, s. 153; ERDEM, Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 296, 297; SİMİL, s. 112; PEKCANİTEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1008; AKİL, s. 288; TANRIVER, s. 594; YILMAZ, s. 2502; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 287; EROĞLU, s. 234. “... Öğreti ve uygulamada kısmi davada dava edilmeyen alacak kesimi için, fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmuş olmasının zamanaşımını kesmeyeceği kabul edilmektedir (Kuru, s.1541 vd.; Pekcanitez, s. 1008). Başka deyişle kısmi dava açılması hâlinde zamanaşımı yalnız alacağın kısmi dava konusu yapılan miktarı için kesilecek, ancak talep konusu yapılmayan geri kalan kısım bakımından ise zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Kısmi dava ile talep edilmeyen alacağın geri kalan kısmı için zamanaşımı 818 sayılı BK'nın 133'üncü (6098 sayılı TBK'nın 154'üncü) maddesindeki diğer kesilme nedenleri dışında ancak aynı yargılamada karşı tarafın rızası veya ıslah talebinde bulunma tarihinde yahut geri kalan kısım için ikinci dava açılacaksa ikinci davanın açıldığı tarihte kesilmiş olur. Davacının geri kalan kısım için ıslaha başvurusu veya ikinci dava açması durumunda davalının zamanaşımını definde bulunabileceğinden tereddüt etmemek gerekir (Pekcanitez, s. 1008).” (Yar. HGK, E.2017/11-11, K.2019/1071, 17.10.2019, (İçtihat Bülteni).

düşürücü süre korunmuş olur. Kısmî dava dışı kalan alacak kısmı hakkında hak düşürücü süre korunmuş olmaz<sup>22</sup>.

Belirsiz alacak davası ise davacının, alacağının tümünün hüküm altına alınması amacıyla açtığı tam bir eda davası olduğu için belirsiz alacak davasının açılması ile zamanaşımı alacağın tümü bakımından kesilecektir<sup>23</sup>.

## **2. Faiz Bakımından**

Kısmî dava açan davacı, talep konusunun geri kalan kısmını karşı tarafın izniyle veya ıslah yoluyla davada ileri sürdüğünde, artırılan bu kısım için faiz istendiğinde, borçlu daha önce temerrüde düşürülmemiş ise artırdığı tarihten itibaren faiz talep edebilecektir<sup>24</sup>. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.05.2019, 2017/8 E. - 2019/3 K. sayılı Kararı'na<sup>25</sup> göre bir miktar para alacağının faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesinin talep edildiği kısmî davada, dava konusu miktarın kısmî ıslahla faiz talebi belirtilmeksizin artırılması hâlinde, artırılan miktar bakımından dava dilekçesindeki faiz talebine bağlı olarak faize hükmedilecektir.

Belirsiz alacak davası ise davacının, alacağının tümünün hüküm altına alınması amacıyla açtığı tam bir eda davası olduğu için belirsiz alacak davasında ise faiz, kural olarak, alacağın tamamı için davanın açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>26</sup>. Belirsiz alacak davası açısından, talep artırım dilekçesinde faiz talebi olmasa bile dava dilekçesinde faiz talep edilmesi yeterli olup, davalı daha

---

<sup>22</sup> KURU/AYDIN, s. 153; AKİL, s. 301. “... ıslah istendiği tarihte dava hakkı düşmüş ise, bu husus ıslah istemine konu edilemez. Açıklanan nedenlerle dava kamulaştırma bedelinin artırılması davası olup, hak düşürücü süre geçtikten sonraki ıslah isteminin reddine karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemiş olması doğru görülmemiştir.” (Yar. 18. HD, E.2016/2809, K.2016/4004, 22.09.2016, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>23</sup> PEKCANITEZ, s. 59; SİMİL, s. 93, 355; PEKCANITEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1020; TANRIVER, s. 608, 609; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 289; BUDAK/KARAASLAN, s. 148; YILMAZ, s. 2471; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 295; ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 332; EROĞLU, s. 234; ERCAN ÖZLER, s. 322. “... Belirsiz alacak davasının getirdiği en önemli etkin koruma, usul ekonomisi ve hak arama özgürlüğüne hizmet etmesi yanında, davacının yüksek yargılama giderlerine katlanma ve dava konusu hakkın zamanaşımına uğrama riskini azaltmasıdır.” (Yar. HGK, E.2016/22-43, K.2019/882, 17.09.2019, (İçtihat Bülteni).

<sup>24</sup> PEKCANITEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1014; AKİL, s. 307; TANRIVER, s. 594; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 289; BUDAK/KARAASLAN, s. 147. “... kısmi davada, dava edilen alacak miktarı için dava tarihinden, ıslah yolu ile davaya dâhil olunan kısım için ise ıslah tarihinden itibaren faiz işleyecektir.” (Yar. HGK, E.2016/7-1107, K.2020/16, 14.01.2020, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>25</sup> RG. 27.09.2019, S. 30901.

<sup>26</sup> SİMİL, s. 346; PEKCANITEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1021; TANRIVER, s. 609; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 289; YILMAZ, s. 2471; EROĞLU, s. 235, 236; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 296. “... belirsiz alacak davasında, davalı daha önceden temerrüde düşürülmediyse faiz başlangıcı alacağın tamamı için dava tarihi iken ...” (Yar. HGK, E.2016/7-1107, K.2020/16, 14.01.2020, (UYAP Bilişim Sistemi).

önce temerrüde düşürülmemiş ise faiz, kural olarak, alacağın tamamı için davanın açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>27</sup>.

### **3. İslah Bakımından**

Kısmî davada, talep sonucunu artırmak isteyen davacı, HMK m. 141/2 hükmü gereği bunu ya davalının açık rızası ya da ıslah ile yapabilir<sup>28</sup>. Kısmî davada, talep sonucunu artıran davacı, HMK m. 176/2 hükmü gereği, bir daha talep sonucunu artırmak için ıslah hakkını kullanamaz.

Belirsiz alacak davası açan alacaklı, HMK m. 107/2 hükmü gereği, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir. Belirsiz alacak davası açan alacaklının, artırmadan sonra yapacağı ikinci talep artırımını, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşılaşacaktır<sup>29</sup>. Dolayısıyla, talebini HMK m. 107/2 hükmü gereğince artıran davacı, ıslah ile talebini bir kez daha artırabilir<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> “... Davacı vekili, bilirkişi raporunun tebliğinden sonra 20.09.2012 tarihli dilekçesi ile alacakların belirlenebilir hâle geldiğini, raporda belirlenen miktarlara göre taleplerini arttırdıklarını belirtmiştir.

*Mahkemece davacı vekilinin 20.09.2012 tarihli dilekçesi ıslah dilekçesi olarak kabul edilerek, dilekçede dava konusu alacaklar için ayrıca faiz talep edilmediğinden, dava dilekçesinde talep edilen miktarlar yönünden temerrüt tarihinden itibaren faiz işletilmiş, ıslah edilen miktarlar yönünden ise faiz işletilmemesine karar verilerek hüküm kurulmuştur.*

*Dava dilekçesinde ve 20.09.2012 tarihli dilekçede açıkça belirtildiği üzere fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil alacakları yönünden dava belirsiz alacak davası olarak açılmıştır. Dava belirsiz alacak davası olduğuna göre, davanın açılması ile doğacak olan maddi ve şekli hukuka ilişkin sonuçların (zamanaşımının kesilmesi ve diğerleri) bu dava için de geçerli olması gerekeceğinden, mahkemece 20.09.2012 tarihli dilekçenin ıslah dilekçesi kabul edilerek, bu dilekçede faiz talep edilmediğinden yalnızca dava dilekçesi ile talep edilen alacak miktarlarına temerrüt tarihinden faiz işletilip, arttırılan miktarlara faiz işletilmemesinin hatalı olduğuna dair bozma kararı yerindedir.” (Yar. HGK, E.2016/22-1162, K.2018/1397, 02.10.2018, (İçtihat Bülteni).*

<sup>28</sup> KURU/AYDIN, s. 154; YILMAZ, s. 2471; KARAASLAN, s. 216; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 289; EROĞLU, s. 234.

<sup>29</sup> “... HMK'nun 107. maddesinin gerekçesine göre, alacak belirli hale geldiğinde artırım, sadece bir kez yapılabilir. İkinci kez artırım yapılmak istenirse, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşı karşıya kalınır.” (Yar. 9. HD, E.2016/13162, K.2020/1860, 11.02.2020, (UYAP Bilişim Sistemi).

“... Dairemizin 18/01/2016 tarih ve 2015/3958 Esas - 2016/146 Karar sayılı emsal nitelikteki kararında da işaret olunduğu üzere “Belirsiz alacak davasında yapılan yargılama sırasında alacağın miktarının tam olarak belirlenmesi ile davacı talebini iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın arttırabilecektir. Alacağın belirli hale gelmesi sonrasında ortaya çıkan yeni talep eksik belirtilirse davacının bundan sonraki yeni arttırma isteği iddianın genişletilmesi yasağıyla karşılaşacaktır. Çünkü böylesi bir durumda alacağın belirsizliği değil davacının kendi ihmalden kaynaklanan bir durum söz konusudur.” (Yar. 21. HD, E.2018/5344, K.2019/3642, 13.05.2019, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>30</sup> PEKCANITEZ, s. 56; KURU/AYDIN, s. 155, 156; ÖZEKES, Muhammet/ BULUT, Uğur, “Kısmî ve Belirsiz Alacak Taleplerinde İslah Sorunu (Bir HGK Kararı Işığında İnceleme)”, **MİHDER**, C. 13, S. 38, Y. 2017, s. 710. Geçici değer, davacının talep sonucunun rakamsal değeri olarak kesinleştikten sonra, davalı, davacının bu değeri tekrar arttırmasına açıkça izin vermezse, davacı talep sonucunu ıslah yoluyla arttırabilir.” (SİMİL, s. 296). “... Somut olayda, dava tarihi

#### 4. Teminat Bakımından

Kısmî davada, talep sonucunu artırmak isteyen davacı, HMK m. 178/1 hükmü gereği, ıslah sebebiyle geçersiz hâle gelen işlemler için yapılan yargılama giderleri<sup>31</sup> ile karşı tarafın uğradığı ve uğrayabileceği zararları karşılamak üzere hâkimin takdir edeceği teminatı, bir hafta içinde, mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Aksi halde, HMK m. 178/1 hükmü gereği, ıslah yapılmamış sayılır.

Belirsiz alacak davası açısından ise talep sonucunu artırmak isteyen davacı, HMK m. 107/2 hükmü gereği, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın (dolayısı ile HMK m. 178/1 hükmündeki teminatı yatırmasına gerek kalmaksızın) davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir<sup>32</sup>.

#### C. Dava Konusu Bakımından

Çalışmamızda daha önce de belirttiğimiz üzere<sup>33</sup>, belirsiz alacak davasının hukukî niteliği ortaya konmuş ise de, hem kısmî dava hem de belirsiz alacak davası açısından yargılama sırasında artırılmayan bakiye alacağın akıbeti hakkında derdestlik ve kesin hüküm özelinde açıklama yapabilmek için ayrıca her iki dava türünü ilgilendiren dava konusu<sup>34</sup> kavramını ortaya koymak gereklidir. Zira, dava açmaya karar veren davacı, talebi ile dava konusunu

---

*12.11.2012 olup, dava tarihinde yürürlükte olan HMK'ya göre belirsiz alacak davası olarak açılmıştır. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda zarar toplamı 68.815,51 TL olarak belirlenmiştir. Davacı vekili, 05.12.2013 tarihinde vermiş olduğu dilekçe ile alacağını fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 40.500,00 TL olarak ıslah etmiştir. Daha sonra ıslah edilmeyen 28.815,51 TL için tamamlama harcını 06.03.2015 tarihinde yatırmıştır. Belirsiz alacak davası olarak açılan davada harcıyı yatırarak bedel artırma talebinde bulunulabilir. Ayrıca bundan bağımsız olarak HMK'nun 176. maddesi gereği ıslah yapmak hakkı da mevcuttur. Mahkemece davacının ıslah dilekçesi ve bedel artırım talebi esas alınarak bir karar vermek gerekirken sadece ıslah dilekçesindeki talep gibi karar verilmesi ve bedel artırım talebinin dikkate alınmaması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” (Yar. 17. HD, E.2016/19844, K.2019/8286, 19.09.2019, (İçtihat Bülteni).*

<sup>31</sup> Bu konudaki bir çalışma için bkz. KARAMERCAN, Fatih, “Islah Kurumunda Yargılama Giderine Vekalet Ücretinin Dâhil Edilip Edilemeyeceği ve Yargıtay'ın Tutumu”, **İBD**, C. 87, S. 2013/3, s. 182-189.

<sup>32</sup> SİMİL, s. 298; KURU/AYDIN, s. 156; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 289.

<sup>33</sup> Bkz. yuk. I.

<sup>34</sup> Dava konusu, basit anlamıyla davanın konusunun neye ilişkin olduğunun özetini hem de maddî anlamda kesin hüküm, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile ıslah gibi talepler bakımından kullanılan usulî talebi ifade eder. (BÖRÜ, s. 213; BULUT, Uğur, **Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 303; ERCAN ÖZLER, s. 57). Yine aynı şekilde, doktrinde TANRIVER tarafından yapılan dava konusu kavramı kullanılarak yapılan derdestlik tanımı da şu şekildedir. “*Dava konusu kılınan hukukî uyumsuzluğun, davanın açılmasından sona ermesine kadar (ilke olarak, verilen hükmün şekli anlamda kesinleşmesine kadar) geçen zaman kesitinde, içerisinde bulunduğu usul hukukuna ilişkin bir durumdur.*” (TANRIVER, Süha, **Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 5).

belirlemektedir. Dava konusunu belirlerken, kesin hükmün de sınırlarını çizmektedir<sup>35</sup>.

Basit bir yaklaşımla, davanın konusu, davanın neye ilişkin olduğu (yani bir hakkın tanıma ve tespiti, olumlu veyahut olumsuz bir edimde bulunulması) ile ilgili mahkemeden hüküm altına alınması istenilen ve talep sonucuna göre belirlenecek husustur<sup>36</sup>. Başka bir ifadeyle, mahkemenin davayı kabul etmesi halinde kararında neyi hüküm altına alacağı hususunun açıkça beyan edilmesi durumudur<sup>37</sup>.

Kısmî dava ile bakiye alacağı ilişkin ek davanın, dava konularının ayrı olması açısından bir tereddüt söz konusu değildir<sup>38</sup>. Kısmî dava açısından derdestlik, sadece dava konusu yapılan kısım bakımından, aynı vakıa, aynı taraflar ve aynı talebe binaen bir dava açılacak olursa söz konusu olur. Bakiye kısım bakımından açılacak olan davanın tarafları ve dava sebebi aynı olmakla birlikte, dava konusu farklı olduğundan bir derdestlik durumu da doğmayacaktır<sup>39</sup>. Aynı durum kesin hüküm bakımından da söz konusudur<sup>40</sup>.

Belirsiz alacak davası, davanın açıldığı anda talep edilecek alacağın miktarının veya değerinin, davacı tarafından rakamsal olarak belirlenmesinin beklenemeyeceği veya imkânsız olması durumlarında, davacıya talebinin miktarını veya değerini yargılama sırasında karşı tarafın veya üçüncü kişinin vereceği bilgiler veya delillerin incelenmesinden sonra, hâkimin vereceği süre içinde belirleme imkânı tanıyan tam bir eda davası olarak tanımlandığından, belirsiz alacak davası açısından, kural olarak<sup>41</sup>, derdestlik<sup>42</sup>, davanın açıldığı andan itibaren sadece dilekçede belirtilen asgari tutarla sınırlı değil, belirsiz olan kısmın dâhil olduğu tamamı bakımından sonuç doğurur. Başka bir ifadeyle, dava konusu, geçici talep sonucu ve belirsiz olan kısım bakımından değerlendirilecek ve taraflar, dava sebebi ve dava konusu (yani alacağın dilekçede belirtilen kısmı

---

<sup>35</sup> ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden, **Kesin Hükmün Objektif Sınırları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 229.

<sup>36</sup> BÖRÜ, s. 234; TANRIVER, s. 642; YILMAZ, s. 2724; BULUT, s. 304; ERCAN ÖZLER, s. 4, 5.

<sup>37</sup> ERCAN ÖZLER, s. 58.

<sup>38</sup> AKİL, s. 128; YILMAZ, s. 2502; TANRIVER, s. 594; ERCAN ÖZLER, s. 423.

<sup>39</sup> TANRIVER, **Derdestlik**, s. 85; PEKCANİTEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1021; AKİL, s. 199, 200; ERCAN ÖZLER, s. 344.

<sup>40</sup> ERCAN ÖZLER, s. 344.

<sup>41</sup> Belirsiz alacak davasının açılması, değişiklik davasının açılmasına engel teşkil etmediği için, TBK m. 75 hükmüne göre zarar gören hükmün kesinleşmesinden sonra iki yıl içinde mahkemeden tazminat hükmünün değiştirilmesini isteyebilir. Değişiklik davası, hükmün verilmesinden sonra söz konusu olacağı için, değişiklik davasının söz konusu olabileceği durumlarda da, belirsiz alacak davasının açılması mümkündür. (SİMİL, s. 370; PEKCANİTEZ, s. 43; KIRTILOĞLU, S. Serhat, **Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 133).

<sup>42</sup> Aynı düşünce tarzı, kesin hüküm için de uygulanabilir.

ve belirsiz kısmı dâhil olarak tamamı) bakımından bir ayniyet değerlendirmesine tabi tutulacaktır<sup>43</sup>.

Görüldüğü üzere, kısmî davayı ve belirsiz alacak davasını, dava konusu bakımından bir ayrıma tabi tuttuğumuzda, derdestlik ve kesin hüküm açısından farklı sonuçlara varılmaktadır.

#### **D. Artırılmayan Bakiye Alacak Bakımından**

Hukukî korunmanın şeklini tarafın belirleme hakkı bulunmaktadır<sup>44</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26. maddesinin 1. fıkrası, "*Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir.*" hükmünü içermektedir. Bu yasağın ya da bağıllığın sebebini de tasarruf ilkesinde görmek gerekmektedir. Bu yasağı, kısmî davada talep edilmeyen diğer alacak kalemine ilişkin mahkemenin hüküm veremeyeceği şeklinde anlamak mümkündür<sup>45</sup>. Kısmî dava açısından dava konusunun artırılması ıslah işlemi ile mümkün olmakla birlikte bu işlem kısmen ıslah olarak nitelendirilmektedir<sup>46</sup>. Kısmî dava açan alacaklı, yargılama sırasında isterse kısmen ıslah yolu ile dava konusunu artırabilir, isterse de (zamanaşımını ve hak düşürücü süreyi göze alarak) ek dava açarak bakiye alacağını talep edebilir. Hem uygulamada hem de doktrinde bu konuda bir ayrılık yoktur.

Belirsiz alacak davası açan alacaklının, davanın başında belirlemiş olduğu geçici talep sonucunun yargılama aşamasında belirli hale gelmesine rağmen talebini artırmaması durumunda ne türlü bir karar verileceği konusunda, uygulamada farklılıklar mevcuttur. Bu neden ile alt başlıklar halinde kararların sunulması gerekmektedir.

#### **1. Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi Kararları**

Belirsiz alacak davası açısından karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırmaması durumunda, belirsiz alacak davası açan alacaklının, yargılamanın aşamasına göre aynı dava konusuna ilişkin açılacak ikinci bir davanın (kısmî davaya özgü nitelendirebilecek ek davanın) derdestlik ve kesin hüküm gibi olumsuz bir dava şartı ile karşılaşabileceği veyahut da aynı dava konusuna ilişkin açılacak ikinci bir davanın (kısmî davaya özgü nitelendirebilecek ek davanın) açılabilmesine ilişkin çalışmamızın hazırlandığı tarih itibarı ve tespit edebildiğimiz kadarı ile birkaç Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi Kararı bulunmaktadır.

<sup>43</sup> SİMİL, s. 302; TANRIVER, s. 612, 613; BUDAK/KARAASLAN, s. 151; ERCAN ÖZLER, s. 321.

<sup>44</sup> MERİÇ, s. 114.

<sup>45</sup> MERİÇ, s. 113.

<sup>46</sup> YILMAZ, Ejder, *Islah*, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 76.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi<sup>47</sup> ve Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi<sup>48</sup>, HMK m. 362/1-a) hükmü gereği, belirsiz alacak davası açan alacaklının, yargılamanın aşamasına göre aynı dava konusuna ilişkin açılacak ikinci bir davanın (kısmî davaya özgü nitelendirebilecek ek davanın) derdestlik ve kesin hüküm gibi olumsuz bir dava şartı ile karşılaşmayacağı yönünde (miktar itibarı ile temyiz kanun yolu kapalı olmak üzere ve kesin olarak) karar vermiştir.

Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi<sup>49</sup> ise HMK m. 362/1-a) hükmü gereği, belirsiz alacak davası açan alacaklının, yargılamanın aşamasına

---

<sup>47</sup> "... İzmir 4. ATM dosyasında hasar bedeline ilişkin belirsiz alacak davası açıldığı, 28.01.2016 tarihinde davalının davayı kabul beyanına karşı davacı bu beyanı kabul etmeyerek dosyanın bilirkişiye gönderilmesini talep etmesine rağmen mahkemece kabul beyanı esas alınarak karar verildiği ve verilen kararın miktar itibarıyla kesin olduğu, davalı sigorta şirketince bu dosya ve dava harici olarak toplam 5.262,00 TL'nin davacıya ödendiği, davacının iddiasına göre bakiye 3.079,00 TL tazminat alacağıın olduğu iddia edilerek dava ikame edildiği, yapılan yargılama neticesinde davanın, davalının kabulü nedeniyle ile kabulüne, 500,00 TL hasar bedelinin 26.05.2015 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Eldeki davada da az önce açıklanan İzmir 4. ATM'nin kararının kesinleştiği gözetilerek derdestlik nedeni ile dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. Oysa ki ilk açılan dava belirsiz alacak davası olup ikinci açılan dava ek dava niteliği taşıdığından derdestlikten söz edilemez. Mahkemece hatalı değerlendirme ile derdestlik nedeni ile dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmesi yerinde görülmemiştir." (İzmir BAM 11. HD, E.2017/488, K.2017/344, 10.04.2017, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>48</sup> "... Somut olayda, kesinleşen ve davacının fazlaya ilişkin haklarının belirlendiği davada davanın belirsiz alacak davası veya kısmi dava olarak açılmasının iş bu davaya etkisi bulunmamaktadır.

Söz konusu kesinleşen dava dosyasında davanın belirsiz alacak davası olarak açılması halinde sadece o dosya yönünden yargılama sırasında alacağın zamanaşımına uğradığından söz edilemeyeceğinden, davacının talep artırım dilekçesi üzerine zamanaşımı defii ileri sürülemez. Davacı taraf söz konusu dosyada alacakları konusunda tamamlama dilekçesi ve ıslah dilekçesi sunmamış olup ek dava ile alacağını talep etmiştir.

Davacının 27/11/2009-30/06/2012 tarihleri arasındaki çalışmalarına ilişkin olarak iş bu dava tarihinden geriye 10/11/2012 tarihinden önceki doğmuş bulunan ücret niteliğindeki fazla çalışma alacağının zamanaşımına uğradığı anlaşılmalı, davalı tarafın zamanaşımı defii dikkate alınarak yerel mahkemece davanın reddine karar verilmesi isabetlidir." (Bursa BAM 3. HD, E.2018/3314, K.2019/477, 21.02.2019, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>49</sup> "... Somut olayda; davacı vekili dava dilekçesi ile 14/09/2007 tarihinde kurulan S.S. M.K. Konut Yapı Kooperatifinde kuruluş tarihinden 01/07/2010 tarihine kadar denetim kurulu üyeliği ve başkanlığı görevini ifa ettiğini, kooperatif kanunu ve ana sözleşmesine göre denetim kurulu üyelerine huzur hakkı ödemeye karar verdiğini, davacının hak etmiş olduğu 24.000,00 TL huzur hakkı ücreti ile belirlemedikleri diğer huzur hakkı ücretlerinin davalı kooperatiften tahsiline karar verilmesi talebi ile 24/12/2011 tarihinde Ordu 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde belirsiz alacak davası açtıklarını, mahkemece davanın kabulüne karar verildiğini, bilirkişi raporunda davacının davalı kooperatiften toplam 64.840,05 TL huzur hakkı alacağı olduğunun tespit edildiğini, ıslah talebinde bulduklarını ancak mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verildiği ve 24.000,00 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine hükmedildiği, karara karşı temyiz yoluna başvurulduğu, bozma kararı uyarınca yapılan yargılama sonucunda 24.000,00 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verildiği, Ordu 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2016/505 esas sayılı dosyasına ek mahiyette olan bu davanın ilk dava ile birleştirilmesine bakiye 42.840,05 TL'nin de ilk dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile

göre aynı dava konusuna ilişkin açılacak ikinci bir davanın (kısmî davaya özgü nitelendirebilecek ek davanın) derdestlik ve kesin hüküm gibi olumsuz bir dava şartı ile karşılaşabileceği yönünde (miktar itibarı ile temyiz kanun yolu kapalı olmak üzere ve kesin olarak) karar vermiştir.

## **2. Yargıtay Hukuk Dairesi Kararları**

Yargıtay Hukuk Dairelerinin de konuya ilişkin birbirinden farklı karar ve görüşleri bulunmaktadır. Çalışmamızın hazırlandığı tarih itibarı ve tespit edebildiğimiz kadarı ile birkaç Yargıtay Hukuk Dairesi Kararı ise şu şekildedir.

### **a. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararları**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 7251 sayılı ve 22.07.2020 tarihli HMK değişikliğinden önce vermiş olduğu bir kararına göre, "... a) *Davanın tahsil amaçlı belirsiz alacak davası olarak açılması halinde bir ek dava veya aynı davada dava konusunun ıslah yolu ile artırılması sözkonusu olmaz.*"<sup>50</sup>

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 7251 sayılı ve 22.07.2020 tarihli HMK değişikliğinden sonra vermiş olduğu bir kararına göre, "...7251 sayılı Kanun ile 107. maddede yapılan değişiklikler Dairemizce şartları mevcut olan belirsiz alacak davasında yapılan yargılama ile alacağın belirli hale gelmesi durumunda hâkimin geçici talep sonucunu kesin talep sonucuna dönüştürmesi için alacaklıya süre vermesi gerektiği yönünde değerlendirilmiştir.

*Belirsiz alacak davası açan davacı, talep artırım yahut ıslah suretiyle neticeyi talebini artırabilir. Ayrıca belirsiz alacak davası türünde dava açılması durumunda alacağın tamamı dava konusu edildiğinden aynı dava konusu ile ilgili ek dava açılması halinde derdestlik dava şartı söz konusu olur.*"<sup>51</sup>

### **b. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Kararı**

Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi<sup>52</sup>, belirsiz alacak davası açan alacaklının, yargılamanın aşamasına göre aynı dava konusuna ilişkin

---

*birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, mahkemece yapılan yargılama sonucunda Ordu 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/474 esas 2014/84 karar sayılı dosya incelenmesinde davanın taraflarının ve davanın konusunun aynı olduğu, Ordu 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin kararının kesinleşmediği, bu nedenle mahkemede açılan davanın derdestlik nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiği gerekçeleriyle davacının davasının derdestlik nedeniyle usulden reddine karar verildiği, bu kararın davacı tarafından istinafa taşındığı görülmüş olup, mahkeme kararı ve gerekçesinin usul ve yasaya uygun olduğu anlaşıldığından davacının istinaf talebinin reddine karar vermek gerekmiştir."* (Samsun BAM 3. HD, E.2018/1642, K.2019/63, 18.01.2019, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>50</sup> Yar. 9. HD, E.2015/8867, K.2016/6195, 16.03.2016, (UYAP Bilişim Sistemi). Aynı yönde kararlar için bkz. Yar. 9. HD, E.2014/16541, K.2015/30581, 28.10.2015 ve Yar. 9. HD, E.2014/16466, K.2015/30580, 28.10.2015, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>51</sup> Y. 9. HD, E.2021/5273, K.2021/11010, 29.06.2021, (İçtihat Bülteni). Aynı yönde kararlar için bkz. Yar. 9. HD, E.2021/5274, K.2021/11009, 29.06.2021 ve Yar. 9. HD, E.2021/5275, K.2021/11008, 29.06.2021, (İçtihat Bülteni).

<sup>52</sup> "... Belirsiz alacak ve tespit davasının, kısmi eda hükmünün kesin hüküm teşkil ettiğinden şüphe yoktur. Tespit bölümünde ise tespit davası açılması halinde kesin hüküm teşkil ettiği açık olmakla



açılacak ikinci bir davanın (kısmî davaya özgü nitelendirebilecek ek davanın) derdestlik ve kesin hüküm gibi olumsuz bir dava şartı ile karşılaşmayacağı yönünde karar vermiştir. Söz konusu karar, temyiz kanun yolu açık olarak verildiği için Yargıtay incelemesinden geçmiştir. Nihayetinde ise söz konusu karar, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi<sup>53</sup> tarafından onanmıştır.

### **c. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Kararı**

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre, “... Somut olayda, maddi tazminat alacağına bilindir hale geldiği 07/12/2016 tarihli hesap raporunun akabinde davacı vekilinin 08/12/2016 tarihli talep artırımı dilekçesiyle maddi tazminat istemini neticeten 51.663,88 TL'ye arttırdığı dikkate alınarak, davacının yeniden talep artırımında bulunamayacağı ve kısmi dava niteliğinde olmayan davada ek davasının da dinlenemeyeceği gözetilerek birleşen davadaki istemin reddine karar vermek gerekirken birleşen davadaki talep de dikkate alınmak suretiyle maddi tazminat isteminin birleşen dava yönünden de kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.

*Bu açıklamalara göre mahkemece yapılacak iş birleşen davadaki istem yönünden red kararı vermektir ibarettir.*

*O halde davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilerek temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının yukarıda yazılı sebepten dolayı kaldırılmasına, İlk Derece Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermek gerekmektedir.”<sup>54</sup>*

---

*birlikte ek dava niteliğindeki iş bu yargılamaya konu eda davasında davanın niteliği itibarıyla farklılık arz etmesi nedeniyle kesin hüküm teşkil etmeyeceği açık olup davalı vekilinin kesin hüküm nedeniyle davanın reddine ilişkin istinaf nedenleri yerinde görülmemiştir.” (Sakarya BAM 9. HD, E.2019/600, K.2019/1030, 19.06.2019, UYAP Bilişim Sistemi).*

<sup>53</sup> “Dava, rücu alacak istemine ilişkindir.

*İlk Derece Mahkemesince, hükümde belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne dair verilen karara karşı taraf vekilleri tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine, Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesince istinaf başvurusunun esasen reddine karar verilmiştir.*

*Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesince verilen kararın, taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Nuray Gül tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu. Temyiz konusu hükme ilişkin dava, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Geçici 3. maddesi delaletiyle 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hâllerden hiçbirine uymadığından, temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.*

*Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayanağı maddî delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA,” (Yar. 10. HD, E.2019/4819, K.2020/2469, 02.06.2020, UYAP Bilişim Sistemi).*

<sup>54</sup> Yar. 21. HD, E.2018/5344, K.2019/3642, 13.05.2019, (UYAP Bilişim Sistemi).

### 3. Doktrindeki Görüşler

Belirsiz alacak davası açan alacaklının, davanın başında belirlemiş olduğu geçici talep sonucunun yargılama aşamasında belirli hale gelmesine rağmen talebini artırmaması durumunda ne gibi bir işlem yapılacağı veya aynı dava konusuna ilişkin açılacak ikinci bir davanın (kısmî davaya özgü nitelendirilecek ek davanın) açılması durumunda ne tür bir karar verileceğine ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrindeki birinci görüş<sup>55</sup> göre, bu durumda, mahkeme, bir ara kararı ile davaya başlangıçta belirlenen miktar üzerinden kısmî dava olarak devam edileceğini belirtip yargılamayı sürdürmelidir. Eğer davacı, daha sonra talebini artırmak isterse, bu ancak karşı tarafın açık rızası veya ıslah yoluyla mümkün olmalıdır.

Doktrindeki ikinci görüş<sup>56</sup> göre, bu durumda, mahkeme ilk talep edilen geçici talep sonucuna göre karar verebilecektir.

Doktrindeki üçüncü görüş<sup>57</sup> böyle bir durumda, ikili bir ayrıma gitmektedir. Davacı, tercihini belirsiz alacak davası açma yönünde kullandıktan sonra, aynı dava sebebine dayanarak kısmî dava açamaz. Zira, görülmekte olan belirsiz alacak davası her iki talep bakımından da derdestlik itirazının ileri sürülmesine neden olur. Buna karşılık, belirsiz alacak davasında alacağın miktarının belirlenebilir olduğu andan itibaren, davacı ek bir dava açarsa, bu defa talebi derdestlikten değil hukukî yarar yokluğundan reddedilmelidir. Zira, davacının aynı sonuca dava açmaktan başka çok daha kolay ulaşabileceği bir imkân vardır. Bu çerçevede, davacı ek dava açıp davaların birleştirilmesini istemek yerine, görülmekte olan belirsiz alacak davasında bir dilekçe ile talebin artırılmasını isteyebilir<sup>58</sup>.

Doktrindeki dördüncü görüş<sup>59</sup> göre, bu durumda, HMK m. 107/2 hükmü lafzındaki “artırabilir” demek suretiyle davacıya bir seçimlik hak tanınmıştır. Ayrıca, artırılacak miktar açısından mahkeme harcını temin edememesinden dolayı davacı tarafın alacağının kalanından mahrum bırakılması, Anayasa’nın hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. maddesine ve AİHS’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırıdır.

<sup>55</sup> ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 338, 339.

<sup>56</sup> PEKCANITEZ, **Pekcantez Usûl**, s. 1044. İsviçre ve Alman hukukunda belirsiz alacak davası ile ilgili yazılan monografik eserlerde de, böyle bir durumda, aynı görüş savunulmaktadır. Bu görüşler için bkz. BAUMANN WEY, s. 258; KURTOĞLU, s. 226, 227.

<sup>57</sup> ERMENEK, İbrahim, **Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 311.

<sup>58</sup> ERMENEK, s. 311, 312.

<sup>59</sup> EROĞLU, s. 238, 239.

Doktrindeki beşinci görüşe<sup>60</sup> göre, hükümde davanın dava dilekçesindeki miktar için görülüp karara bağlanacağı düzenlendiğinden fazla kısmın dava edilmiş olduğu kabul edilmediği gibi, reddedilen bir fazla kesim de olmayacağından fazla kısmın daha sonra dava edilebileceği kabul edilmeli ancak belirlenebilir hale geldiği bu davada sabit olduğundan yeni bir belirsiz alacak davası açılmasında hukukî yarar olmadığı, tam veya kısmî eda davası açılacağı kabul edilmelidir.

Doktrindeki katıldığımız altıncı görüşe<sup>61</sup> göre ise bu durumda, yargılama devam ederken aynı dava konusuna ilişkin açılacak ikinci bir davanın (kısmî davaya özgü nitelendirilecek ek davanın) açılması durumunda derdestlik, açılmış bulunan belirsiz alacak davası niteliğindeki ilk davanın kesinleşmesi durumunda ise kesin hüküm engeli ile karşılaşılması gerekir.

#### **4. Doktrindeki Görüşlerin Değerlendirilmesi**

Doktrindeki birinci görüş, mahkemenin, bir ara kararı ile davaya başlangıçta belirlenen miktar üzerinden kısmî dava olarak devam edileceğini belirtip yargılamayı sürdürmesi gerektiğini savunmaktadır. Çalışmamızda daha önce de doktrindeki görüşe<sup>62</sup> dayanarak ifade ettiğimiz üzere<sup>63</sup>, dava açmaya karar veren davacı, talebi ile dava konusunu belirlemektedir. Dava konusunu belirlerken, kesin hükmün de sınırlarını çizmektedir. Tasarruf ilkesine göre maddî hukuktan kaynaklanan talep üzerindeki taraf hâkimiyeti yargılamada da devam eder<sup>64</sup>. Ayrıca, hukukî korumanın şeklini tarafın belirleme hakkı bulunmaktadır. Hâkim de, davacı tarafa bu hususta davasını değiştirmesi gerektiği şeklinde ikazda bulunamamalıdır<sup>65</sup>. Aksinin kabulü, hem hukukî yarar kavramına usûl ekonomisi kılıfını biçmek hem de hâkimin davanın temelinde değişikliğe sebep olacak tarzda davayı aydınlatma yetkisini kullanacağını kabul etmek anlamına gelmektedir<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> GÖZÜTOK, Zeki/ ALBAYRAK, Adem, **Alfabetik Medeni Usul El Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 171, 172. Doktrindeki beşinci görüşe çok yakın diğer bir görüşe göre, hâkimin vereceği iki haftalık kesin süre içinde davacı talebini artırmazsa dava, açılan kısım üzerinden kısmî dava olarak çözümlenir. (AYAN, Serkan, **Zamanaşımın Durması ve Zamanaşımın Kesilmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 98, 250). Yazar, belirsiz alacak davasını ele alırken “belirsiz eda (alacak) davası” şeklinde bir başlık açmasına rağmen böyle bir sonuca varması kanımızca, kendi içinde çelişkiye düştüğünün bir göstergesidir.

<sup>61</sup> PEKCANITEZ, s. 66; SİMİL, s. 112, 299, 300; AKİL, s. 202; KIRTILOĞLU, s. 129; TANRIVER, s. 612, 613; İYİLİKLİ, s. 608; BAHADIR, s. 155, 156; ERCAN ÖZLER, s. 427. İsviçre ve Alman hukukunda belirsiz alacak davası ile ilgili yazılan monografik eserlerde de, aynı görüş savunulmaktadır. Bu görüşler için bkz. GUT, s. 210-212; KURTOĞLU, s. 233, 272, 273, 322, 323, 301.

<sup>62</sup> ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 229.

<sup>63</sup> Bkz. yuk. II., C.

<sup>64</sup> ÖZÇELİK, Volkan, **Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraplara Getirilme İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 109.

<sup>65</sup> MERİÇ, s. 114. Örneğin, taleple bağlılık ilkesinin fazlaya hüküm verememe alt ilkesi, menfi tespit davası açıldığında edaya hüküm verilememesini içermektedir. (MERİÇ, s. 114).

<sup>66</sup> MERİÇ, s. 114.

Doktrindeki ikinci görüş, 7251 sayılı ve 22.07.2020 tarihli HMK değişikliğinden önce ileri sürülmesine rağmen, mahkemenin ilk talep edilen geçici talep sonucuna göre karar verebileceğini savunduğundan, ilgili HMK değişikliğine uygun olduğu görülmektedir.

Doktrindeki üçüncü görüşün de, 7251 sayılı ve 22.07.2020 tarihli HMK değişikliğinden önce ileri sürülmesine rağmen yaptığı ikili ayırmadan birinci ayırımın doktrindeki katıldığımız altıncı görüşe, ikinci ayırımın ise sonuç olarak, ilgili HMK değişikliğine uygun olduğu görülmektedir.

Doktrindeki dördüncü görüş, 7251 sayılı ve 22.07.2020 tarihli HMK değişikliğinden önce ileri sürülmüştür. Doktrindeki dördüncü görüş, HMK m. 107/2 hükmü lafzındaki “artırabilir” demek suretiyle davacıya bir seçimlik hak tanıdığını, ayrıca, artırılacak miktar açısından mahkeme harcını temin edememesinden dolayı davacı tarafın alacağının kalanından mahrum bırakılmasının, Anayasa’nın hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. maddesine ve AİHS’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı olduğunu savunmaktadır. Kanımızca, lafzî yorumla bağlı kalan bu görüşü destekler şekilde bir kanun hükmü, kanun yazım tekniği açısından mümkün değildir. Kaldı ki, HMK m. 107/2 hükmünde yer alan “artırabilir” ifadesi, 7251 sayılı ve 22.07.2020 tarihli<sup>67</sup> HMK değişikliğinde<sup>68</sup> yerini “belirleyebilir” ifadesine bırakmış olup ilgili HMK değişikliği, belirsiz alacak davası açan davacıya ilgili HMK değişikliğinden önce olduğu gibi bir tercih hakkı sunmaktadır. Ayrıca, HMK m. 24/2 hükmüne göre, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. Kesin talep sonucunu açıklamayan davacının, aynı dava konusuna ilişkin açılacak ikinci bir dava (kısmî dava olarak nitelendirilebilecek ek davanın) açamaması davacı tarafın sorumluluğundadır. Doktrindeki bu görüşe<sup>69</sup>, çalışmamızda daha önce de belirttiğimiz üzere<sup>70</sup>, belirsiz alacak davası, davanın açıldığı anda talep edilecek alacağın miktarının veya değerinin, davacı tarafından rakamsal olarak belirlenmesinin beklenemeyeceği veya imkânsız olması durumlarında, davacıya talebinin miktarını veya değerini yargılama sırasında karşı tarafın veya üçüncü kişinin vereceği bilgiler veya delillerin incelenmesinden sonra, hâkimin vereceği süre içinde belirleme imkânı tanıyan tam bir eda davası olarak tanımlamasına rağmen davacının kendi iradesi ile davanın gidişatını belirlediği bu durumda,

<sup>67</sup> RG. 28.07.2020, S. 31199.

<sup>68</sup> (Değişiklikten önceki kanun metni: Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.)

(Değişiklikten sonraki kanun metni: Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda hakim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir. Aksi takdirde dava talep sonucunda belirtilen miktar veya değer üzerinden görülüp karara bağlanır.)

<sup>69</sup> EROĞLU, s. 228.

<sup>70</sup> Bkz. yuk. I.

mahkeme harcının yatırılmamasından hareketle adil yargılanma hakkına dayandırarak ulaştığı bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Kanımızca, doktrindeki beşinci görüş 7251 sayılı ve 22.07.2020 tarihli HMK değişikliğinden önce alacağın belirlenebilir hale gelmesine rağmen davacı tarafından daha sonra tam veya kısmî dava açılabilceğini ileri sürmesi nedeniyle, belirsiz alacak davasının hukukî niteliği itibariyle<sup>71</sup>, belirsiz alacak davasının mantığına uymamaktadır.

Görüldüğü üzere, belirsiz alacak davasına ilişkin yargılama devam ederken aynı dava konusuna ilişkin açılacak ikinci bir davanın (kısmî dava olarak nitelendirilebilecek ek davanın) açılması durumunda veyahut açılmış bulunan belirsiz alacak davası niteliğindeki ilk davanın kesinleşmesi durumunda ise aynı dava konusuna ilişkin açılacak ikinci bir davanın açılması durumunda, doktrindeki katıldığımız altıncı görüş haricinde, sadece doktrindeki üçüncü görüş kısmen de olsa çözüm arayışı içindedir.

## **5. Çözüm Önerimiz**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesine ilişkin Adalet Komisyonu Gerekçesine<sup>72</sup> göre ve kural olarak, belirsiz alacak davasında davacı, iddianın genişletme yasağına tabi olmaksızın talebini sadece bir kez belirleyebilir<sup>73</sup>. Ancak bu durum, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının zedelenebileceği ihtimalini akıllara getirmemelidir<sup>74</sup>. Kaldı ki, kısmî dava açan alacaklı, ilk derece yargılamasında HMK m. 176/2 hükmü gereği bir kez ıslah hakkını kullanmak zorunda olup, HMK m. 357/1 hükmü gereği istinaf yargılamasında ıslah hakkını kullanamayacaktır.

Zira, Yargıtay'ın bozma sebebi, davacının belirsiz alacak davasında, talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesini sağlayan bir husustaki eksiklik veya hatadan kaynaklanmışsa, bozma kararına uyan mahkeme, bu eksikliği gidereceği için, davacıya talebini tekrar belirleyebilmesi için süre vermelidir. Örneğin, talep sonucunun miktarını belirlemeye yönelik bilirkişi incelemesi yapılması

<sup>71</sup> Bkz. yuk. I. ve II., C.

<sup>72</sup> “Şüphesiz, alacağın belirli hâle gelmesini müteakip ortaya çıkan yeni talep eksik belirtilmişse, bundan sonra yeni bir artırma isteği iddianın genişletilmesi yasağıyla karşılaşacaktır.”

<sup>73</sup> SİMİL, s. 277, 288. “... HMK'nun 107. maddesinin gerekçesine göre, alacak belirli hale geldiğinde artırım, sadece bir kez yapılabilir. İkinci kez artırım yapılmak istenirse, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşı karşıya kalınır.” (Yar. 9. HD, E.2016/13162, K.2020/1860, 11.02.2020, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>74</sup> Doktrindeki bir görüşe göre, maddenin sevk amacına bakılır ise, alacağın miktar veya değerinin likit olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı ya da objektif olarak imkânsız olduğu hallerde bu davanın açılmasına cevaz verilmekte, hukukî yarar görülmektedir. Keza, burada yargılama giderlerinden tasarruf etmek şeklinde ekonomik yararı ön planda tutan ve dava dışı bıraktığı kısım için derdest davada sondaj faaliyeti yürüten kısmî davanın davacısı da yoktur. Usûlün yasakları ve sert teksif ilkesi ile belirsiz alacak davasının davacısını baş başa bırakmak, yargılamanın ne maddî hakikata ulaşmak ne de etkin hukukî korumayı sağlamak amacıyla bağdaşır. Şu halde, örneğin ek bilirkişi raporuyla alacak miktarı artmış ise, bu yeni miktar üzerinden de artırma talebine, ıslaha veya karşı tarafın rızasına gerek kalmaksızın imkân tanınması isabetli olurdu (KİRAZ, s. 17).

gerekirken, yapılmamış ise veya üçüncü kişilerdeki belgenin ibrazının sağlanması gerekirken, sağlanmamış ve hüküm bu nedenle bozulmuş ise bozma kararına uyulması durumunda davacı ancak söz konusu eksiklikler giderildikten sonra talebini belirleyebileceği için, davacıya tekrar süre verilmesi gerekmektedir<sup>75</sup>.

İstinaf yargılamasında vakıa incelemesi yapılabileceği, ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen deliller ile mücbir sebeple daha önce gösterilmesine olanak bulunmayan delillere istinafta dayanılabileceği, tanıkların yeniden dinlenebileceği, bilirkişiden yeni veya ek rapor alınabileceği dikkate alındığında<sup>76</sup>, hâkimin, davacıya, talebini belirlemesi için süre vermesi gerekir. Belirsiz alacak davasında, davacı talep sonucunu yargılama sırasında belirlemektedir, yoksa değiştirip, genişletmemektedir. Bu nedenle, hâkimin davacıya tekrar süre vermesi, istinaf yargılamasında davacının, talep sonucunu değiştirdiği veya genişlettiği anlamına gelmeyeceği için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinin 1. fıkrasına da aykırılık teşkil etmeyecektir<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> SİMİL, s. 289. “... Fazla çalışma ve hafta tatili alacaklarının belirsiz alacak davasına konu edilebilecek nitelikte oldukları ve somut davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı, ayrıca davacı vekilince 04.02.2019 tarihli talep arttırım dilekçesi ile anılan alacaklar yönünden miktar arttırımında bulunduğu anlaşılmaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107/2. maddesi gereğince yapılan talep arttırımının islah olarak nitelendirilip bozma sonrası islah yapılamayacağı gerekçesiyle dilekçenin dikkate alınmaması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (Yar. 22. HD, E.2019/4438, K.2019/12346, 30.05.2019, (UYAP Bilişim Sistemi)).

<sup>76</sup> Doktrindeki katılmadığımız bir görüşe göre, belirsiz alacak davasında (örneğin, dava konusunun artırılmasından sonra yeniden alınan bilirkişi raporunda alacağın daha yüksek çıkmasında olduğu üzere) şartların elvermesi halinde talep konusunun ikinci (ve hatta daha fazla) kez artırılabilmesi mümkündür. (YILMAZ, s. 2471). Oysa ki, belirsiz alacak davasında, davacı sadece bir kez talep sonucunun belirlenmesi için değerlendirme yapabileceği ve rakamsal olarak bunu belirleyebileceği için, her bilirkişi incelemesinden sonra talep sonucunu yeniden belirleyebilme imkânına sahip değildir. Belirsiz alacak davasında, davacı sadece bir kez talep sonucunun belirlenmesi için değerlendirme yapabileceği ve rakamsal olarak bunu belirleyebileceği için, her bilirkişi incelemesinden sonra talep sonucunu yeniden belirleyebilme imkânına sahip değildir. (PEKCANITEZ, s. 52; SİMİL, s. 283, 284).

<sup>77</sup> SİMİL, s. 290, 291; GÖZÜTOK/ALBAYRAK, s. 172. “... Antalya Bölge Adliye Mahkemesince alınan ek bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalının davacı şirkette uzun bir süre makine mühendisi olarak çalıştığı, taraflar arasında görülen Denizli 3. İş Mahkemesinin 2014/4.6 Esas sayılı dosyasında dinlenen tanık beyanlarına göre üretimi yapılan ekipmanların tasarımlarının davacı şirket temsilcisi Abdullah Ç. tarafından çizimlerin ise davalı Engin B. tarafından yapıldığı, davalının ürünlerin tasarım ve çizimlerini tek başına yaptığı şeklindeki savunmasının doğru olmadığı, davalının davacı şirkette yaptığı bu iş karşılığı ücret aldığı ve bu işlemleri davacı şirket adına yaptığı, çalıştığı süre zarfında yapılan üretim bilgi ve modellerini bilgisayarına yüklediği ve işten ayrılırken yanında götürdüğü, davalının davacı şirketten ayrıldıktan sonra üretimi yapılan ürünlerin teknik resimlerinin hazırlanması için hiç bir emek ve çaba sarf etmeden her hangi bir katkı sağlamadan, yeni bir iş yeri açarak davacıya ait tasarım ve üretimlerini direk kullanarak üretim ve akabinde satış yapması eyleminin 6102 sayılı TTK'nın 54 ve 55/1-c maddesi gereğince haksız rekabet oluşturduğu, davalının dönem içi hasılatın 2.052.932,80 TL, dönem kar/zararın 354.983,38 TL ve elde ettiği hasılatın 81.531,46 TL olduğu, davalının net karının ise 14.098,03 TL olduğu, 6100 sayılı HMK'nın 357/1 maddesi gereğince

Yargıtay'ın bozma sebebi, davacının belirsiz alacak davasında, talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesini sağlayan bir husustaki eksiklik veya hatadan kaynaklanmışsa (örneğin, talep sonucunun miktarını belirlemeye yönelik bilirkişi incelemesi yapılması gerekirken, yapılmamış ise) veya istinaf yargılaması sırasında bilirkişiden yeni veya ek rapor alınabileceği dikkate alındığında, hâkimin, davacıya, talebini belirlemesi için süre vermesi gerekir. Buna ilişkin uygulamada, uyuşmazlığın karara en yakın tarihli bilirkişi raporu ile tespit edilebileceğinden hareketle belirsiz alacak davası şeklinde açılacak tenkis<sup>78</sup>, adi ortaklığın tasfiyesi<sup>79</sup>, yasal mal rejiminin tasfiyesi<sup>80</sup>, ayrılma

---

*Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairelerinde davanın ıslahının istenemeyeceği belirtilmiş olmasına rağmen davanın 6100 sayılı HMK'nın 107 maddesi gereğince belirsiz alacak davası olarak açılması nedeniyle Bölge Adliye Mahkemesinde 6100 sayılı HMK'nın 107/2 maddesi gereğince talep artırma dilekçesinin sunulabileceği, dolayısıyla davacı vekilinin sunduğu 08/03/2018 tarihli dilekçesinin 6100 sayılı HMK'nın 107/2 maddesi gereğince talep artırma dilekçesi olarak kabul edilebileceği gerekçesi ile davacı vekilinin ilk derece mahkemesi kararına ilişkin istinaf başvurusunun esastan kabulüne, Denizli Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 06/10/2016 tarih ve 2014/1202 Esas, 2016/722 Karar sayılı kararının kaldırılmasına, davanın kısmen kabul kısmen reddine, 14.098,03 TL maddi tazminatın dava tarihi olan 15/09/2014 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ve fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir. Karar, davacı ve katılma yolu ile davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.*

*1- HMK'nın 6763 sayılı Kanununun 42. maddesi ile değişik 362/1-a maddesi hükmüne göre, Bölge Adliye Mahkemelerinin miktar veya değeri 40.000,00 TL'yi geçmeyen davalara ilişkin verdiği kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulamaz. Bu miktar, HMK'nın Ek 1. maddesi uyarınca, Bölge Adliye Mahkemesince verilen hüküm tarihi itibarıyla 41.530 TL'dir. Davada davalı aleyhine hükmedilen tazminat tutarı 14.098,03 TL olup yukarıda anılan madde hükmüne göre temyiz sınırının altında kaldığı anlaşılmaktadır. HMK'nın 366. maddesi delaletiyle kıyasen uygulanması gereken aynı kanununun 346/2. maddesi hükmü uyarınca, kesin olan kararların temyiz istemleri hakkında Bölge Adliye Mahkemesince bir karar verilmesi gerekmekte birlikte, Yargıtay tarafından da bu yolda karar verilebileceğinden, davacı vekilinin kesin olan karara yönelik temyiz isteminin reddine karar verilmesi gerekmiştir.*

*2- İlk Derece Mahkemesince verilen karara yönelik olarak davacı tarafından yapılan istinaf başvurusu üzerine HMK'nın 355 vd. maddeleri kapsamında yöntemince yapılan inceleme sonucunda Bölge Adliye Mahkemesince esastan verilen nihai kararda, dosya kapsamına göre saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kurallarına aykırı bir yön olmadığı gibi HMK'nın 369/1. ve 371. maddelerinin uygulanmasını gerektirici nedenlerin de bulunmamasına göre usul ve yasaya uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.” (Yar. 11. HD, E.2018/1989, K.2019/3491, 07.05.2019, (İçtihat Bülteni).*

<sup>78</sup> “...tenkis hesabının usulünce yapılması, sabit tenkis oranının belirlenmesi, dava konusu taşınmazların karar tarihindeki veya karar tarihine en yakın tarihteki rayice göre değerlerinin keşfen saptanması ve bu değerlerin sabit tenkis oranıyla çarpımından bulunacak naktin usuli kazanılmış haklar gözetilerek ödenmesine karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlışlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir.” (Yar. 1. HD, E.2019/106, K.2020/3915, 09.09.2020, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>79</sup> “... mahkemece; önceki bozma ilamında da belirtildiği üzere, öncelikle ortaklığın tasfiyesi için ortaklığın sona erdiği tarih itibarıyla, ortaklığın harcamalarıyla ilgili yönetici ortak olan davalıdan hesap istenmeli, hesap listesinin verilmemesi halinde yönetici ortağın hesap vermektan kaçındığı kabul edilmeli, hesap listesinin üzerinde uyuşmazlık çıkması halinde taraflardan delilleri sorularak toplanmalı, ortaklığa ait tüm gelir gider hesabı çıkarılmalı, ortaklığın tüm aktif ve pasifi kesin olarak belirlenmelidir. Ortaklığın malvarlığına ilişkin, dava konusu ortaklığın malvarlığını oluşturan demirbaşların karar tarihine en yakın tarih itibarıyla değeri belirlenmeli, sonra satış ve

akçesinin tahsili<sup>81</sup>, geçit hakkının kurulmasına dayalı geçit bedelinin belirlenmesi<sup>82</sup>, trafik kazasından kaynaklı tazminat<sup>83</sup> ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı eksik iş bedelinin tahsili<sup>84</sup> davalarında, belirtilen durumların mevcudiyeti halinde, Yargıtay'ın bozma kararından sonra veya istinaf

---

*nakde çevirme işlemleri yapılmalıdır.” (Yar. 3. HD, E.2019/5780, K.2020/2362 K., 16.03.2020, (UYAP Bilişim Sistemi).*

<sup>80</sup> “... Mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar tasfiye edilir (TMK mad. 235/1). Eşlere ait kişisel ve edinilmiş mallar, mal rejiminin sona ermesi anındaki durumlarına (nitelik, seviye, aşama vs) göre değerlendirilir (TMK mad. 228/1). Bu malların, kural olarak tasfiye anındaki (TMK mad. 227/1 ve 235/1), sürüm (rayiç) değerleri (TMK mad. 232, 239/1) hesaba katılır. Yargıtay ve Dairemizin uygulamalarına göre, tasfiye tarihi karar tarihidir. Mahkemece, tasfiye konusu malın karara en yakın tarihteki sürüm değeri belirlenmelidir.

Tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, Mahkemece tasfiyeye konu taşınmazla ilgili artık değere katılma alacağı hesabı yapılırken, taşınmazın karar tarihine en yakın tarihteki sürüm (rayiç) değeri esas alınarak, taleple bağlılık kuralı da gözetilmek suretiyle katılma alacağına hükmedilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme ile taşınmazın karar tarihinden uzun süre öncesine ait olan 2015 yılı Şubat ayı sürüm değerinin dikkate alınması doğru olmamıştır.” (Yar. 8. HD, E.2019/3073, K.2019/6573, 27.06.2019, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>81</sup> “... Ortak şirketten ayrıldığı takdirde, esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini isteme hakkına sahiptir. Mahkemece tesis edilen karar, inşai nitelikte olup, karar tarihi itibarıyla hüküm ve sonuç doğuracağından Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre, ortaklıktan çıkma payının, karar tarihine en yakın tarih itibarıyla şirketin mal varlığının gerçek değeri saptanarak buna göre belirlenmesi gerekmektedir.” (Yar. 11. HD, E.2018/648, K.2019/6161, 03.10.2019, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>82</sup> “... Geçit hakkının kurulması istemli bu davada fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği hüküm altına alınacak geçit bedelinin karar tarihine en yakın rayiç bedele göre belirlenmesi gerekmektedir.

Somut olaya gelince; geçit hakkı bedelinin 04.07.2014 tarihinde yapılan keşif ile belirlenmiş olduğu anlaşılmalı, keşif tarihinden temyiz inceleme tarihine kadar geçen sürede paranın satın alma gücünde azalma meydana geldiğinden fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği mahkemece, bilirkişi heyetinden ek rapor alınarak geçit hakkı tesis edilen yerin, karar tarihine en yakın tarih itibarıyla rayiç değerinin belirlenmesi ve bu bedelin depo edilmesine karar verilmesi gerektiğinden hükmün bozulması gerekmektedir.” (Yar. 14. HD, E.2019/186, K.2019/6774, 17.10.2019, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>83</sup> “... Ödeme tarihindeki verilere göre hesaplama yönteminin uygulanma şekli şöyledir; dava tarihinden önce bir ödeme yapılmış ve karşılığında ibraname alınmış ise öncelikle ödeme tarihindeki veriler esas alınarak yapılacak hesaplama göre ödeme tarihi itibarıyla yapılan ödemenin yeterli olup olmadığına belirlenecek, ödemenin yeterli bulunması halinde davanın ibra nedeni ile reddine karar verilecek, şayet, ödemenin yetersiz olduğu anlaşılırsa bu kez karar tarihine en yakın veriler dikkate alınarak tazminat hesaplanıp, zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince davalı tarafından yapılan ödemeye hesaplanan yapıldığı tarihe kadar geçen süre için işlemiş yasal faiz eklenerek hesaplanan tutardan mahsup edilecektir.” (Yar. 17. HD, E.2018/226, K.2019/12215, 19.12.2019, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>84</sup> “... 2- Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı eksik iş bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Somut olayda mahkemece, taraflar arasında tanzim edilen sözleşme uyarınca tümü davacı arsa sahibine düşen ve dava konusu edilen blok yönünden eksik iş bedelinin tamamına hükmedilmesi yine, sözleşmedeki paylaşım oranı olan 1/2'sinin hüküm altına alınmış olması ve karara en yakın tarihteki iskan masrafları ile yapı ruhsatı yenileme masrafları toplamının eksik iş bedeline dahil edilmesi gerekirken, yalnızca 2009 yılına ait iskan harçları toplamının bu bedele eklenmesi doğru olmamıştır.” (Yar. 23. HD, E.2016/2345, K.2018/4170, 13.09.2018, (UYAP Bilişim Sistemi).



aşamasında da, davacıya talebini belirlemesi için süre verilmesi gerektiği konusunda tereddüt etmemek gerekir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.05.2016, 2015/1 E. - 2016/2 K. sayılı Kararı'na<sup>85</sup> göre bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı ve bu durumda, zamanaşımı ve hak düşürücü süre göze alınarak ek dava açılabileceği<sup>86</sup> öngörülmekteydi. Ancak, 7251 sayılı ve 22.07.2020 tarihli<sup>87</sup> HMK değişikliği ile birlikte HMK m. 177/2 hükmü<sup>88</sup> uyarınca, Yargıtay'ın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilecektir<sup>89</sup>. Bu açıdan, kısmî dava, belirsiz alacak davasına yakın bir konuma getirilmiştir. Belirsiz alacak davası açısından belirtilen durumların mevcudiyeti halinde, Yargıtay'ın bozma kararından sonra veya istinaf aşamasında da, davacıya talebini belirlemesi için süre verilmesi gerektiği konusundaki görüşümüzün sağlamlaştığını düşünmekteyiz.

---

<sup>85</sup> RG. 23.03.2017, S. 30016.

<sup>86</sup> "... 6100 sayılı HMK'nun 177 ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 06.05.2016 gün ve 2015/1 Esas - 2016/1 Karar sayılı kararına göre bozmadan sonra ıslah suretiyle talep sonucunun arttırılması mümkün olmayıp, fazlaya dair hakların ek dava açılmak suretiyle istenmesi gerekir." (Yar. 5. HD, E.2019/7631, K.2020/2985, 20.02.2020, (UYAP Bilişim Sistemi).

<sup>87</sup> RG. 28.07.2020, S. 31199.

<sup>88</sup> (Değişiklikle gelen kanun metni: Yargıtayın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz.)

<sup>89</sup> "... Mahkemece verilen ilk kararın özette zararlandırıcı olayın iş kazası olup olmadığının Mahkemece ön sorun kabul edilerek değerlendirilmesi ve iş kazası olduğuna kanaat getirilmesi halinde davacının maddi ve manevi tazminat istemleri hakkında bir karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile Dairemizce bozulduğu; bozma ilamına uyulmak sureti ile Mahkemece tahkikata dair işlemler tesis edildiği, bu doğrultuda davacı vekilinin maddi tazminat istemini 25.04.2016 tarihli ıslah dilekçesi ile arttırdığı ve Mahkemece ıslaha itibar edilerek maddi tazminatın belirlendiği; söz konusu ilamın Dairemizin 21.02.2019 tarih, 2018/159 Esas ve 2019/1217 Karar sayılı ilamı ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca alınan 06.05.2016 tarih ve 2015/1 Esas, 2016/1 Karar sayılı ilam doğrultusunda bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı gerekçesi ile bozulduğu anlaşılmıştır. Akabinde Yerel Mahkeme her ne kadar Dairemizin Bozma ilamına uymuş ise de; 22.07.2020 yürürlük tarihli 7251 sayılı Kanun ile değişen 6100 sayılı HMK'nın 177/2.maddesi ile Yargıtayın bozma kararından sonra tahkikata ilişkin bir işlem yapılması halinde, tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabileceğine dair açık düzenleme yapıldığı gözetilerek, yukarıda açıklandığı üzere usulü kazanılmış hakkın istisnası niteliğindeki yasa değişikliği uyarınca karar verilmesi gerekliliği hasıl olmuştur.

Mahkemece yapılacak iş; 22.07.2020 yürürlük tarihli 7251 sayılı Kanun ile değişen 6100 sayılı HMK'nın 177/2. maddesi doğrultusunda davacı tarafın 25.04.2016 tarihli maddi tazminat isteminin ıslahına değer verilerek hüküm tesis edilmesinden ibarettir." (Yar. 10. HD, E.2020/6889, K.2020/5292, 01.10.2020, (UYAP Bilişim Sistemi).

## SONUÇ

Belirsiz alacak davası kısmî dava olmadığı gibi kısmî davanın bir türü de değildir<sup>90</sup>. Belirsiz alacak davası, davanın açıldığı anda talep edilecek alacağın miktarının veya değerinin, davacı tarafından rakamsal olarak belirlenmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olması durumlarında, davacıya talebinin miktarını veya değerini yargılama sırasında karşı tarafın veya üçüncü kişinin vereceği bilgiler veya delillerin incelenmesinden sonra, hâkimin vereceği süre içinde belirleme imkânı tanıyan tam bir eda davası olduğundan, derdestlik ve kesin hüküm de, davanın açıldığı andan itibaren sadece dilekçede belirtilen asgari tutarla sınırlı değil, belirsiz olan kısmın da dâhil olduğu tamamı bakımından sonuç doğurur. Başka bir ifadeyle, dava konusu, geçici talep sonucu ve belirsiz olan kısım bakımından değerlendirilecek ve taraflar, dava sebebi ve dava konusu (yani alacağın dilekçede belirtilen kısmı ve belirsiz kısmı dâhil olarak tamamı) bakımından bir ayniyet değerlendirmesine tabi tutulacaktır. Bu yüzden, belirsiz alacak davasında, kısmî dava niteliğinde bir ek dava açılması mümkün olmadığı gibi yargılama devam ederken aynı dava konusuna ilişkin açılacak ikinci bir davanın açılması durumunda derdestlik, açılmış bulunan belirsiz alacak davası niteliğindeki ilk davanın kesinleşmesi durumunda kesin hüküm engeli karşılaşılması gerekir.

Belirsiz alacak davasında davacının, iddianın genişletme yasağına tabi olmaksızın talebini kural olarak sadece bir kez belirleyebilmesi de hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının zedelenebileceği ihtimalini akıllara getirmemelidir. Çalışmamızda belirtilen durumların mevcudiyeti halinde, Yargıtay'ın bozma kararından sonra veya istinaf aşamasında da talep artırımı yapılabilecektir. Buna ilişkin uygulamada, uyuşmazlığın karara en yakın tarihli bilirkişi raporu ile tespit edilebileceğinden hareketle belirsiz alacak davası şeklinde açılacak davalarda, belirtilen durumların mevcudiyeti halinde, Yargıtay'ın bozma kararından sonra veya istinaf aşamasında da, davacıya talebini belirlemesi için süre verilmesi gerektiği konusunda tereddüt etmemek gerekir.

Son olarak, HMK m. 177/2 hükmünün değiştirilmiş hali ile Yargıtay'ın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilecektir. Bu açıdan, kısmî dava, belirsiz alacak davasına yakın bir konuma getirilmiş ve belirsiz alacak davası açısından belirtilen durumların mevcudiyeti halinde, Yargıtay'ın bozma kararından sonra veya istinaf aşamasında da, davacıya talebini belirlemesi için süre verilmesi gerektiği konusundaki görüşümüzün sağlamlaştığını düşünmekteyiz.

---

<sup>90</sup> SİMİL, s. 105.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

AKİL, Cenk, **Kısmî Dava**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel, **Medenî Usul Hukuku**, Güncellenmiş ve 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

ASLAN, Kudret/ AKYOL ASLAN, Leyla/ KİRAZ, Taylan Özgür, “Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar”, **DEÜHFD**, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), Y. 2014, s. 975-1024.

ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

AYAN, Serkan, **Zamanaşımın Durması ve Zamanaşımın Kesilmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

BAHADIR, Zeynep, **Medenî Usûl Hukukunda Kısmî Karar**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

BAUMANN WEY, Sabine, **Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO**, Schulthess Verlag, Zürich, 2013.

BÖRÜ, Levent, **Dava Konusunun Devri**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol, **Medenî Usul Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

BUDAK, Ali Cem, “Belirsiz Alacak Davası”, **Bankacılar Dergisi**, C. 24, Özel Sayı, Y. 2013, s. 82-86.

BULUT, Uğur, **Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

DURAN, Osman, **Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

ERCAN ÖZLER, Meltem, **Medenî Usûl Hukuku'nda Dava Konusu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

ERDEM, Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

ERMENEK, İbrahim, **Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

EROĞLU, Orhan, **Islah**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

GÖRGÜN, L. Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TORAMAN, Barış/ KODAKOĞLU, Mehmet, **Medenî Usûl Hukuku**, 28.07.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanunla Değiştirilmiş, Güncellenmiş 9. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

GÖZÜTOK, Zeki/ ALBAYRAK, Adem, **Alfabetik Medeni Usul El Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

GUT, Nicolas, **Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.

İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, **Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

KARAASLAN, Varol, “Belirsiz Alacak Davası/Kısmi Dava - Bir Madalyonun İki Yüzü Mü?”, **YÜHFD**, C. VIII, Özel Sayı (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı), Y. 2016, s. 213-242.

KARAMERCAN, Fatih, “Islah Kurumunda Yargılama Giderine Vekalet Ücretinin Dâhil Edilip Edilemeyeceği ve Yargıtay'ın Tutumu”, **İBD**, C. 87, S. 2013/3, s. 182-189.

KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

KIRTILOĞLU, S. Serhat, **Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

KİRAZ, Taylan Özgür, “Belirsiz Alacak Dâvası”, **Çatı Dergisi**, S. 30, Y. 2012, s. 16-19.

KURTOĞLU, Bahar Tuna, **Die unbezifferte Forderungsklage Analyse, Problemstellungen und Lösungsansätze, bezogen auf das türkische, schweizerische und deutsche Recht**, Peter Lang Verlag, Berlin, 2019.

KURU, Baki/ AYDIN, Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

MERİÇ, Nedim, **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

ÖZÇELİK, Volkan, **Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflara Getirilme İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ÖZEKES, Muhammet/ BULUT, Uğur, “Kısmî ve Belirsiz Alacak Taleplerinde Islah Sorunu (Bir HGK Kararı Işığında İnceleme)”, **MİHDER**, C. 13, S. 38, Y. 2017, s. 685-717.

ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden, **Kesin Hükümün Objektif Sınırları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

PEKCANITEZ, Hakan, **Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107)**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

PEKCANITEZ, Hakan, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Kısaltma: **Pekcanitez Usûl**).

SİMİL, Cemil, **Belirsiz Alacak Davası**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

TANRIVER, Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C. I, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

TANRIVER, Süha, **Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007 (Kısaltma: **Derdestlik**).

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Genişletilmiş 4. Baskı, C. 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

YILMAZ, Ejder, **Islah**, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

*KARAMERCAN/ Belirsiz Alacak Davasından Sonra Ek Davaya Açılabilir mi?*

# KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HÂKİMİN CEZA KOŞULUNU İNDİRME YETKİSİ

Hasan KARSLIOĞLU\*

## Öz

Sözleşmeler hukukunun en tartışmalı konularından biri olan ceza koşulu konusu ve ceza koşulunda hâkimin ceza koşulunu indirme yetkisi, uygulamada da sıkça karşılaşılan bir konudur. Bu nedenle çalışmamızda biz de ceza koşulunun doğumu ve tarihsel gelişimi kapsamında, hâkimin takdir yetkisini, farklı ülkelerdeki uygulama örneklerini ele alarak incelemeyi hedefledik. Bu çalışmamızda, ceza koşulunun sadece kıta Avrupası temelinde yer alan Roma Hukuku kapsamında değil aynı zamanda İngiliz Hukuku'nda da uzun süredir devam eden ceza koşulu uygulamalarının olduğu, bununla birlikte İngiliz Hukuku'nda uygulanan ceza koşulunun Kıta Avrupası ile ortak yanları incelenmiştir. Burada, İngiliz Hukuku'nu esas almamızın en önemli nedenlerinden birisi, örfi hukuku ("common law") esas alan anlayışın ve kolonileşme dönemi kapsamında dünya üzerinde birçok bölgede uygulanan hukukunun, halen İngiliz Hukuku olmasıdır. İngiliz Hukukunda yer alan ceza koşulunun Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya da dahil olmak üzere örfi hukuk yargılarında benzer uygulamalar kapsamında benimsendiğini görülmektedir. Roma Hukuku temeli olan İsviçre Hukuku ve Alman Hukuku'na da çalışmamızda yer verilmiştir. Bu çalışmamızda, İsviçre ve Türk Hukuku birlikte karşılaştırılmış olup; İngiliz ve Alman Hukuku kapsamında ceza koşulunun tarihsel gelişimi ve ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesi ele alınmıştır. Bu çalışmamızda yapmış olduğumuz incelemeler ile birlikte, son bölümde milletlerarası hukuk kapsamında ceza koşulunun inceleme olduğumuz ülkeler bazında nasıl ele alındığı ve kamu düzeni kapsamında değerlendirmeye tâbi tutulup tutulamayacağı değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *Ceza Koşulu, Hakimin Takdir Yetkisi, Ceza Koşulunun İndirilmesi, Ceza Koşulunun İndirilmesinin Hukuki Niteliği, Hakkaniyet İlkesi, Aşırı Ceza Koşulu.*

---

\* Dr. Öğr. Üyesi; İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme Mühendisliği Anabilim Dalı; ORCID: 0000-0002-3872-9986; hasankarslioglu@itu.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 04.02.2022

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 11.02.2022

Bu makaleye atıf için; KARSLIOĞLU, Hasan, "Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Koşulunu İndirme Yetkisi", **İMİHFD**, Y. 2022, C. 7, S. 12, s. 109-138.

## **DISCRETION OF JUDGE IN REDUCTION OF THE PENALTY CLAUSE IN COMPARATIVE LAW**

### **Abstract**

The issue of penal clause, which is one of the most controversial issues in the law of contracts, and the judge's right to make adjustments in penal clauses are also frequently encountered issues in practice. For this reason, in our study, we aimed to examine the discretion of the judge within the scope of the birth and historical development of the penal clause by considering the application examples in different countries. In this study, we see that the penal clause was not only derived from under Roman law based on continental European law, but also has long-standing penal clause practices in English law. Also, the penal clause applied in English law has common aspects with continental Europe. One of the most indispensable reasons why we especially discussed English law in this study is that the understanding based on common law ("common law") and the law applied in many regions around the world within the scope of the colonization are derived from English law. It is seen that the penalty clause in English law is adopted with some variants in all common law jurisdictions, including the United States of America and Australia. In our study, Swiss Law and German Law, which are the basis of Roman Law, are also included. Also, in this study you can find that the Swiss and Turkish Law were compared together. Also, the historical development of the sentence under English and German Law and the reduction of the sentence by the judge are discussed. Along with the examinations we have made in this study, it has been evaluated how the penal clause under international law is handled on the basis of the countries we have examined and whether it can be evaluated within the scope of public order.

**Keywords:** *Penalty Clause, Judge's Discretion on Penalty Clause, The Reduction of the Penalty Clause, The Legal Nature of the Reduction on Penalty Clause, Equity, Excessive Penalty Clause.*

## **I. TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKUNDA HÂKİMİN CEZA KOŞULUNU İNDİRMESİNİN DÜZENLENMESİ**

### **A. CEZA KOŞULU KAVRAMI**

Alacaklı, genellikle borçlunun edimi hiç veya gereği gibi ifa etmeme ihtimaline karşı alacağını güvence altına alma ve kuvvetlendirme yollarını kullanma niyeti içerisinde<sup>1</sup>. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 112. maddesinde yer alan "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını*

---

<sup>1</sup> EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 1181.



*gidermekle yükümlüdür*” hükmü de alacaklının haklarını korumaya yönelik temel düzenlemelerden birisidir. Türk Borçlar Hukuku kapsamında, TBK’nın 114 ve 50. maddeleri gereğince kural olarak ispat yükü alacaklıda olup; TBK’nın 112. maddesi kapsamında ispat yükümlülüğü *“borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemiş”* kapsamı ile sınırlıdır. İspat yükünün alacaklıda olmasının yanında, her zaman zararın ispatının mümkün olmaması ihtimali göz önüne alındığında, konunun çok net olmadığı açıkça ifade edilebilir<sup>2</sup>. Bu nedenle, alacaklı genellikle borçlunun ifasını yerine getirmesi amacıyla daha farklı yollar izlemektedir. Bu yollardan birisi de ceza koşuludur. TBK’nın üçüncü ayırımında düzenlenen ceza koşulu, kanunun 179. ve 182. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır.

TBK’da ceza koşulunun tanımı bulunmamaktadır. Kanun koyucunun ceza koşulu için herhangi bir tanımdan kaçınmasının asıl sebeplerinden birisi, ceza koşulu terimini karşılayacak bir tanımın sınırlayıcı olabileceği kaygısıdır<sup>3</sup>. Yargıtay kararları incelendiğinde bazı kararlarda ceza koşulu, *“geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi”* olarak tanımlanmışken, başka bir kaynakta, *borçlunun ödemesi gereken edim*” olarak tanımlanmıştır<sup>4</sup>. Yargıtay bir başka kararında ceza koşulunun, sözleşmede kararlaştırılan ve sözleşme koşullarını ihlal eden tarafın karşı tarafa ödemeyi yükümlendiği, asıl edim borcunun *fer’i niteliğinde olan bir edim borcu* olduğunu belirtmiştir<sup>5</sup>. Doktrinde bir görüş ise ceza koşulunun, borçlunun borca aykırı davranışı halinde alacaklıya ödenmesi gereken, önceden kararlaştırılmış *kesin miktarlı bir tazminat* olduğunu savunmaktadır<sup>6</sup>.

Her ne kadar İsviçre ve Alman Hukuku düzenlemelerinde ceza koşuluna ilişkin herhangi bir tanım yer almasa da, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1905 tarihli taslağının 1185. maddesinde ceza koşulu *“borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçluyu, alacaklıya karşı ceza ya da tazminat olarak belirli bir edimle bulunmaya zorlayan anlaşmadır”* şeklinde düzenlenmiş; ancak bu tanım da tasarıdan çıkartılmıştır<sup>7</sup>. Sonuç olarak, ceza koşulunun mahiyetinin tartışmalı olması nedeniyle ceza koşulunu tanımlayan bir hüküm TBK’da yer almamaktadır<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> Bu durumda, Türk Borçlar Kanunu’nun 114. maddesinin 2. fıkrası atfı ile Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 2. fıkrası uygulama alanı bulabilecektir.

<sup>3</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Yayınları, İstanbul, 1963, s. 6.

<sup>4</sup> Yarg. 3. HD., E. 2017/15056, K. 2017/17040, 05.12.2017(Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>5</sup> Yarg. 11. HD., E. 2016/1646, K. 2017/4085, 06.07.2017 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>6</sup> TUNÇOMAĞ, s. 21-30.

<sup>7</sup> KOCAAĞA, Köksal, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 25.

<sup>8</sup> NOMER, Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Basım, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017, s. 471.

## **B. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ**

### **1. Genel Olarak**

Taraflar sözleşme serbestisi ilkesi gereğince ceza koşulunu diledikleri gibi belirleyebilirler<sup>9</sup>. Kanunda ceza koşulunun belirlenmesi adına herhangi bir üst sınır öngörülmemiştir. TBK'nın 182. maddesinin 1. fıkrası taraflara bu konuda özgürlük tanımaktadır<sup>10</sup>. TBK'nın 182. maddesi şu şekildedir: “(1) *Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler. (2) Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez. (3)Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*”. Maddenin 3. fıkrası ile irade serbestliği ilkesine istisna getirildiği görülmektedir. Hâkimin bu yetkisini kullanarak ceza koşulunu indirmesi için borçlunun talepte bulunması gerekmez. Hâkim, borçlunun talebi olmaksızın aşırı gördüğü ceza koşulunu resen (*ex officio*) indirebilir.

Türk Hukuku ile oldukça benzerlik gösteren İsviçre Hukukunda ise, ceza koşulu (*konventionalstrafe*) İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinde düzenlenmiştir. Türk Hukuku ile birlikte İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki ceza koşuluna ilişkin düzenlemelerin Alman Hukuku'ndan güçlü bir şekilde etkilendiği görülmektedir. Bilindiği gibi Alman Medeni Kanunu'nda ceza koşulunun indirilmesi aslında İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmıştır<sup>11</sup>. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesi incelendiğinde, ilgili hükmün ilk fıkrasında, Türk Hukuku ile paralel olarak, tarafların ceza koşulunu belirlemede özgür oldukları görülmektedir. Ancak, her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin 1. fıkrası kapsamında tarafların sözleşmede ceza koşulunu belirlemede özgür oldukları belirtilmiş olsa da İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrası kapsamında ceza koşulu hükmünün, belli şartların varlığı halinde, indirim tabi olabileceği hüküm altına alınmıştır.

---

<sup>9</sup>SİPAHİ, Tolgahan, **Ceza Koşulunun İndirilmesi**, İstanbul, 2020, s. 50 (Çevrimiçi) [https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=wf-FPgY-5qjHEzEoOgvMs\\_Z2dsHE4pPkzkBYFwGL-Prj-rPmyLyJvWM9hVO7IOdn](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=wf-FPgY-5qjHEzEoOgvMs_Z2dsHE4pPkzkBYFwGL-Prj-rPmyLyJvWM9hVO7IOdn) E.T. 18.01.2022.

<sup>10</sup> Ancak, bu kuralın kanunlardan kaynaklanan istisnaları olabilir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 181. maddesinde yer alan kısmen ifa bölümünde, “Taksitli Satışlar” adlı Türk Borçlar Kanunu'nun 260. hükmüne atıf yapılmış olup; alıcı bedelde temerrüde düşerse satıcının belirli koşullar altında sözleşmeden dönme hakkının olduğu düzenlenmiştir. Satıcı, alıcının peşinatı ödemede temerrüdü nedeniyle satılanı alıcıya teslim etmeden önce sözleşmeden dönecek olursa, sözleşmede bu durumda ödenmesi öngörülen ceza koşulu hükmünün, peşin satış bedelinin %10'unu aşmayacağı kabul edilmiştir.

<sup>11</sup> SCHOCH, Walter; **Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach Schweizerischem Recht**, Staempfli & Cie., Bern, 1935, s. 66.

## **2. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Hukuki Niteliği**

Ceza koşulunun indirilmesi hususunda değinilmesi gereken bir diğer husus, ceza koşulunun indirilmesinin niteliğidir. Ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği kapsamında birden fazla görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ceza koşulunun indirilmesini kısmi hükümsüzlük yaptırımıyla açıklanmasıdır<sup>12</sup>. *Başpınar*, ceza koşulunun indirilmesi hususunu “*değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük*” olarak kabul etmek olup; bu terimi, “*kanun koyucu bazen sözleşmenin emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle sakatlığı halinde, sakat kısmın yerine geçecek hükmü, hâkimin takdir hakkına dayanarak belirlenmesini istemiştir*” şeklinde açıklamıştır<sup>13</sup>. Bu kapsamda hâkim, eğer ceza koşulu TBK’nın 27. maddesine aykırılık teşkil ediyorsa, sakat olan ceza koşulu hükmünü kısmi hükümsüzlük kapsamında değerlendirecek ve yeni bir ceza koşulu hükmü belirleyecektir. İkinci görüş ise, kısmi hükümsüzlüğün sözleşme boşluğu yaratılmaksızın ceza koşulunun kendi içerisinde bölünerek indirime tâbi olmasını savunmaktadır<sup>14</sup>. Bu görüşü savunan yazarlar aşırı ceza koşulunun indirilmesi hususunda hâkimin takdir yetkisine sahip olduğunu ve hâkim tarafından belirlenen miktarın ceza koşulunun en üst sınırı olduğu kabul edilmektedir<sup>15</sup>.

Biz, TBK 182. maddesinin 3. fıkrası ile TBK’nın 27. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen kısmi hükümsüzlük terimlerinin birbirinden ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktayız. Nitekim, TBK’nın 27. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için ceza koşulu hükmünün kanuna ve ahlaka aykırı olması gerekmektedir. Ancak, ceza koşulunun kanuna ve ahlaka aykırı olması, oldukça ağır şartlara tâbi olduğundan uygulama alanı da zorlaşmaktadır. Buna karşın, TBK’nın 182. maddesinin 3. fıkrası kapsamında ceza koşulu hükmünün fahiş olduğuna ilişkin değerlendirme farklı şartlara tâbi olup; somut olayda uygulanması daha olasıdır.

## **3. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Şartları**

Taraflar arasında kararlaştırılan ceza koşulunun hâkim tarafından indirime konu olabilmesi için ilk şart, geçerli bir ceza koşulu anlaşmasının olmasıdır. Ceza koşulu fer’i nitelikte olduğundan taraflar arasında akdedilen sözleşme geçersiz olduğunda ceza koşulu da hüküm doğurmayacaktır<sup>16</sup>. Ceza koşulu asıl sözleşmeye bağlı olarak veya kendiliğinden geçersiz olması durumunda hüküm ve sonuç doğurmayacağından, cezanın indirilmesinden söz edilemez. Asıl borcu doğuran sözleşme, şekil eksikliği ve/veya başka bir sebepten geçersiz olursa, buna bağlı olarak ceza koşulu hükmünün uygulanması da söz konusu olamayacaktır.

---

<sup>12</sup> KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 162 (Çevrimiçi) <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/47148.pdf> E.T. 10.02.2022; KOCAAĞA, s. 324.

<sup>13</sup> Bu görüşe “değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük” denmektedir (KOCAAĞA, s.324).

<sup>14</sup> “Düşey kısmi hükümsüzlük” kapsamında ayrıca TTK m.1530 (mülga TK m.1466) değerlendirmesi için bkz: KIRKBEŞOĞLU, s. 174 vd.

<sup>15</sup> KIRKBEŞOĞLU, s.307.

<sup>16</sup> SİPAHİ, s. 59.

İsviçre Hukukunda da sözleşme hükmünün geçerli olması halinde ceza koşulunun indirimine konu olabileceği söylenebilir. İsviçre Medeni Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasından; borçlu tarafından bağlayıcı olmayan sözleşme yükümlülüklerini yerine getirilmemesi nedeniyle alacaklı tarafından sözleşmeye dayalı ceza koşulunun talep edilemeyeceği sonucu çıkartılabilmektedir<sup>17</sup>.

Ceza koşulunun indirilmesi için gerekli olan bir diğer şart, ceza koşulunun muaccel olmasıdır. Hem Türk hem de İsviçre Hukuku düzenlemelerine bakıldığında bu kapsamda herhangi bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir<sup>18</sup>. Ancak, ceza koşulunun hâkim tarafından indirebilmesi için ceza koşulunun muaccel olması gerektiği de savunulmaktadır<sup>19</sup>. Ceza koşulunun muaccel olabilmesi için ilk öncelikle asıl borcun muaccel hale gelmesi gerekmektedir. Asıl borç henüz muaccel olmamış ise borçlu tarafından ifa yerine getirilmeyeceğinden, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması da söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, ceza koşulunun geçerlilik şartını oluşturan “*asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi*” de gündeme gelebilecektir<sup>20</sup>.

Ceza koşulu muaccel olana kadar bağlılık ilkesi gereği asıl borca bağlıdır. *TUNÇOMAĞ* bunu, “*cezai şart muaccel olmadan önce bağımsız bir varlığa sahip değildir ve bu yüzden asıl borcun akıbetine katılır*” şeklinde ifade etmiştir<sup>21</sup>. Her ne kadar ceza koşulu muaccel olmadan önce bağımsız bir varlığa sahip olmasa da; miras, alacağın temliki, borcun nakli, icra ve iflas alanlarında bu hususun istisnalarını görmekteyiz<sup>22</sup>. Ceza koşulu, muaccel olmasıyla birlikte asıl borçtan ayrı bir borç niteliği kazanacak ve indirilmesi de mümkün hale gelecektir<sup>23</sup>.

Ceza koşulunun muaccel olma şartı, ceza koşulunun muaccel olmadan önce uyuşmazlığa konu olamayacağı anlamına gelmemektedir. Özellikle, İsviçre uygulamasında ceza koşulunun talep edilmesinden önce oldukça yaygın bir şekilde tespit davasına konu edildiği görülmektedir<sup>24</sup>.

Ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesinin bir diğer şartı ise ceza koşulunun ifa edilmemiş olmasıdır<sup>25</sup>. Bu hususta İsviçre ve Türk Hukuku'nda herhangi bir

---

<sup>17</sup> VOGEL, Dominic; **Vertragliche Pflichten des professionellen Mannschaftssportlers und Sanktionierung von Vertragsverletzungen durch Konventionalstrafe oder disziplinarische Versetzung**, Schulthess Verlag Zürich, 2018. s. 60-63, (SwissLex); İsviçre Medeni Kanunu'nun 27. Maddesinin 2. Fıkrası şu şekildedir: “*Hiç kimse, özgürlüğünden feragat edemez veya onun kullanımını kanuna veya genel ahlaka aykırı olacak şekilde kısıtlayamaz.*”

<sup>18</sup> PELLANDA, Roth Katja, **Obligationenrecht Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen**, Art. 1-183 OR, Hrsrg. Andreas FURRER/Anton K. SCHNYDER, 3. Basım, 2016 s.932, (SwissLex).

<sup>19</sup>OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler CİLT II**, 10. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 536; KOCAĞA, s. 337-338.

<sup>20</sup> KOCAĞA, s. 219.

<sup>21</sup> TUNÇOMAĞ, s. 87

<sup>22</sup>Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz: TUNÇOMAĞ, s. 87.

<sup>23</sup> EREN, s. 1188.

<sup>24</sup> PELLANDA, s. 932.

<sup>25</sup> EREN, s. 1189.

düzenleme yoktur ancak ceza koşulunun ödenmesi halinde indirim konusu olamayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, ödenmiş olan ceza koşulunun fahiş olmadığından bahisle ödenen ceza koşulunun indirilmesinin de mümkün olmayacağını savunmaktadır<sup>26</sup>. Bir diğer görüşe göre ise bu hususta açık kanun hükmü olmadığından ceza koşulunda indirim yapılmasını talep etmenin önünde herhangi bir engelin bulunmadığını savunmaktadır<sup>27</sup>. İsviçre Hukukunda da aynı görüş kabul görmüştür. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinde yer alan hükmün şartları oluşsa dahi<sup>28</sup> kısmi ödemenin, ceza koşuluna uygulanacak indirim hususunda, feragat anlamına gelmediği belirtilmektedir<sup>29</sup>. Ayrıca, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen en son kararların da bu doğrultuda olduğu görülmektedir<sup>30</sup>.

Ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesinin en temel şartı ceza koşulunun aşırı (fahiş) olmasıdır. Kanunda aşırılığa dair açık bir tanımlama yapılmadığından tarafların açık menfaatleriyle kıyaslandığında adalet ve hakkaniyete açıkça aykırı olduğu anlaşılan ceza koşulunda aşırılıktan söz edilebilecektir. Bir başka deyişle alacaklının korunması gereken menfaatleriyle karşılaştırıldığında açık bir oransızlık içeren ceza koşulunun, genel olarak aşırı olduğu kabul edilir<sup>31</sup>.

Hâkim hakkaniyet ve adalete göre aşırılığı kendisi tespit edecek, hakkaniyete ve taraf menfaatlerine uygun şekilde aşırı ceza koşulunu indirecektir. Belirli ve kesin ölçütler kanunda düzenlenmediğinden, hâkim her olayı kendi içinde değerlendirecek, alacaklının her bir menfaati yanında, borçlunun ve alacaklının ekonomik durumu, ceza koşulunun kararlaştırılmasındaki amaç, ceza koşulunun ödenmesi veya ödenmemesi nedeniyle tarafların uğrayacağı zarar miktarı, borçlunun sözleşmeyi gereği gibi veya hiç ifa etmemesindeki sebepleri göz önünde tutarak karar verecektir<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> OĞUZMAN/ ÖZ, s. 548; BİLGE, Necip, Cezai Şart, Ahmet Esat Arsebük'e Armağan, **AHFY**, Ankara, 1958, s. 119-120; Ayrıca borçlu tarafından ihtirazi kayıt dermeyan edilmeden ödenen ceza koşulu kapsamında borçlunun ceza koşulunu indirme talebinden feragat ettiğine ilişkin bkz: BİLGE, s.119.

(Çevrimiçi)<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/9142/arma%C4%9Fan.pdf?sequence=1&isAllowed=y> E.T.01.12.2021.

<sup>27</sup> TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, 5. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 475-476.

<sup>28</sup> İlgili hüküm, borçlunun temerrüde düşmediği zamanda yapmış olduğu ödemeleri konu almaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 63. maddesinin ilk fıkrası, "*Borçlu, temerrüde düşmemesine rağmen isteyerek ödemedede bulunmuşsa ancak hatasının olduğunu ispatlayarak ödemiş olduğu kısmı geri talep edebilir.*" şeklinde olup; ikinci fıkrası ise "*kanuni bir sınırlama ya da ahlaki yükümlülüklerle ilişkin istisna varsa bu durumda uygulanmaz.*" şeklindedir. İlgili hüküm ile ceza koşulu arasında bağ incelendiğinde, borçlunun ya da sözleşmeyi ihlal eden tarafın fahiş belirlenen ceza şartını ödemede hataen ödemesi halinde iade talep edebileceği sonucu çıkmaktadır.

<sup>29</sup> PELLANDA, s. 932.

<sup>30</sup> BGE 88 II 511 E 3a, BGE 109 II 120.

<sup>31</sup> TEKİNAY Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 355.

<sup>32</sup> KOCAĞA, s. 348; Yarg. 13. HD. E. 2003/78, K.2003/4622, 15.04.2003 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ceza koşulunun aşırılığı belirlenirken göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise ceza koşulunun aşırılığının ahlak ve adaba aykırı olması durumudur. Nitekim, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 19. ve 20. maddelerinde ve TBK'nın 27. maddesi çerçevesinde ahlaka ve adaba aykırı ceza koşulu hükümlerinin hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır<sup>33</sup>. Ceza koşulunun yalnızca aşırı olması, TBK'nın 27. maddesi çerçevesinde ahlaka ve adaba aykırı olması için yeterli değildir. Ceza koşulunun borçlunun ekonomik yönden yıkımına sebep olacak şekilde aşırı olması gerekmektedir<sup>34</sup>. Ceza koşulunun belirlendiği anda, ceza koşulu borçlunun ekonomik yönden yıkımına sebep olmakta ise TBK'nın 27. maddesi çerçevesinde ceza koşulunun hükümsüzlüğü gündeme gelebilecektir.

#### **4. Ceza Koşulunun Hâkim Tarafından İndirilmesi**

##### **a. Genel Olarak**

Ceza koşulu genellikle bir miktar para olarak kararlaştırılır<sup>35</sup>. Ancak ceza koşulunun konusunu para ediminin oluşturması zorunlu olmayıp, paradan başka bir unsur da ceza koşulu olarak belirlenebilir. Ancak, biz bu çalışmada tarafların para ile kararlaştırdıkları ceza koşulunun indirilmesi hususunu inceleyeceğiz.

Hâkimin ceza koşulunu aşırılık sebebiyle indirmesi istisnai bir yetkidir. Hâkim bu yetkiyi kullanırken sözleşme serbestisi ve irade özgürlüğünün sınırları dışına çıkmamalıdır. Hâkim aşırılığı değerlendirirken hakkaniyet ve adalet prensipleri gereğince objektif bir şekilde karar vermelidir<sup>36</sup>. Hâkim ceza koşulunun aşırılığını

---

<sup>33</sup> KARAGÖZ, Veli, İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi, **EÜHFD**, Y. 2014, C. 18, S. 3-4 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1834465> E.T.18.01.2022.

<sup>34</sup> Yarg. HGK, E. 2001/9-1175, K. 2001/1166 K., 26/12/2001 : “Öte yandan, dava konusu uyumsuzluğa uygulanması gereken mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 161. maddesi uyarınca sözleşmenin tarafları cezai şartın miktarını tayinde serbest iseler de hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkisle mükelleftir. Ancak, mülga 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca tacir sıfatını haiz bir borçlu Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesinde yazılı olan cezanın fahiş olduğu iddiasıyla cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez. Sadece cezai şart, miktar itibarıyla tacirin ekonomik mahvına sebebiyet verecekse tacir bu nedenle cezai şartın ahlak ve adaba aykırılığından bahisle tenkisini isteyebilir”(Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>35</sup> Ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borcun ifa edilmemesi halinde alacaklıya belirli bir tutarın, çoğunlukla bir miktar paranın tediyesi şartını kapsayan bir taahhüt olarak ifade edildiği Yargıtay kararları mevcuttur bkz: Yarg. HGK, E.2004/19-357, K. 2004/360 K., 16.06.2004: “Cezai Şart esas borca bağlı olarak vücuda gelen ve borçlunun borcunu ifa etmemesi veya geç yerine getirmesi veyahut noksan ifa etmesi ve nihayet şart kılınan mahalde ifa etmemesi halinde, alacaklıya muayyen bir meblağı çoğunlukla bir miktar paranın tediyesi şartını kapsayan bir taahhüttür.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Aynı yönde Yarg. HGK., E. 2004/10-104, K. 2004/94 K., 18.02.2004 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>36</sup> Yarg. HGK., E. 2017/3-998 K. 2017/1459, 29.11.2017: “...Aşırılık tümüyle soyut bir kavramdır. Bu nedenle hâkimin aşırılıkla ilgili değerlendirmesinin taraflarca ve üst yargı mercilerince denetlenmesine imkân sağlayan verilerin karara yansıtılması gerekir. Hâkim cezai şartın indirilmesi hakkını kullanırken alacaklının menfaatlerini, tarafların iktisadi durumunu, borca aykırılığın objektif ağırlığını, borçlunun kusurunun derecesini göz önünde tutarak hareket etmelidir. Bu değerlendirme yapılırken ceza şartının borçluya borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan

tespit ederse, sonrasında bu tespitin bir devamı olarak objektif koşullara dayanarak ceza koşulunu makul bir seviyeye indirmelidir. Makul seviye ile amaçlanan husus, ceza koşulunun alacaklının bütün haklı menfaatlerini karşılaması ve borçlunun aşırı bir ceza koşulu yükü altında ezilmemesidir<sup>37</sup>. Hâkim objektif koşullarla aşırı ceza koşulunu makul bir seviyeye indirirken objektif kriterlere dayanarak her olayı münhasır özellikleriyle değerlendirmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin özellikle ceza koşulu hükümlerini indirme hususuna biraz çekimser baktığı ve hâkimlerin kanunun kendilerine vermiş olduğu bu yetkiyi ancak gerekli gördüğü durumlarda kullanması gerektiği, bu yetkisini de hukukun öngördüğü çerçeveler kapsamında mantıklı ve adil bir şekilde kullanılması gerektiği kabul görmektedir.

### **b. Esas Alınacak Ölçütler**

Hâkim ceza koşulunu indirirken her iki tarafın menfaatini göz önünde bulundurmalıdır<sup>38</sup>. Özellikle, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin 1. fıkrasında tarafların sözleşmesel özgürlüğü desteklenmiş olmasına rağmen, sadece taraflardan birisinin kararlaştırmış olduğu ceza koşulu geçersiz sayılabilecektir<sup>39</sup>. Taraflar arasında kararlaştırılan ceza koşulunun hakkaniyete aykırı olmaması için borçlunun ifa etmekle yükümlü olduğu ceza koşulu ile elde edeceği yarar ve alacaklının asıl borcun ifa edilmesiyle elde edeceği yarar arasındaki ölçü, hâkim tarafından gözetilmelidir<sup>40</sup>. Bu kapsamda, hâkim tarafından sadece borçlunun ekonomik durumunu göz önünde bulundurmamalı, aynı zamanda sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararlar da göz önüne alınmalıdır<sup>41</sup>.

Bununla birlikte, İsviçre Hukuku'nda, sözleşme cezasının uygunluğu, ihlal edilen asıl borç ile sözleşme cezasının miktarı arasındaki ilişkiye bağlı olduğundan, ceza

---

*zorlamak üzere konulmuş olduğu gözden asla uzak tutulmamalıdır...*" şeklinde karar vermiştir. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>37</sup> ÇINAR, Ömer, Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi, **İTÜSBD**, Y. 2009, C. 8, S. 16, s. 106 (Çevrimiçi) <http://www.ajindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423904956.pdf> E.T. 20.12.2021.

<sup>38</sup> BİLGE, s.121; ÇINAR, s. 107.

<sup>39</sup> BGE 119 II 162 E 2.

<sup>40</sup> KOCAĞA, s. 342.

<sup>41</sup> Yarg. HGK, E. 2000/13-749, K. 2000/758, 12.04.2000 "... ceza koşulunun taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nesafete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir. Böyle bir sonuca kavuşabilmek için alacaklının asıl edimin yerine getirilmesindeki çıkarı ile, ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın ve borçlunun borca aykırı davranışındaki kusur derecesinin ve de borçlunun ekonomik durumunun gözönünde tutulması gerekir. Öte yandan alacaklının yararlarının hesabında, borçlunun ifa etmeme yüzünden sağlayacağı kazançlarda gözardı edilmemelidir. Aşırılığın belirlenmesinde, ceza koşulunun borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde manevi bir baskı yaptığı da gözetilmeli, böyle bir baskının ortadan kalmasına yol açacak şekilde indirimden de kaçınmalıdır."

koşulunda indirim yapılması da ancak asıl yükümlülüğün yerine getirilmediği durumlarda söz konusu olabilmektedir<sup>42</sup>.

Hem Türk hem İsviçre Hukuku'nda hâkim, ceza koşulunun indirilmesine karar verirken alacaklının zararını da göz önünde bulundurmalıdır<sup>43</sup>. İsviçre Hukukunda, her ne kadar bu hususta herhangi bir düzenleme yer almasa da, İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda alacaklının tüm menfaatlerini göz önünde bulundurarak “gerçekleşmesi mümkün zararın miktarını” da göz önünde bulundurmaktadır<sup>44</sup>. Bu nedenle, sözleşmenin taraflarına yüklenen herhangi bir yükümlülük<sup>45</sup> veya ticari tecrübe gibi hususların<sup>46</sup> göz önüne alınabileceği İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da belirtilmektedir<sup>47</sup>.

Ceza koşulunun aşırılık nedeniyle indirilmesinde bir diğer ölçüt ise, borçlunun ne ölçüde kusurlu olduğudur<sup>48</sup>. Ceza koşulunun indirilmesi bakımından, kusuru ağır olan borçlu ile kusuru hafif olan borçlu aynı değerlendirmeye tabi tutulmamalıdır<sup>49</sup>. Borçlu borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği durumlarda hafif kusurlu ise, ceza koşulunun indirilmesinden söz edilebilir, ancak borçlunun kusurunun hafif olması, ceza koşulunun indirileceği sonucunu doğurmamaktadır<sup>50</sup>. Borçlunun ağır kusuruyla borca aykırı davranması veya alacaklıyı zarara uğratmak kastıyla hareket etmesi hallerinde, ceza koşulundan bir indirim yapmamak veya başka indirim sebeplerinin varlığı halinde sınırlı miktarda indirim yapmak gerekmektedir.

Hem Türk hem de İsviçre Hukukunda, sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunda belirtilen miktarın hâkim tarafından indirilebilmesi için, söz konusu ceza koşulunun fahiş olması gerekmektedir. Sözleşmeye yapılacak bir yargı müdahalesi, ancak üzerinde anlaşmaya varılan miktarın hukuka ve hakkaniyete uygun olan makul tutarı aşacak kadar yüksek olması durumunda haklı sebep teşkil edecektir. İsviçre Hukukunda, hâkim, ceza koşulunun indirimi hususunda, ceza koşulunun fahişliği kapsamında karar verirken aynı zamanda mümkün mertebe cezada uygulanabilecek indirimi de hesaplaması gerekmektedir<sup>51</sup>. Ceza koşulu fahiş olması nedeniyle indirilirken tarafların ekonomik durumlarının

---

<sup>42</sup> BGE 114 II 264.

<sup>43</sup> BİLGE, s. 121- 122; Yarg. 15. HD. E. 2008/7818 K. 2009/3871, 26.06.2009 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>44</sup> BGE 24 II 434.

<sup>45</sup> BGE 114 II 264.

<sup>46</sup> BGE 102 II 420 .

<sup>47</sup> BGE 114 II 264, BGE 68 II 168.

<sup>48</sup> KOCAĞA, s. 342.

<sup>49</sup> Ceza koşulunun indirilmesinde esas alınacak ölçütlerden biri olan borçlunun kusurunun ağırlığı, Yargıtay kararlarında borçlunun kusur derecesi olarak anılmaktadır bkz: Yarg. HGK., E. 2017/13-577 K. 2019/413 K.,04.04.2019; Yarg. 3. HD. E.2019/4267, K. 2019/9155, 14.11.2019; Yarg. 3. HD. E. 2018/683, K. 2018/6692, 19.06.2018 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>50</sup> TUNÇOMAĞ, s. 149.

<sup>51</sup> PELLANDA, s. 932.



değerlendirilmesi<sup>52</sup>, özellikle borçlunun ekonomik yönden yıkımının engellenmesi amacını taşır. Bu ölçütle değerlendirilme yapılması, borçlunun ifa yükümü altına girdiği ceza koşulunun aşırılığı nedeniyle sömürülmesinin önüne geçmeyi hedeflemektedir.

Hâkim, sözleşmede belirtilen ceza koşulunu değerlendirirken tarafların iradelerine saygı duymalı ve ceza koşulu hükmünün sadece “tazmin” amaçlı olmadığını; aynı zamanda sözleşmede yer alan tarafların haklarını koruduğunu göz önüne alması gerekmektedir. Nitekim, ceza koşulu yapısı itibari ile sözleşmede yer alan borcun yerine getirilmesi amacı ile düzenleme alanı bulmaktadır.

Hâkimin ceza koşulunun uygunluğu kapsamında vereceği karar, Türk Hukuku’nda olduğu gibi, İsviçre Medeni Kanunu’nun 4. maddesi kapsamında düzenlenen “hâkimin takdir yetkisi” kuralına uygun olmalıdır. İlgili hüküm gereğince, “*Kanunun mahkemeye takdir yetkisi verdiği veya koşulların değerlendirilmesine veya haklı nedene atıfta bulunduğu durumlarda, mahkeme kararını adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olarak vermelidir*”. Buna göre, hâkim her durumu ayrı ayrı değerlendirecek ve her bir olayın somut özelliğine göre değerlendirme yapacaktır<sup>53</sup>.

### **c. Borçlunun Tacir Olması Durumu**

Ceza koşulunun indirilmesine dair istisnai bir durum Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) düzenlenmiştir. Bununla birlikte, TBK’da borçlunun tacir sıfatına haiz olduğu durumlarda ceza koşulunun indirilmesinin talep edilebilmesiyle ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta TTK’nın 22. maddesi esas alınmalıdır. Anılan maddede; “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez*” hükmü bulunmaktadır. TTK’nın bu hükmüne göre tacir olan borçlunun hâkimden ceza koşulunun aşırılığı sebebiyle indirilmesini talep etme hakkı bulunmamaktadır. Tacir sıfatını haiz borçlunun ceza koşulunun indirilmesini isteyememesi, TTK’nın 18. maddesinde düzenlenen basiretli iş adamı kuralına

<sup>52</sup>Yarg. HGK, E. 2012/13-821, K. 2013/409, 27.03.2013 “...Hâkim, cezai şartın fahiş olup olmadığını değerlendirirken, tarafların ekonomik durumları, asıl olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının, kendisine asıl borcun ifasındaki yararıyla cezai şart ödenmesi halindeki yararı arasında makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılmasından dolayı alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması sebebiyle sağladığı menfaat, borçlunun kusuru derecesi ölçü alınıp cezai şart miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak saptanmalıdır...Aşırılığın belirlenmesinde cezai şart borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde indirimden kaçınılmalıdır.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>53</sup> KOLLER, Alfred, **Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)**, In Bau- und Bauprozessrecht: ausgewählte Fragen St. Gallen, Vereinigung für Baurecht, 1996, s. 26 (Çevrimiçi) [http://alfredkoller.ch/sites/default/files/2017-11/Konventionalstrafe\\_fuer\\_Bauverzoegerungen.pdf](http://alfredkoller.ch/sites/default/files/2017-11/Konventionalstrafe_fuer_Bauverzoegerungen.pdf) E.T. 28.12.2021

dayanmaktadır. Tacir sıfatını haiz bir borçlunun, sözleşmeyle ceza koşulu borcu altına girerken basiretli iş adamı gibi davranması gerekmektedir<sup>54</sup>.

Tacir, TTK'nın 12. ve 16. maddeleri gereğince gerçek kişinin tacir sıfatına haiz olması için bir ticari işletmenin varlığı ve bu ticari işletmenin kısmen dahi olsa kendi adına işletilmesini yeterli görülmüştür. Ceza koşulunda indirim yasağı getiren TTK'nın 22. maddesi kapsamında, tacir sıfatını taşıyan kişilerin yanında tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu tutulanlar da ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirim talebinde bulunamayacaklardır. Tüzel kişi tacirler ise TTK'nın 16. maddesi hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükme göre ticaret şirketleri yanında amaçlarına ulaşmak için ticari bir işletme işleten dernekler ve vakıflar ile yine bazı şartlarla beraber ticari bir şekilde işletildikleri takdirde kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler de tacir sayılmıştır.

Tacir olmanın sonuçları arasında sayılan, ceza koşulunun indirilmesinin talep edilememesinin tespitinde esas alınacak an, ceza koşulunun kararlaştırıldığı andır<sup>55</sup>. Ceza koşulunun belirlendiği anda tacir sıfatını haiz borçlu sonradan tacir sıfatını kaybettiğini iddia ederek ceza koşulunun indirilmesini isteyemez. TTK'nın 22. maddesinde belirlenen yasağın uygulanabilmesi için gereken ikinci koşul ise borcun, tacirin ticari işletmesiyle ilgili olması, bunun yanında ticari işle ilgili olmasıdır. Nitekim, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün kıstası olan ticari iş kavramı, TTK'nun 3. maddesinde "*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir*" şeklinde açıklanmıştır. İlgili hüküm gereğince, TTK'da düzenlenen her türlü iş, ticari işletmeyle veya tacirle herhangi bir ilgisi bulunmasa dahi ticari iş olarak kabul edilmektedir<sup>56</sup>. TTK'nın 19. madde hükmünün ilk fıkrasında "*Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır*" kuralı bir karene olarak öngörülmüş olup, bu karene uyarınca tacirin her işlem ve fiili ticari niteliktedir<sup>57</sup>. Bu doğrultuda, TTK ile düzenlenen veya ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve eylemler ile tacirin

---

<sup>54</sup> AYHAN, Rıza/ HAYRETTİN, Çağlar/ ÖZDAMAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 14. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 175; Tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün objektif ve ağırlaştırılmış bir özen yükümlülüğü temeline oturtulduğuna ilişkin ayrıca bkz: GÖKSOY, Yaşar Can, "Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü (TTK M. 18) Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Tacirlerin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri Üzerindeki Etkileri", **YHD**, Y. 2020, C. 2, S. 2, s. 7 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/en/pub/yhd/issue/57555/817135>, E.T.18.01.2022.

<sup>55</sup> Yarg. HGK., 2017/19-922 E.2019/706 K., 18.06.2019: "...mahkemece, cezai şart hususunda bir karar verilmeden önce yukarıda anlatıldığı gibi gerekli bilgi ve belgeler getirilmeli, sözleşmenin düzenlendiği tarihte tarafların iktisadi durumu, davalı borçlunun ödeme gücü ve kabiliyeti, sözleşmenin feshindeki kusur durumu ve yukarıda açıklanan ilkeler göz önüne alınarak, bu yönde davalı defter ve kayıtların incelenmesi tüm deliller birlikte değerlendirilerek varılan sonuç ve verilen kararın denetime elverişli olacak şekilde gerekçeli kararda tartışılmış olması gerektiği hâlde mahkemece eksik inceleme, soyut ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde verilen direnme kararı doğru değildir." (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>56</sup> AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 62.

<sup>57</sup> ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 73.

borçları bakımından, tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Ceza koşulunun borçlunun ticari işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin olması şartını gerçek veya tüzel kişiler için ayrı ayrı değerlendirmek yerinde olacaktır. Tüzel kişi tacirlerin bütün işlemleri ticari iş olacağından tüzel kişi tacirler her durumda TTK'nın 22. maddesindeki yasağa tabidir. Gerçek kişi tacirler için ise, adi borç-ticari borç ayrımı yapmak gerekmektedir. TTK'da düzenlenen ticari iş karinesine göre, tacirin bütün işlemleri ticari iş olmakla beraber, tacirin karşı tarafa bu işin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını açıkça bildirmesi veya işin özelliğinin ticari iş olmaya elverişli olmaması gerekmektedir. Buna göre tacir, ticari işletmesi ile ilgili olmayan işlemi yaparken, bu durumu karşı tarafa bildirmez veya işin adi nitelikte sayılması halin icabına göre mümkün olmazsa yapılan iş ticari iş sayılır ve tacir TTK'nın 22. maddesi gereğince ceza koşulunun indirilmesini talep edemez.

Bütün bunların yanı sıra tacir şartları varsa, ceza koşulu'nun TBK'nın 27. maddesinin 2. fıkrası gereğince ceza koşulu hükmünün ahlaka ve adaba aykırı olduğu da ileri sürebilir<sup>58</sup>. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü gereği, tacirin üstlendiği yükümlülüklerin sonuçlarına katlanması, ahlak ve adaba aykırılık oluşturan bir ceza koşulunun dahi ödeneceği anlamına gelmemektedir. Her ne kadar borçlu tacir olsa dahi, sözleşme serbestisi kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde uygulanacak ve sözleşmede yer alan ceza koşulunun ahlaka ve adaba aykırı olacak şekilde fahiş olması halinde ceza koşulunda indirim yapılması söz konusu olabilecektir. Konu ile ilgili olarak, Yargıtay HGK, 26/12/2001 T., 2001/9-1175 E., 2001/1166 K. sayılı kararında “*Öte yandan, dava konusu uyuşmazlığa uygulanması gereken mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 161. maddesi uyarınca sözleşmenin tarafları cezai şartın miktarını tayinde serbest iseler de hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkisle mükelleftir. Ancak, mülga 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca tacir sıfatını haiz bir borçlu Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesinde yazılı olan cezanın fahiş olduğu iddiasıyla cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez. Sadece cezai şart, miktar itibariyle tacirin ekonomik mahvına sebebiyet verecekse tacir bu nedenle cezai şartın ahlak ve adaba aykırılığından bahisle tenkisini isteyebilir*” şeklinde hüküm kurmuştur. Buna göre, ceza koşulunun indirilmesi ancak tacirin ekonomik mahvına sebep olması halinde mümkün olacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bu kararda “*Sadece cezai şart, miktar itibariyle tacirin ekonomik mahvına sebebiyet verecekse tacir bu nedenle cezai şartın ahlak ve adaba aykırılığından bahisle tenkisini isteyebilir*” cümlesi özellikle önem arz etmektedir. Nitekim, tacirin TTK'nın 22. maddesi kapsamında ceza koşulunda indirim isteyememesi söz konusu olmasına rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ceza koşulunun ahlak ve adaba aykırı olduğu durumlarda indirime tâbi tutulabileceği hüküm altına alınmıştır. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta ceza koşulu hükmünün, borçlunun (tacirin) ekonomik

<sup>58</sup> OĞUZMAN/ ÖZ, s. 537; ARKAN, s. 151.

mahvına neden olduğuna kanaat getirir ise ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olacaktır.

Sözleşmede yer alan ceza koşulunun TBK'nın 27. maddesi kapsamında "kısmi hükümsüzlüğe" tâbi tutulması hususuna da ayrıca değinilmesi gerekmektedir. Kısmi hükümsüzlük hükmünün uygulanabilmesi için sözleşmenin bölünebilir nitelikte olması gerekmektedir<sup>59</sup>. Bu kapsamda, taraflar arasında akdedilen sözleşmede ceza koşulu hükmü varsa ve bu ceza koşulu hükmü borçlunun ekonomik mahvına sebebiyet verebilecek derecede ise TBK m. 182. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi kapsamında geçersiz olabilecektir. Adı geçen madde hükmü şu şekildedir: "*Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez*". İlgili hüküm gereğince, TBK'nın 27. maddesi kapsamında borçlunun ekonomik mahvına neden olan ceza koşulu "kısmi hükümsüzlük" kapsamında hükümsüz sayılabilecek ve sözleşme ayakta kalabilecektir. Buradan, hâkim tarafından TBK m. 27 kapsamında indirim yapılmasının mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır<sup>60</sup>.

Ayrıca, yukarıda da bahsetmiş olduğumuz "*değiştirilmiş kesin hükümsüzlük*" veya "*düşey kısmi hükümsüzlük*" görüşleri, söz konusu hallerde uygulama alanı bulabilecektir. Böylelikle tacir her ne kadar TBK'nın 182. maddesinin 3. fıkrası kapsamında, ceza koşulunun indirilmesini talep edemese de, Yargıtay HGK, 26/12/2001 T., 2001/9-1175 E., 2001/1166 K. sayılı kararında belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, hâkim takdir yetkisini kullanacak ve borçlunun (tacirin) ceza koşulu hükmünden makul seviyede sorumluluğu söz konusu olabilecektir. İlgili karar incelendiğinde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında yeni bir ceza koşulu hükmünün kararlaştırılması değil, taraflar arasında kararlaştırılan ceza koşulunun hâkim tarafından indirilebileceği belirtilmiştir. "Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük" görüşü ele alındığında, hâkimin yeni bir ceza koşulu hükmünü belirlediği görülürken, "düşey kısmi hükümsüzlük" görüşü kapsamında hâkimin belirlediği ceza koşulunun "en üst" düzeyde olduğu kabul edildiğinden, tarafımızca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da "düşey kısmi hükümsüzlük" anlayışının kabul gördüğü ifade edilebilir.

---

<sup>59</sup> KIRKBEŞOĞLU, s. 83 vd.

<sup>60</sup> Bu kapsamda bahsedilmesi gereken bir diğer husus ise hâkim tarafından uygulanacak kısmi hükümsüzlüğün uygulanması yerine TTK'nın 1530. maddesinin uygulanması savunulduğu görüştür bkz: OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler CİLT II**, 15. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 566; Ancak, bir diğer görüş ise "düşey kısmi hükümsüzlük" kavramının TTK'nın 1530 (mülga Ticaret Kanunu'nun 1466. maddesi) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır bkz: KIRKBEŞOĞLU, s. 89.

## **II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ**

### **A. İNGİLİZ HUKUKUNDA HÂKİMİN CEZA KOŞULUNU İNDİRME YETKİSİ**

Bu bölümde, ceza koşulunun İngiliz Hukuku kapsamındaki boyutunu irdeleme amacı gütmekteyiz. İngiliz Hukuku'nda hâkimin ceza koşulunu indirme yetkisini incelemeye önce, ceza koşulunun yapı itibari ile İngiliz Hukuku'nda nasıl bir özellik ihtiva ettiğini incelemek gerekmektedir. İngiliz Hukuku incelendiğinde, özellikle ceza koşulunun “infazı” hususunda oldukça zor bir uygulama olduğunu görmekteyiz. Bu sadece İngiliz Hukuku'nda değil aynı zamanda “örfi hukuk” uygulanan diğer hukuk mekanizmaları için de geçerlidir. İngiliz Hukuku'nda neredeyse bir asır boyunca incelemeye tabi olmayan bir konu olan “ceza koşulu” ve “ceza koşulunun indirilmesi”, uzun bir süre sonra ilk defa *Cavendish* davası ile tekrar incelemeye konu olmuştur.

*Cavendish* davası, davalının (borçlu) hissesini davacıya (alacaklıya) satmayı kabul ettiği bir pazarlama şirketine kontrol hissesinin satışını içermektedir. Taraflar arasında akdedilen sözleşme gereğince, davacı 147.000.000,00- Amerikan Dolarını taksitler halinde ödemeyi taahhüt ederken davalı eski şirketi ile rekabet etmemeyi taahhüt etmiştir. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede, davalının eski şirketi ile rekabet etmesi halinde, davacı tarafından geri kalan taksit ödemelerine el konulabileceği ve aynı zamanda şirket hisselerini elinde bulundurabileceği (ceza koşulu hükmü olarak) kararlaştırılmıştır. Akabinde, davalı ilgili rekabet yasağı hükmüne aykırı davranışlarda bulunmuştur. Davacı, davalının rekabet yasağına aykırı davranışları nedeniyle geri kalan ödemeler ile yükümlü olmadığı ve şirkette kendisine devredilen hisselerin tümüne sahip olduğunun tespiti amacıyla dava açmıştır. İlgili yargılama sırasında, ilk derece mahkemesi (trial judge) her ne kadar ceza koşulu hükmünün uygulanabilirliği hususunda karar vermişse de temyiz mahkemesi (Court of Appeal) bu kararın bozulmasına karar vermiştir. Temyiz mahkemesi tarafından verilen bu karara karşı davacı ilgili hükmün “ceza koşulu olmadığını” ve ticari işlemlerde uygulanabilir olduğundan bahisle uyuşmazlığı Yüksek Mahkeme'ye (Supreme Court) taşımıştır.

#### **1. Cavendish Davası ve Ticari İlişkilerde Ceza Koşulu**

Yüksek Mahkeme'de görülen *Cavendish* davasında Lord Deas'ın da belirttiği gibi, “Ceza koşuluna ilişkin hüküm kamu yararı kapsamında değerlendirilir ve oldukça uzun bir geçmişi vardır, bu nedenle ceza koşulunun şimdiki şekli aslında tarihi gelişiminden kaynaklanmaktadır”<sup>61</sup>. Bizce de, İngiliz Hukuku kapsamında ve örfi hukuk (common law) sistemini haiz ülkelerde uygulanan ceza koşulu yargılamasını anlayabilmek için öncelikle İngiltere'de ceza koşulunun tarihini incelememiz gerekmektedir.

---

<sup>61</sup> Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi [2015] UKSC 67 para. 250

### **a. İngiltere Tarihinde Ceza Koşulu**

İngiltere’de sözleşme ilişkisine girecek olan taraflar özellikle sözleşmenin gereği gibi veya hiç yerine getirilmemesi halinde doğacak alacağını güvence altına almak amacıyla bir çeşit tahvil düzenlemekteydiler<sup>62</sup>. Genellikle alacaklının düzenlemiş olduğu bu tahvillerin ön yüzünde belirli bir miktar paranın ödenmesi yükümlülüğü yer almaktayken, tahvilin arka yüzünde sözleşme yer almaktaydı<sup>63</sup>. Bu durumda, borçlunun sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde, tahvil üzerindeki ceza koşulu da geçersiz olmaktadır<sup>64</sup>. Ancak, borçlunun sözleşmesel edimini yerine getiremediği durumda, tahvilin ön yüzünde yer alan para ödeme borcu gündeme gelmekte, bu da ceza koşulu olarak yorumlanmaktaydı<sup>65</sup>. Tahvilin arkasında onaylanan şartlı cayma içeren cezai tahvil, daha sonraki orta çağ ve erken modern dönemlerde “önemli sözleşmeleri düzenlemek için başlıca araç” olarak değerlendirilmekteydi<sup>66</sup>. Bu belge ile sözleşmeden kaynaklanan ceza koşulu değil, daha ziyade kıymetli evrak niteliğini haiz belge üzerinde yer alan koşula dayanılarak ceza koşulunun talep edilmesi söz konusu olmaktadır. 13. yüzyılda ise, Roma Hukuku etkilerinin görüldüğü İngiliz Hukukunda uygulanan tahvilde yer alan ceza koşulu ile Roma Hukukunda her alanda uygulama imkanı bulan ceza koşulu hükümleri birbiri ile oldukça farklılık teşkil etmekteydi<sup>67</sup>. Nitekim, tahvilin ön yüzünde yer alan tutar, asıl borç niteliğini haiz iken, Roma Hukuku’nda sözleşmesel edim yükümlülüğü ön planda tutulmaktaydı.

Özellikle, 1201 yılı kadar erken bir tarihte, curia regis tutanaklarında ceza koşulundan kaynaklanan uyuşmazlıkların artık Royal Council’da<sup>68</sup> konu olmaya başladığı görülmektedir<sup>69</sup>. Royal Council kayıtlarında görülen en önemli husus, ceza koşulunun alacaklı tarafından talep edilebilmesiydi. Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz “kıymetli evrak” niteliğini haiz tahvil ileri sürülerek borçludan ceza koşulunun ödenmesinin talep edilebilmesinin önü açılmıştı. Kıymetli evrak niteliğinde olan bir belgenin aksini ispat ile yükümlü olan borçlu, sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getirdiğini ancak kesin delil ile ispat edebilecekti<sup>70</sup>. Kıymetli evrak niteliğinde olan tahvillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda

---

<sup>62</sup> Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi [2015] UKSC 67 para. 4

<sup>63</sup> BIANCALANA, Joseph, The Development of the Penal Bond with Conditional Defeasance, **JoLH**, Y. 2005, C. 26, University of Cincinnati Public Law Research Paper No. 06-14, s.1 (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=918531> E.T. 28.12.2021

<sup>64</sup> BIANCALANA, s. 1.

<sup>65</sup> BIANCALANA, s. 1.

<sup>66</sup> BIANCALANA, s. 1.

<sup>67</sup> Roma Hukukunda oldukça fazla uygulama alanı bulan ceza koşulu, İngiliz Hukuku’nda genellikle ticari hayatta uygulanmaktaydı bkz: BIANCALANA, s. 6.

<sup>68</sup> "Kraliyet konseyi" veya "kralın mahkemesi" anlamına gelen Latince bir terimdir. Fransa kralları, İngiltere ve Sicilya'nın Norman kralları, Polonya kralları ve İskoçya kralları ve kraliçeleri de dahil olmak üzere krallara hizmet eden Ortaçağ Avrupa'sındaki danışmanlar ve yöneticiler konseylerine verilen isimdi.

<sup>69</sup> BIANCALANA, s. 6.

<sup>70</sup> BIANCALANA, s. 7.

borçlunun koruma alanı oldukça düşüktü, bu uygulama 16. yüzyıla kadar devam etmiş ve borçlunun borcunu ifa ettiğine ilişkin ispat koşulu aranmıştı.

Ancak, yukarıda bahsedilen uygulama, 1696 tarihli Adalet İdaresi Yasası'nın 8. Bölümü ile sözleşmelerin ifasını güvence altına almakla beraber, aynı zamanda alacaklının fiili zararlarının değerlendirilmesini mümkün kılan hükümler ihtiva etmekteydi<sup>71</sup>. Bununla birlikte, 1705 tarihli Adalet İdaresi Yasası'nda, tahville ilgili uyuşmazlıklarda artık davacının uğramış olduğu zararın miktarını, faiz ve masraflarla birlikte talep edebileceği hüküm altına alınmıştı. Bu hüküm, 18. yüzyılda mahkemeler tarafından oldukça dar yorumlanmış ve sadece bu alacak kalemlerinin talep edilebileceği kabul edilmişti<sup>72</sup>. Sonuç olarak, artık davacı sadece sözleşmeden kaynaklanan asıl zararını talep edebilir hale gelmiştir<sup>73</sup>. Bu nedenle dürüstlük ilkesi kapsamında ceza koşulunun uygulanabilir olup olmadığı nadiren mahkemelerce göz önüne alınmıştır<sup>74</sup>. Bunun bir sonucu olarak da ceza koşulu hükümleri artık "tazminat" hükümleri kapsamında değerlendirilmeye başlamıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, örfi hukuk, ceza koşulunu "tazminat" hükümleri içerisinde değerlendirmeye başladığından, salt ceza koşulu talebinin infazında oldukça zorluklar yaşamaya başlamıştır. Ceza koşulundan kaynaklanan alacakların talep edilememesi, fahiş kararlaştırılan ceza koşullarının hakkaniyet ilkesi kapsamındaki değerlendirmelerinde de oldukça geri planda kalmasına neden olmuştur.

*Cavendish* davasında konu edilen ahde vefa ilkesinin, dürüstlük ilkesi ile yorumlanmasının kabulünden önce değinmek istediğimiz bir diğer uyuşmazlık, New South Wales Temyiz Mahkemesi'nde görünmüş olan *Interstar Finance v. Integral Home Loans* davasıdır. İlgili mahkeme kararında, tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında karar vermiş oldukları ceza koşulu artık sözleşmenin bir parçası olduğundan, ceza koşulu hükmünün değiştirilmesi mümkün görülmemiştir<sup>75</sup>. 2008 yılında verilen bu karardan yaklaşık 7 yıl sonra, *Cavendish* davasında Yüce Mahkeme'nin ne gerekçe ile ceza koşuluna ilişkin yorumlarını değiştirmiş olduğunu aşağıda inceleyeceğiz.

## **b. Cavendish Davası**

*Cavendish* davasında, Yüksek Mahkeme ceza koşulunun söz konusu olabilmesi için, ceza koşulunun borcun veya zararın gerçek tutarının tahsili için bir güvence

---

<sup>71</sup> HALSON Roger/ LIU Qiao, Agreed Damages, the Penalty Rule, and Unfair Terms: An Anglo-Australian and Chinese Comparison, *TCJoCL*, Y. 2019, C.7, S.1, s. 63 (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxz003> E.T. 15.12.2021.

<sup>72</sup> Court of the King's Bench, *Hardy v. Bern*, 101 E.R. 355, T. 01.01.1794.

<sup>73</sup> Ceza koşulunun talep edilemeyeceği, *Kemble v Farren* kararının 143. Paragrafında da belirtilmiştir bkz: Court of Common Pleas, 130 Eng. Rep. 1234, T. 1829.

<sup>74</sup> *Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi* [2015] UKSC 67 para. 6.

<sup>75</sup> *Interstar Finance v. Integral Home Loans* Supreme Court of New South Wales, 27 Nisan 2007, Para 18.

niteliğini haiz olması gerektiğini belirtmiştir<sup>76</sup>. *Cavendish* davasından önce görülen *Interstar* davasında, mahkemelerin ceza koşulu hususunda yorum yapmaktan ne kadar kaçındıkları üzerine değinmiştik. *Cavendish* davasında ise, Yüksek Mahkeme'nin ceza koşulunun indirimi hususunda yorum yapmaktan kaçındığını görmekteyiz. Ancak, Yüksek Mahkeme her ne kadar ceza koşulu hususunda yorum yapmaktan kaçınmış olsa da örfi hukuk düzenine yeni bir ışık getirmiştir.

*Cavendish* davası incelendiğinde, ilk olarak "equity" olarak tanımlanan ve "hakkaniyet" olarak çevirisi mümkün olan bir kavramın dikkate alındığını görmekteyiz. Söz konusu "equity" kavramı, Yüce Mahkemece<sup>77</sup>: "Sözleşme konusu mahkeme önüne geldiğinde, mahkeme tarafından etkin bir şekilde elde edilebilecek belirli bir sonucun güvence altına alınabilmesi ve bu sonucun uygulanabilmesi için ilgili hükme uygun tahsil etme ihtimalinin olması durumu" olarak tanımlanmıştır.

*Cavendish* davasının ilgili bölümünde, İngiltere'de şu ana kadar yapılmayan ve ilk defa açık bir şekilde belirtilen "hakkaniyet" değerlendirmesi örfi hukuk kapsamı içerisinde oldukça önem arz eden hususlardan biri olmuştur<sup>78</sup>.

#### **(a)Hukuka Uygunluk İlkesi Testi**

*Cavendish* davasında, "hakkaniyet" ilkesi, "legitimate interest" ile özdeşleştirilmiş, bu kapsamda ceza koşulu hükmünün uygunluğu değerlendirilmiştir. Hukuka uygunluğun belirlenebilmesi için öncelikle mağdur tarafın yararına bakılmaktadır<sup>79</sup>. İngiltere'de ceza koşulunun tarihsel gelişimi göz önüne alındığında, parasal değerle değerlendirilen ceza koşulu hükümlerinin bir tazminat olarak değerlendirildiği belirtilmişti. Bu nedenle hem *Cavendish* davasından önce, hem de *Cavendish* davasında değerlendirilen önemli ölçütlerden birisi alacaklının parasal anlamda tatmin olabilmesidir. Alacaklının zararı parasal ölçüde tatmin edilebileceği için genellikle hukuka uygunluğun alacaklı tarafından talep edilebilecek tazminat miktarını aşamayacağı kural olarak kabul edilmektedir<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> SCHELHAAS, Harriet N., Concluding Comparative Remarks in Relation to UK Supreme Court Cases on Penalty Clauses, **ERoPL**, Y. 2017, C.25, S.1, s. 268 (Çevrimiçi) [https://repub.eur.nl/pub/106671/Repub\\_106671.pdf](https://repub.eur.nl/pub/106671/Repub_106671.pdf) E.T.18.01.2022.

<sup>77</sup> İngilizcesi için bkz: "Equity, on the other hand, relieves against forfeitures "where the primary object of the bargain is to secure a stated result which can effectively be attained when the matter comes before the court, and where the forfeiture provision is added by way of security for the production of that result".

<sup>78</sup> Özellikle, kolonileşen ülkelerde halen bağlı buldukları ülkelerin hukukunun uygulandığı oldukça fazla görülmektedir bkz: Akpan v. Royal Dutch Shell/Shell Nigeria, District Court Of The Hague, para.4.10, T. 30.01.2013, Çevrimiçi, <https://elaw.org/system/files/final-judgment-shell-oil-spill-ikot-ada-udo.pdf>, E.T.01.12.2021.

<sup>79</sup> *Cavendish* kararında Yüksek Mahkeme, ceza koşulunda büyük bir oransızlık varsa ve hiçbir hukuki yararı yoksa o zaman ceza koşulunun hükümsüz sayılması gerektiğini belirtmiştir.

<sup>80</sup> ROWAN, Solene, The "legitimate interest in performance" in the law on penalties, **CUJ**, Y. 2019, C. 78, S. 1, s. 151 (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1017/S0008197318000958> E.T. 20.01.2022.



Sonuç olarak, Türk Hukuku'nda her ne kadar ceza koşulu zarardan bağımsız olarak nitelendirilse dahi, İngiliz Hukuku'nda, ceza koşulu mağdur tarafın uğramış olduğu zararları aşamayacak, aşması halinde aşan kısım mahkeme tarafından kabul edilmeyecektir<sup>81</sup>. Her ne kadar bu çıkarım, İngiliz Hukuku tarihinden kaynaklanan bir gelişimden ibaret olsa da bunun aslında ceza koşulu için de bir üst sınır yaratmış olduğunu görmekteyiz. Ancak, bu üst sınır kesin bir hukuk kuralı olarak kabul edilmemektedir<sup>82</sup>. Nadiren de olsa, hukuka uygunluk kıstasının da mağdur tarafın uğramış olduğu zararı aşabileceği söylenebilmektedir<sup>83</sup>. Bu tür durumlar da genellikle, mağdur tarafın sözleşmeden kaynaklanan beklentilerinin tam olarak karşılanamaması ihtimalinde söz konusu olabilecektir. Taraflar bu beklentilerini korumak için tazminat yükümlülüğünü de aşacak ceza koşulu belirlemesi yapabilmeye hakkına sahiptirler.

*Cavendish* davasında, İngiltere Yüksek Mahkemesi zarar gören tarafın tazminatın ötesinde bir çareyi haklı çıkararak meşru bir menfaatin olduğuna karar vermiştir. Bunun asıl nedeni, ilgili hükümlerin pay satışından sonra eski pay sahiplerinin şirket ile rekabet etmesi halinde şirketi korumayı amaçlaması ile ilişkilendirilmiştir. Nitekim, İngiltere Yüksek Mahkemesi burada ceza koşulu hükmünün şirketin devamlılığını koruduğundan bahisle, hakkaniyete uygun olduğunu ve caydırıcı fonksiyonu haiz olduğunu belirterek ceza koşulu hükmünün hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir<sup>84</sup>.

Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, ceza koşulunun zararı aşmasındaki meşruluğu oluşturacak durumlar halen büyük bir belirsizlik yaratmaktadır. Bu belirsizliklerin biraz daha aşılması amacı ile İngiliz Hukuku'nda oldukça önem arz eden *White&Carter*<sup>85</sup> davasını inceleyeceğiz. İlgili davanın konusu, reklam ajansı ile hizmet sözleşmesi akdeden garaj sahibinin, sözleşmeyi imzalaması ile beraber hizmet sözleşmesini feshetmesine ilişkindir. İlgili davada mahkeme, hukuka uygunluk şartının gerçekleştiğinden bahisle, sözleşmeyi fesheden tarafın feshini kabul etmemiş ve bu kapsamda sözleşmeyi ifa eden tarafın sözleşme bedeline hak kazanacağına ilişkin karar vermiştir. Ancak, *Aquafaith* davasında, sözleşmenin devamının mağdur taraf için maddi olarak daha fazla yük olması durumunda böyle bir hususun kabul edilmeyeceği belirtilmiştir<sup>86</sup>.

Yukarıda belirtilen davaların, *Cavendish* davası ile bağlantısının tam olarak kurulamamış olması, İngiliz Hukuku'nda büyük bir sorun teşkil etmektedir. Nitekim, *Cavendish* davasında şirketin devamını esas alan tedbirlerin yönetim kurulu tarafından alınması hukuka uygunluk teşkil etmekte iken, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin devamının sağlanması da hukuka uygunluk temelini

---

<sup>81</sup>BİLGE, s. 110.

<sup>82</sup> *Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi* [2015] UKSC 67 para 28-32, 99.

<sup>83</sup> *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v Forsyth* [1996] A.C. 344 (HL); *Farley v Skinner* [2002] 2 A.C. 732 (HL) davalarında tazminatı da aşabileceği belirtilmiştir.

<sup>84</sup> *Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi* [2015] UKSC 67 para. 80-88.

<sup>85</sup> *White and Carter (Councils) Ltd v McGregor* [1962] AC 413.

<sup>86</sup> *Isabella Shipowner S.A. v Shagang Shipping Co. Ltd. "Aquafaith"* [2012] 1 C.L.C. 899 para.44.

oluşturmaktadır. Her ne kadar bu iki olay arasında büyük farklılıklar yer almaktaysa da, her iki olayda da dürüstlük ilkesini esas alan yorumun uygulama alanı bulunduğu ve dürüstlük ilkesi kapsamında korunması gereken yapının (bu sözleşme olabilir ya da şirketin kendisi olabilir) ayakta kalması için alınan tedbirlerin önemi vurgulanmaktadır<sup>87</sup>.

Ancak bu noktada Yüksek Mahkeme, yine örfi hukuk uygulanan Avustralya Hukuku'nu esas alarak ceza koşuluna ilişkin hükmün genişletilebilir olup olmadığını tartışmıştır<sup>88</sup>. İlgili dava, müşterinin mevcut fonlarını veya kararlaştırılan kredili mevduat limitini aşmasına izin verdiğinde ödenecek ceza koşulunun uygulanmasına ilişkindir. Bu davada, Avustralya Yüksek Mahkemesi, örfi hukukun temel aldığı dürüstlük ilkesini baz alarak sözleşmesel bir ihlal olup olmadığına bakılmaksızın ceza koşulu hükmünü geçersiz sayma hususunda şöyle karar vermiştir: “*Bir koşulun ceza koşulu sayılabilmesi için sözleşmede esas olan yükümlülüklerle aykırı gelinmesi halinde, ihlal eden tarafa ek bir yükümlülük yükliyorsa o zaman artık bu ceza koşuludur. Bu kapsamda, ceza koşulu artık temel borcun bir teminatı haline gelir. Eğer zararın tazmini asıl borcun ihlal edilmesine ilişkin yapılmış ise, teminat şartı ve ceza ancak bu tazminat ölçüsünde uygulanır*”. Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu bu kararın konusu olan uyuşmazlık her ne kadar “bankacılık usulsüzlükleri” olarak kabul edilebilir olsa da, olayda tüketici açısından herhangi bir sözleşmesel ihlal olmadığından ceza koşulu hükmünün uygulama alanı bulması mümkün olmamıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, İngiliz Hukuku bazında değerlendirilen örfi hukuk kapsamında aslında hiçbir şekilde uygulanamayan bir ceza koşulu hükmü görülmektedir. Ancak, Yüksek Mahkeme, *Cavendish* davasının 42. paragrafında Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar ile bağlı kalmak zorunda olmadığını belirtmiş ve burada bir değişiklik önermiştir<sup>89</sup>. Bu kapsamda, yıllardır süre gelen dürüstlük kuralının aslında doğru bir şekilde yorumlanmamış olduğu dayanak gösterilmiştir. Nitekim, *Cavendish* davasında “*Hakkaniyet uygulaması kapsamında ceza koşulu hükmünden tarafları kurtarmanın asıl nedeni sözleşmenin ifasında dahi feshedilebilir sözleşmelerin olmasıdır*” şeklindeki ifade ile, aslında yukarıda bahsi geçen *White&Carter* davasında yapmış olduğumuz açıklamalar kapsamında, yeni bir yorum şekli ortaya atılmıştır. Fakat Yüksek Mahkeme, ilgili davada ceza koşulu hususunda indirim yapılmasını kabul etmemekte ve bu kapsamda herhangi bir karar vermeyerek İngiliz Hukuku'nda belirsizlik yaratmıştır.

---

<sup>87</sup> *White and Carter (Councils) Ltd v McGregor*, AC 413, T.1962 ve *Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi*, UKSC 67, T. 2015.

<sup>88</sup> *Andrews v Australia and New Zealand Banking Group Ltd*, High Court of Australia, Dava No. M48/2012 T. 2012.

<sup>89</sup> Bu karar ile birlikte, Avustralya Hukuku ve İngiliz Hukuku uygulamalarında oldukça farklı kararlar oluştuğu görülmektedir. Ayrıca bkz: ELDRIDGE, John, *The New Law of Penalties: Mapping the Terrain*, **JoBL**, Sydney Law School Research Paper No. 18/56, vol. 8, 2018, s. 5. (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=3251706> E.T. 20.01.2022.

İngiliz Hukuku'nda, Türk Hukuku ile birlikte aşağıda incelemiş olduğumuz İsviçre ve Alman Hukuku uygulamasının tam tersi bir sistem benimsendiğini görmekteyiz. Normalde, tarafların sözleşme özgürlüğü kapsamında kararlaştırdıkları ceza koşulu hükümlerinin fahiş olması nedeniyle ceza miktarının indirimi söz konusu olmaktadır, İngiliz Hukuku tarihi gelişimi neticesinde oldukça sınırlamaya tabi olan ceza koşulu miktarının halihazırda alacaklının uğramış olduğu zararı aşamayacağı örfi hukukun temel prensiplerinden birisini oluşturmuştur<sup>90</sup>. Ancak, bu temel prensip de *Cavendish* davasına konu olan uyuşmazlık gibi “hukuka aykırılık” hallerinde istisnaya tabi olacak ve asıl zarardan daha fazla ceza miktarının kararlaştırılmasını da mümkün kılacaktır. Bu tür durumlarda, mahkeme özellikle “hakkaniyet ilkesi” ve “dürüstlük ilkesi” kapsamında somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapacaktır.

## **B. ALMAN HUKUKU'NDA HÂKİMİN CEZA KOŞULUNU İNDİRME YETKİSİ**

### **1. Tarihçe**

Alman Hukuku'nda düzenlenen ceza koşulunun tarihçesine bakıldığında Roma Hukuku'ndan etkilendiği görülmektedir. Özellikle, Roma Hukuku kapsamında görülen ceza koşulu uygulamalarının Alman Medeni Kanunu'nun (Al. MK) § 339 ile § 344 hükümleri arasında, ikili bir şekilde düzenlenmiş olması bunu doğrular niteliktedir. Bunlardan ilki gerçek ceza koşulu, diğeri ise bağımsız ceza koşuludur<sup>91</sup>. Gerçek ceza koşulu Al. MK. § 339 ve § 343 kapsamında düzenlenen ceza koşulu olup; Türk Hukuku ile benzer niteliktedir. Ancak, gerçek olmayan ceza koşulunda borçlu yükümlü olmadığı bir fiili üstlenmekten veya yükümlü olmadığı bir fiili yapmaktan kaçınmaktadır<sup>92</sup>. Gerçek olmayan ceza koşulunun ilk Roma Hukuku'nda uygulanmaya başlandığı görülmektedir<sup>93</sup>. Alman Hukuku'nda ise zamanla, “Selbstständigen Strafvorsprechen” olarak ifade edilen ceza koşulu bir tür “bağımsız ceza koşulu” olarak kabul edilmiş ve arka plana itilmiştir<sup>94</sup>. Böylelikle, Al. MK §339. ve §343 arasında düzenlenen “Gerçek Ceza Koşulu” hükümlerinin sözleşmelerde kararlaştırılan asıl ceza koşulu olması kabul edilmiştir.

### **2. Ceza Koşulunun İndirilmesi**

Alman Hukuku'nda ceza koşulunun indirilmesi kanun hükmünden doğmaktadır. Al MK. §343'te ceza kuşulundan indirim konusu şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) *Ceza koşulu, orantısız olarak yüksekse, borçlunun talebi üzerine ve mahkeme*

<sup>90</sup> Interstar Finance v. Integral Home Loans, Supreme Court of New South Wales, T. 27.04.2007; VITKUS, Simas, Penalty Clauses Within Different Legal Systems, *STICS*, Y. 2013, S.1, s. 155-156, (Çevrimiçi) <http://stics.mruni.eu/wp-content/uploads/2013/06/153-162.pdf> E.T. 29.01.2022.

<sup>91</sup> REBMANN, Kurt/ SAECKER Franz-Jürgen, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1979, s. 960.

<sup>92</sup> ARAZ, Nilgün DİNÇER, *Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae)*, Doktora Tezi, 2018, s. 3.

<sup>93</sup> REBMANN/ SAECKER s. 960.

<sup>94</sup> REBMANN/ SAECKER s. 960.

*kararı ile ceza koşulu makul bir miktara indirilebilir. Yeterlilik değerlendirilirken, alacaklının sadece maddi menfaati değil, her türlü meşru menfaati dikkate alınmalıdır. Para cezası ödendikten sonra, indirim hariç tutulur.(2) Aynı durum, §§ 339, 342 durumları dışında, birinin bir eylemi gerçekleştirilmesi veya ihmali durumunda bir ceza vaat etmesi durumunda da geçerlidir”.* İlgili hükmün tamamı incelendiğinde, ceza koşulunun indirilmesinde hem alacaklının hem de borçlunun menfaatinin dikkate alınması gerektiği özellikle vurgulanmıştır. İlgili hükümde ayrıca, indirimin uygulandığı miktarın artık ceza koşulundan hariç tutulduğu da görülmektedir<sup>95</sup>.

Al MK. §343 lafzi olarak sadece sözleşmeye dayalı ceza koşulu için değil, aynı zamanda diğer türdeki (haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi) sözleşme cezalarına da uygulanmaktadır<sup>96</sup>. Bununla beraber, ceza koşulunu düzenleyen sözleşme hükmünün tarafların iradesine bağlı olduğu ve ancak haklı nedenlerin oluşması halinde ceza koşulunda indirime gidilebileceği hüküm altına alınmıştır.

#### **a. Hâkimin Ceza Koşulunu İndirebilmesi için Gerekli Şartlar**

Ceza koşulu hükmünde indirimin yapılabilmesi için öncelikle ceza koşulunun geçerli olması gerekmektedir. Al MK. § 344<sup>97</sup>, Türk Borçlar Kanunu’nun aksine, kanunda sadece genel olarak sözleşmenin geçersizliği halinde ceza koşulunun uygulama alanı bulamayacağını hüküm altına almaktadır. Bununla birlikte, sözleşmeye bağlı ceza koşulunun gündeme gelebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmektedir<sup>98</sup>.

Ceza koşulunda indirim yapılabilmesi için üçüncü şart, borçlunun talebidir. Türk ve İsviçre Hukuku uygulamalarının aksine Al MK. § 343, borçlu tarafından talepte bulunulmasının bir şart olduğu hüküm altına almaktadır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, hâkim re’sen ceza koşulunda indirim yapamayacaktır.

Borçlunun ceza koşulunun indirilmesine ilişkin talebi ne zaman yapması gerektiği de önemli bir husustur. Özellikle, borçlunun ceza koşulunu kısmen ödemesi halinde Alman Federal Mahkemesi, borçlu tarafından ödenen miktarın fahiş olmadığını kabul etmektedir<sup>99</sup>. Ancak, borçlu tarafından kısmen ödeme yapılması durumunda kalan miktar tutarı üzerinden de indirim yapılabilir<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> İfa konusu para olmayan edimler için Alman Medeni Kanunu’nun 342. Maddesi gereğince yine 339-341 hükümlerinin uygulanacağı ayrıca düzenlenmiştir.

<sup>96</sup> İstisnaları için bkz: REBMANN/SAECKER, s. 960.

<sup>97</sup> “*Kanun hükmü gereğince, ifa vaadi geçersiz ise, taraflar vaaadin etkisizliğini bilseler bile, vaaadin yerine getirilmemesi durumunda verilen bir ceza da aynı şekilde hükümsüzdür.*”

<sup>98</sup> Alman Hukukunda, borçlunun ceza koşulunun oluşmasında kusuru olması gerektiğine ilişkin bkz: AKSOY, Hüseyin Can, Rethinking the Relationship between the Enforceability of Penalty Clauses and the Debtor’s Fault in Breach, **CEJSH**, C. 11, S. 2, 271-288 s. 272 (Çevrimiçi) <http://yoksis.bilkent.edu.tr/pdf/files/14894.pdf>, E.T. 02.01.2022.

<sup>99</sup> BGH I Z R 77/12.

<sup>100</sup> REBMANN/SAECKER s. 1383.

Hâkimin ceza koşulunun indirimine karar verebilmesi için ceza koşulu hükmünde belirtilen miktarın fahiş olması gerekmektedir. Ancak, hâkim tarafından ceza koşulunun fahiş olduğu incelenirken özellikle tarafların ekonomik durumları göz önüne alınmaktadır. Hâkimin bu noktada karar verirken sadece borçlunun değil aynı zamanda alacaklının sözleşmesel ilişkideki haklarını da koruması gerekmektedir<sup>101</sup>. Bu nedenle, ceza koşulunda zararın oluşup oluşmadığının da bir önemi yoktur. Zarar oluşmamış olsa dahi eğer alacaklının hakları ceza koşulu hükmünde yer alan miktardan daha da çok zedelenmiş ise hâkim bu noktada ceza koşulunun indirilmesi kararını vermeyebilecektir. Ancak, hâkim ceza koşulunun indirilmesine karar vermişse, son kararlaştırılan ceza koşulu miktarı toplamı zarar miktarından az olmamalıdır<sup>102</sup>. Bu noktada, sadece taraflar açısından bir değerlendirme yapılması genellikle dar yorum olarak kabul edildiğinden bu tür bir yorumun Alman mahkeme kararlarında uygulama alanı bulması pek mümkün değildir<sup>103</sup>.

### **b. Borçlunun Tacir Olma Sorunu**

Alman Hukuku'nda, TTK'nın 22. maddesi ile paralel olacak şekilde, ilgili ceza koşulunda indirim talebinin tacirler için geçerli olmayacağı Al MK. § 348 ve 351'de ayrıca düzenlenmiştir. İlgili madde hükümleri gereğince, Alman Hukuku kapsamında tacir olarak değerlendirilen gerçek veya tüzel kişilerin ceza koşulunda indirim talep edemeyeceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Tacirin tanımı Alman Ticaret Kanunu'nda (HGB) belirtilmiştir. HGB §1'in ilk fıkrasında *ticari işletme yürüten kişilerin* tacir olduğu hüküm altına alınmıştır<sup>104</sup>. Ancak, HGB § 348'de yer alan hükümde, sadece tacir sıfatını haiz olmanın yeterli olmadığı, aynı zamanda ceza koşulunun tacir tarafından yapılan ticari işlemler dahilinde kararlaştırılmış olması aranmıştır<sup>105</sup>.

Türk Hukuku'nda TTK'nın 22. maddesinde ise tacir olmanın bir sonucu olarak ceza koşulundan indirim talep edilemez iken, Alman Hukuku'nda hâkim borçlunun sadece tacir olduğuna değil aynı zamanda yapmış olduğu işlemin ticari iş olup olmadığını da incelemektedir.

HGB § 348'de<sup>106</sup> düzenlenen yasağın her koşulda uygulanabileceğini söylemek mümkün değildir. Alman Federal Mahkemesi kararlarında, hâkimler tarafından tacirin ticari hayatının mahvına neden olabilecek ceza koşulu hükümlerinin Al MK. § 307 gereğince indirim konusuna olabileceği belirtilmiştir<sup>107</sup>. İlgili hükümler

<sup>101</sup> REBMANN/SAECKER s. 1384.

<sup>102</sup> REBMANN/ SAECKER s. 1384.

<sup>103</sup> BGH I Z R 77/12 , BGH I ZR 45/11.

<sup>104</sup> "(1) Bu kanun kapsamında tacir, ticari bir iş yürüten kişidir."

<sup>105</sup> STAGL, Jakob Fortunat, Vertragsstrafe und Pauschalierter Schadensersatz im Deutschen Recht, **SUBJ**, Y. 2014, S. 2, s. 177 (Çevrimiçi) <https://heionline.org/HOL/P?h=hein.journals/stubabe2014&i=284> E.T.29.01.2022.

<sup>106</sup> "Tacirin ticari faaliyeti sırasında taahhüt ettiği sözleşme cezası, Medeni Kanunun 343. maddesi hükümlerine göre indirilemez."

<sup>107</sup> BGH I ZR 77/12.

gereğince, tacirin ticari işlemlerinde yapmış olduğu sözleşmelerde ceza koşulunun indirilmesi Al MK. § 343 kapsamında değil, Al MK. § 242 (dürüstlük ilkesini düzenleyen hüküm) kapsamında değerlendirilmektedir<sup>108</sup>.

HGB § 348'de yer alan atıf ile birlikte, taraflar arasında mutabık kalınan bir ceza koşulu, ihlalden kaynaklanan zarar ile olağanüstü derecede orantısız ise, Al MK. § 242<sup>109</sup> ve § 343 uyarınca indirime tabi olabilecektir<sup>110</sup>. Bu durumda, sözleşmede belirlenen ceza koşulu, Al MK. § 343'e göre değil, sadece Al MK. § 242'e göre indirilecektir<sup>111</sup>. Al MK. § 242'e göre, sözleşmede belirtilen ceza koşulu, mahkeme tarafından uygun bir düzeye indirilecek ve dürüstlük ilkesi kapsamında tüm koşullar dikkate alınacaktır.

Sözleşmede yer alan ceza koşulu değerlendirilirken, öncelikle ceza koşulunun yaptırım niteliği ve daha fazla ihlalleri önleme işlevi, ihlalin ağırlığı, ihlalin kapsamı ve alacaklı için tehlikesi, ihlal edenin kusuru ve ceza koşulunun işlevi göz önüne alınmaktadır<sup>112</sup>. Bu kapsamda, sadece Al MK. § 242'de düzenlenen "dürüstlük kuralının" uygulanmayacağı da ayrıca belirtilmelidir. Güncel Alman Federal Mahkemesi kararlarında aynı zamanda Al MK. § 307'nin de uygulama alanı bulacağı da belirtilmiştir<sup>113</sup>. İlgili madde hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: "(1) Standart iş koşullarındaki hükümler, iyi niyet şartının aksine, kullanıcı ile yapılan sözleşmenin diğer tarafını makul olmayan bir şekilde dezavantajlı hale getirirse hükümsüzdür. Hükmün açık ve anlaşılır olmaması da makul olmayan bir dezavantaj doğurabilir. (2) Aşağıdaki durumların oluşmasında şüphe olan durumlarda, makul olmayan bir dezavantajın var olduğu varsayılır.

1. Esas aldığı kanun hükmünün temel ilkelerine uygun değilse veya

2. Sözleşmenin doğasında bulunan temel hak veya görevleri, sözleşmenin amacına ulaşılmasını tehlikeye atacak ölçüde sınırlaması halinde"

Al MK § 307'nin 1. fıkrasına göre, ceza koşulu miktarı, ceza koşulunun öngördüğü ihlal ve ilk bakışta olası tehlikeler ile orantısız ise, sözleşme ceza koşulu hükümsüz olmaktadır. Bu bağlamda, ticari işlemlerde Al MK. § 242 uyarınca bir indirimin de mümkün olduğu<sup>114</sup>, ancak bu durumda daha katı bir standart uygulandığı görülmektedir<sup>115</sup>.

<sup>108</sup> BGH, I ZR 78/81, BGH I ZR 71/95.

<sup>109</sup> "Borçlu, örf ve adetleri göz önünde bulundurarak borcunu iyiniyetin gereklerine göre ifa etmekle yükümlüdür."

<sup>110</sup> STAGL, s. 178.

<sup>111</sup> BGH I ZR 168/05.

<sup>112</sup> BGH I ZR 54/91; 200.000 euro'yu aşan ceza koşulunun fahiş olacağına ilişkin bkz: BGH I ZR 168/05.

<sup>113</sup> BGH VII ZR 210/01; BGH VII ZR 133/11.

<sup>114</sup> Bir uyuşmazlıkta, mahkeme 53.000.000 euro olarak kararlaştırılan ceza koşulunun 200.000 euro'dan fazla olamayacağını, aksi takdirde iyi niyet kurallarına aykırı geleceğini belirtmiştir bkz: BGH I ZR 168/05.

<sup>115</sup> BGH I ZR 168/05.

Sonuç olarak, Türk Hukuku'ndakine benzer şekilde Alman Hukuku'nda da ceza koşulunun ne kadar yüksek olacağı sorusu her olayda spesifik bir şekilde kendi içinde değerlendirilmelidir. Bu kapsamda; sözleşme ihlaline neden olan tarafın kusur oranına ve ticari işletmenin türü ve büyüklüğüne bağlı olarak, alacaklı için taahhüt edilen ihlalin ağırlığına ve boyutuna bakılmalıdır<sup>116</sup>.

### **III. MİLLETLERARASI HUKUK KAPSAMINDA HUKUKİ DEĞERLENDİRME**

Ceza koşulu hükmüne ilişkin, özellikle uluslararası mahiyette uyuşmazlıklar Türk mahkemelerinin önüne geldiğinde uygulanacak hukuk, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu (MÖHUK) hükümlerine göre belirlenmektedir. MÖHUK'un 2. maddesi, kanun ihtilaflarına ilişkin hükümlerin uygulanmasını esas almıştır. Ceza koşulu hükümlerinin MÖHUK'un 5. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu işbu çalışmamızda ayrıca ele alınmıştır.

Hâkim, MÖHUK kapsamında uygulanacak hukuku belirlerken, aynı zamanda uygulama alanı bulacak hukuk kurallarının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını da dikkate alacaktır. İlgili kanun hükmü kapsamında, *“Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk Hukuku uygulanır”*. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, hâkim tarafından uygulanacak hukuk eğer Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, hâkim gerekli gördüğü durumda Türk Hukuku'nu uygulayabilecektir<sup>117</sup>.

Türk Hukuku'nda kamu düzenini açıklayan herhangi bir tanım yoktur. Konuyla ilgili bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda<sup>118</sup> kamu düzeni, *“niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor, her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmî açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen ‘toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü’ olarak tanımlanmıştır. Öbür taraftan, kamu düzenine aykırılık ise, “Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk*

<sup>116</sup> BGH I ZR 168/05.

<sup>117</sup> *“Kamu düzeni genel şekilde ifade edilmiş soyut bir kuraldır ve her somut olayda hâkim tarafından re'sen nazara alınır ve bir aykırılığın bulunup bulunmadığını araştırır.”* CAN, Hacı/TOKER, Ali Gümrah, **Milletlerarası Özel Hukuk (Ders Notları)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.123.

<sup>118</sup>RG. T. 20.09.2012, S. 28417.

*premsiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık” olarak açıklanmaktadır<sup>119</sup>.*

Diğer ülke hukuk düzenlemeleri incelendiğinde, İsviçre Federal Mahkemesi kararında İsviçre Borçlar Kanunu’nun 163. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen hükmün “kamu düzeni” ile ilgili olduğu açıkça kabul görmüştür<sup>120</sup>. Bununla beraber yukarıda incelenen *Cavendish* davası’nın 29. Paragrafında da görüleceği üzere, ceza koşulunun “kamu yararı” kapsamında değerlendirileceği de belirtilmiştir. Ancak, bu hususta İngiliz Hukuku’nda daha ayrıntılı herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlara bakıldığında ise, ekonomik olarak güçsüz olan tarafın korunmasız bırakılmasının kamu yararı ile ilişkilendirildiği görülmektedir<sup>121</sup>. Ancak Türk Hukuku incelendiğinde, ilgili hükmün kamu yararı kapsamında düzenlenmiş olduğu kanun koyucu tarafından açık bir şekilde belirtilmemiştir. Nitekim, yukarıda da belirtildiği üzere ceza koşulunun sözleşmenin bir tarafın mahvına neden olacak şekilde kararlaştırılması halinde, Türk Mahkemeleri tarafından Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesi uygulanabilmektedir<sup>122</sup>. Ayrıca, kamu düzenini oluşturan hükümler Türk Hukuku’nda pek fazla görülmemekle beraber, kanun koyucunun böyle bir amacı olmadığı görülmektedir<sup>123</sup>. Bu nedenle, İsviçre Hukuku’nun aksine, Türk Hukuku’nda hâkim, uygulanacak hukuku tespit ederken MÖHUK’un 5. maddesi kapsamında değil, kanun ihtilafları kapsamında karar verecektir.

## SONUÇ

Bu çalışmamızda, hem Kıta Avrupa’sında hem de örfi hukukta (“common law”) yer alan ceza koşulunun tarihsel gelişimi ve hâkimin fahiş kararlaştırılan ceza koşulunu indirme yetkisinin ne şartlarda söz konusu olduğu ele alınmış, farklı hukuk sistemlerine tabi olan uygulamaların aslında birbiri ile birçok hususta bağdaştığını ancak yıllar geçtikçe bazı konularda birbirinden farklı şekilde düzenlemelere maruz kalmış olduğuna ilişkin incelemeler yapılmıştır. Özellikle, İngiliz Hukuku’nun tahvil aracılığı ile ceza koşulu hükümlerini uygulaması ve Kıta Avrupası’nda ceza koşulu uygulamalarını genişletmesi, İsviçre ve Alman Hukuku’nun birbiri ile sıkı etkileşimi Roma Hukuku alanında birbiri ile benzer uygulamalara sebebiyet vermiştir. Türk Hukuku’nun da temel aldığı İsviçre ve Alman Hukuku kurallarının ise aslında bazı noktalarda Türk Hukuku ile farklılık ihtiva ettiği de ayrıca çalışmamızda ele alınmıştır.

---

<sup>119</sup> Yarg. HGK., 1998/12-287 E., 1998/325 K., 06.05.1998 “*Ahlak ve dürüstlük kurallarına, toplumun, hukukun, temel ilke ve değer yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları, ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır*”.

<sup>120</sup> BGE 41 II 138.

<sup>121</sup> TUNÇOMAĞ, s. 174-175.

<sup>122</sup> Yarg. HGK, E. 2001/9-1175, 2001/1166 K., 26.12.2001 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>123</sup> TUNÇOMAĞ, s. 174-175.



Karşılaştırmalı hukukta ceza koşulunun, tarihsel gelişimi yanında günümüzde kabul gören uygulama şartları Türk Hukuku ile birlikte değerlendirildiğinde, uluslararası uygulamalarında büyük bir görüş birliği olduğu ifade edilebilir. Bu kapsamda bizce de ceza koşulunun varlığı için genel olarak; sözleşmede belirtilen asıl ifaya bağlı fer'i nitelikte bir yükümlülüğün söz konusu olması gerektiği ifade edilebilir. Bununla birlikte, hâkimin takdir yetkisi hususunda ise ikili bir ayrıma gidilmesi isabetli olacaktır. İngiliz Hukuku'nu temel alan örfi hukuk uygulamalarında, ceza koşulu her ne kadar taraflarca serbestçe kararlaştırılabilse de, ceza koşulunun infaz kabiliyeti olmadığı için, alacaklı tarafından talep edilebilecek en üst tutarı oluşturan zarar belirlemektedir. Ancak Cavendish davası ile birlikte ceza koşulunu belirleyen bu üst sınırı aşan durumların hakkaniyet kapsamında mümkün olabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, İsviçre, Alman ve Türk Hukuku mevzuatlarında taraflarca serbest bir şekilde kararlaştırılabilen ceza koşulu İngiliz Hukuku'ndan bu kapsamda ayrılmaktadır. Nitekim, bahsi geçen bu hukuk uygulamalarında sözleşme serbestisi kapsamında alacaklı uğramış olduğu zararlar ile birlikte belli şartlar dahilinde ceza koşulunu da talep edebilecektir. Ancak bu noktada, sözü geçen hukuk uygulamalarda hâkimin takdir yetkisini kullanabilmesi için ceza koşulunun geçerli olması ve bahse konu ceza koşulunun fahiş olarak kararlaştırılması gerekmektedir. Ceza koşulunun "fahiş" olup olmadığına ise hâkim kanunun kendisine vermiş olduğu takdir yetkisini kullanarak karar verecektir. Türk Hukuku kapsamında hâkim ceza koşulunun indirilmesine karar verirken, özellikle hakkaniyet çerçevesinde somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmalı ve hem İsviçre hem de Alman Hukuku'nda olduğu gibi borçlu yararına ceza koşulunda indirim yaparken, alacaklının menfaatlerini de göz önünde bulundurmalıdır. Bunun yanında elbette, tüm özel hukuk yargılamalarında öncelikle dikkate alınması gereken, Türk Medeni Kanunu'nun 2. ve 3. maddelerinde tanımını bulan "*dürüstlük ve iyi niyet kuralları*" da ceza koşulunun indirilmesi talepleri değerlendirilirken, hâkim tarafından göz önünde bulundurulması gereken temel hukuki düzenlemelerdir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA /REFERENCES**

AKSOY, Hüseyin Can, Rethinking the Relationship between the Enforceability of Penalty Clauses and the Debtor's Fault in Breach, **CEJSH**, C. 11, S. 2, (Çevrimiçi) <http://yoksis.bilkent.edu.tr/pdf/files/14894.pdf>, E.T. 02.01.2022.

ARAZ, Nilgün DİNÇER, **Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae)**, Doktora Tezi, 2018.

ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018.

BIANCALANA, Joseph, The Development of the Penal Bond with Conditional Defeasance, **JoLH**, 2005, C. 26, University of Cincinnati Public Law Research Paper No. 06-14 (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=918531> E.T. 28.12.2021.

BİLGE, Necip, Cezai Şart, Y. 1958, Ahmet Esat Arsebük'e Armağan, **AHFY**, (Çevrimiçi) <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/9142/arma%C4%9Fan.pdf?sequence=1&isAllowed=y> E.T. 01.12.2021.

CAN, Hacı/ TOKER, Ali Gümrah, **Milletlerarası Özel Hukuk (Ders Notları)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

ÇINAR, Ömer, Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'na Göre Cezai Şartın İndirilmesi, **İTÜSBD**, Y. 2009, Cilt 8, Sayı 16, (Çevrimiçi) <http://www.ajindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423904956.pdf> E.T. 20.12.2021.

ELDRIDGE, John, The New Law of Penalties: Mapping the Terrain, **JoBL**, Sydney Law School Research Paper, Y. 2018, C. 8, S. 18/56 (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=3251706> E.T. 20.01.2022.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

GÖKSOY, Yaşar Can, Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü (TTK M. 18) Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Tacirlerin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri Üzerindeki Etkileri, **YHD**, Y. 2020, C. 2, S. 2, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/en/pub/yhd/issue/57555/817135> , E.T.18.01.2022.

HALSON, Roger/ Liu, Qiao, Agreed Damages, the Penalty Rule, and Unfair Terms: An Anglo-Australian and Chinese Comparison, **TCJoCL**, Y. 2019, C. 7, S.1, (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxz003> E.T. 15.12.2021.

KARAGÖZ, Veli, İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi, **EÜHFD**, Y. 2014, C. 18, S. 3-4 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1834465> E.T. 18.01.2022.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Doktora Tezi, İstanbul, 2010, (Çevrimiçi) <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/47148.pdf> E.T. 10.02.2022.

KOCAAĞA, Köksal, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

KOLLER, Alfred, **Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)**, In Bau- und Bauprozessrecht: ausgewählte Fragen. St. Gallen : Vereinigung für Baurecht, 1996, (Çevrimiçi) [http://alfredkoller.ch/sites/default/files/2017-11/Konventionalstrafe\\_fuer\\_Bauverzoegerungen.pdf](http://alfredkoller.ch/sites/default/files/2017-11/Konventionalstrafe_fuer_Bauverzoegerungen.pdf) E.T. 28.12.2021.

NOMER, Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Basım, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler CİLT II**, 10. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler CİLT II**, 15. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

RIZA, Ayhan/ HAYRETTİN, Çağlar/ ÖZDAMAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 14. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

REBMANN, Kurt, Saecker Franz-Jürgen, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979.

SCHELHAAS, Harriet N., Concluding Comparative Remarks in Relation to UK Supreme Court Cases on Penalty Clauses, **ERoPL**, Y.2017, C.25, S.1, (Çevrimiçi) [https://repub.eur.nl/pub/106671/Repub\\_106671.pdf](https://repub.eur.nl/pub/106671/Repub_106671.pdf) E.T. 18.01.2022.

SCHOCH, Walter, Begriff, **Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach Schweizerischem Recht**, Staempfli & Cie., Bern, 1935.

SİPAHİ, Tolgahan, **Ceza Koşulunun İndirilmesi**, İstanbul, 2020. (Çevrimiçi) [https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=wf-FPgY-5qjHEzEoOgvMs\\_Z2dsHE4pPkzkBYFwGL-Prj-rPmyLyJvWM9hVO7IOdn](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=wf-FPgY-5qjHEzEoOgvMs_Z2dsHE4pPkzkBYFwGL-Prj-rPmyLyJvWM9hVO7IOdn) E.T.18.02.2022.

STAGL, Jakob Fortunat, Vertragsstrafe und Pauschalierter Schadensersatz im Deutschen Recht, **SUBJ**, Y. 2014, S. 2, (Çevrimiçi) <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/stubabe2014&i=284> E.T.29.01.2022.

PELLANDA, Roth Katja, **Obligationenrecht Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen , Art. 1-183 OR**, Hrsg. Andreas FURRER/Anton K. SCHNYDER, 3. Basım, 2016 (SwissLex).

ROWAN, Solene, The Legitimate Interest In Performance In The Law On Penalties, **CUJ**, Y. 2019, C. 78, S. 1, (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1017/S0008197318000958> E.T. 20.01.2022.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 5. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.

TEKİNAY Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Yayınları, İstanbul, 1963.

VITKUS, Simas, Penalty Clauses Within Different Legal Systems, **STICS**, Y. 2013, S. 1, (Çevrimiçi) <http://stics.mruni.eu/wp-content/uploads/2013/06/153-162.pdf>, E.T. 29.01.2022.

VOGEL, Dominic, **Vertragliche Pflichten des professionellen Mannschaftssportlers und Sanktionierung von Vertragsverletzungen durch Konventionalstrafe oder disziplinarische Versetzung**, Schulthess Verlag, Zürich, 2018 (SwissLex).

# ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KURULLARININ OLUŞUMU VE İŞLEYİŞİ

Banu ÖZDEN\*

## Öz

Çalışanların sağlıklı ve güvenli bir ortamda iş görme edimini yerine getirmesi, iş kazaları ve meslek hastalığından korunması iş hukukunun temel amaçlarından birini oluşturmaktadır. Bu kapsamda işyerinde işveren tarafından alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemleri işverenin işçiyi koruma borcunun bir gereğidir. İşverenin işçiyi koruma borcu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde düzenleme altına alınmış, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda bu yükümlülük somutlaştırılmış ve işverenlerin alması gereken önlemler kapsamlı olarak belirtilmiştir. İşyerlerinde işveren tarafından alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinden biri olan iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22. maddesinde düzenleme altına alınmış, kurulların hangi işyerlerinde kurulacağı, oluşumu, görev ve yetkileri ile kurullar arası koordinasyon ve iş birliğinin nasıl yürütüleceği İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelikte belirtilmiştir. Asıl işveren ile alt işveren işçilerinin aynı çalışma alanını paylaştığı asıl işveren alt işveren ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda altı aydan fazla süren asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde işverenlere ayrıca iş sağlığı ve güvenliği kurulları arasında iş birliği ve koordinasyon yükümlülüğü getirilmiştir. Alt işveren işçisinin iş kazasına uğraması halinde tarafların kusur durumunun iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının kendilerine yüklediği yükümlülükler göre belirlendiği göz önüne alındığında işverenlerin kurullar arası iş birliği ve koordinasyon yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin tespiti önem taşımaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin genel çerçevesi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik uyarınca işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü, asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda işverenlerin kurullar arası koordinasyon yükümlülüğü ve yükümlülüğe aykırılık halinde işverenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu ele alınmıştır.

---

\* Av. Dr.; İstanbul Barosu; ORCID: 0000-0002-0170-3758; ozden.banu@hotmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 25.11.2021

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 16.03.2022

Bu makaleye atf için; ÖZDEN, Banu, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi", **İMHD**, Y. 2022, C. 7, S. 12, s. 139-167.

**Anahtar Kelimeler:** *Asıl İşveren, Alt İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu, Koordinasyon Yükümlülüğü.*

## **FORMATION AND FUNCTIONING OF OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY BOARDS IN THE EMPLOYER, SUB-EMPLOYER RELATIONSHIP**

### **Abstract**

One of the main aims of the labor law is to ensure that the employees work in a healthy and safe environment, and to protect them from work accidents and occupational diseases. In this context, occupational health and safety measures to be taken by the employer in the workplace are a requirement of the employer's obligation to protect the worker. The employer's obligation to protect the worker has been regulated in Article 417 of the Turkish Code of Obligations No. 6098, this obligation has been embodied in the Law No. 6331 on Occupational Health and Safety and the measures that employers should take are comprehensively specified. The obligation to establish an occupational health and safety committee, which is one of the occupational health and safety measures to be taken by the employer in workplaces, is regulated in Article 22 of the Occupational Health and Safety Law No. 6331. The workplaces where the occupational health and safety committees will be established, their formation, duties and powers, and how the coordination and cooperation between the committees will be carried out are specified in the Regulation on Occupational Health and Safety Committees. In order to ensure occupational health and safety in the relationship between the main employer and the subcontractor, where the workers of the main employer and the subcontractor share the same work area, in the Occupational Health and Safety Law No. 6331, in cases where the main employer-sub-employer relationship lasts for more than six months, cooperation between the employers' occupational health and safety boards and coordination obligations. It is important to determine whether the employers fulfill the obligation of cooperation and coordination between the boards, since the fault status of the parties is determined according to the obligations imposed on them by the occupational health and safety legislation in the event of a work accident of the subcontractor worker. In our study, the general framework of the main employer and sub-employer relationship in accordance with the Labor Law No. 4857, the employers' obligation to establish an occupational health and safety committee in accordance with the Occupational Health and Safety Law No. 6331 and the Regulation on Occupational Health and Safety Boards are discussed. In addition, in cases where there is a principal employer-subcontractor relationship, the employers' obligation to coordinate between the boards and the legal and criminal liability of the employers in case of violation of the obligation are discussed.

**Keywords:** *Employer, Sub-Employer, Health and Safety, Occupational Health and Safety Board, Coordination Obligation.*

## **GİRİŞ**

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işverenler üreteceği mal veya hizmeti başka bir işverenin işçileri aracılığıyla yerine getirmekte ve üretim alt işveren olarak nitelendirilen işverenin işçileri tarafından sağlanmaktadır. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin iş hukukunun kapsamı içine girmesinin sebebi alt işveren işçilerinin haklarının korunmasının sağlanmasıdır<sup>1</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu düzenlemesi uyarınca “*Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren alt işveren ilişkisi denir*”. Aynı düzenlemeye göre “*Asıl işveren alt işveren işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak, İş Kanunu’ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur*” (m. 2/6). 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 22. maddesi uyarınca da altı aydan fazla süren asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde çeşitli olasılıklara göre asıl işveren ile alt işverene iş sağlığı ve güvenliği kurulları arasında iş birliği ve koordinasyon yükümlülüğü getirilmiştir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde yargıya taşınan uyuşmazlıkların başında iş kazasından doğan tazminat davaları gelmekte olup, alt işveren işçisinin iş kazasına uğraması halinde işverenlerin sorumluluğunun tespiti için geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı ile işverenlerin üzerine düşen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle çalışmamızda ilk olarak 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin genel çerçevesi, ikinci olarak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda işverenlerin kurullar arası iş birliği ve koordinasyon yükümlülüğü, son olarak bu yükümlülüğe aykırılık halinde işverenlerin hukuki ve cezai sorumlulukları ele alınmıştır.

### **I. İş Kanunu Uyarınca Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi**

Hukukumuzda asıl işveren alt işveren ilişkisi ilk olarak 3008 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiş, 4857 sayılı İş Kanunu ile son halini almıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6. fıkrası uyarınca; “*bir işverenden, işyerinde*

<sup>1</sup> SUBAŞI, İbrahim, "İş Hukukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi", Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e Armağan, Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 125; CANBOLAT, Talat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri**, Kazancı Hukuk Yayınları: 113, İstanbul, 1992, s. 14.

yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir” İşverenler arasında kurulmuş olan ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak kabul edilmesi için Kanun’da belirtilen unsurların tamamını taşıması gerekmektedir. Unsurlardan birinin yokluğu halinde kurulan ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak değerlendirilmez<sup>2</sup>. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersizliği aynı başlık altında ayrıca incelenmiş olup bu aşamada ilişkinin unsurları değerlendirilmiştir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımlandığı İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6. fıkrasında “bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin iş alan diğer işveren” ifadesi kullanıldığından asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için öncelikle ilişkinin her iki tarafının da işveren sıfatını taşıması gerekir<sup>3</sup>. İşverenlik sıfatı ise İş Kanunu’na göre belirlenir. İş Kanunu’na göre işveren, bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlardır (m. 2/1). Belirtmek gerekir ki asıl işverenin işverenlik sıfatı alt işverene devrettiği işte de işçi çalıştırıyor olmasından kaynaklanmalıdır. Bu nedenle işin tamamının devredildiği anahtar teslimi işlerde asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilmez<sup>4</sup>. Bununla beraber alt işverenin de işveren sıfatı kendisine devredilmiş olan işte işçi çalıştırıyor olmasından kaynaklanmalıdır. Dolayısıyla işi devralmakla birlikte bunu kendisi yapan kişi alt işveren sıfatını taşımaz<sup>5</sup>.

İş Kanunu’nda alt işverene verilebilecek olan işler asıl iş ve yardımcı iş olarak sınırlandırılmıştır. Kanun’un m. 2/6 düzenlemesine göre bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl işin bir bölümde yürütülen işler alt işverenlik ilişkisine konu olabilir. Dolayısıyla bir işveren

---

<sup>2</sup> ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 34. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 114; SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 165; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 122; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt:1 Bireysel İş Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2021, s.45.

<sup>3</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 114; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. ; ÇANKAYA, Osman Güven / ÇİL, Şahin, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 21; BAŞBUĞ, Aydın, **Alt İşveren İlişkisi ve Güncel Sorunları Şeker Sanayi Örneği**, Türkiye Şeker Sanayi İşçileri Sendikası, Ankara, 2010, s. 64; EKONOMİ Münir, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması Ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler”, **Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı**, İstanbul, 2008, s. 27.

<sup>4</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT /ÖZKARACA, s. 116; CANBOLAT, **Asıl İşveren Alt İşveren**, s. 20; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 46; SÜZEK, s. 165; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 113; BAŞBUĞ, **Güncel Sorunlar**, s. 64.

<sup>5</sup> ÇELİK /CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 114; SÜZEK, s. 166.



tarafından başka bir işverene verilecek olan her iş İş Kanunu anlamında asıl işveren alt işveren ilişkisini oluşturmayacaktır. Diğer bir ifadeyle alt işverene verilecek olan işler işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işler veya işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl işin bir bölümünde yürütülen işler olmalıdır. Alt işverene verilecek işlerden olan yardımcı iş kavramı Alt İşverenlik Yönetmeliğinde tanımlanmıştır. Yapılan tanım uyarınca yardımcı iş, “*işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iştir*” (m. 3/ğ). Yargıtay’a göre yardımcı iş, üretime ilişkin olmakla birlikte ikinci planda kalan işlerdir<sup>6</sup>. Bununla beraber asıl işveren alt işveren ilişkisine konu olabilecek yardımcı işlerin her türlü yardımcı iş değil işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olan yardımcı işlerden olması gerekmektedir<sup>7</sup>.

Yardımcı işler dışında alt işverene verilebilecek olan işlerden bir diğeri işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl işin bir bölümünde yürütülen işlerdir. Asıl işin tanımı Alt İşverenlik Yönetmeliği’nde yapılmış olup Yönetmelik düzenlemesinde asıl iş, “*mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş*” olarak tanımlanmıştır (m. 3/1,c). Kanun düzenlemesi uyarınca asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekmektedir (m. 2/6). Öğretide bir görüş uyarınca madde metninde ifade olunan “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş*” ölçütü bütün olup bölünebilir nitelikte değildir. Bu görüşe göre alt işverene devredilecek olan asıl işin bir bölümü hem işletmenin ve işin gereği olmalı, hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır<sup>8</sup>. Öğretide başka bir görüş uyarınca söz konusu hükümler bölünebilir nitelikte olup madde metninde geçen “*ile*” sözcüğü “*veya*” olarak anlaşılmalıdır. Bu görüşteki yazarlara göre asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi için bu işin sadece işletmenin ve işin gereği olması ya da sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması yeterlidir<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Yar. 9. HD, E.2006/8092, K.2006/10486, 18.04.2006. Anılan karara göre, davalı işverenin asıl iştiğal konusu gıda üretimi olup, temizlik işi yürütülen mal üretimine ilişkin yardımcı iş niteliğindedir. (www.kazanci.com)

<sup>7</sup> MOLLMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 46.

<sup>8</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA s. 119; CANBOLAT, Talat, “Borçlar Hukuku Bakımından Alt İşveren”, **Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar Ve Çözüm Arayışları**, Antalya-Belek, 29 Nisan-2 Mayıs, 2010, s. 37; CANBOLAT, Talat, “4857 Sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri”, **10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu**, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 23; ÇANKAYA/ÇİL, s. 28; AKYİĞİT, Ercan, **İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik (Öğreti ve Uygulama)**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 40; SÜZEK, s. 170.

<sup>9</sup> SOYER Polat, “4857 Sayılı İş Kanununun 10. Yılında Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi İle İlgili Genel Bir Değerlendirme”, **10.Yılında İş Kanunu Semineri 15 Kasım 2013/İstanbul**, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2013, s. 34; ALPAGUT Gülsevil, “Alt İşverenlik Yönetmeliği Ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, **Legal İSGHD**, Ekim, 2008, S. 19, s. 1357;

Yargıtay'a göre asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işler ölçütünün bir arada bulunması gerekmektedir<sup>10</sup>. Aynı zamanda Yargıtay'a göre bu ölçütlerden baskın olanı teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerdir<sup>11</sup>. Başka bir anlatımla Yargıtay'a göre işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur<sup>12</sup>. Öğretide ifade edildiği ve bizim de katıldığımız görüş uyarınca asıl iş kural olarak asıl işverence yapılmalı, ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi halinde alt işverene verilmelidir<sup>13</sup>. Diğer bir ifadeyle asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için uzmanlık koşulu aranmalıdır<sup>14</sup>. Zira işverenlerin ekonomik olması nedeniyle asıl işin bir bölümünü alt işverene vermesi işletmenin ve işin gereğidir, ancak alt işverene verilen asıl işin bir bölümünün ayrı bir uzmanlık gerektirmesi de şarttır<sup>15</sup>. Örneğin tersane işvereninden yılda bir veya iki defa gemilere montajı yapılacak olan motor için bu yönde uzman personel istihdam etmesi beklenemeyeceğinden bu iş alt işverene

---

EKONOMİ, s. 46 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 46, “İle” bağlacının “veya” olarak anlaşılmasının sakıncasının olmadığı, “işletmenin ve işin gereği” kavramının işçilik maliyetlerinin ucuzlatılması ile bir ilgisinin bulunmadığı, işin alt işverene devrinin mümkün olup olmamasının işçilik maliyetleriyle değil işyerinde görülen iş ile ilgili olduğu, bununla beraber tartışmanın gereksiz olduğu, önemli olan hususun uzmanlık olduğu yönünde, EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 142.

<sup>10</sup> Yar. 9. HD, E.2021/10948, K.2021/15322, 03.11.2021, Yar. 9. HD, E.2021/6604, K.2021/11118, 30.06.2021, Yar. 9. HD, E.2021/6405, K.2021/10710, 23.06.2021, Yar. 22. HD, E.2017/26002, K.2019/22961, 11.12.2019, Yar. 22. HD, E.2017/25117, K.2019/21695, 27.11.2019. (www.kazanci.com)

<sup>11</sup> Yar. 9. HD, E.2021/6572, K.2021/11121, 30.06.2021, Yar. 9. HD, E.2020/3141, K.2020/1157, 08.10.2020. Aynı yönde kararlar için bkz. Yar. 9. HD, E.2016/3054, K.2019/4186, 25.02.2019, Yar. 22. HD, E.2016/5442, K.2019/2846, 11.02.2019, Yar. 22. HD, E.2016/2511, K.2019/399 10.01.2019. (karararama.yargitay.gov.tr)

<sup>12</sup> Yar. 9. HD, E.2016/16040, K.2017/10928, 19.6.2017, Yar. 9. HD, E.2015/36390, K.2016/19706, 14.11.2016, Yar. 9. HD, E.2016/10164, K.2016/13363, 15.6.2016. (www.kazanci.com)

<sup>13</sup> CANBOLAT, **Borçlar Hukuku Bakımından**, s. 23; CANBOLAT, **Çözüm Önerileri**, s. 37, Yargıtay bir kararında, asıl işi karayollarını yapmak, yaptırmak, emniyetle kullanılmalarını sağlayacak şekilde sürekli bakım altında bulundurmamak, bakımını yaptırmak, onarmak, onarımını yaptırtmak, işletmek, işletmektir, otoyollar ve bunların üzerinde bulunan bakım ve işletme tesisleri ile hizmet tesislerinin, diğer mal ve hizmet üretim birimleri ile varlıklarının yapımını ve / veya bakım ve onarımını ve / veya işletmesini yapmak veya yaptırmak ve denetlemek, karayollarının temizliği, gereken bölümlerinde çevre düzenlemesi ve yol boyu ağaçlandırılması ile peyzaj hizmetlerini yapmak veya yaptırmak olan Karayolları Genel Müdürlüğü'nün, yol bakım onarım ile kar -buzla mücadele hizmetlerinin bir kısmı emanet olarak yapılacağı, kar ve buzla mücadele hizmetlerinde yol kapanması, trafik kazası ve üçüncü şahısların karşılaşacağı zararlardan idarenin sorumlu tutulamayacağı, yol bakım ve onarım işlerinde haritada gösterildiği şekilde tarafların kendi yollarında çalışacağı, ancak kar ve buzla mücadele hizmetlerinin karma olarak yürütüleceğinin belirtildiği sözleşmeyi belli bir teknoloji ve uzmanlık gerektiren hizmet alım sözleşmesinde teknik detayları ayrıntılı olarak yazılı olan işi dava dışı yükleniciye verilmesini geçerli saymış ve yapılan sözleşme kapsamının, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerden olduğuna karar vermiştir. Yar. 22. HD, E.2018/3675, K.2018 /11184, 08.05.2018 (www.kazanci.com)

<sup>14</sup> CANBOLAT, **Çözüm Önerileri** s. 37.

<sup>15</sup> CANBOLAT, **Çözüm Önerileri**, s. 37.

verilebilecektir<sup>16</sup>. Belirtmek gerekir ki yardımcı işlerin alt işverene verilebilmesi için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesine gerek bulunmamaktadır<sup>17</sup>. Ayrıca asıl işin bir bölümünün de alt işverene verilebilmesi için asıl işin birbirini tamamlayan veya izleyen süreçlerden oluşması gerekmektedir<sup>18</sup>. Diğer bir ifadeyle asıl iş bir bütün oluşturuyor ve mal ve hizmet üretimi bütünlüğü bozulmadan bölünemiyorsa asıl işin bölünerek alt işverene verilemez<sup>19</sup>.

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası bir işverenden iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran işverenden bahsettiğinden alt işveren işçilerini başka işverenlerin işyerlerinde çalıştırıyorsa asıl işveren alt işveren ilişkiden söz edilmeyecektir<sup>20</sup>. Belirtmek gerekir ki belli bir iş organizasyonuna sahip olan alt işverenin asıl işverenin işyerinde görevlendirdiği işçileri olabileceği gibi görevlendirmedikleri işçileri de olabilir. Dolayısıyla alt işverenin bütün işçilerinin asıl işverenden alınan işte çalıştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Alt işverenin işçilerinin bir kısmını asıl işverenden aldığı işe özgüleyerek çalıştırması gerekli ve yeterlidir. Bu durum asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasını engellemez, ancak kurulan ilişki sonucu asıl işverenin sorumluluğu kendi işine özgülenerek çalıştırılan alt işveren işçilerine karşı olacaktır<sup>21</sup>.

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında yapılmış olan tanım uyarınca asıl işverenden alınan işin asıl işverenin işyerinde yapılması gerekmektedir<sup>22</sup>. Örneğin fason üretim yapan başka bir işverene iş verilmesi durumunda asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmayacaktır<sup>23</sup>. Bununla beraber bazı işler niteliği gereği işyerinde yapılmadığından geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin tespiti için işin niteliğine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>24</sup>. Örneğin gemilerle limana gelen hammaddelerin asıl işverenin işyerine taşınması işini yürüten kimsenin işini asıl işverenin işyerinde yapma olanağı yoktur<sup>25</sup>. Bu durum asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasını engellemez. Aynı durum personel

<sup>16</sup> CANBOLAT, **Çözüm Önerileri**, s. 38.

<sup>17</sup> ÇELİK /CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 123; SÜZEK, s. 167; EKONOMİ, s. 49; BAŞBUĞ, **Güncel Sorunlar**, s. 64.

<sup>18</sup> SÜZEK, s. 180.

<sup>19</sup> SÜZEK, s. 180.

<sup>20</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 118; AKYİĞİT, s. 60; SÜZEK, s. 171; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 48; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 131; BAŞBUĞ, **Güncel Sorunlar**, s. 74; ÇANKAYA/ÇİL, s. 30.

<sup>21</sup> CANBOLAT, **Borçlar Hukuku Bakımından**, s. 31; CANBOLAT, **Asıl İşveren - Alt İşveren**, s. 66; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 48; SÜZEK, s. 171; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 131; ÇANKAYA/ÇİL, s. 31; AKYİĞİT, s. 60; EKONOMİ, s. 61.

<sup>22</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 117; CANBOLAT, **Asıl İşveren - Alt İşveren**, s. 24.

<sup>23</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 118; CANBOLAT, **Asıl İşveren - Alt İşveren**, s. 24; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 122; BAŞBUĞ, **Güncel Sorunlar**, s. 66; EKONOMİ, s. 33.

<sup>24</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA s. 117; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 47; SÜZEK, s. 166.

<sup>25</sup> CANBOLAT, **Asıl İşveren - Alt İşveren**, s. 24.

taşıma işi için de geçerli olup alt işverenin bu işi üstlenmesi halinde diğer koşulların da varlığı halinde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olacaktır<sup>26</sup>.

İşverenlerin işçilerin ücretlerini düşürmek, sosyal güvenliğe ilişkin yükümlülüklerinden kaçmak, işçilerin toplu iş sözleşmesinden doğan haklarının kullanılmasını engellemek, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaktan kaçınmasını engellemek amacıyla asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasına yönelik birtakım sınırlamalar getirilmiştir<sup>27</sup>. İş Kanunu'nu uyarınca “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverene verilemez*” (m. 2/7). Öğretide hükmün anlatım biçimi karşısında, hak kısıtlaması olmaması koşuluyla asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür. Anılan görüşe göre asıl işverenin işçileri herhangi bir hak kısıtlamasına uğramadan aynı veya daha iyi çalışma koşullarıyla alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılabilir<sup>28</sup>. Diğer bir görüşe göre de söz konusu düzenlemeden asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılması her hal ve koşulda hak kısıtlamasına yol açmakta ve söz konusu hükümle bunun önlenmesi amaçlanmaktadır şeklinde bir sonuç çıkmakta ise de Kanun'un ifadesi dikkate alındığında daha önce asıl işverenin işçisi olan bir kimsenin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmasının yasaklanmadığı, ancak haklarının kısıtlanmasının yasaklandığı anlaşılmaktadır<sup>29</sup>. Kanaatimizce madde metninde geçen “*asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi*” ifadesi hak kısıtlaması olmaması şartıyla asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmasına imkân sağlamaktadır. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin m. 10/1,ğ düzenlemesinde de alt işverenlik sözleşmesinin yapılmasından önce asıl işveren tarafından çalıştırılan işçilerin alt işveren tarafından işe alınması halinde bu işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı hususuna yer verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla gerek Kanun düzenlemesi, gerek Yönetmelik düzenlemesi hak kısıtlaması olmaması şartıyla asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmasına olanak sağlamaktadır.

İş Kanunu uyarınca asıl işveren alt işveren ilişkisine getirilmiş olan bir diğer sınırlama daha önce o işyerinde çalıştırılan kimseyle asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulamamasıdır (m. 2/7). Öğretide söz konusu bu düzenlemenin mutlak emredici olduğu, her ne kadar bu sınırlama ile kötü niyetli uygulamaların

<sup>26</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA s. 117.

<sup>27</sup> CANBOLAT, **Çözüm Önerileri**, s. 22.

<sup>28</sup> EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 146; SÜZEK, s.177; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 51; ÇANKAYA/ÇİL, s. 32; EKONOMİ, s. 90; AKYİĞİT, s. 66.

<sup>29</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 143.

önüne geçilmesi amaçlansa da işçinin çalışma özgürlüğünün, girişim özgürlüğünün ve sözleşme özgürlüğünün kısıtlandığı ileri sürülmüştür<sup>30</sup>. Sınırlamanın mutlak emredici olmadığını ileri süren görüş uyarınca ise sınırlamaya konu her ilişkiyi geçersiz saymamak ve somut olayın koşullarına göre karar vermek yerinde olacaktır<sup>31</sup>. Kanaatimizce anılan sınırlama mutlak emredici nitelikte olup her ne kadar işçinin korunması düşüncesiyle kötü niyetli uygulamaların önüne geçmek için düzenlenmiş olsa da Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırılık oluşturmaktadır. Bununla beraber Alt işverenlik Yönetmeliği'nde daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olmasının alt işveren ilişkisinin kurulmasına engel teşkil etmeyeceği düzenlemesi mevcuttur (m. 4/1,d). Öğretide ifade edildiği üzere Alt işverenlik Yönetmeliği'nde iyiniyetli uygulamalar göz önüne alınarak söz konusu sınırlama yumuşatılmıştır<sup>32</sup>. Ancak kanaatimizce Anayasa'ya aykırılık teşkil eden bu düzenlemenin kaldırılması yerinde olacaktır.

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında yukarıda sözü edilen sınırlamalar sayıldıktan sonra aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığının kabul edileceği ve alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği düzenleme altına alınmış, ardından işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceği ifade olunmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceğinin yaptırımı da alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görmesidir<sup>33</sup>. Bununla beraber söz konusu sınırlama asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımlandığı bir önceki fıkrada da belirtilmiştir. Yargıtay'a göre bu ölçütün her iki fıkrada da belirtilmesinin sebebi asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler ölçütünün bir arada bulunmasının gerekliliğini ortaya koymaktır<sup>34</sup>. Oysa öğretide ifade edildiği üzere anılan hüküm kanun yapma tekniğine uygun olmayacak şekilde tekrar niteliğindedir<sup>35</sup>. Bununla beraber madde metninde ifade olunan “*aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görürler*” hükmünün sınırlamalara aykırı hareket edildiği takdirde ve genel olarak

<sup>30</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 144; CANBOLAT, **Borçlar Hukuku Bakımından**, s. 34; CANBOLAT, **Çözüm Önerileri**, s. 49; AKYİĞİT, s. 57; SÜZEK, s. 179.

<sup>31</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 52.

<sup>32</sup> EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 147.

<sup>33</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA s. 147.

<sup>34</sup> Yar. 9. HD, E.2021/10948, K.2021/15322, 03.11.2021, (karararama.yargitay.gov.tr.) Yar. 22. HD, E.2017/38694, K.2017/19266, 25.09.2017, Yar. 22. HD, E.2017/42712, K.2013 /22533, 23.10.2017, Yar. 22. HD, E.2017/41021, K.2017/21149, 09.10.2017. (www.karartek.com)

<sup>35</sup> CANBOLAT, **Çözüm Önerileri**, s. 36.

asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı hallerde alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem göreceği şekilde anlamak isabetli olacaktır<sup>36</sup>. Yargıtay’a ve öğretide diğer bir görüşe göre ise İş Kanunu’nun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen sınırlamaların aksi ispatlanabilir adi kanuni karineler olduğu kabul edilmelidir<sup>37</sup>. Diğer bir ifadeyle Yargıtay’a göre söz konusu sınırlamaların varlığı halinde asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı kabul edilir. Ancak öğretide ifade edildiği üzere 1475 sayılı İş Kanunu döneminde uygulamada muvazaalı olan durumlar 4857 sayılı İş Kanunu döneminde kanun metni haline getirildiğinden söz konusu bu işlemler muvazaa olmaktan çıkmış, kanunun emredici hükmü haline gelmiştir<sup>38</sup>. Dolayısıyla görüşümüze göre Kanun metninde belirtilmiş olan sınırlamalara aykırılık halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaa nedeniyle değil kanunun emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu kabul edilmelidir<sup>39</sup>.

Kanuna uygun olarak kurulmuş asıl işveren alt işveren ilişkisinde “*asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak, İş Kanunu’ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur*” (m. 2/6). Dolayısıyla iş kazasına uğrayan alt işverenin işçileri veya işçinin ölmesi halinde desteğinden yoksun kalanlar İş Kanunu’nun m. 2/6 düzenlemesi uyarınca alt işverene karşı ileri sürebilecekleri taleplerin tamamını isterse asıl işverenden, isterse alt işverenden isteyebilirler<sup>40</sup>. Asıl işveren ve alt işverenin alt işveren işçilerine karşı olan birlikte sorumluluğu çalışmamızın üçüncü başlığında incelenmiştir.

<sup>36</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA s. 147.

<sup>37</sup> Yar. 9. HD, E.2021/11978, K.2021/16281, 08.12.2021, Yar. 9. HD, E.2021/9983, K.2021/14232, 13.10.2021, Yar. 9. HD, E.2021/9107, K.2021/13402, 30.09.2021. (karararama.yargitay.gov.tr), SÜZEK, s. 179, Öğretide başka bir görüşe göre ise işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde muvazaa mevcut olmakla birlikte bu husus Kanun’da karine olarak muvazaalı kabul edilen haller arasında sayılmamıştır. Aynı görüşe göre uzmanlık dışı bir işin alt işverene verilmesi halinde muvazaanın varlığı diğer hallerden farkı olarak çürütülemez nitelikte mutlak bir karine oluşturmaktadır. Diğer tüm hallerde muvazaa karinesi aksi ispatlanabilir adi karine hükmündedir, MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 51.

<sup>38</sup> CANBOLAT, Talat, “Alt İşverenlik”, **Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 10.Çalışma Meclisi Semineri**, Bilkent Otel ve Konferans Merkezi Ankara, 26-27 Eylül 2013, s. 145; CANBOLAT, Talat, “Yozlaşmış Alt İşverenlik (Taşeronluk)”, **Tes-İş Dergisi**, Ağustos, 2010, s. 108.

<sup>39</sup> CANBOLAT, **Alt İşverenlik**, s. 146; CANBOLAT, **Borçlar Hukuku Bakımından**, s. 28.

<sup>40</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 130; CANBOLAT, **Asıl İşveren-Alt İşveren**, s. 71; ÇANKAYA/ÇİL, s. 51; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 49; SÜMER, Haluk Hadi, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 67; ÖZDEMİR, Erdem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s.197; Bkz: Yar. 9 HD, E.2019/2529, K.2019/18202, 16.10.2019, Yar. 9. HD, E.2016/4619, K.2019/13673, 18.06.2019, Yar. 9. HD, E.2018/10966, K.2019/3087, 11.02.2019. (karararama.yargitay.gov.tr)

## **II. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Uyarınca İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Kurma Yükümlülüğü**

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22. maddesinde elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü düzenlenmiştir<sup>41</sup>. İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğünün doğması için işyerinde elli veya daha fazla sayıda işçi çalıştırılması ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapılması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir<sup>42</sup>. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğünün koşullarından biri olan elli çalışan sayısının hesaplanmasında işçilerin iş sözleşmesinin türünün bir önemi yoktur. Kanun düzenlemesi “çalışan” ifadesine yer verdiğinden işyerindeki çırak ve stajyerler de sayının hesabında dikkate alınır<sup>43</sup>. İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmaktan kaçınma amacıyla çalışan sayısını ellinin altında tutmasının önüne geçmek için elli çalışan sayısının belirlenmesinde işin niteliğinden hareket edilerek işyerinde sürekli bulunması gereken işçi sayısının elliden fazla olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>44</sup>. Belirtmek gerekir ki elli çalışan sayısının belirlenmesinde alt işveren işçileri sayıya dâhil edilmezler<sup>45</sup>. Zira asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işveren bağımsız işveren sıfatına sahiptir. Alt işverenin bağımsız işveren sıfatından dolayı üstlendiği işi gördüğü yer hukuken ayrı bir işyeridir. Bu nedenle alt işverenin bağımsız işyeri

<sup>41</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu öncesi dönemde İş Kanunu'nda iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü sadece sanayiden sayılan işler bakımından söz konusuydu. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise tüm işyerlerini kapsamına aldığı için sadece sanayiden sayılan işyerlerinde değil, sanayi veya ticari faaliyet kapsamında olduğu fark etmeksizin, elli veya daha fazla işçi çalıştırılan ve altı aydan fazla sürekli işlerin yürütüldüğü bütün işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü getirmiştir. CANIKLIOĞLU, “Nurşen, 6331 Sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri”, **Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Çalışma Mevzuatı Seminer Notları**, Antalya, 26-30 Eylül, 2012, s. 582; AKIN, Levent, **İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 127; CENTEL, Tankut “İş Sağlığı Ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş Ve İşleyişi”, **SİHD**, Mart, 2013, Y. 8, C.29, s.17; ALPAGUT, Gülsevil, “6331 Sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları”, **İÜHF**, C. LXXII, S. 2, s. 39.

<sup>42</sup> ÖZDEMİR, s.178, SÜMER, s. 161; SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem, **İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları**, Birinci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 39.

<sup>43</sup> CANIKLIOĞLU, s. 53; ÖZDEMİR, s. 178; SÜMER, s. 162.

<sup>44</sup> AKIN, s. 133.

<sup>45</sup> EKMEKÇİ, Ömer, **4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı Ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi**, Birinci Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 46-47; EKMEKÇİ, Ömer, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İSG Uygulamaları”, **Çimento Sektöründe İş Sağlığı Ve Güvenliği Sempozyumu Tebliğler Ve Tartışmalar**, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, 14-15 Kasım 2008, s. 63; Aksi yönde görüş için bkz, AKIN, s. 135, Yazara göre elli çalışan sayısının aynı ortamda bulunan işçi sayısı olarak kabul edilmesi gerekmekte olup aksi halde çok sayıda alt işverenin birlikte çalıştığı bir işyerinde yüzlerce işçi bulunmasına rağmen her işverenin çalışan sayısı ellinin altında kaldığı durumlarda iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma zorunluluğu doğmayacaktır. Aksi yönde diğer bir görüşe göre elli çalışan sayısının belirlenmesinde önemli olan iş yerinde çalışan işçilerin kiminle iş sözleşmesinin bulunduğu değil işyerinde fiilen kaç kişinin çalıştığıdır, SARIBAY ÖZTÜRK, s. 87.

ve işveren sıfatı göz önünde bulundurularak çalışan sayısının ayrı hesaplanması gerekmektedir.

İş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğünün şartlarından biri işyerinde sürekli işlerin yapılması olup sürekli işin tespiti konusunda İş Kanunu'nun 10. maddesi dikkate alınacaktır. Anılan düzenleme uyarınca nitelikleri bakımından otuz iş gününden fazla süren işler sürekli iştir. Dolayısıyla niteliği gereği otuz iş gününden fazla süren işlerin yapıldığı işyerinde işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü söz konusu olup bu işlerden de altı aydan fazla süren işlerin yapıldığı işyerlerinin işvereni iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturacaktır<sup>46</sup>. Altı aylık sürenin belirlenmesinde bir yıllık dilim dikkate alınacak olup bir yıl içinde altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulacak, örneğin bir yılın sadece üç ayında faaliyette bulunan işyerlerinde işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır<sup>47</sup>.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik uyarınca iş sağlığı ve güvenliği kurulu; işveren veya işveren vekili, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi, insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi, bulunması halinde sivil savunma uzmanı, bulunması halinde formen, ustabaşı veya usta, çalışan temsilcisi, işyerinde birden çok çalışan temsilcisi olması halinde baş temsilciden oluşur (m. 6/1). İş sağlığı ve güvenliği kurulunun görev ve yetkileri Yönetmeliğin 8. maddesinde sayılmış olup, kurulacak olan kurula iş sağlığı ve güvenliği ilgilendiren hemen her konuda görevler yüklenmiştir. Kurullar görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmek, işverenler de mevzuata uygun kurul kararlarını uygulamakla yükümlü olduğundan kurulların iş sağlığı ve güvenliği sisteminin gelişmesinde büyük bir işlevi olduğu söylenebilir<sup>48</sup>.

İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğünün şartları işyerinde elli veya daha fazla çalışanın bulunması ve işyerinde altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapılması olduğundan asıl işveren ve alt işveren bu ilişkiden bağımsız olarak işveren sıfatından dolayı kurul kurma yükümlülüğünü yerine getirecektir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 22/1 düzenlemesi gereği iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü asıl işveren alt işveren ilişkisinden bağımsız olup, işveren sıfatından kaynaklanmaktadır.

<sup>46</sup> ÖZDEMİR, s. 179; CENTEL, s. 14; SÜMER, s. 163.

<sup>47</sup> ÖZDEMİR, s. 179.

<sup>48</sup> CANIKLIOĞLU, s. 52; AKIN, s. 132; EKMEKÇİ, *İşyeri Örgütlenmesi*, s. 65; ÖZDEMİR, s. 177.



### **III. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkinin Bulunduğu Durumlarda İşverenlerin İş Birliği ve Koordinasyon Yükümlülüğü**

#### **A. Genel Olarak**

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun m. 22/2 düzenlemesi çeşitli olasılıklara göre asıl işveren alt işveren ilişkisinin altı aydan fazla sürdüğü durumlarda işverenlerin kurullar arası iş birliği ve koordinasyon yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Düzenlemenin amacının aynı coğrafi alanda faaliyette bulunan asıl işveren ve alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu olmaksızın çalışmalarının mümkün olduğunca önüne geçmek olduğu söylenebilir<sup>49</sup>. Diğer bir ifadeyle kanun düzenlemesiyle asıl işverenin işyerinde iş yapan alt işverenin de o işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği uygulamalarına katılması ve iş birliğinin sağlanması amaçlanmaktadır<sup>50</sup>.

Asıl işveren ve alt işverenin kurullar arası iş birliği ve koordinasyon yükümlülüğünü düzenleyen Kanun'un m. 22/2 fıkrası altı aydan fazla süren asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumları kapsamaktadır. Altı aydan az süren asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren ve alt işveren arasında Kanun'un m. 22/2 hükmü uygulama alanı bulmayacak ve asıl işveren ve alt işverenin bu konuda bir yükümlülüğü doğmayacaktır. Örneğin altı aydan kısa süren temizlik, bakım, onarım gibi işlerde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulması durumunda alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurullarında temsiline ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır<sup>51</sup>. Belirtmek gerekir ki düzenlemenin ilk fıkrasında işverenin kurul oluşturma yükümlülüğü için işyerinde altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapılması şartı aranmaktadır. Dolayısıyla işyerinde yürütülen faaliyet altı aydan fazla ise işverenin kurul oluşturma yükümlülüğü söz konusu olacağından alt işverenlik ilişkisinin de en az altı ay süreli olması koşulu aranmaktadır<sup>52</sup>. Kanaatimizce Kanun'un m. 22/1 ve m. 22/2 düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde kurullar arası koordinasyon ve iş birliğine ilişkin hükümlerin

---

<sup>49</sup> CENTEL, s. 14.

<sup>50</sup> AKIN, s. 138.

<sup>51</sup> ÖZDEMİR, s. 205; SÜMER, s. 167.

<sup>52</sup> Öğretide bir görüşe göre söz konusu ayırımın haklı bir gerekçesi yoktur ve kurul kurma yükümlülüğünün işyerinin çalışan sayısının elli veya daha fazla olması kriterine uygun olarak bütün asıl işveren alt işveren ilişkilerine uygulanması gerekmektedir, ERTÜRK, Şükran, "İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler", **SIHD**, Eylül 2012, Y. 7, S. 27, s. 23. Benzer görüşe göre de iş sağlığı ve güvenliği kurulları iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için kurulmakta olup altı aydan kısa süren asıl işveren alt işveren ilişkilerinde kurul oluşturmamanın gerekli görülmemesi bu işlerde iş sağlığı ve güvenliğinin önemli olmadığı anlamına gelmektedir, SARIBAY ÖZTÜRK, s. 38. Hükmü isabetli bulan bir görüşe göre alt işverenin de bir işveren olması ve düzenlemenin ilk fıkrayla birlikte ele alınması zorunluluğu karşısında, altı aydan daha kısa süreli olan asıl işveren alt işveren ilişkilerinde kurul oluşturma yükümlülüğünün bulunmayışı olağan karşılanmalıdır ve bu ayırımın İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kendi mantığı ve düzenleme biçimiyle uyumlu olduğu söylenebilir, CENTEL, s. 14; Benzer yönde, DEMİRCİOĞLU, A. Murat/KORKMAZ, Doğan/KAPLAN, Hasan Ali, **Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 45, 163. dpn.

en az altı ay süren asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda uygulanması yerinde bir düzenlemedir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda kurullar arası iş birliği ve koordinasyon yükümlülüğünü işyerinde sadece bir tane alt işveren olma ihtimali üzerinde durarak düzenlemiştir. İşyerinde birden fazla alt işveren olması durumunda kurulların nasıl işleyeceği ve işverenlere ne gibi yükümlülükler düştüğü mevcut düzenlemede belirsizdir. Öğretide bir görüş uyarınca Kanun'un m. 22/2 fıkrasında belirtilmiş olan bütün hallerde tek bir kurul kurulması ve asıl işverenin bu kurulu kurmakla yükümlü olması yerinde olacaktır<sup>53</sup>. Öğretide diğer bir görüşe göre en az elli çalışanı olan ve altı aydan fazla süren birden fazla alt işverenlik ilişkisi kurulan işyerlerinde asıl işverenin de elliden fazla çalışanı varsa Kanun'un m. 22/2,a düzenlemesi uygulama alanı bulacak ve kurul kararlarının uygulanması konusunda iş birliği koordinasyon asıl işverence sağlanacaktır<sup>54</sup>. Aynı görüşe göre asıl işverenin elliden az çalışanı olduğu durumlarda asıl işveren Kanun'un m. 22/2,c düzenlemesine göre alt işverenlerin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere yetkili bir temsilci atayacaktır<sup>55</sup>. Alt işverenlerin elliden az çalışanı olması halinde ise kurul oluşturma yükümlülüğü olmayan alt işverenler koordinasyonu sağlamak üzere asıl işverenin oluşturduğu kurula yetkili temsilci atayacaklardır<sup>56</sup>. Öğretide başka bir görüşe göre her bir alt işverenlik ilişkisi ve alt işverenin işyeri diğer alt işverenliklerinden ayrı olarak değerlendirilmelidir. Yani alt işverenler bir bütün olarak değil, ayrı ayrı ele alınarak çalışan sayısı hesaplanmalı, diğer alt işverenlerin çalışan sayısından bağımsız olarak değerlendirme yapılmalıdır<sup>57</sup>. Örneğin bir alt işverenin çalışan sayısı elli beş, diğer alt işverenin çalışan sayısı otuz beş ise çalışan sayısı elli beş olan alt işveren, diğer şartlar da mevcutsa kurul kuracak ve asıl işverenin kurduğu kurulla iş birliği yaparak çalışacaktır. Çalışan sayısı otuz beş olan ve kurul oluşturma yükümlülüğü olmayan alt işveren ise diğer alt işverenin kurduğu kurulun dışında kalacaktır. Anılan görüş uyarınca konunun Yönetmelik düzenlemesi ile açıklığa kavuşturulması gerekmektedir<sup>58</sup>.

Kanaatimizce işyerinde birden fazla alt işverenin bulunduğu durumlarda öncelikle asıl işverenin kurul oluşturma yükümlülüğünün olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Asıl işverenin kurul oluşturma yükümlülüğü söz konusuysa diğer bir ifadeyle asıl işverenin çalışan sayısı elli ve daha fazla ise alt işverenlerin çalışan sayısı ayrı ayrı hesaplanarak sonuca ulaşılmalıdır. Alt işverenlerden birinin veya bir kaçının kurul oluşturma yükümlülüğü söz konusu ise asıl işveren ve her alt işveren ayrı ayrı kurul oluşturacak, asıl işveren ve alt işverenler

<sup>53</sup> BAŞBUĞ Aydın, **İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği**, Türkiye Şeker Sanayi İşçileri Sendikası, Ankara, 2013, s. 88.

<sup>54</sup> DEMİRCİOĞLU/KORKMAZ/KAPLAN, s. 47.

<sup>55</sup> DEMİRCİOĞLU/KORKMAZ/KAPLAN, s. 47.

<sup>56</sup> DEMİRCİOĞLU/KORKMAZ/KAPLAN, s. 47.

<sup>57</sup> AKYİĞİT, s. 131.

<sup>58</sup> AKYİĞİT, s. 131.

tarafından kurulan kurullar arasında iş birliği ve koordinasyon m. 22/1,a gereği asıl işveren tarafından sağlanacaktır. Aynı zamanda kurul oluşturan alt işverenler arasında Kanun'un m. 22/3 düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır. Anılan düzenlemeye göre; “*Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması halinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir*”. Bu düzenleme uyarınca alt işverenler birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer alt işverenleri bilgilendirmekle yükümlü olacaktır. Belirtmek gerekir ki söz konusu düzenleme asıl işverene ait işyerinde çalışan alt işveren ile alt işveren niteliği taşımayan müteahhitler arasındaki ilişkilere de uygulanabilir niteliktedir<sup>59</sup>. Ancak Kanun'un 22/3 düzenlemesinin uygulama alanı bulduğu durumlarda koordinasyonun kimin tarafından sağlanacağı Kanun düzenlemesinde belirtilmediğinden öğretide ifade edildiği üzere her işveren diğer işverenlere koordinasyon kurmakla yükümlü olmalıdır<sup>60</sup>. Belirtmek gerekir İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmeliğin m. 4/3 fıkrasında işverenlerin kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirme yükümlülüğü düzenleme altına alınmış, ancak asıl işveren alt işveren ilişkisi bu yükümlülükten muaf tutulmuştur. Söz konusu düzenleme uyarınca “*Asıl işveren alt işveren alt işveren ilişkisi bulunmayan ve aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması halinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir*”. Öğretide ifade edildiği üzere Kanun düzenlemesinde taraflar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmekteyken Yönetmelik düzenlemesinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu halleri bu yükümlülükten muaf tutmak Kanun'a aykırılık teşkil etmektedir<sup>61</sup>.

Asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğünün olduğu, ancak alt işverenlerden birinin kurul kurma yükümlülüğünün olmadığı durumlarda bu alt işveren bakımından İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun m. 23/1 düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır. Anılan düzenleme uyarınca “*Aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda işverenler; iş hijyeni ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında iş birliği yapar, yapılan işin yapısı göz önüne alınarak mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulması çalışmalarını koordinasyon içinde yapar, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini bu riskler konusunda bilgilendirir*”. Dolayısıyla işyerinde kurul oluşturan asıl işveren ve alt işveren, kurul oluşturması gerekmeyen alt işverenle Kanun'un m. 23/1 düzenlemesi kapsamında koordinasyon içinde çalışarak birbirlerini ve çalışan temsilcilerini riskler konusunda bilgilendirmekle yükümlü olacaklardır. Ayrıca işyerinde kurul oluşturması gerekmeyen alt

<sup>59</sup> AKIN, s. 140.

<sup>60</sup> AKIN, s. 141.

<sup>61</sup> DEMİRCİOĞLU/KORKMAZ/KAPLAN, s. 47.

işverenin, diğer alt işverenin oluşturduğu kurula yetkili bir temsilci ataması yerinde olacaktır.

Yapılan hesaplama sonucunda asıl işverenin kurul oluşturma yükümlülüğü söz konusu değilse diğer bir ifadeyle asıl işverenin çalışan sayısı elliden daha az ise ve işyerinde birden fazla alt işveren varsa alt işverenlerin çalışan sayısı ayrı ayrı hesaplanarak sonuca ulaşılacaktır. Bu ihtimalde alt işverenlerden birinin veya bir kaçının kurul oluşturma yükümlülüğü söz konusu ise Kanun'un m. 22/2,c düzenlemesi uygulama alanı bulacak ve asıl işveren alt işverenlerin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere ayrı ayrı yetkili bir temsilci atayacaktır. Aynı zamanda kurul oluşturan alt işverenler arasında Kanun'un m. 22/3 düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır. Alt işverenlerden hiç birinin kurul oluşturma yükümlülüğü söz konusu değilse Kanun'un m. 22/2,ç düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır. Anılan düzenlemede kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise koordinasyon asıl işverence yapılmak kaydıyla asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte kurul oluşturulacağı ifade edilmiştir. Öğretide alt işverenlerden hiçbirinin ve asıl işverenin çalışan sayısı tek tek elliye ulaşmıyorsa; ortak kurul için sadece asıl işverenin çalışan sayısı ile her bir alt işverenin çalışan sayısının tek tek mi toplanacağı, yoksa tek başına elli çalışanı olmayan tüm alt işverenlerin toplam çalışan sayısı ile asıl işverenin çalışan sayısı toplanarak mı bir hesap yapılacağına tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>62</sup>. Anılan görüşe göre düzenlemenin ele alınış biçimi çalışan sayısı elliye ulaşmayan asıl işveren ile çalışan sayısı elliye ulaşmayan her bir alt işvereni tek tek değerlendirilmiş gibi gözükmektedir. Ancak sorun bu şekilde çözümlendiğinde; alt işverenlerden birinin çalışan sayısı ile asıl işverenin çalışan sayısının elliye varmadığı durumlarda, fakat diğer alt işverenler de eklendiğinde elli sayısının sağlandığı hallerde bu çalışanlar ve işyerleri iş sağlığı ve güvenliği kurulundan yoksun kalacaktır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda nasıl bir hesaplama yöntemi yapılacağına Yönetmelikte açıkça düzenlenmesi gerekmektedir<sup>63</sup>. Aynı görüş göre; asıl işverene ait çalışan sayısı yirmi, birinci alt işverenin çalışan sayısı on beş, ikinci alt işverenin çalışan sayısı da yirmi ise ilk hesaplama yöntemine göre; asıl işveren ve alt işveren işçilerinin çalışan sayısı ayrı ayrı toplandığında, toplam çalışan sayısı her defasında ellinin altında olacağı için o işyerinde kurul oluşturulmayacak, ikinci hesaplama yöntemine göre ise çalışan sayısı elliye aştığından işyerinde kurul oluşturma yükümlülüğü söz konusu olacaktır<sup>64</sup>. Belirtmek gerekir ki Kanun'un m. 22/2,a, m. 22/2,b ve m. 22/2,c bentleri asıl işveren ve alt işverenin ayrı ayrı kurul oluşturması halinde işverenlerin kurullar arası koordinasyon ve iş birliği yükümlülüğünü düzenlemektedir. Kanun'un m. 22/2,ç bendi ise asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte kurul oluşturulması hali ile asıl işverenin koordinasyon yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu düzenleme uyarınca asıl işveren ve alt

---

<sup>62</sup> AKYİĞİT, s. 130.

<sup>63</sup> AKYİĞİT, s. 130.

<sup>64</sup> AKYİĞİT, s. 130.

işveren tarafından birlikte kurul oluşturulması için kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısının elliden fazla olması gerekmektedir. Kanaatimizce Kanun düzenlemesinde asıl işveren ve alt işveren işçilerinin toplam sayısı ifadeleri kullanıldığından işyerinde çalışan asıl işveren işçileri ve bir veya daha fazla alt işveren varsa onların çalışanlarının bütün olarak hesaplanması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle işyerinde birden fazla alt işveren olması halinde asıl işveren ve alt işveren çalışanlarının toplam sayısı göz önüne alınmalı, eğer bu sayı elliye buluyorsa koordinasyonun asıl işveren tarafından yapılması kaydıyla o işyerinde ortak iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulmalıdır.

### **B. Asıl İşveren ve Alt İşveren Tarafından Ayrı Ayrı Kurul Oluşturulması**

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi düzenlemesine göre “*Asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda iş birliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır*”. Düzenlemenin uygulama alanı bulması için asıl işveren ve alt işverenin işyerinde ayrı ayrı olmak üzere çalışan sayısı elli veya daha fazla olmalı ve asıl işveren alt işveren ilişkisi altı aydan fazla sürmelidir. Düzenlemedeki amaç asıl işveren ve alt işveren tarafından zaten oluşturulmuş olan aynı coğrafi alan içindeki iki kurulun birbiriyle bağlantılı bir şekilde çalışmasının sağlanmasıdır<sup>65</sup>. Zira iki kurulun birbirinden bağlantısız olarak çalışması kurulların etkili olmasına engel olacaktır<sup>66</sup>.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı oluşturulmuş olan kurulların aldıkları kararların uygulanması ve faaliyetlerin yürütülmesi noktasında koordinasyonun asıl işverence sağlanacağını belirtmiştir. Belirtmek gerekir ki alt işveren asıl işverenden iş aldıktan sonra işyerinin coğrafi alanına katılmaktadır. Asıl işverenin işyeri ile ilgili iş sağlığı ve güvenliği konularını alt işverenden daha iyi bildiği göz önünde tutulduğunda alt işverenin işyerine ait tüm konuları bilmesi olası değildir. Dolayısıyla asıl işverene koordinasyon yükümlülüğünün getirilmesi isabetli bir düzenlemedir<sup>67</sup>.

Asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı oluşturulmuş olan kurullara diğer işveren tarafından temsilci gönderilmesi gerekli olmayıp, kurulan kurullar arasında koordinasyon sağlama yükümlülüğü asıl işveren tarafından yerine getirilir<sup>68</sup>. Asıl işverenin bu yükümlülüğü faaliyetlerin yürütülmesi ile kurullar tarafından alınan kararların uygulanması konularını içermektedir. Her ne kadar kanun koyucu Kanun'un m. 22/2,a düzenlemesiyle sadece asıl işvereni iş birliği ve koordinasyonu sağlamakla yükümlü tutmuşsa da kanaatimizce bu durum alt işverenin kurul kurmak dışında hiçbir yükümlülüğünün olmadığı anlamına

<sup>65</sup> ÖZDEMİR, s. 205; CENTEL, s. 15; AKI, Erol, “6331 Sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Ve Çalışma Yaşamına Etkileri”, **DEÜHFD**, Y. 2013, C. 15, Özel Sayı, s. 16.

<sup>66</sup> CENTEL, s. 15.

<sup>67</sup> CENTEL, s. 15, AKIN, s. 138.

<sup>68</sup> CANIKLIOĞLU, s. 55.

gelmemelidir. Diğer bir ifadeyle alt işverenin yükümlülüğü sadece kurul oluşturmaktan ibaret değildir. Alt işveren asıl işverenin koordinasyon yükümlülüğü ile ilgili olarak asıl işverenle iş birliği içinde olmalı, toplantı tutanaklarını, inceleme raporlarını, ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri asıl işverenle paylaşmalı ve kendi kurmuş olduğu kurul kararlarının etkin bir biçimde uygulanmasını sağlamalıdır.

### **C. Sadece Asıl İşveren Tarafından Kurul Oluşturulması**

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi düzenlemesine göre “*Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar*”. Anılan düzenleme uyarınca asıl işverenin çalışan sayısının elliyi aştığı fakat alt işverenin elliden az çalışanın olduğu durumlarda alt işveren kurul oluşturmayacak, ancak asıl işverenin oluşturduğu kurula yetkili bir temsilci atayacaktır<sup>69</sup>.

Öğretide kurul oluşturması gerekmeyen alt işverenin asıl işverenin oluşturduğu kurula koordinasyonu sağlamak üzere temsilci göndermesine gerek olmadığı ifade edilmiştir<sup>70</sup>. Zira işverenler arasında sağlanacak olan koordinasyon iki kurul arasında söz konusu olur. Hâlbuki kanun koyucunun düzenlemiş olduğu bu ihtimalde ortada iki kurul olmadığına göre koordinasyondan söz etmek de mümkün olmayacaktır<sup>71</sup>. Öğretide diğer bir görüş uyarınca İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmeliğin m. 4/2,b düzenlemesinde alt işveren temsilcisinin asıl işverenin kurmuş olduğu kurula üye olarak atanmasından ve karar mekanizmasında yer almasından söz edilmediğinden temsilcinin görevi sadece iki işyeri arasında kararların uygulanmasına yardımcı olmaktan ibarettir. Dolayısıyla alt işveren temsilcisinin asıl işverenin kuruluna ve oylama işlemlerine katılıp söz sahibi olması düşünülemez<sup>72</sup>. Öğretide düzenlemenin isabetli olduğu yönündeki görüş uyarınca alt işverenlerin kendi çalışma alanları asıl işverenin işyeri olduğundan alt işveren işçilerinin korunması da asıl işverenin alacağı kararlar ve yapacağı uygulamalar ile mümkün olur<sup>73</sup>. Dolayısıyla alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili taleplerini asıl işverene iletebilmesi açısından taraflar arasında köprü kuracak bir temsilcinin olması yönündeki düzenleme isabet taşımaktadır<sup>74</sup>. Bu duruma örnek olarak sağlık sektöründe alt işveren işçisi olarak çalışan hastane güvenlik görevlilerinin hasta yakınları tarafından taciz ve şiddete maruz kalmaları gösterilebilir. Örnekte belirtilen durumlarda alt işveren işçisi olan güvenlik görevlilerinin korunması için uygun bir yer, oda veya bariyer sağlanması

---

<sup>69</sup> ÖZDEMİR, s. 205; AKYIĞIT, s. 129; CENTEL, s. 15; DEMİRCİOĞLU/KORKMAZ/KAPLAN, s. 45.

<sup>70</sup> CENTEL, s. 15.

<sup>71</sup> CENTEL, s. 15.

<sup>72</sup> AKYIĞIT, s. 130.

<sup>73</sup> ÖZDEMİR, s. 206.

<sup>74</sup> ÖZDEMİR, s. 206.

gerektiğinde alt işverenin bu konudaki isteği asıl işveren tarafından kurulan kurula atadığı temsilcisi aracılığı ile asıl işverene iletilecektir<sup>75</sup>.

Kanaatimizce kurul oluşturulması gerekmeyen alt işverenin asıl işverenin kurduğu kurula koordinasyonu sağlamak üzere temsilci ataması yükümlülüğü yerinde bir düzenleme olup temsilcinin kurulda söz sahibi olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Alt işverenin atadığı temsilcinin bir etkisi ve faaliyeti olmadığı sürece söz konusu düzenlemenin bir anlamı kalmayacak ve asıl işverenin kurduğu kurulun kararlarına alt işverenin bir katkısı olmayacaktır. Bu durumda da alt işveren işçileri iş sağlığı ve güvenliğinin koruyucu etkisinden uzak kalmış olacaklardır. Dolayısıyla iş sağlığı ve güvenliğinin etkin biçimde sağlanması bakımından alt işverenin atamış olduğu temsilci alt işverenin iş alanını ilgilendiren iş sağlığı ve güvenliği ile konularda görüş bildirmeli, bu konudaki önerilerini asıl işverene iletmelidir.

#### **D. Sadece Alt İşveren Tarafından Kurul Oluşturulması**

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi düzenlemesine göre "*İşyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar*". Kanun düzenlemesi uyarınca asıl işverenin çalışan sayısı elliye ulaşmazken alt işverenin çalışan sayısı elli veya daha fazla ise sadece alt işveren kurul oluşturacak, kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverence oluşturulan kurula bir temsilci atayacaktır<sup>76</sup>.

Öğretide sadece alt işverenin kurul oluşturduğu durumda alt işverenin bu kurula temsilci atamasının gereği olmadığı ileri sürülmüştür<sup>77</sup>. Düzenlemeyi isabetli bulan diğer bir görüş uyarınca İş Kanunu gereği asıl işverenin, alt işveren işçilerine karşı alt işverenle birlikte sorumlu olduğu dikkate alındığında asıl işverenin alt işveren tarafından kurulmuş olan kurula yetkili bir temsilci ataması yararlı ve isabetlidir<sup>78</sup>. Başka bir görüş uyarınca İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmeliğin m. 4/2,b ve m. 4/2,c düzenlemelerinde asıl işverenin alt işverenin kurmuş olduğu kurula atadığı temsilci ile alt işverenin asıl işverenin kurmuş olduğu kurula atadığı temsilci arasında bir fark gözetilmiştir. Anılan görüş uyarınca Yönetmeliğin m. 4/2,c düzenlemesi gereği asıl işverenin temsilcinin bir önceki bendin aksine, alt işverenin kurduğu kurula atanması dolayısıyla kurulda alınan kararlarda daha etkin ve yetkili olacağı söylenebilir. Aksi halde bu görüş uyarınca birbiri ardına sıralanan bu iki bent hükmündeki temsilcilerle ilgili ifadelerin gözden kaçma eseri olduğu akla gelecektir<sup>79</sup>.

Belirtmek gerekir ki Kanun ve Yönetmelik düzenlemesi uyarınca sadece asıl işveren tarafından kurul oluşturulması halinde alt işverenin asıl işverenin

<sup>75</sup> ÖZDEMİR, s. 206.

<sup>76</sup> DEMİRCİOĞLU/KORKMAZ/KAPLAN, s. 45.

<sup>77</sup> CENTEL, s. 15.

<sup>78</sup> AKI, s. 17.

<sup>79</sup> AKYİĞİT, s. 130.

oluşturduğu kurula atadığı yetkili temsilcinin görevi kurul tarafından alınan kararların uygulanmasıyla ilgili olarak koordinasyonu sağlamaktır. Sadece alt işveren tarafından kurul oluşturulması halinde ise asıl işverenin alt işverenin kurduğu kurula atadığı yetkili temsilcinin görevi iş birliği ve koordinasyonu sağlamaktır. Denilebilir ki asıl işverenin atadığı temsilciye sadece koordinasyon değil, aynı zamanda iş birliği görevi de getirilerek kurulda daha etkin bir şekilde yer alması sağlanmıştır. Bunun sebebi asıl işverenin işyerine ilişkin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin nelerden ibaret olması gerektiğini alt işverene göre daha iyi bilebilecek durumda olmasıdır. Nitekim aynı durum asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte kurul oluşturulması halinde koordinasyonun asıl işveren tarafından sağlanması durumunda da geçerlidir.

### **E. Asıl İşveren ve Alt İşveren Tarafından Birlikte Kurul Oluşturulması**

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendi düzenlemesine göre “*Kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise, koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulur*”. Kanun düzenlemesi uyarınca hem asıl işverenin hem alt işverenin çalışan sayısı ayrı ayrı elli çalışana sağlamıyor, fakat toplamı elliden fazla oluyor ise her iki işyeri için ortak kurul oluşturulacaktır<sup>80</sup>. Örneğin asıl işverenin çalışan sayısı otuz, alt işverenin çalışan sayısı yirmi beş ise işverenlerin kendi çalışanlarının sayısı ellinin altında olacağından ayrı ayrı kurul oluşturmayacaklar, ancak toplam çalışan sayısı elliden fazla olduğu için birlikte bir kurul oluşturacaklardır<sup>81</sup>. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik uyarınca asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulduğunda, kurulun üyelerine ve yedeklerine iş sağlığı ve güvenliği konularında verilecek olan eğitimden asıl işveren ve alt işveren birlikte sorumlu olur (m. 7/2). Yönetmelik uyarınca kurulacak kurullarda üyeler ve kurul sekreteri asıl işveren ve alt işveren tarafından ortak kararla atanır (m. 6/7).

Öğretide asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte kurul oluşturması hükmünün işyeri temelinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulması ve alt işverenin işyerinin asıl işverenin işyerinden bağımsız olması esasıyla bağdaşmadığı ifade edilmiştir<sup>82</sup>. Anılan görüşe göre kanun koyucu asıl işveren ile alt işverenin fiziken aynı yerde çalışmalarını esas alarak bir yerdeki toplam çalışan sayısını temel almıştır. Oysa iş hukukunun genel esaslarına göre alt işverenin işyeri hukuken asıl işverenin işyeri değildir. Aynı esasın iş sağlığı ve güvenliği uygulamalarında da geçerli olması gerekirken bu esastan ayrılmayı gerektiren haklı bir nedenin varlığı söz konusu değildir. Her işverenin çalışan sayısının elliyi bulması göz önünde tutulduğunda İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun m. 22/1 düzenlemesinde elli çalışan ölçütünün bir anlamı kalmamakta, Kanun'un m. 22/1 ve m. 22/2,ç

<sup>80</sup> AKYİĞİT, s. 130; DEMİRCİOĞLU/KORKMAZ/KAPLAN, s. 46.

<sup>81</sup> ÖZDEMİR, s. 184.

<sup>82</sup> CENTEL, s. 15.



düzenlemesi birbiriyle çelişmektedir<sup>83</sup>. Düzenlemeyi başka yönden eleştiren bir görüşe göre alt işverene bağlı, örneğin kırk sekiz işçi çalışıyorsa, asıl işverenin ise sadece iki tane işçisi çalışıyorsa; birlikte bir kurul oluşturmanın nasıl olacağı, kurulun mali yükünün kimin üzerinde olacağı ve asıl işverenin koordinasyonu nasıl sağlayacağı soruları yanıtız kalmaktadır<sup>84</sup>. Öğretide diğeri bir görüş ise düzenlemeyi isabetli bulmaktadır<sup>85</sup>. Anılan görüşe göre söz konusu düzenleme asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulan işyerlerinde, asıl ve alt işveren çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğine verilen önemi gösteren isabetli bir düzenlemedir<sup>86</sup>. Düzenlemeyi isabetli bulan katıldığımız görüş uyarınca işverenlere birlikte kurul oluşturma yükümlülüğünün getirilmesiyle alt işverenin kendi çalışanları üzerinde bir kontrol mekanizmasının kurulması ve işverenler arasında koordinasyon sağlanması mümkün olabilecektir<sup>87</sup>.

#### **IV. Kurullar Arası İş Birliği ve Koordinasyon Yükümlülüğüne Aykırılık Halinde Hukuki ve Cezai Yaptırımlar**

İş Kanunu'na göre asıl işveren alt işveren ilişkisinde “*asıl işveren, alt işveren işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur*” (m. 2/6). Asıl işverenle alt işverenin alt işveren işçilerine karşı birlikte sorumlu olduğunu düzenleyen bu hüküm kamu düzenine ilişkin olup emredici niteliktedir<sup>88</sup>. Asıl işveren ve alt işverenin aralarında anlaşma yaparak söz konusu sorumluluğu ortadan kaldırmaları, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumlu olmayacağını kararlaştırmaları işçiye karşı hüküm ifade etmez<sup>89</sup>. Bununla beraber alt işveren işçisine tazminat ödeyen asıl işveren alt işverene rücu edebilir<sup>90</sup>. Dolayısıyla asıl işveren ile alt işverenin aralarında yapmış olduğu sözleşme hükümleri sadece işverenler arasındaki iç ilişkide hüküm ifade eder<sup>91</sup>. Kanun metninde ifade olunan birlikte sorumluluktan Türk Borçlar Kanunu'nun 162. maddesinde düzenleme altına alınmış olan müteselsil sorumluluk anlaşılmalıdır<sup>92</sup>. Müteselsil sorumluluk gereği iş kazası veya meslek hastalığına uğrayan işçi veya işçinin ölmesi halinde desteğinden yoksun kalanlar

<sup>83</sup> CENTEL, s.15-16.

<sup>84</sup> AKI, s. 17.

<sup>85</sup> AKYİĞİT, s. 130, ALPAGUT, s. 40.

<sup>86</sup> AKYİĞİT, s. 130.

<sup>87</sup> ALPAGUT, s. 40.

<sup>88</sup> CANBOLAT, *Asıl İşveren-Alt İşveren*, s. 71-72; AKYİĞİT, s. 72.

<sup>89</sup> CANBOLAT, *Asıl İşveren-Alt İşveren*, s. 72; AKYİĞİT, s. 81; SÜMER, s. 69; SÜZEK, s. 173; ÖZDEMİR, s. 197; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 155; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 49.

<sup>90</sup> SÜMER, s. 69; SÜZEK, s. 173.

<sup>91</sup> SÜMER, s. 69; ÖZDEMİR, s. 197; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 155; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 49; SÜZEK, s. 173.

<sup>92</sup> ÇELİK/CANİKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 129; SÜMER, s. 67; SÜZEK, s. 172; EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 154; ÖZDEMİR, s. 197; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 49.

## *ÖZDEN/ Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi*

tazminat taleplerini alt işverenden, asıl işverenden veya her ikisinden talep edebilirler<sup>93</sup>.

Belirtmek gerekir ki asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işveren kendi işçisine karşı işveren sıfatına sahiptir ve iş sözleşmesinden doğan işçiyi koruma borcu kendi işçisine karşı aynen devam etmektedir. Dolayısıyla alt işveren iş sözleşmesinden doğan koruma borcuna aykırı olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğünü yerine getirmediği zaman işçisinin iş kazası veya meslek hastalığına uğraması halinde maddi ve manevi tazminat ve işçinin ölmesi halinde destekten yoksun kalma tazminatından sorumlu olacaktır. Bununla beraber işverenin işçiyi koruma borcu iş sözleşmesinden doğduğu için asıl işveren de alt işveren işçisine veya işçinin ölmesi halinde desteğinden yoksun kalanlara karşı İş Kanunu m. 2/6 gereği alt işverenle birlikte müteselsilen maddi ve manevi tazminat ile destekten yoksun kalma tazminatından sorumlu olur. Meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığından doğan tazminat davalarında tarafların kusur durumları belirlenirken iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının kendilerine yüklediği yükümlülükleri gereği gibi yerine getirip getirmediği dikkate alınır<sup>94</sup>. Asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren ve alt işveren tarafından önceki başlık altında değerlendirilen iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma ve kurullar arası iş birliği ve koordinasyon yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde işverenlere kusur atfedilecek ve bu kusur tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır. Aynı zamanda tarafların şahsi kusurları rücu edilebilecek miktarın belirlenmesinde de rol oynayacaktır<sup>95</sup>. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersizliği halinde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceğinden iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin muhatabı asıl işveren olacak ve asıl işveren iş sağlığı ve güvenliği konusundaki bütün süreçlerden sorumlu tutulacaktır<sup>96</sup>. Bununla beraber asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaa nedeniyle geçersiz olması alt işverenin müteselsil sorumluluk halkasından çıkarılması sonucunu doğurmaz<sup>97</sup>. Zira aksi durum alt işvereni ödüllendirmek anlamı taşımaktadır<sup>98</sup>. Dolayısıyla iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklı

---

<sup>93</sup> Yar. HGK, E.2018 /341, K.2021/1290, 21.10.2021. (karararama.yargitay.gov.tr) Yar. 21. HD, E.2015/9450, K.2016/2469, 22.02.2016. (www.kazanci.com), ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 130; SÜMER, s. 68; SÜZEK, s. 172; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 154.

<sup>94</sup> Yar. HGK, E.2016/1912, K.2019/1235, 28.11.2019, Yar. 10. HD, E.2021/4706, K.2021/11083, 28.09.2021, Yar. 10. HD, E.2020/7093, K.2021/6924, 25.05.2021, Yar. 21. HD, E.2019/4073, K.2020/770, 13.02.2020. (karararama.yargitay.gov.tr) Yar. 21. HD, E.2018/5315, K.2019/6513, 05.11.2019. Yargıtay'a göre işverenin, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeceği gibi bir düşünce ile almaktan sarfinazar etmesi kabul edilemez, Yar. 21. HD, E.2018/5709, K.2019/4231, 12.06.2019. (www.kazanci.com)

<sup>95</sup> ÖZDEMİR s. 224.

<sup>96</sup> ÖZDEMİR, s. 203.

<sup>97</sup> CANBOLAT, **Çözüm Önerileri**, s. 55; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 162.

<sup>98</sup> CANBOLAT, **Çözüm Önerileri**, s. 55.

tazminat davalarında asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı olsa da tazminattan asıl işveren ile birlikte alt işveren de müteselsilen sorumlu olacaktır<sup>99</sup>.

Asıl işverenin alt işveren işçisine karşı olan müteselsil sorumluluğu hukuki sorumluluk olup cezai sorumluluğu kapsamamaktadır<sup>100</sup>. Zira cezai sorumlulukta cezaların şahsiliği ilkesi geçerlidir ve asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı müteselsil sorumluluğu söz konusu değildir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği, kanuna aykırı davranışı kim gerçekleştirdiyse cezai sorumluluğun da ona ait olmasını gerektirir<sup>101</sup>. Dolayısıyla cezai sorumluluk bakımından meydana gelen iş kazasında etkisi bulunan işverenlerin tek tek irdelenmesi ve buna göre sonuca ulaşılması gerekmektedir<sup>102</sup>. Bu kapsamda iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmayan veya kurullar arası iş birliği veya koordinasyon yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen işverenin cezai sorumluluğu kendine ait olacaktır. Cezai sorumluluk bakımından iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranan işverenlerin karşılaşacakları suç tipleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca öldürme ve yaralama suçlarıdır<sup>103</sup>. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda cezaların şahsiliği ilkesinden yola çıkılarak ölüm ya da yaralamaya neden olan fiilin kim ya da kimler tarafından işlediği incelenecek ve verilecek olan ceza belirlenirken bu kişilerin içinde buldukları fiili ve hukuki durum dikkate alınacaktır<sup>104</sup>. Belirtmek gerekir ki cezai sorumluluğun şahsiliği ilkesi gereği alt işverene verilen idari para cezalarından dolayı da asıl işverenin müteselsil sorumlu olması söz konusu değildir<sup>105</sup>. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersizliği halinde İş Kanunu m. 2/7 gereği alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceğinden alınacak olan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin muhatabı da asıl işveren olacaktır. Cezai sorumluluk bakımından asıl işverenin bu işçilere karşı almak zorunda olduğu iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması kusurlu hareketi olarak nitelendirilecek ve cezai sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>106</sup>.

---

<sup>99</sup> Yargıtay'a göre işverenler arasında muvazaa olsa da bu husus işçiye karşı ileri sürülemez. İşveren gibi hareket eden alt işveren muvazaalı işlemin tarafı olup kendi muvazaasından faydalanamaz ve işçilik alacaklarından müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulur, Yar. 22. HD, E.2016/26901, K.2020/200, 14.01.2020, Ayrıca bkz, Yar. 9. HD, E.2015/1493, K.2016/11196, . 03.05.2016, Yar. HGK, E.2015/22-1895, K.2015/1779, 30.09.2015, Yar. HGK, E.2013/9-1792, K.2014/584, 07.05.2014. (www.kazanci.com)

<sup>100</sup> SÜMER, s. 67; ÖZDEMİR, s. 197; AKYİĞİT, s. 72; DEMİRCİOĞLU/KORKMAZ/KAPLAN, s. 40; EKMEKÇİ, İSG Uygulamaları, s. 63.

<sup>101</sup> ÖZDEMİR, s. 197.

<sup>102</sup> ÖZDEMİR, s. 197.

<sup>103</sup> AKIN, s. 249; SÜMER, s. 263; BAŞBUĞ, **İş Sağlığı ve Güvenliği**, s. 142.

<sup>104</sup> AKIN, 250.

<sup>105</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 128; SÜMER, s. 67; AKYİĞİT, s. 72; ÖZDEMİR, s. 19; EKMEKÇİ, **İSG Uygulamaları**, s. 63.

<sup>106</sup> Yargıtay muvazaa nedeniyle geçersiz olan asıl işveren alt işveren ilişkisinde şeklen alt işveren olan sanığın cezalandırılmasına karar vermiştir. Anılan karara göre; "Sanık N.E. 'nin B... A.Ş. 'nin yönetim kurulu başkanı ve olayın meydana geldiği ocağın sahibi olduğu, ...F.Ş.'nin maden mühendisi ve 20.02.2007 tarihli sözleşme uyarınca ocağı taşeron olarak çalıştırdığı..., kazanın meydana geldiği maden ocağının 1994 yılına kadar sanık N.E. tarafından işletildiği, sanık F.Ş. 'nin ise 1985

## SONUÇ

Ülkemizde yargıya taşınan uyuşmazlıkların başında alt işveren işçilerinin uğramış olduğu iş kazasından doğan tazminat davaları gelmektedir. Söz konusu uyuşmazlıklarda tarafların kusur durumları belirlenirken işverenlerin üzerine düşen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Altı aydan fazla süren asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde iş sağlığı ve güvenliğinin etkin olarak sağlanması için 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda çeşitli olasılıklara göre asıl işveren ile alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulları arasında iş birliği ve koordinasyon yükümlülüğü düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki söz konusu yükümlülüğün doğması için taraflar arasında geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı gerekmektedir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin düzenlendiği İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasına göre asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için öncelikle ilişkinin her iki tarafının da İş Kanunu uyarınca işveren sıfatını taşıması gerekir. Kanun düzenlemesi uyarınca asıl işveren alt işveren ilişkisinin doğması için alt işverene verilecek olan işin işyerinde yürütülen ml veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerden olması veya işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl işin bir bölümü olması gerekmektedir. Yardımcı işlerin alt işverene verilebilmesi için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için uzmanlık koşulu aranmalıdır. Geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı için alt işverenin işçilerinden bir kısmının asıl işverenden alınan işe özgülenerek çalıştırılması gerekmektedir. Bununla beraber alt işverenin bütün işçilerinin asıl işverenden alınan işte özgülenerek çalıştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak bu durumda asıl işverenin sorumluluğu kendi işine özgülenerek çalıştırılan alt işveren işçilerine karşı olacaktır. Kanun düzenlemesi uyarınca asıl işverenden alınan işin asıl işverenin işyerinde yapılması gerekmektedir. Ancak işin niteliği asıl işverenin işyerinde yapılmaya uygun değilse diğer koşulların da varlığı halinde işin asıl işverenin işyeri dışında yapılması ilişkinin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır. İş Kanunu uyarınca işverenlerin işçilerin ücretlerini düşürmek, sosyal güvenliğe ilişkin yükümlülüklerinden kaçmak, işçilerin toplu iş sözleşmesinden doğan haklarının kullanılmasını engellemek, iş sağlığı ve

---

*yılından itibaren bu maden ocağından maden mühendisi olarak çalıştığı, N.E.'nin kendi adına işletmeye son vermesi nedeniyle 16.01.1995 tarihinden itibaren taşeron olarak ocağı işletmeye başladığı, dosya içindeki bir kısım evrakları işletme müdürü sıfatıyla imzaladığı, 20.02.2007 tarihli taşeronluk sözleşme içeriğine göre de kömür üretiminin işletme-ruhsat sahibi B. A.Ş. tarafından yapıldığı, 27.07.2007 tarihli yönetim kurulu kararıyla şirketin M. şubesi müdürü olan F.Ş.'nin azledilip yerine H.Ç.'nin şirket müdürü olarak atandığı, tüm bu tespitlerin taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı olduğu izlenimi doğurduğu, ocağın, gerçekte taşeronluk sözleşmesine rağmen, B. A.Ş. tarafından işletilmeye devam edildiğini gösterdiği... Kanuna aykırı olup, hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına, oy birliğiyle karar verildi". Yar. 12. CD, E.2012/21104, K.2013/25712, 01.11.2013. (www.kazanci.com)*

güvenliği önlemlerini almaktan kaçınmasını engellemek amacıyla asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasına yönelik bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak haklarının kısıtlanmaması, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmaması ve işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilememesidir. Sınırlamalara aykırı hareket edildiği takdirde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı hallerde alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görürler. Kanuna uygun olarak kurulmuş asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak, İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğu uyarınca iş kazasına uğrayan alt işverenin işçileri veya işçinin ölmesi halinde desteğinden yoksun kalanlar alt işverene karşı ileri sürebilecekleri taleplerin tamamını isterse asıl işverenden, isterse alt işverenden isteyebilirler. Kanun metninde ifade olunan birlikte sorumluluktan Türk Borçlar Kanunu'nun 162. maddesinde düzenleme altına alınmış olan müteselsil sorumluluk anlaşılmalıdır. Asıl işveren ve alt işverenin aralarında anlaşma yaparak söz konusu sorumluluğu ortadan kaldırmaları, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumlu olmayacağını kararlaştırmaları işçiye karşı hüküm ifade etmez. Asıl işverenin alt işveren işçisine karşı olan müteselsil sorumluluğu hukuki sorumluluk olup cezai sorumluluğu kapsamamaktadır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca asıl işveren ve alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulları arasında koordinasyon yükümlülüğünün doğması için altı aydan fazla süren asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı gerekmektedir. Aynı Kanun uyarınca işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğünün doğması için işyerinde elli veya daha fazla çalışanın bulunması ve işyerinde altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapılması şartı söz konusu olduğundan altı aydan az süren asıl işveren alt işveren ilişkisinde işverenlerin kurullar arası iş birliği ve koordinasyon yükümlülüğü doğmayacaktır. Belirtmek gerekir ki iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü asıl işveren alt işveren ilişkisinden bağımsız olup işveren sıfatından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla asıl işveren ve alt işveren bu ilişkiden bağımsız olarak işveren sıfatından dolayı kurul kurma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Bu nedenle elli çalışan sayısının belirlenmesinde alt işveren işçilerinin sayıya dâhil edilmemesi ve çalışan sayısının ayrı hesaplanması gerekmektedir.

İşyerinde birden fazla alt işverenin bulunduğu durumlarda öncelikle asıl işverenin kurul oluşturma yükümlülüğünün olup olmadığı tespit edilmelidir. Asıl işverenin kurul oluşturma yükümlülüğü söz konusuysa alt işverenlerin çalışan sayısı ayrı ayrı hesaplanmalı, sonuca göre alt işverenlerden birinin veya birkaçının kurul oluşturma yükümlülüğü söz konusu ise asıl işveren ve alt işverenler tarafından kurulan kurullar arasında iş birliği ve koordinasyon asıl işveren tarafından

## *ÖZDEN/ Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi*

sağlanmalıdır. Yapılan hesaplama sonucunda asıl işverenin kurul oluşturma yükümlülüğü söz konusu değilse, fakat alt işverenlerden birinin veya birkaçının kurul oluşturma yükümlülüğü söz konusu ise asıl işveren alt işverenlerin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere ayrı ayrı yetkili bir temsilci atayacaktır. Alt işverenlerden hiçbirinin kurul oluşturma yükümlülüğü söz konusu değilse asıl işveren ve alt işveren çalışanlarının toplam sayısı göz önüne alınacak, eğer bu sayı elliye buluyorsa koordinasyonun asıl işveren tarafından yapılması kaydıyla o işyerinde ortak iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulacaktır.

İşyerinde asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise kurullar arasında işbirliği ve koordinasyon asıl işveren tarafından sağlanır. Ancak iş sağlığı ve güvenliğinin etkin bir biçimde sağlanması için alt işveren de asıl işverenle iş birliği içinde hareket ederek kurul kararlarının etkin bir biçimde uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür.

İşyerinde sadece asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise alt işveren asıl işverenin oluşturduğu kurula yetkili bir temsilci atamakla yükümlüdür. Alt işverenin asıl işveren tarafından kurulan kurula atadığı temsilcinin görevi asıl işverence oluşturulan kurul tarafından alınan kararların uygulanmasına yönelik koordinasyonu sağlamaktır. İş sağlığı ve güvenliğinin etkin bir biçimde sağlanması için atanan temsilci alt işverenin iş alanını ilgilendiren iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda görüş bildirmeli, bu konudaki önerilerini asıl işverene ileterek aktif olarak kurulda söz sahibi olmalıdır.

İşyerinde sadece alt işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise asıl işveren alt işverence oluşturulan kurula bir temsilci atar. Kanun düzenlemesi uyarınca asıl işverenin atadığı temsilciye sadece koordinasyon değil, aynı zamanda iş birliği görevi de getirilmiş olup kurulda daha etkin bir şekilde yer alması sağlanmıştır. Bunun sebebi asıl işverenin işyerine ilişkin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin nelerden ibaret olması gerektiğini alt işverene göre daha iyi bilebilecek durumda olmasıdır.

Asıl işverenin hem alt işverenin çalışan sayısı ayrı ayrı elli çalışmanı sağlamıyor, fakat toplamı elliye ulaşıyorsa her iki işveren ortak kurul oluşturacaktır. Ortak kurul oluşturulması konusundaki koordinasyon yükümlülüğü ise asıl işverende olacaktır.

Asıl işveren ve alt işveren ilişkisinde işverenlerin üzerine düşen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinden biri olan kurul kurma ve kurullar arası iş birliği ve koordinasyon yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle alt işveren işçisinin iş kazası veya meslek hastalığına uğraması halinde hukuki ve cezai sorumlulukları gündeme gelecektir. Hukuki sorumluluk bakımından asıl işveren ve alt işverenin birlikte sorumluluğu söz konusu olduğundan iş kazası veya meslek hastalığına uğrayan işçi veya işçinin ölmesi halinde desteğinden yoksun kalanlar tazminat taleplerini alt işverenden, asıl işverenden veya her ikisinden talep edebilecektir. Görülecek olan tazminat davasında işverenlerin kurul kurma ve kurullar arası iş

birliği ve koordinasyon yükümlülüğüne aykırı hareketi kusurlu davranışları olarak değerlendirilecek ve tazminatın belirlenmesinde etkili olacaktır. Aynı zamanda tarafların şahsi kusurları rücu edilebilecek miktarın belirlenmesinde de etkili olacaktır. Cezai sorumluluk bakımından ise cezaların şahsiliği ilkesi gereği asıl işveren ile alt işverenin müteselsil sorumluluğu söz konusu olmayacak iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmayan veya kurullar arası iş birliği veya koordinasyon yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen işverenin cezai sorumluluğu kendine ait olacaktır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

AKI, Erol, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri”, **DEÜHFD**, C. 15, Özel Sayı, 2013.

AKIN, Levent, **İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

AKYİĞİT, Ercan, **İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik (Öğreti ve Uygulama)**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

ALPAGUT, Gülsevil, “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, **Legal İSGHD**, Ekim 2008, S. 19 (Hukuka Uygunluk Sorunu)

ALPAGUT Gülsevil, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları”, **İÜHFMD**, Cilt: LXXII, S. 2 (Genel Esaslar)

BAŞBUĞ, Aydın, **Alt İşveren İlişkisi ve Güncel Sorunları Şeker Sanayi Örneği**, Türkiye Şeker Sanayi İşçileri Sendikası, Ankara, 2010. (Güncel Sorunlar)

BAŞBUĞ, Aydın, **İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği**, Türkiye Şeker Sanayi İşçileri Sendikası, Ankara, 2013. (İş Sağlığı ve Güvenliği)

CANBOLAT, Talat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri**, Kazancı Hukuk Yayınları: 113, İstanbul 1992. (Asıl İşveren- Alt İşveren)

CANBOLAT, Talat, “Borçlar Hukuku Bakımından Alt İşveren”, **Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm**

**Arayışları**, Antalya-Belek, 29 Nisan-2 Mayıs, 2010. (Borçlar Hukuku Bakımından)

CANBOLAT, Talat, “4857 Sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri”, **10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu**, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Yayınları, 2016. (Çözüm Önerileri)

CANBOLAT, Talat, “Alt İşverenlik”, **Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 10. Çalışma Meclisi Semineri**, Bilkent Otel ve Konferans Merkezi Ankara, 26-27 Eylül 2013. (Alt İşverenlik)

CANBOLAT, Talat, “Yozlaşmış Alt İşverenlik (Taşeronluk)”, **Tes-İş Dergisi**, Ağustos, 2010. (Taşeronluk)

CANIKLIOĞLU, Nurşen, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri”, **Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Çalışma Mevzuatı Seminer Notları**, Antalya, 26-30 Eylül 2012.

CENTEL, Tankut, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi”, **SİHD**, Mart, 2013, Y. 8, S. 29.

ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA,ERCÜMENT, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

DEMİRCİOĞLU, A. Murat / KORKMAZ, Doğan / KAPLAN, Hasan Ali, **Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

EKMEKÇİ, Ömer, **4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı Ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi**, Birinci Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005. (İşyeri Örgütlenmesi)

EKMEKÇİ, Ömer, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İSG Uygulamaları”, **Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu Tebliğler Ve Tartışmalar**, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, 14-15 Kasım 2008. (İSG Uygulamaları)

EKMEKÇİ, Ömer/ YİĞİT, Esra, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

EKONOMİ, Münir, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması Ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler”, **Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı**, İstanbul, 2008.

ERTÜRK, Şükran, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, **SİHD**, Eylül 2012, Y.7, S.27.



MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2021.

ÖZDEMİR, Erdem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları**, Birinci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

SOYER Polat, “4857 Sayılı İş Kanununun 10. Yılında Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi İle İlgili Genel Bir Değerlendirme”, **10. Yılında İş Kanunu Semineri 15 Kasım 2013/İstanbul**, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2013.

SUBAŞI, İbrahim, "İş Hukukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi", **Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan**, Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.125-186.

SÜMER, Haluk Hadi, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

*ÖZDEN/ Asul İşveren Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi*

# AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA BASIN YAYINCILARINA TANINAN BAĞLANTILI HAKLAR

Cahit SULUK\*

## Öz

Basın yayıncıları, daha önce yatırımlarının karşılığını gazete ve dergi gibi basılı materyal satışından ve reklam gelirinden sağlamaktaydı. Ancak son yıllarda haberin dijitalleşmesi, okuyucunun ve gelirin dijitale kaymasına yol açtı ve bu gelirin büyük bir kısmı basın yayıncılarına dönmedi. *Google* ve *Facebook* gibi bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları (*information society service providers*), içerik üretmek yerine *başkalarının* içeriklerini kullanarak doğrudan veya dolaylı gelir elde etmektedir. Bu “başkaları” arasında basın yayıncıları da vardır. Dijital çağda gazeteler daha çok okunmakla birlikte basın yayıncılarının reklam gelirleri dramatik bir şekilde düşmekte ve bunlar yatırımlarının dönüşünü alamamaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk kez Almanya’da 2009 yılında dijital tehdide karşı çare aranmaya başlanmış olup önce Almanya’da (2013), daha sonra İspanya’da (2014) konuya ilişkin düzenlemeler yapıldı. Anılan düzenlemeler sonuç vermeyince konu Avrupa Birliği (AB) düzeyinde ele alındı. Bu bağlamda AB, telif hukukunu dijital çağa uydurmak için kabul ettiği 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazar Yönergesiyle (DSM Directive) basın yayıncılarına (*press publicatior*) *bağlantılı hak statüsü* tanıdı (m. 15). Yeni hakların (çoğaltma ve umuma erişimi sağlama/*making available to the public*) konusu, basın yayınlarıdır (*press publications*). Anılan haklar, bu yayınları çevrimiçi (*online*) kullanan bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarını hedef aldı. Bu gelişme *telif hukuku tarihinde yeni bir aşamayı* ifade ediyor. Basın yayıncılarının karşılaştıkları sorunların çözümü bağlamında AB’de tanınan yeni bağlantılı haklar, ilgili çevrelerde yoğun tartışmalara yol açtı. Bu tartışmaların gölgesinde bir yandan dünyada hukuki düzenlemeler (Avustralya gibi) yapılırken, diğer yandan bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları, basın yayıncılarıyla görüşmeler yaparak sorunun çözümü için çaba sarf etmeye başladı. Henüz toplu hak takibi gibi temel telif problemlerini çözemeyen ülkemizde, konuya ilişkin ne bir mevzuat ne de uygulama vardır. Çalışmamızda, gerek Almanya ve İspanya tecrübesi ve gerekse AB’deki düzenleme ve bu düzenlemeyi hayata geçiren Fransa tecrübesi dikkate alınarak ülkemizde sorunun çözümüne yönelik öneriler getirilecektir.

---

\* Doç. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı; ORCID: 0000-0002-8952-9247; cahit.suluk@medeniyet.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 08.02.2022

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 01.03.2022

Bu makaleye atf için; SULUK, Cahit, “Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar”, **İMİHD**, Y. 2022, C. 7, S. 12, s. 169-227.

**Anahtar Kelimeler:** *Telif Hakları, Bağlantılı Haklar, Basın Yayıncıları, Bilgi Toplumu Hizmet Sağlayıcıları, oğaltma Hakkı, Umuma Erişimi Sağlama Hakkı.*

## RELATED RIGHTS GIVEN TO THE PRESS PUBLISHERS IN EUROPEAN UNION LAW

### **Abstract**

Before the digital age, press publishers received return on their investments from the sale of printed materials such as newspapers and magazines, and from advertising revenue. However, the digitization of news in recent years led to the shifting of readership and revenue to digital environment, and a large portion of this revenue did not return to press publishers. Information society service providers such as Google and Facebook earn direct or indirect income by using the content of *others* instead of producing content. These “others” include press publishers. Although newspapers are read more in the digital age, the advertising revenues of press publishers are falling dramatically and they are not getting a return on their investments. Our research shows that a solution to the problem was sought for the first time in Germany in 2009, and legal arrangements were made in Germany (2013) and then in Spain (2014). However, since these laws did not produce results, the issue was opened to discussion at the European Union (EU) level. In this context, the EU adopted the Digital Single Market Directive (DSM Directive) No. 2019/790 in order to adapt copyright law to the digital age and granted *related rights status* to press publishers (Article 15). The new rights (reproduction and making available to the public) concern press publications. These rights target information society service providers that use these publications online. This development represents *a watershed moment in the history of copyright law*. The new rights granted in the EU to solve the problems faced by press publishers caused intense debates in the relevant circles. In the course of these discussions, various legal arrangements were made in some countries (such as Australia) while information society service providers started to meet with press publishers to solve the problem. There is neither legislation nor application on the subject in Turkey, which has not yet solved basic copyright problems such as collective rights management. This article makes suggestions for the solution of the problem in Turkey taking into account the experience of Germany and Spain, the EU regulation as well as the experience of France, which implemented the DSM Directive.

**Keywords:** *Copyright, Related Rights, Press Publishers, Newspapers, Magazines, Information Society Service Providers, Right of Reproduction, Right of Making Available to the Public.*

## GİRİŞ

Fikri üretim, insanlık tarihi ile başlar. İnsanoğlu eski çağlardan beri hikâyeler anlatmakta, şiirler okumakta ve şarkılar söylemektedir. Yine eski çağlarda çanak, çömlek benzeri eşya üzerine imza, logo ve amblem gibi birtakım işaretlerin konulduğu bilinmektedir.

Fikri ürünlerin hukuken korunması ise çok yenidir. Kıta Avrupası ve Türk hukukuna mehz teşkil eden ve oldukça gelişmiş kabul edilen Roma hukukunda fikri ürünün hukuki rejimi, o fikri ürünün somutlaştığı eşyanın hukukuna tabiydi. Yani maddeden soyut olarak fikri ürünler üzerinde hak tanınmıyordu. Sözgelimi bir kâğıt üzerine tiyatro eseri yazılmışsa kâğıdın sahibi, tiyatro eserinin de sahibi sayılmaktaydı. Bu anlayış Orta Çağın sonuna kadar sürmüştür<sup>1</sup>.

Tarihte fikri ürün koruması imtiyazlarla başlamıştır<sup>2</sup>. İlk hukuki koruma 13. yüzyılda yayınevlerine birtakım imtiyazlar verilerek gerçekleşmiştir. İmtiyazları ulusal kanunların kabulü izlemiştir. Hukuk kurallarını doğuran sosyal olaylar olduğu için matbaanın icadı telif korumasını tetiklemiştir. Modern fikri mülkiyet korumasının doğumu ise çok daha yeni olup sanayi devrimiyle eş zamanlıdır. Daha doğrusu sanayi devrimi, modern anlamdaki fikri mülkiyet korumasını doğurmuştur.

Tarihsel süreçte önce ilim-edebiyat, daha sonra güzel sanat, musiki ve sinema eserleri koruma altına alınmıştır. Sonraki dönemlerde ise icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve radyo-TV kuruluşlarına (Avrupa Birliği/AB ve Türk hukukunda bunlara ilave olarak film yapımcılarına) bağlantılı haklar tanınmıştır<sup>3</sup>. İmtiyazlar dönemine kadar eskiye dayanan eser korumasına göre çok yeni olan bağlantılı haklar, 20. yüzyılda ortaya çıkmıştır. Uluslararası metinlerden 1886 tarihli Bern Anlaşması *eserleri*, 1961 tarihli Roma Anlaşması da *bağlantılı hakları* korumaktadır.

Kronolojinin bu şekilde olması hayatın olağan akışıyla örtüşmektedir. Zira matbaanın icadıyla ilim-edebiyat eserlerinin çoğaltılması gündeme gelmiş ve telif korumasına ihtiyaç duyulmuş, sonraki yıllarda güzel sanat eserlerinin de çoğaltmaya konu edilmesi bu sektörde de telif korumasını gerekli kılmıştır. Daha sonra teknolojinin de gelişimine bağlı olarak izleyen yıllarda müzik ve sinema eserlerine yönelik korumanın kapsamı genişlemiştir.

---

<sup>1</sup> Tarihsel süreç hakkında bilgi için bkz. AYİTER, Nuşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, 2. Bası, Sevinç Matbaası, İstanbul, 1981, s. 16 vd.; TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 83 vd.; SULUK, Cahit/ORHAN, Ali, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C. II Fikir ve Sanat Eserleri**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 37 vd.

<sup>2</sup> Bu konuda geniş bir araştırma için bkz. ARMSTRONG, Elizabeth, **Before Copyright: French Book - Privilege System 1498-1526**, Cambridge University Press, 1990, s. 1 vd.

<sup>3</sup> Müzik üzerinden bağlantılı hakların kabul sürecine ilişkin bilgi için bkz. FLEISCHER, Rasmus, "Protecting the Musicians and/or the Record Industry? On the History of 'Neighbouring Rights' and the Role of Fascist Italy", **QMJP**, Y. 2015, Vol. 5, No. 3, s. 327 vd.

Bir sonraki gelişme ise icracı sanatçıların yanında kültür ve sanata yatırım yapan yapımcı ve yayıncı gibi *girişimcilere bağlantılı haklar* tanınmak suretiyle bu alanlara yatırımların teşvik edilmesi olmuştur. Başka bir ifadeyle bu nitelikteki telif hakları esasen *yatırımcı haklarıdır*. Ne var ki benzer nitelikte yatırımları bulunan *haber sektörüne yatırım yapan* basın yayıncıları ile *kitaba yatırım yapan* yayınevlerine bağlantılı haklar tanınmamıştır. Oysa bunların telif sektöründeki rolü diğer yatırımcı bağlantılı hak sahiplerininkine benzemektedir<sup>4</sup>. Uygulamada bu girişimciler, eser sahipleriyle aralarındaki hukuki ilişkiye (çalışan-işveren ve akdettikleri telif sözleşmeleri gibi) dayanarak haklarını kullanagelmıştır.

Tarihte ilk gazetenin Alman yayıncı *Johann Carolus* tarafından 1605 yılında Strazburg’da çıkarıldığı kabul edilmektedir<sup>5</sup>. *Carolus*, yatırımının korunması için haberlerin kopyalanmasına karşı tekel hakkı talep etmiş<sup>6</sup>, fakat Almanya’nın 2013 tarihli düzenlemesine kadar basın yayıncılarına fikri mülkiyet koruması verilmemiştir<sup>7</sup>.

İçinde bulunduğumuz dijital çağda dijital teknolojideki gelişmelerin hukuku şekillendirmesi kaçınılmazdır<sup>8</sup>. Nitekim eserlerin dijital iletimiyle birlikte ulusal ve uluslararası arenada *geleneksel olmayan telif haklarından (non-conventional copyrights)* söz edilmeye başlandı<sup>9</sup>. Bu bağlamda 1995 yılında TRIPS’in ve 1996’da ise WIPO internet anlaşmaları olarak da bilinen WCT ve WPPT’nin kabulü önemli kilometre taşlarıdır. 1998 tarihli ABD’deki Digital Millennium Copyright Act’ın ardından, AB’nin 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplumunu Yönergesi (*InfoSoc Directive*) de burada anılmalıdır. Bugün itibarıyla kronolojinin son halkasını Dijital Tek Pazarda Telif Hakkına ve Bağlantılı Haklara İlişkin 2019/790 Sayılı Yönerge (*DSM Yönergesi*) oluşturmaktadır<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> Aynı yönde EUROPEAN COMMISSION, “Impact Assessment on the Modernization of EU Copyright Rules”, Bruxelles, 14 September 2016 SWD(2016) 301 final, (Çevrimiçi) <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2016/EN/SWD-2016-301-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>, E.T. 30.7.2021, (*Impact Assessment/Etki Analizi Dokümanı*), s. 159.

<sup>5</sup> (Çevrimiçi) [https://en.wikipedia.org/wiki/Johann\\_Carolus](https://en.wikipedia.org/wiki/Johann_Carolus), E.T. 10.10.2021.

<sup>6</sup> PODSZUN, Rupprecht: “Searching the Future of Newspapers: With a Little Help from Google and IP Law?”, *IIC*, Y. 2013, Vol.44, No.3, s.259.

<sup>7</sup> 1800’lü yıllarda Avustralya ve ABD gibi ülkelerde birtakım çalışmalar yapıldıysa da bunlar istenen sonuçları vermemiştir. Bkz. MOSCON, Valentina, “Neighbouring Rights: in Search of A Dogmatic Foundation. The Press Publishers’ Case”, **Online Distribution of Content in the EU**, Eds. Taina PIHLAJARINNE / Juha VESALA / Olli HONKKILA, UK, Edward Elgar, 2019, s. 51-52. Yine 1940’lı ve TRIPS müzakerelerinde 1990’lı yıllarda haberlerin bağlantılı haklarla korunması gündeme gelmiş ancak bu tartışmalar da sonuç vermemiştir. Bkz. MOSCON, s. 55.

<sup>8</sup> EUROPEAN COMMISSION, A Digital Single Market Strategy for Europe. COM(2015) 626 final, s. 3. Bkz. (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A626%3AFIN>, E.T. 30.7.2021.

<sup>9</sup> Bkz. BONADIO, Enrico / LUCCHI, Nicola, **Non-Conventional Copyright**, Edward Elgar, UK, 2018, s. 1 vd.

<sup>10</sup> Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market and Amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC - OJ, 17.5.2019, L 130/92.

AB, telif hukukunda dijital çağa uyum sağlamak için DSM Yönergesini kabul etti ve bu Yönergeyle basın yayıncılarına (*press publications*) *bağlantılı hak statüsü* tanıdı (m. 15)<sup>11</sup>. Yeni hakların (çoğaltma ve umuma erişimi sağlama/*making available to the public*) konusu, basın yayınlarıdır (*press publications*)<sup>12</sup>. Anılan haklar, basın yayınlarını *çevrimiçi (online)* kullanan Google ve Facebook gibi bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarını (*information society service providers*) hedef aldı. Bu gelişme *telif hukuku tarihinde yeni bir aşamayı* ifade ediyor.

İlave edelim ki DSM Yönergesindeki hükümden önce Almanya (2013) ve İspanya (2014) konuya ilişkin yasal düzenlemeler yapmıştı. Bu iki ülkedeki tecrübeye aşağıda (III) değinilecektir. Yine Avrupa dışında Avustralya’da da çok yeni (2021) bir yasa yürürlüğe konuldu<sup>13</sup>. Ardından bazı ülkeler de harekete geçti<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> DSM Yönergesiyle (Impact Assessment 163’te konu üzerinde durulmuşsa da) yayınevlerine bağlantılı hak statüsü verilmedi. Bunun yerine, istisnaya dayalı kullanımlar karşılığında meslek birliklerince *levy* olarak toplanan *uygun bedelden*, içinde basın yayıncısı ve yayınevlerinin (hatta müzik yayıncılarının) de bulunduğu *tüm yayıncılara (publishers)* pay verileceği hükmüne bağlandı (m. 16; Dibace 60). Belirtelim ki bu düzenleme, üye ülkeler bakımından seçimsiz niteliktedir. Yönergede bu iki hak birlikte ele alınmış olup, 15 ve 16. maddelerin başlığı *Yayımlar Üzerindeki Haklar (Rights in Publications)* şeklindedir.

<sup>12</sup> Yayımcı kuruluşlar *yayma hakkı* da talep etmiştir. Bkz. ROSATI, Eleonora, “Neighbouring Rights for Publishers: Are National and (Possibly) EU Initiatives Lawful?” *IIC*, Y. 2016, Vol. 47, No. 5, (IIC), s. 587. Almanya (2013) ve İspanya (2014) düzenlemelerinde basın yayıncılarına *çoğaltma hakkı* verilmemiş, sadece *umuma erişimi sağlama hakkı* tanınmıştır.

<sup>13</sup> Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Act 2021, No. 21, 2021 (News Media Bargaining Code)- (Çevrimiçi) <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021A00021>, E.T. 19.11.2021.

Avustralya’daki düzenleme telif yerine rekabet mevzuatı çerçevesinde yapıldı. Detay bilgi için bkz. (Çevrimiçi)

[https://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Bills\\_Legislation/Bills\\_Search\\_Results/Result?bld=6652](https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bld=6652), E.T. 30.7.2021. Ayrıca bkz. COLANGELO, Giuseppe, **Enforcing Copyright Through Antitrust? A Transatlantic View of the Strange Case of News Publishers Against Digital Platforms**, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 66, 2020, s.31 vd. Avustralya’da yasama süreci oldukça sancılı geçti. Bu süreçte Facebook, anılan ülkede haber içeriklerini bloke etti. Google ise arama servisi olan Google Search’ü kapatacağı tehdidinde bulundu. Ülkenin başbakanı, dev teknoloji firmalarınca yasa koyucunun korkutulamayacağı açıklaması yapma ihtiyacı duydu. Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.bbc.com/news/world-australia-55760673>, E.T. 30.7.2021. Müzakerelerin ardından Yasa Taslağında yapılan değişiklikler üzerine Facebook haber servisini yeniden açtı. Yasanın yürürlüğünden sonra Google ve Facebook bazı yayın kuruluşlarıyla müzakereler yaparak lisans sözleşmeleri imzaladı.

<sup>14</sup> Değişik ülkelerdeki son gelişmeler hakkında bilgi için bkz. FURGAL, Ula, “The EU Press Publishers’ Right: Where do Member States Stand?”, *JIPLP*, Y. 2021, Vol. 16, No. 8, (*Press Publisher*), s. 887 vd. Ayrıca bkz. (Çevrimiçi) <https://presstories.com/2021/04/26/kafa-and-the-media-will-the-deal-between-australia-and-facebook-encourage-other-countries/>, E.T. 30.7.2021. Birleşik Krallık da *Avustralya stili* bir düzenleme yapmaya hazırlanıyor. Bkz. “*New Competition Regime for Tech Giants to Give Consumers More Choice and Control over Their Data, and Ensure Businesses Are Fairly Treated*” (GOV.UK, 27 November 2020) - (Çevrimiçi) <https://www.gov.uk/government/news/new-competition-regime-for-tech-giants-to-give-consumers-more-choice-and-control-over-their-data-and-ensure-businesses-are-fairly-treated>, E.T. 2.10.2021. Kanada’daki gelişme için bkz. (Çevrimiçi) <https://financialpost.com/telecom/media/those-who-use-media-content-should-pay-fair-share->

Çalışmamızda *öncelikle* haberin dijitalleşmesine bağlı olarak basın yayıncılarının karşılaştıkları sorunlar ele alınacaktır. *İkinci olarak*, soruna ilişkin Avrupa'daki ilk düzenleme ve tecrübeler incelenecektir. *Üçüncü olarak*, AB'de basın yayıncılarına tanınan yeni bağlantılı haklar analiz edilecektir. *Son olarak*, yeni haklara getirilen eleştiriler değerlendirilerek bu hakların AB'de nasıl hayata geçirileceği ve ülkemizde atılabilecek adımlar üzerinde durulacaktır.

## **I. HABERİN DİJİTALLEŞMESİ VE BASIN YAYINCILARININ KARŞILAŞTIKLARI SORUNLAR**

İcracı sanatçılara tanınan haklar<sup>15</sup> bir tarafa bırakılırsa bağlantılı haklar, ekonomik haklardan olup, kültür ve sanata yapılan *finansal* ve *organizasyonel yatırım*ı korumayı amaçlamaktadır. Uluslararası düzeyde 1961 tarihli Roma Anlaşmasıyla kayıt teknolojisine yatırım yapan fonogram yapımcılarına bağlantılı haklar tanınmıştır. O yıllarda belirtilen *yatırımlar yüksek ve riskli* olmasına karşılık yapılan kayıtların/tespitlerin kopyalanması nispeten zahmetsiz ve maliyeti düşüktür. Roma Anlaşması bu yatırımlara bağlantılı hak koruması getirirken ilginç bir olay yaşanmış; radyo-TV kuruluşları bu haklara karşı çıkmış ve bir taviz olarak bu kuruluşlara da anılan haklar verilmiştir<sup>16</sup>. AB'de (ve Türkiye'de) aynı saikle belirtilen kişilere ve ilave olarak film yapımcılarına<sup>17</sup> da bağlantılı haklar tanınmıştır. Ne var ki kayıt ve yayın teknolojisinin maliyetli ve riskli olduğu düşüncesi günümüzde sorgulanmaya başlanmıştır<sup>18</sup>. Bu görüşe göre *bağlantılı haklar eskimiştir*. Günümüzde gerek kayıt teknolojisi gerekse basın yayınları yüksek maliyetli yatırım gerektirmemektedir.

---

heritage-minister?utm\_medium=Social&utm\_source=Twitter#Echobox=1592348960, E.T. 20.8.2021. ABD'deki Basın Yayıncıları Birliği (*News Media Alliance*) de Kongre'ye yeni yasa için çağrıda bulundu. Bkz. COLANGELO, Giuseppe / TORTI, Valerio: "Copyright, Online News Publishing and Aggregators: A Law and Economics Analysis of the EU Reform", *IJSR*, Y. 2019, Vol. 27, No.1, s. 83. Kanada ise AB stili bir koruma üzerinde çalışıyor. Bkz. COLANGELO, s. 24-25.

<sup>15</sup> İcracı sanatçılara, eser sahiplerine tanınan haklara benzer saikle bağlantılı hak statüsü tanınmıştır. Temel bir farkla ki eser sahipleri eser meydana getirdiği, icracı sanatçılar da eserleri ve folklorik ifadeleri özgün şekilde icra ettikleri için ödüllendirilmiştir. Diğer bağlantılı hak sahipleri ise kültür ve sanata yatırıma teşvik edilmiştir. Ancak yatırımcı bağlantılı hak sahiplerine manevi hak tanınmamıştır.

<sup>16</sup> HUGENHOLTZ, P. Bernt, "Neighbouring Rights are Obsolete", *IIC*, Y. 2019, Vol. 50, No.8, s. 1006-1007.

<sup>17</sup> 2006/115 sayılı Yönergeyle revize edilen 1992/100 sayılı Kiralama ve Ödünç Verme Yönergesinin 7 no.lu (şimdi 5) Dibacesinde (Recital) kayıt teknolojisinin riskli ve maliyetli olduğuna dikkat çekilmiştir.

<sup>18</sup> HUGENHOLTZ, s.1006 vd.; KRETSCHMER, Martin/DUSOLLIER, Séverine/GEIGER, Christophe/ HUGENHOLTZ, P. Bernt, "The European Commission's Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain: A Response by the European Copyright Society", *EIPR*, Y. 2016, Vol. 38, No. 10, (*Kretschmer ve diğerleri*), s. 592-594; PEUKERT, Alexander, **An EU Related Right for Press Publishers Concerning Digital Uses. A Legal Analysis**, Goethe University Frankfurt am Main, Faculty of Law Research Paper No. 70, 73 - (Çevrimiçi) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2888040](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2888040), E.T. 7.3.2021.



Haberin dijitalleşmesinden önce basın yayıncıları, yatırımlarının karşılığını gazete ve dergi gibi basılı materyal satışı ve reklam gelirinden almaktaydı. 1950'lerde ilk darbeyi radyo-TV'den yiyen basın yayıncıları, 2000'li yıllarda haberin dijitalleşmesine bağlı olarak içerikleri üzerinde hem kontrolü hem de dijitalden elde edilen gelirin önemli bir kısmını kaybettiler. DSM Yönergesi için hazırlanan Etki Analizi Dokümanının (*Impact Assesment*), Eurobarometer'in verilerine dayandığı bilgiye göre AB'de gazete okuyucusunun %57'si çevrimiçi okumakta ve bunların %47'si *Google News* gibi platformlardan haber başlıklarını ve özetlerini okuyarak yetinmekte, yani haberin kaynağını ziyaret etmemektedir<sup>19</sup>. Demek ki çevrimiçi okuyucunun yarısı haber toplayıcının sitesinde kalmaktadır. İnternette haber okuyanların %22'si sosyal medyayı, %14'ü haber toplayıcılarını ve %21'i arama motorlarını kullanmaktadır<sup>20</sup>. Bekleneceği üzere bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları basın yayıncılarının reklamlarına link vermemektedir<sup>21</sup>. Haberlerin internette okunma oranlarının yükselmesine bağlı olarak basın yayıncılarının fiziki/matbu baskıdan elde ettikleri gelirler dramatik bir şekilde gerilemesine rağmen dijitalden aldıkları pay çok düşük kaldı<sup>22</sup>. Çünkü basın yayıncıları ile dijital platformlar dikey olarak birbirine bağımlı olmakla birlikte yatayda birbirinin rakibi durumundadır. Üstelik bu rekabet dengeli değildir<sup>23</sup>. Bu durum, reklam gelirinin el değiştirmesine yol açtı. O kadar ki basın yayıncılarının dijital dönük iş modelleri pratikte sonuç vermeyince tiraj düşüşü, hatta bazı gazete ve dergilerin kapanması gibi sonuçlar doğdu<sup>24</sup>.

Sekiz AB ülkesinde 2010-2014 dönemi için yapılan bir araştırmaya göre gazetelerin matbu baskı tirajları ortalama %17 düşmüştür<sup>25</sup>. Gelirlerinde ise 13.45 milyar avrodan 3.98 milyar avroya gerileyerek 9.47 milyar avro net kayıp yaşandı<sup>26</sup>. Avustralya'daki araştırma sonuçlarına göre gazetelerin 2001 yılında 2

<sup>19</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment*, s. 157.

<sup>20</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment*, s. 157.

<sup>21</sup> Dijital dünyada ilginç yeni iş modelleri geliştirilmektedir. Sözelimi *Brave* isimli web tarayıcısı, internette başkalarının reklamını bloke ederek onların yerine kendi reklamını yerleştirmektedir. Bkz. (Çevrimiçi) [https://en.wikipedia.org/wiki/Brave\\_\(web\\_browser\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Brave_(web_browser)), E.T. 29.9.2021.

<sup>22</sup> Gazete gelirlerinin sadece %10'u dijitalden gelmektedir. Bkz. EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment*, s. 156.

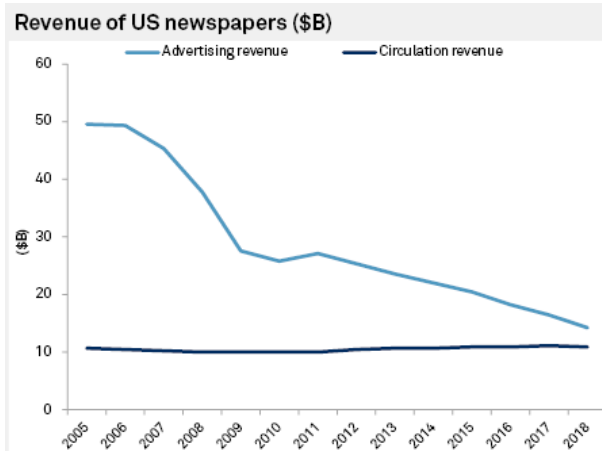
<sup>23</sup> GERADIN, Damien, *Complements and/or Substitutes? The Competitive Dynamics between News Publishers and Digital Platforms and What It Means for Competition Policy* - TILEC Discussion Paper, February 2019 - (Çevrimiçi) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3338941](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3338941), E.T. 25.12.2021, s.7 vd., 15 vd. Bu ilişki hakkında bkz. ACCC (AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION), *Digital Platforms Inquiry - Final Report*, Australia, June 2019 - (Çevrimiçi) <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>, E.T. 13.1.2022, s. 205 vd.

<sup>24</sup> Gazetelerin kan kaybı yeni de değildir. TV'nin yaygınlaşmasıyla 1950'lerde reklamlar bu mecraya kayınca gazete tirajlarında düşüşler yaşanmıştır. Bkz. ROSATI, *IIC*, s. 970.

<sup>25</sup> *Etki Analizi Dokümanına* göre 2014-2019 dönemi için günlük gazetelerin fiziki tirajlarında %19 daha gerileme beklenmektedir. Bkz. s. 164. Yapılan son araştırmalar düşüş beklentilerini doğrulamaktadır. Bkz. (Çevrimiçi) [https://events.wan-ifra.org/sites/default/files/field\\_ecm\\_file/3\\_gary\\_thomson.pdf](https://events.wan-ifra.org/sites/default/files/field_ecm_file/3_gary_thomson.pdf), E.T. 11.9.2021.

<sup>26</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment*, s. 155-157.

milyar dolar olan reklam gelirleri 2016 yılında 200 milyon dolara gerilemiştir<sup>27</sup>. *Independent* gibi bazı etkili gazeteler (ülkemizde *HaberTürk* gibi) ve dergiler fiziki faaliyetlerine tümüyle son vererek sadece çevrimiçi yayın yapmaya başladı<sup>28</sup>. Bazıları da (ülkemizde *Radikal* gibi) tümüyle kapandı. Diğer yandan ABD’de 1981 yılında 1730 günlük gazete varken bu sayı 2014 yılında 1331’e düşmüştür. Kullanım da dijitale kaymış, ilk 50 gazetenin internet sitesinin aylık ziyaretçi sayısı 2014 yılında 8.2 milyon iken, 2016’da 11.7 milyona yükselmiştir<sup>29</sup>. Başka bir kaynağa göre ABD’de 2004’ten günümüze 2100 gazete kapanmıştır<sup>30</sup>. Yine Amerikan Gazeteciler Derneğinin verilerine göre gazetelerin 2000-2009 döneminde reklam gelirleri %57, tirajları da %18 düşmüştür. Gazetelerin gelirleri 2006’da 49 milyar USD iken 2016’da bu gelir 18 milyar USD’ye gerilemiştir<sup>31</sup>. 1994-2014 döneminde basın sektöründeki istihdam ise %40 gerilemiştir<sup>32</sup>. Başkaca araştırma sonuçları da bu kayıpları teyit etmektedir<sup>33</sup>. Aşağıdaki grafik kayıpları daha iyi açıklamaktadır<sup>34</sup>:



<sup>27</sup> ACCC, s. 17.

<sup>28</sup> PwC’nin *Global Entertainment and Media Outlook 2016-2020* sonuçlarına göre bir ülke ne kadar çok dijitalleştiyse bu trend de o kadar hızlı gerçekleşmiştir. Bkz. PwC (Çevrimiçi) <https://www.pwc.com/gx/en/entertainment-media/pdf/newspapers-and-magazines-outlook-article.pdf>, E.T. 31.7.2021.

<sup>29</sup> (Çevrimiçi) <https://www.psprint.com/resources/history-of-the-printed-newspaper/>, E.T. 11.9.2021.

<sup>30</sup> NETANEL, Neil Weinstock, “Mandating Digital Platform Support for Quality Journalism”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Y. 2021, V. 34, No. 2, s. 474.

<sup>31</sup> GERADIN, s. 6.

<sup>32</sup> ATHEY, Susan/MUBIUS, Markus/PAL, Jenö, **The Impact of Aggregators on Internet News Consumption**, National Bureau of Economic Research, Cambridge, USA, 2021, (Çevrimiçi) [https://www.nber.org/system/files/working\\_papers/w28746/w28746.pdf](https://www.nber.org/system/files/working_papers/w28746/w28746.pdf), E.T. 11.9.2021, s. 2.

<sup>33</sup> Sözelimi 2019 yılı verilerini analiz eden bir araştırmaya göre basılı yayınlara talep, 50 yıl öncesi seviyelere gerilemiştir. Bkz. (Çevrimiçi) [https://events.wan-ifra.org/sites/default/files/field\\_ecm\\_file/3\\_gary\\_thomson.pdf](https://events.wan-ifra.org/sites/default/files/field_ecm_file/3_gary_thomson.pdf), E.T. 11.9.2021.

<sup>34</sup> (Çevrimiçi) <https://www.sn1.com/articles/403747879.png>, E.T. 4.1.2022.

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de gelir dijitale kaymıştır. Reklamcılar Derneğinin verilerine göre 2019-2020 döneminde medya yatırımları aşağıdaki gibidir<sup>35</sup>:

### Türkiye’de medya yatırımları

Mecra bazında gelişim

Mecra	2020 (milyon TL)	Pazar Payı (%)	2019-20 Değişim (%)
<b>Televizyon</b>	<b>5.005</b>	<b>36%</b>	<b>23%</b>
Raporlanan	4.413	32%	25%
Raporlanmayan	592	4%	9%
<b>Basın</b>	<b>418</b>	<b>3%</b>	<b>-28%</b>
Gazete	366	3%	-27%
Dergi	52	0,4%	-31%
<b>Açık hava</b>	<b>703</b>	<b>5%</b>	<b>-15%</b>
Dijital Açık hava	132	1%	18%
Büyük Alan	110	1%	-1%
Reklam Üniteleri	460	3%	-24%
<b>Radyo</b>	<b>295</b>	<b>2%</b>	<b>-10%</b>
<b>Sinema</b>	<b>28</b>	<b>0,2%</b>	<b>N/A</b>
<b>Dijital*</b>	<b>7.528</b>	<b>54%</b>	<b>39%</b>
Gösterim	2.649	19%	32%
Video	1.541	11%	61%
Arama Motoru	2.849	20%	37%
Influencer	240	2%	60%
İlan	138	1%	9%
Diğer	110	1%	46%
<b>Toplam</b>	<b>13.976</b>	<b>%100</b>	<b>24%</b>

İnternette haberin dağıtımını yapan *Google* ve *Facebook* gibi dijital platformların faaliyetleri, basın yayıncılarının kan kaybını hızlandırdı. Bu platformlar, algoritmaların yardımıyla değişik kaynaklı içerikleri seçmekte, toplamakta, sınıflandırarak düzenlemekte, derecelendirmekte, özetlemekte ve endekslemek suretiyle okuyucuya bir platform üzerinden topluca yeniden iletmektedir. Deyim yerindeyse dijital platformlar internetten aldıkları haberleri yeniden paketleyerek okuyucuya sunmaktadır. Demek ki bu yeni oyuncular, (hem haber hem de haber dışı) içerikleri umuma iletmekle yetinmemekte, bunları işleyerek tümüyle kontrol etmektedir. Dijital platformların bu faaliyetleri, okuyucuya fayda sağlarken kendilerine de yüksek miktarda gelir getirmektedir. Diğer yandan bu platformlar sayesinde basın yayıncılarının internet trafiği<sup>36</sup> artmakla birlikte günün sonunda

<sup>35</sup> (Çevrimiçi) <http://rd.org.tr/Assets/uploads/1cc3c0b2-236d-4ada-9cbe-8a24420611c5.pdf>, E.T. 10.1.2022.

<sup>36</sup> Son verilere göre basın yayıncılarının internet trafiği dijital platformlara iyice bağımlı hale gelmiştir. Perse.ly’nin *Google* Analitik’e dayandığı verilere göre basın yayıncılarının internet trafiğinin %56’sı *Google Search*, %25’i *Facebook*’tan gelmektedir. Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.parse.ly/resources/data-studies/referrer-dashboard>, E.T. 25.12.2021. ABD’de ise basın yayıncılarının trafiğinin %70’i *Google* ve *Facebook*’tan geliyor. Bkz. NETANEL, s. 482.

basın yayıncılarının gelirleri düşmektedir<sup>37</sup>. Kaldı ki bu durum, büyük yayıncıların ana sayfa trafiğini azaltmıştır<sup>38</sup>.

Özetle, bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları, içerik üretmek yerine başkalarının içeriklerini kullanarak doğrudan veya dolaylı gelir elde etmektedir. Sonuçta gazeteler daha çok okunmakla birlikte basın yayıncılarının reklam gelirleri dramatik ve yıkıcı bir şekilde düşmekte ve bunlar yatırımlarının dönüşünü alamamaktadır. Deyim yerindeyse tohumu eken basın yayıncıları, biçen ise bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarıdır. Gerçekten bu süreçte reklam gelirinin önemli bir payı, içerik üretenlerden bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının eline geçmiştir. Sözgelimi Avustralya’da yapılan bir araştırmaya göre internetteki reklamın %53’ünü Google, %28’ini Facebook, %19’unu da basın yayıncılarının da içinde bulunduğu diğer tüm aktörler almaktadır<sup>39</sup>. ABD’de dijital reklam gelirinin yarısından fazlasını *Google ve Facebook* almaktadır. Bu ikisinin ABD’deki dijital reklam geliri 2014’te 30.5 milyar USD iken 2018 yılında 77.8 milyar USD’ye çıkmıştır. Aynı dönemde gazetelerin reklam gelirinde %35 düşme yaşanmıştır<sup>40</sup>. Bu veriler göstermektedir ki bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının, kendileri için oldukça yenilikçi ve kârlı iş modelleri, geleneksel basın yayıncılığı için yıkıcı sonuçlar doğurmuştur<sup>41</sup>. İlave edelim ki basın yayınları, dijital platformların ticari faaliyetlerinin çok küçük bir kısmını oluştururken basın yayıncılarının varlık nedenidir.

Dijital teknolojiye bu gelişmeler yayın ekonomisini derinden etkilemiş, *gazete krizine yol açmış*<sup>42</sup> ve bu durum bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının, geleneksel gazetelerin işlerini elinden almak gibi *yıkıcı bir etkisi* olmuştur. Sonuçta bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları, gazeteleri *ikame etme işlevi* görmeye başlamıştır<sup>43</sup>. Elbette bu işlevin içerik üretme kısmı eksiktir. Bu durum basına yapılan yatırım

---

<sup>37</sup> Aynı yönde SOYSAL, Tamer, “Basılı Yayınların Telif Hukuku Kapsamında Bağlantılı Hak Niteliği ve Bu Yayınların Avrupa Birliği’nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Korunması”, *TFM*, Y. 2019, C. 5, S. 2, s. 268 vd. (*Basılı Yayınlar*). Krş. ROSATI, *IIC*, s. 572; KARAPAPA, Stavroula, “The Press Publishers’ Right in the European Union: An Overreaching Proposal and the Future of News Online”, *Non-Conventional Copyright*, Eds. Enrico Bonadio / Nicola Lucchi, Edward Elgar, UK, 2018, s. 324.

<sup>38</sup> ATHEY/MOBIUS/PAL, s. 27; GERADIN, s. 5.

<sup>39</sup> (Çevrimiçi) <https://www.theguardian.com/technology/2021/feb/16/google-and-facebook-the-landmark-australian-law-that-will-make-them-pay-for-news-content>, E.T. 7.3.2021.

<sup>40</sup> NETANEL, s. 479-481.

<sup>41</sup> Yıkıcı inovasyonlar, pazarda var olanı yıkarak kendi pazarını oluşturur. Bkz. SENFTLEBEN, Martin/KERK, Maximilian/BUITEN, Miriam/HEINE, Klaus, “New Rights or New Business Models? An Inquiry into the Future of Publishing in the Digital Era”, *IIC*, Y. 2017, Vol. 48, No. 5, s. 540 (*Senftleben ve diğerleri*).

<sup>42</sup> KARAPAPA, s. 322-323, 339.

<sup>43</sup> ROSATI, Eleonora, “The German ‘Google Tax’ Law: Groovy or Greedy?”, *JILPL*, Y. 2013, Vol.8, No.7, s. 497 (*Google Tax*). Bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının bu kullanımları, küçük basın yayıncıları için pazar genişleme etkisi (*market-expansion effect*) yaratırken, büyük yayıncılar için rakip durumuna gelerek ikame etkisi (*substitution effect*) doğurmaktadır. Bkz. VUCKOVIC, Romana Matanovac, “The Effectiveness of the Press Publishers’ Related Right”, *IIC*, Y. 2021, Vol.52, No.8, s. 1055.

şevkini kırmakta, nitelikli içerik üretimine ket vurmakta, günün sonunda okuyucu ve toplum zarar görmektedir.

Reklam pastasındaki bu kayma, basın sektörünün zayıflamasının da ötesinde, sektörün varlığını tehdit etmektedir. Yakın geçmişte korsan ve izinsiz faaliyetler kitap, müzik ve sinema gibi sektörleri tehdit etmişken, basın yayıncıları için bugün bu tehdit bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarından gelmektedir. Kovid-19'un hız kazandırdığı dijital kullanımlar nedeniyle önümüzdeki yıllarda basın yayıncılarının aleyhine durumun daha da kötüleşeceği beklenebilir<sup>44</sup>.

Krize çare üretebilmek için basın yayıncıları, internet üzerinden ücretsiz ve ücretli abonelik gibi yeni iş modelleri üzerinde denemeler yaptılar, fakat başarılı olamadılar<sup>45</sup>. Aşağıda açıklanacağı üzere AB'de bağlantılı hakların tanınması, tam da bu tür tehditlere karşı habere yatırım yapan basın yayıncılarını koruma ve kaliteli gazeteciliği sürdürülebilir kılma amacı taşımaktadır.

## **II. KONUYA İLİŞKİN AVRUPA'DAKİ İLK DÜZENLEMELER VE TECRÜBELER**

Yukarıda ifade edildiği üzere 2000 yılından itibaren haberin dijitalleşmeye başlaması, gazete tirajlarındaki düşüşe ve buna çare arayışlarına neden oldu. Basın yayıncılarına telif hakkı tanıma çalışmaları 2009 yılında başladı. Aynı yıl 166 Avrupalı yayıncı, aksiyona geçerek internette telif haklarının korunmasına ilişkin Hamburg Bildirgesi'ni yayımladı<sup>46</sup>.

Dört yıllık bir çalışmanın ardından 2013 yılında Alman Telif Yasasının §87/f-g-h paragraflarında yapılan düzenlemeyle kaliteli gazeteciliğin sürdürülebilmesi ve vatandaşın nitelikli ve doğru bilgiye erişiminin sağlanması amacıyla basın yayıncılarına münhasır nitelikte bağlantılı hak tanındı<sup>47</sup>. Umuma iletme ilişkin bu hak, 1.8.2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olup 1 yıl için geçerlidir.

---

<sup>44</sup> Son araştırma sonuçları da bu yöndedir. Sözelimi REUTERS INSTITUTE'un 2021 Raporuna göre sosyal medya kullanıcıların kayda değer bir kısmı bu mecraları haber için de kullanmaktadır. Bkz. s. 22-24, 51. Anılan Rapora göre haber okuyucularının sadece %25'i doğrudan basın yayıncılarına ulaşırken, diğerleri arama motoru ve sosyal medya gibi araçlar üzerinden habere erişmektedir. Bkz. s. 25.

<sup>45</sup> EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 156 ve 160. REUTERS INSTITUTE'un 2021 Raporuna göre 2016'dan sonraki veriler ışığında 20 ülkede okuyucunun ortalama sadece %17'si haber için ödeme yapmaktadır. Refah seviyesi yüksek ülkelerde oranlar artmaktadır. Sözelimi Nordic ülkelerinde bu oran ortalama %28'dir. Raporda, okuyucunun haber için dijitalde ödeme yapmaya direndiği tespiti yapılmaktadır. Bkz. s. 13 vd.

<sup>46</sup> Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.axelspringer.com/en/press-releases/international-publishers-sign-hamburg-declaration-to-protect-intellectual-property-rights>, E.T. 2.5.2021.

<sup>47</sup> Alman düzenlemesi hakkında bilgi için bkz. PAPADOPOULOU, Maria-Daphne/MOUSTAKA, Evanthia-Maria, "Copyright and the Press Publishers Right on the Internet: Evolutions and Perspectives", **EU Internet Law in the Digital Era**, Eds. Tatiana-Eleni SYNODINOU/Philippe JOUGLEUX/Christiana MARKOU/Thalia PRASTİTOU, Springer, Switzerland, 2020, s. 105 vd.; BARABASH, Igor, "Ancillary Copyright for Publishers: The End of Search Engines and News Aggregators in Germany?", **EIPR**, Y. 2013, Vol.35, No.5, s. 242 vd.; ROSATI, **Google Tax**, s. 497; ÖZKAN, Zehra/POLAT AKGÜN, Deniz, "Basın Yayıncılarına Bağlantılı Hak Tanınması

Düzenlemede basın yayıncıları, müzik ve film yapımcılarına benzer şekilde *yapımcı (producer)* olarak nitelendi. Buna göre şayet *basın yayını*, bir şirkette üretiliyorsa şirket sahibi yapımcı kabul edildi (Alman Telif Kanunu §87f-1).

Yapılan düzenlemeye göre basın ürünü, bir başlık altında herhangi bir medyada periyodik olarak yayımlanan koleksiyonlardaki editöryal hazırlığı gerektiren gazetecilik katkılarıdır. *Gazetecilik katkısı* ile bilgilendirici, fikrî ve eğlendirici içerikler kastedilmekte olup daha çok makale ve fotoğraf gibi unsurlardan oluşur. Şu kadar ki içeriğin çoğunluğu reklam olamaz.

Almanya'daki yeni haktan, ticari arama motorları ile içeriklerin tamamını veya bir kısmını *ticari amaçla* kullanan haber toplayıcıları etkilendi (§87f-1)<sup>48</sup>. Bloggerlar, şirket içi arama motorları, dernekler ve hukuk büroları gibi oyuncular ise yeni haktan etkilenmedi<sup>49</sup>.

Hakkın yürürlüğe girmesinden sonra, basın yayıncılarının meslek birliği olan *VG Media*'nın (yeni adıyla *Corint Media* şirketi<sup>50</sup>) tarifesinde<sup>51</sup> öngörülen telif bedelini *Google* ödemeyi reddetti. Belirtelim ki yeni hak devredilebilir ve vazgeçilebilir nitelikteydi (Alman Telif Kanunu §87g-1, 2). Yeni hakların en büyük destekçisi, Almanya'nın en büyük yayıncısı olan ve Hamburg Bildirisi'nin de başını çeken *Axel Springer*, internet trafiğini kaybetme korkusuyla içeriklerini bilâ bedel *Google*'a kullandırmaya başladı<sup>52</sup>. *Google*, telif bedeli talep eden basın yayıncılarının internetteki görünürlüklerini azalttı. *VG Media* ve kırk bir yayıncı ise ücret talep edenleri göstermemek ve etmeyenleri göstermek suretiyle

---

Sorunsalı”, **Terazi**, Y.2018, C. 13, S. 140, s. 51 vd. TOPAL, Cansu, “Dijital Medyanın Google ile Savaşı ve Bilgi Toplumu”, **Fikri Mülkiyet Yılığ** 2012, Ed. Tekin MEMİŞ, Ankara, Yetkin, 2013, s. 465 vd.; SOYSAL, **Basılı Yayınlar**, s. 271 vd.; (Çevrimiçi) [https://en.wikipedia.org/wiki/Ancillary\\_copyright\\_for\\_press\\_publishers](https://en.wikipedia.org/wiki/Ancillary_copyright_for_press_publishers), E.T. 23.10.2021.

<sup>48</sup> TALKE, Armin, “The Ancillary Right’ for Press Publishers: The Present German and Spanish Legislation and the EU Proposal” - (Çevrimiçi) <http://library.ifla.org/1849/1/119%20talke%20en.pdf>, E.T. 7.3.2021; HOPPNER, Thomas, (KRETSCHMER, Martin/XALABARDER, Raquel), “Create Public Lectures on the Proposed EU Right for Press Publishers”, **EIPR**, Y. 2017, Vol.39, No.10, (*EIPR*), s. 613.

<sup>49</sup> TALKE, s. 3.

<sup>50</sup> Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.corint-media.com/en/home/>, E.T. 22.3.2021.

<sup>51</sup> Tarifede bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının vergi öncesi gelirinin %6’sı talep edilmiştir. Bkz. XALABARDER(HOPPNER/KRETSCHMER), **EIPR**, s. 620; BENTLY Lionel/KRETSCHMER, Martin/DUDENBOSTEL, Tobias/MORENO, Clatrava Maria del Carmen/RADAUER, Alfred, **Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive**, European Parliament, Study for the JURI Committee, Brussels, 10 September 2017, (Çevrimiçi)

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL\\_STU%282017%29596810\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL_STU%282017%29596810_EN.pdf), E.T. 27.3.2021 ,s. 31(*Bently ve diğerleri*).

<sup>52</sup> TALKE, s. 5. *Google*'ın tarama yapmaması nedeniyle basın yayıncılarına ait web sayfalarının ziyaretçileri de azaldı. Çünkü çevrimiçi gazete okuyucusunun kayda değer bir kısmı basın yayıncılarının internet sayfalarına bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları üzerinden gelmektedir. Basın yayıncıları, içeriklerini *Google*'a bedelsiz kullandırmak ile görünürlüklerinin azalması gibi iki kötü seçenekten birini tercih etmesi gerekti. Mücadele etmek şeklindeki üçüncü yolu seçen basın yayıncıları ise *Google* tarafından cezalandırılmış oldu.

ayrımcılık yaptığı ve bu şekilde hâkim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle *Google*'a karşı rekabet ihlâli gerekçesiyle Alman Rekabet Otoritesine başvurdu. Ancak bu talep reddedildi. Aynı gerekçeyle açılan tazminat davası da Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) C-299/17 sayılı kararından sonra geri çekildi<sup>53</sup>. Sonuçta küçük basın yayıncıları, internette görünümleri azaltılmak suretiyle cezalandırılmış oldu. O yıllarda *VG Media* sadece beş adet lisanslama karşılığında toplamda 714 bin avro telif bedeli toplayabildi<sup>54</sup>. Almanya'daki bağlantılı haklar düzenlemesi, ABAD'ın kararı (C-299/17) üzerine teknik nedenlerle 2019 yılında uygulanabilir olmaktan çıktı<sup>55</sup>.

Almanya'dan sonra İspanya'da da basın yayıncılarına, 2014 yılında kaynak gösterme (*quotation*) istisnasından kaynaklı hak kayıplarını telafi niteliğinde *uygun bedel (equitable remuneration) talep etme hakkı* tanındı<sup>56</sup> (İspanyol Fikri Mülkiyet Kanunu 32/2)<sup>57</sup>. 1 Ocak 2015 tarihinde yürürlüğe giren bu hak, münhasır nitelikte değildir ve sadece meslek birliği üzerinden takip edilebilir<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> LG Berlin, 19 Feb. 2016, 92 O S/14 Kart, GRUR-RR, 2016, 426. Buna karşılık aynı konuda Fransa'da rekabet ihlali kararı verildi (Autorité de la Concurrence, Décision 20-MC-01, 9 April 2020). Bkz. DUSOLLIER, Séverine: "The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, A Few Bad Choices, and An Overall Failed Ambition", *CMLR*, Y. 2020, Vol. 57, No. 4, s. 1006.

<sup>54</sup> Bkz. BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 31. Ayrıca bkz. (Çevrimiçi) <https://cacm.acm.org/magazines/2019/3/234918-questioning-a-new-intellectual-property-right-for-press-publishers/fulltext>, E.T. 21.3.2021.

<sup>55</sup> 98/34/EC Yönergesi gereğince Almanya, basın yayıncılarına bağlantılı hak statüsü tanıyan düzenlemeyi, hazırlık aşamasında *AB Komisyonuna bildirmediği* için uygulanabilir olmaktan çıkmıştır. Bkz. VESTERDORF, Bo, "The Effect of Failure to Notify the Spanish and German Ancillary Copyright Laws", *EIPR*, Y. 2015, Vol. 37, No. 5, s. 265 vd.; PAPADOPOULOU/MOUSTAKA, s. 107-108; KARAPAPA, s. 326-327; SPINDLER, Gerald, "The Regulation of Big Tech Companies in the Digital Era: The German and EU Viewpoints", *Periscope*, June 2021 - (Çevrimiçi) <https://periscopekasastralia.com.au/briefs/the-regulation-of-big-tech-companies-in-the-digital-era-the-german-and-eu-viewpoints/>, E.T. 18.10.2021, s. 5.

<sup>56</sup> Telif hukukunda finansal sözleşmeler çerçevesindeki kullanımlardan kaynaklı telifler için *uygun bedel (equitable remuneration)*, istisna ve sınırlamalar çerçevesinde hak sahiplerinin uğradığı kayıplar/zararları telafi için ise *adil bedel (fair compensation)* kavramları kullanılır. Yönergede bu ifadelerin yerli yerinde kullanılmadığı eleştirisi için bkz. MPI, Eds. Reto M. HILTY/Valentina MOSCON, **Modernisation of the EU Copyright Rules - Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition**, Munich, 2017 - (Çevrimiçi) [https://pure.mpg.de/rest/items/item\\_2470998\\_12/component/file\\_2479390/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_2470998_12/component/file_2479390/content), E.T. 19.11.2021, s. 18-19.

<sup>57</sup> İspanya'daki düzenlemenin İngilizce metni için bkz. XALABARDER, Raquel, **The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law**, IN3 2014 - (Çevrimiçi) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2504596](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2504596), E.T. 31.7.2021 (*News Aggregation*), s. 4; MPI, s. 85. Anılan düzenleme hakkında detaylı bilgi ve eleştirisi için bkz. XALABARDER, **News Aggregation** ve aynı yazar **Working Paper**, s. 1 vd.; PAPADOPOULOU/MOUSTAKA, s. 108 vd.

<sup>58</sup> XALABARDER(HOPPNER/KRETSCHMER, *EIPR*, s. 620-621; EPC (European Policy Center) (by Fabian ZULEEG/Iva TASHEVA), **Discussion Paper - Rewarding Quality Journalism or Distorting the Digital Single Market? The Case for and Against Neighbouring Rights for Press Publishers**, 29.5.2017- (Çevrimiçi)

Alman düzenlemesinden farklı olarak bireysel kelimeler ve çok kısa alıntılar istisnasına yer verilmedi, fakat basın içeriğindeki fotoğraflar kapsam dışında bırakıldı. İspanya'daki düzenleme *Google News*'i hedef almakla<sup>59</sup> birlikte Almanya'dan farklı olarak İspanya'da blog ve benzeri web siteleri de bu düzenlemeden olumsuz etkilendi<sup>60</sup>.

İspanya'da yayıncılara tanınan *hak vazgeçilemez ve devredilemez* nitelikte olduğu için Almanya'dan farklı olarak haktan vazgeçme seçeneği müzakere masasında bulunmuyordu. Yani basın yayıncıları istese de bedelsiz olarak içeriklerini kullanıramıyordu. Bunun üzerine *Google News*, Almanya'da uyguladığı *opt-in* yerine İspanya'da *opt-out* mekanizmasını çalıştırarak haber servisini tümüyle kapattı, fakat düzenleme kapsamına girmeyen *Google Search* açık kaldı<sup>61</sup>. Hatta *Aneta Lúdico*, *NiagaraRank*, *InfoAliment* ve *Multifriki* gibi ulusal platformlar da operasyonlarını sonlandırdı. Bu gelişme üzerine İspanya gazetelerinin internet trafiği ortalama %6 (küçükler daha çok etkilendi; tahminen %13,5) oranında düştü<sup>62</sup> ve ilk yılda 10 milyon avro gelir kaybına uğradılar<sup>63</sup>. Sonuçta İspanya'da da çok az sayıda lisanslama yapılabildi ve sistem çalışmadı.

Almanya ve İspanya'nın yanında Avusturya, İtalya, İsveç ve Fransa'da da kanun hazırlıkları yapıldı, ancak bu çabalar sonuç vermedi<sup>64</sup>. İkili müzakereler sonucunda Belçika'da gazeteciler meslek birliği (SAJ) ile *Google* arasındaki anlaşma gereği basın yayıncılarına gelirlerinin %2-3'ü kadar bir ödeme yapıldı. Bu ödeme toplamda 5 milyon avro civarındadır. Yine müzakereler sonucunda *Google*, basın yayıncılarının dijitalleşme fonuna Fransa'da 60, İtalya'da 12 milyon avro ödeme yaptı. *Google*, 2015 yılında Dijital Haber İnisiyatifi adı altında

---

[http://aei.pitt.edu/87760/1/pub\\_7712\\_rewardingqualityjournalismordistortingthedsms.pdf](http://aei.pitt.edu/87760/1/pub_7712_rewardingqualityjournalismordistortingthedsms.pdf), E.T. 31.7.2021, s. 10.

<sup>59</sup> HOPNER(KRETSCHMER/ XALABARDER, **EIPR**, s. 613., PAPADOPOULOU/MOUSTAKA, s. 109.

<sup>60</sup> PAPADOPOULOU/MOUSTAKA, s. 109.

<sup>61</sup> XALABARDER(HOPNER/KRETSCHMER, **EIPR**, s. 621; RAMALHO, Ana, "Beyond the Cover Story - An Enquiry into the EU Competence to Introduce a Right for Publishers", **IIC**, Y. 2017, Vol. 48, No. 1, s. 78; KARAPAPA, s. 326.

<sup>62</sup> BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 19; RAMALHO, s. 78. Buna karşılık gazetelerin içeriklerine doğrudan erişim artmıştır. Bkz. HOPNER(KRETSCHMER/XALABARDER, **EIPR**, s. 613.

<sup>63</sup> PAPADOPOULOU/MOUSTAKA, s. 111.

<sup>64</sup> MOSCON, s. 44-45; RAMALHO, s. 80. *Ramalho*, bunda Almanya ve İspanya'da yaşanan olumsuz tecrübenin etkisi olduğunu belirtmektedir.



üç yıl için AB'deki basın sektöründeki projelere 150 milyon avro'luk bir fon ayırdı<sup>65</sup>. Facebook ise 300 milyon USD habere yatırım yapacağını ilan etti<sup>66</sup>.

### III. AVRUPA BİRLİĞİNDEKİ DÜZENLEME

#### 1. Arka Plan

AB'de telif hakları topluca uyumlaştırılmamış, süreç içinde parça parça düzenlemeler yapılmıştır<sup>67</sup>. Bu bağlamda uygulamaya ilişkin 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplumu Yönergesi önemli bir kilometre taşıdır. Dijital alanda bu Yönergeyi tamamlar nitelikteki 2019/790/EU sayılı DSM Yönergesi, AB dijital telif hukuku bakımından diğer önemli bir düzenlemedir<sup>68</sup>. Bu düzenlemelere rağmen gelinen noktada Birlik Markası ve Topluluk Tasarımından farklı olarak AB'de telif hakları yeknesak (*unitary*) karakter taşıyor, yani ülkesellik/mülkellik ilkesi<sup>69</sup> bugün de geçerlidir.

Dijital teknolojilerdeki gelişmelere bağlı olarak ekonomik aktiviteler fizikiden dijitalle kaymaya başladı. Bu bağlamda AB, bilgi tabanlı ekonomisini dijital çağa uydurarak kendi içinde *Dijital Tek Pazar* kurmaya çalışıyor<sup>70</sup>. Düşüncesi 1990'lı yıllara dayanan bu çalışmalar, bilgi tabanlı ekonomi hedefiyle Mart 2000'de kabul edilen *Lizbon Stratejisi* ile başladı<sup>71</sup>. Bu süreçte 3.3.2010'da *2020 Avrupa*

---

<sup>65</sup> CEIPI (by Christophe GEIGER/Oleksandr BULAYENKO/Giancarlo FROSIO), **Opinion of the CEIPI on the European Commission's Copyright Reform Proposal, with a Focus on the Introduction of Neighbouring Rights for Press Publishers in EU Law**, Strasbourg, 2016 - (Çevrimiçi) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2921334](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2921334), E.T. 17.1.2022, s. 6-7; PASSINKE, Diana, **An Analysis of Articles 15 and 17 of the EU Directive on Copyright in the Digital Single Market: A Boost for the Creative Industries or the Death of the Internet?**, Stanford-Vienna European Union Law Working Paper, No. 49, Vienna, 2020, s. 40 vd.; ROSATI, IIC, s. 572; ÖZKAN/POLAT AKGÜN, s. 51.

<sup>66</sup> (Çevrimiçi) <https://apnews.com/article/5a70617ac06b4b65ad32dc2e4d372eed>, E.T. 22.12.2021.

<sup>67</sup> AB telif hukukunun uyumlaştırılmasına yönelik değişik dokümanlar hazırlanmıştır. Bilgi için bkz. (Çevrimiçi) <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/modernisation-eu-copyright-rules-useful-documents>, E.T. 9.10.2021.

<sup>68</sup> Komisyon, DSM Yönergesinin, şu yönergeleri tamamladığına işaret etmektedir: Directive 96/9/EC, Directive 2001/29/EC, Directive 2006/115/EC, Directive 2009/24/EC, Directive 2010/13/EU, Directive 2012/28/EU ve Directive 2014/26/EU. Bkz. EUROPEAN COMMISSION, "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market", Brussels, 14.9.2016 COM(2016) 593 final 2016/0280 (COD) - (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>, E.T. 30.7.2021, (*Explanatory Memorandum*), s. 4.

<sup>69</sup> AB telif hukukunda ülkesellik ilkesi hakkında bkz. DREIER, Thomas, "Copyright in the Times of the Internet - Overcoming the Principle of Territoriality within the EU", **ERA Forum**, Y. 2017, Vol.18, No.1, s. 7 vd.

<sup>70</sup> Yine bu amaçla dijital içeriğin çevrimiçi ortamda Tek Pazarda sınır ötesi taşınabilirliğine ilişkin bir de Tüzük [Regulation (EU) 2017/1128] kabul edildi. Bkz. OJ, 30.06.2017, L 168 p. 1-11.

<sup>71</sup> Bkz. (Çevrimiçi) [https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1\\_en.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm), E.T. 13.9.2021.

*Stratejisi*<sup>72</sup> ve 6.5.2015’da da *Dijital Tek Pazar Strateji Belgesi*<sup>73</sup> kabul edildi. Bu Belgeyi, 9.12.2015 tarihli *Telif Hakları Reform Belgesi*<sup>74</sup> takip etti. 14.9.2016 tarihinde DSM Yönerge Taslağı ve Etki Analizi Dokümanı (*Impact Assessment*) çalışması<sup>75</sup> kamuoyu ile paylaşıldı<sup>76</sup>. Yine bu süreçte AB Komisyonu, 2020’de *Dijital Hizmetler Yasası (DSA)* ve *Dijital Piyasalar Yasası (DMA)* taslaklarını yayımladı<sup>77</sup>.

Avrupa Parlamentosundaki CULT, IMCO, JURI ve ITRE gibi komitelerde oldukça uzun, yoğun, tartışmalı ve sancılı bir hazırlık sürecinin<sup>78</sup> ardından Dijital Tek Pazar Stratejisinin bir parçası olarak kabul edilen DSM Yönergesi, 17.5.2019 tarihli AB Resmi Gazetesinde yayımlandı ve yirmi gün sonra (7.6.2019) yürürlüğe girdi (m. 31)<sup>79</sup>. Üye ülkeler iki yıl içinde (7.6.2021 tarihine kadar) Yönergeyi iç hukuklarına aktarmakla yükümlü olmakla (m. 31) birlikte, süresi içinde sadece dört ülke bu yükümlülüğü yerine getirdi<sup>80</sup>.

DSM Yönergesiyle üç şey hedeflendi<sup>81</sup>: i) Sınır ötesi düzeyde çevrimiçi olarak içeriğe *daha fazla erişim*, ii) araştırma, kültürel miras ve eğitim amacıyla telif unsurlarının *daha fazla kullanımı* ve iii) telif pazarının *daha iyi işlemesi*. Bu hedeflere ulaşmak için üye ülkeleri bağlayıcı nitelikte telif haklarına yeni istisna

<sup>72</sup> Europe 2020 - A strategy for securing of a smart, sustainable and inclusive growth (COM (2010) 2020), 3.3.2010. Bkz. (Çevrimiçi) <https://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLETE%20EN%20BARROSO%20%20%20007%20-%20Europe%202020%20-%20EN%20version.pdf>, E.T. 9.1.2022.

<sup>73</sup> Bkz. DSM Strategy for Europe, COM(2015), 6.5.2015, 192 final 4 vd.; (Çevrimiçi) <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/288dad28-9d3d-11e9-9d01-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-164638297>, E.T. 15.1.2022.

<sup>74</sup> EUROPEAN COMMISSION, “Communication, Towards a Modern, More European Copyright Framework”, 9.12.2015, COM(2015) 626 final at (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A626%3AFIN>, E.T. 7.8.2021.

<sup>75</sup> Yönerge Taslağıyla birlikte AB Komisyonu üç bölümden oluşan Etki Analiz Dokümanı (*Impact Assessment*) hazırlamıştır. Bkz. Commission Staff Working Document. Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules at (Çevrimiçi) <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules>, E.T. 27.3.2021.

<sup>76</sup> EUROPEAN COMMISSION, COM(2016)593 final at (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN>, E.T. 27.3.2021.

<sup>77</sup> Bilgi için bkz. (Çevrimiçi) [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en), E.T. 16.11.2021.

<sup>78</sup> Komitelerden sadece ITRE korumacı yaklaştı, diğerleri yeni haklara karşı görüş ileri sürdü. Komitelerde öne sürülen görüşler için bkz. KARAPAPA, s. 330-331. Hazırlık sürecinin detayı hakkında bilgi için bkz. ROSATI, Eleonora, **Copyright in the Digital Single Market: Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790**, Oxford University Press, 2021, (*Commentary*), s. 254 vd.

<sup>79</sup> Bkz. Yukarıda dpn 12.

<sup>80</sup> (Çevrimiçi) <http://www.newsmediaeurope.eu/news/european-publishers-slam-delays-in-implementation-of-copyright-directive/>, E.T. 15.1.2022.

<sup>81</sup> EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 9 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Yukarıda dpn 75.

ve sınırlamalar getirilmiş<sup>82</sup>, basın yayıncılarına (yukarıda özetlenen *Almanya stili*) bağlantılı hak statüsü verilmiş<sup>83</sup>, eser sahipleri ile icracı sanatçılara uygun bedel hakkı tanınmış ve online platformlara bazı yükümlülükler getirilmiştir<sup>84</sup>. Yönergede üç adım testi vurgulanarak hedeflerin gerçekleştirilebilmesi için tüm paydaşların (konumuz özelinde basın yayıncıları, eser sahipleri ve kullanıcıların) menfaatlerinin gözetildiğine işaret edilmiştir<sup>85</sup>.

Juncker Komisyonunun 9.12.2015 tarihinde açıkladığı Telif Hakları Reform Belgesinde, DSM Yönergesiyle basın yayıncılarına tanınan bağlantılı haklardan söz edilmedi, ama soruna doğrudan işaret edildi, hatta yeni hak ihdasına gerek olup olmadığı üzerinde de duruldu. Buna karşılık 14.9.2016 tarihinde kamuoyuna sunulan DSM Yönerge Taslağında bu haklara yer verilmesi son dakika değişikliği ve sürpriz olarak nitelenmiştir<sup>86</sup>.

Öğretide 2015 yılında verilen iki kararın (ABAD'ın *Reprobel* ve BGH'nın *Verlegeranteil*) tanınan yeni bağlantılı hakları tetiklediğine işaret edilmektedir<sup>87</sup>. Şöyle ki 2015 yılında Belçika'da yerleşik meslek birliği Reprobel'in geliri 26

---

<sup>82</sup> Birkaçı hariç olmak üzere 2001 tarihli Bilgi Toplumu Yönergesindeki istisnalar seçimlidir. Buna karşılık DSM Yönergesindeki istisnaların çoğunluğu üye ülkeleri bağlayıcı niteliktedir. Yönergeyle getirilen istisnaların bir değerlendirmesi için bkz. ÇONKAR, M. Halil, "Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar", **Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu Özel Hukuk**, Eds. Arslan KAYA/Baki İlkay ENGIN/Alı PASLI/Şehriban İpek AŞIKOĞLU/Elif OĞUZ, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, 2020, s. 685 vd. Yönergenin genel değerlendirmesi için bkz. ROSATI, **Commentary**, s. 16 vd.; QUINTAIS, João Pedro, "The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look", **EIPR**, Y. 2020, Vol.42, No.1, s. 28 vd.

<sup>83</sup> Hazırlık sürecinde üç seçenekten bahsedilmiştir: *i*) Müzakere yoluyla tarafların soruna çözüm bulması, *ii*) bağlantılı hak tanınması, *iii*) İstisna çerçevesinde uygun bedel talep etme. Bkz. EUROPEAN COMMISSION, **Explanatory Memorandum**, s. 8.

<sup>84</sup> Yönergede şu hususlar düzenlenmiştir:

- Metin ve veri madenciliği (m. 3-4)
- Eğitim amacıyla eserlerin çevrimiçi kullanılması (m. 5)
- Kültürel mirasın korunması (m. 6)
- Ticaret dışı kalmış eserler (m. 8-11)
- Genişletilmiş lisanslama (m. 12)
- İşitsel-görsel eserlerin isteğe bağlı platformlarda bulundurulması ve bunlara erişim (m. 13)
- Süresi dolan görsel sanat eserlerinin çoğaltılması (m. 14)
- Basın yayıncılarına tanınan bağlantılı hak statüsü (m. 15)
- Yayımcılara (*publishers*) tanınan uygun bedel hakkı (m. 16)
- Online platformlara getirilen filtreleme yükümlülüğü (m. 17)
- Eser sahipleri ile icracı sanatçılara tanınan uygun bedel hakları (m. 18)
- Eser sahipleri ile icracı sanatçıları aydınlatma yükümlülüğü (m. 19)
- Sözleşme bedelinin orantısız bir şekilde düşük kalması durumunda eser sahipleri ile icracı sanatçılara uygun bedel ödeme yükümlülüğü (m. 20)
- Eser sahipleri ile icracı sanatçılara ödenecek uygun bedel ve aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin uyumsuzlukların çözümünde alternatif çözüm prosedürü (m. 21)
- Cayma hakkı (m. 22).

<sup>85</sup> Yönerge 7; Dibace 6, 58; EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 193.

<sup>86</sup> KRETSCHMER VE DİĞERLERİ, s. 591. 2014 tarihli İspanya'daki düzenleme de bir son dakika değişikliğidir. Bkz. XALABARDER, **News Aggregation**, s. 3.

<sup>87</sup> KRETSCHMER VE DİĞERLERİ, s. 592.

milyon avro civarındadır. Alman yayıncılar meslek birliği VG Vort'un aynı yıl geliri ise 305 milyon avrodur<sup>88</sup>. Bu meslek birlikleri şahsi kullanım ve reprografi istisnalarından (*private copying and reprography exceptions*) kaynaklı gelirlerini (*levies*) %50 oranında eser sahipleri ile yayıncılar (*publishers*) arasında paylaşmaktaydı. Bu paylaşım ABAD'a taşındı ve ABAD, *Reprobel Kararında* yayıncılara ödeme yapılamayacağı sonucuna vardı<sup>89</sup>. Çünkü 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplumu Yönergesinin 2. maddesinde *hak sahipleri* olarak eser sahipleri, icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, film yapımcıları ve yayıncılar (*broadcasters*) zikredilmiş, ancak yayıncılar (*publishers*) sayılmamıştır<sup>90</sup>. Bu nedenle ABAD'a göre anılan Yönergenin 5/2-(a) ve (b) hükmünce meslek birlikleri tarafından istisna ve sınırlamalar çerçevesinde toplanan *uygun bedelden* (*levy*) yayıncılara bir pay verilemez. BGH'nın Nisan 2016 tarihli *Verlegeranteil Kararı*<sup>91</sup> da bu yöndedir. İşte bu içtihadı, DSM Yönergesiyle basın yayıncılarına *bağlantılı haklar* (m. 15) ve yine tüm yayıncılara *uygun bedel hakkı* (m. 16) tanınmak suretiyle söz konusu içtihadı karşılık verilmiş oldu.

Süreci tetikleyenlerden birisi de basın yayıncılarının, lisanslama ve mahkemelerde hak arama girişimlerinin başarısızlıkla sonuçlanmasıdır<sup>92</sup>. Şöyle ki yukarıda sözünü ettiğimiz basının tiraj kaybı ve gelirlerinin azalması basın yayıncılarını hak arama mücadelesine sevk etti. Ancak hukuki belirsizlik bu mücadeleyi zorlaştırdı. Bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının basın içeriklerini kullanmaları, bu sağlayıcılara göre telif istisnasına girmektedir. Bu gerekçeyle basın yayıncılarının lisans bedeli taleplerini geri çevirdiler ve bu mücadele istenen sonucu vermedi<sup>93</sup>. Şöyle ki dava süreçlerinde basın yayıncıları taraf ehliyetini ispatta dahi zorlandılar. Çünkü basın içeriğini üretendenin kayda değer bir kısmı *freelance* olarak çalışmaktadır<sup>94</sup>. *Freelance* çalışanlar, sektör normu gereği basın yayıncılarına içeriklerini münhasır nitelikte vermemekte, basit lisans şeklinde

<sup>88</sup> KRETSCHMER VE DİĞERLERİ, s. 592.

<sup>89</sup> CJEU, C-572/13 Hewlett-Packard Belgium SPRL/13 v Reprobel SCRL, Epson Europe BV Intervening, (2015).

<sup>90</sup> Yayıncıların bu hükümde *hak sahipleri* arasında sayılmaması bilinçli bir tercih olmadığı yönündeki argümanlara ABAD itibar etmemiş ve hak sahiplerinin sadece düzenlemede sayılanlarla sınırlı olduğuna hükmetmiştir. Bu konuda bilgi için bkz. ROSATI, IIC, s. 582-583.

<sup>91</sup> BGH, Case I ZR 198/13, 21 April 2016-“Publisher’s Share” (Verlegeranteil). Bkz. IIC (2017) 48:98-106.

<sup>92</sup> HOPPNER(KRETSCHMER/XALABARDER), EIPR, s. 610. Sözelimi, BGH, *Paperboy Kararında Google*'in eyleminin veri tabanı ve diğer haklara ihlal teşkil etmediğine ve haksız rekabet oluşturmadığına hükmetti. Bkz. BGH, Case No. I ZR 259/00, 17 July 2003, 35 IIC 1097 (2004) = 2003 GRUR, 958 - Paperboy (PODSZUN 259-260'tan naklen).

<sup>93</sup> Konuya ilişkin AB'deki ulusal mahkemelerce verilen kararların bir tahlili için bkz. SCALZINI, Silvia, “Is There Free-Riding? A Comparative Analysis of the Problem of Protecting Publishing Materials Online in Europe”, JIPLP, Y. 2015, Vol.10, No.6, (*Free Riding*), s. 457 vd.

<sup>94</sup> Bu konudaki istatistikler için bkz. VAN EECHOUD, Mireille M.M., **A Publisher’s Intellectual Property Right: Implications for Freedom of Expression, Authors and Open Content Policies**, Research Paper for Open Forum Europe, 2017 - (Çevrimiçi) [http://www.openforumeurope.org/wp-content/uploads/2017/01/OFE-Academic-Paper-Implications-of-publishers-right\\_FINAL.pdf](http://www.openforumeurope.org/wp-content/uploads/2017/01/OFE-Academic-Paper-Implications-of-publishers-right_FINAL.pdf), E.T. 31.7.2021 ,s. 36.

kullandırmayı tercih etmektedir. Bu yüzden basit lisansla hakları kullanan basın yayıncıları, bu içeriklerin gerek yeniden kullanımlarına karşı lisanslanmasında gerekse de ihlal davalarının takibinde zorluklar yaşadılar. İspat hukukunun genel ilkesi gereği ihlalin varlığını davacı ispatlamak zorunda olduğundan, uygulamada binlerce, belki milyonlarca kırpıntıdan hangilerinin ihlal olduğunu ispatlamak ve buradan hukuki bir başarıya ulaşmak neredeyse imkansızdır<sup>95</sup>. Basın yayıncıları, izinsiz kullanımlara karşı dava açabilmek için hak zincirini geçmişe dönük olarak binlerce sözleşmeyle ispat etmelidir. O kadar ki sözgelimi Almanya’da bir gazetenin tüm içeriğine dayalı açacağı bir ihlal davasında 22.000 sözleşmeyi içeriğe katkı verenlerle yaparak mahkemeye ibraz etmelidir<sup>96</sup>. Uygulamada bu çok zordur ve salt bu nedenle davalar kaybedilmiştir<sup>97</sup>.

Süreci tetikleyen etkenler arasında ABAD’ın *Infopaq*<sup>98</sup> ve *Meltwater*<sup>99</sup> Kararları da anılmalıdır. ABAD’a göre fikri bir üründe *hususiyet taşıyan* kısımlar izinsiz alınırsa telif ihlali gerçekleşir. ABAD, *Infopaq Kararında* basın yayınındaki on bir kelimenin hususiyet taşıyabileceğine hükmetmiştir. Bu karar korumada bir kalite çıtası öngördüğü için önemli etkileri olmuştur<sup>100</sup>. Karara göre fikri ürün, sahibinden özellikler taşıyorsa koruma görür. Bu özellikler bireysel cümlelerde, hatta cümle parçacıklarında görülüyorsa koruma devreye girer. Bu özellikler başlıklarda da görülebilir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere her somut olaya bağlı olarak uygulamada bu durumu ispatlamak güçtür. *Meltwater Kararında* ise *Meltwater*’ın, haber linklerini web sayfasına koyması ya da müşterilerine e-mail olarak iletmesi ve yine bilgisayarın önbelleğinde geçici çoğaltma eylemi istisna kapsamında kabul edilmiştir.

Özetle, basın içeriklerini lisanslama çalışmalarının sonuç vermemesi nedeniyle basın yayıncılarının yaklaşık on yıldır süren yargı ve rekabet otoriteleri nezdindeki çabaları da olumlu sonuçlanmamıştır. Bu durum aslında basın yayıncılarına,

---

<sup>95</sup> Bu konuda bkz. HOPNER, Thomas, **EU Copyright Reform: The Case for A Related Right for Press Publishers - CREATE Working Paper 2017/08 (April 2017)** - (Çevrimiçi) <https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2017/01/CREATE-Working-Paper-2017-08.pdf?x26300>, E.T. 22.1.2022, (*CREATE*), s. 34.

<sup>96</sup> EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s.155.

<sup>97</sup> HOPNER(KRETSCHMER/XALABARDER), **EIPR**, s. 610. Daha önce bazı dava denemeleri olmuş, sözgelimi İskoçya’da bir dava kazanılmıştır. Bkz. PIHLAJARINNE, Taina/VESALA, Juha, “Proposed Right of Press Publishers: A Workable Solution?”, **JILP**, Y. 2018, V.13, No.3, s. 221, dpn. 7.

Parlamentodaki Hukuk Komitesi (JURI), sorunun çözümü için yeni bağlantılı haklar tanımak yerine, basın yayıncılarının, işleme ve derleme eserden kaynaklı hakları ve yine yayın içindeki eserlerden doğan hakları kendi adlarına ileri sürmesi için yetkili olduğuna ilişkin *hak sahipliği karinesi getirilmesi* yönünde 2004/48/EC sayılı Uygulama Yönergesinin 5. maddesinde değişiklik yapılmasını önermiştir. Bkz. JURI, Draft Report (March 10, 2017), No. 52. Bu öneri, yeni haklara sert muhalefet yapan BENTLY VE DİĞERLERİ tarafından JURI için hazırlanan raporda da savunulmuştur. Bkz. s. 38, 42. MPI de bu öneri üzerinde durmuştur. Bkz. s. 88. Bu öneri, sorunu çözmeyeceği için kabul görmemiş ve yeni haklar tanınmıştır.

<sup>98</sup> CJEU, C-5/08 - *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* [2009] (*Infopaq*).

<sup>99</sup> CJEU, C-360/13 - *Meltwater* (2014).

<sup>100</sup> SCALZINI, **Free Riding**, s. 461.

lisanslama çabalarındaki pazarlık gücünü artırıcı nitelikte yeni haklar tanımayı gerektirecek bir müdahaleyi haklı kılmaktadır<sup>101</sup>. Gerek bu gelişmeler gerekse Almanya ve İspanya'daki ulusal düzeydeki müdahalelerin sonuç vermemesi üzerine, serbest pazarın kendi dengesini bulacağı yönündeki argümanlara da itibar edilmeyerek DSM Yönergesiyle basın yayıncılarına yeni/bağlantılı haklar tanınmıştır<sup>102</sup>.

## 2. Tartışmalar ve Sonuçları

DSM Yönergesinin kabulü sürecinde *metin ve veri madenciliği* (m. 3-4) ile online platformlara getirilen *filtreleme yükümlülüğünün* (m. 17) yanında en tartışmalı konu *basın yayıncılarına tanınan bağlantılı haklardır*<sup>103</sup>.

Günümüzde bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları, internetin *kapı bekçisi* (*gatekeeper*) durumundadır<sup>104</sup>. Değişik sektörlerde e-ticaret yapanların tamamı bu kapıcılara bağımlıdır. Konumuz özelinde bunlar içerik üretmemekte, fakat basın yayıncılarına ait içerikleri çevrimiçi olarak yeniden kullanmaktadır. Bu iş modeli gereği bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının kazancı, esasen basın yayıncılarına ait içeriklerin çevrimiçi olarak sistematik bir şekilde *yeniden kullanılmasına* dayanmaktadır. Tam da bu nedenle basın yayıncıları, bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarını *bedavacılık* (*free riding*) ve *parazit rekabet* (*parasitic competition*) yapmakla suçlamaktadır<sup>105</sup>. *Robert Murdoch* ise 2009 yılındaki bir beyanatında *Google*'ı hırsızlıkla suçlamıştır<sup>106</sup>.

---

<sup>101</sup> EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 160. Nitekim üye ülkelerin bazıları, AB düzenlemesinden önce bazı müdahalelerde bulunmuştur: *i*) Bağlantılı hak (Almanya), *ii*) Zorunlu adil kullanım bedeli (İspanya), *iii*) Toplu hak takibine ilişkin düzenlemeler, *iv*) Hakların devredildiği faraziyesi. Bkz. STAMATOUDI, Irini/TORREMANS, Paul, "The Digital Single Market Directive", **EU Copyright Law**, Eds. Irini STAMATOUDI/Paul TORREMANS, UK, Edward Elgar, 2021, s. 724.

<sup>102</sup> EUROPEAN COMMISSION, **Explanatory Memorandum**, s. 3; Dibace 54; EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 161, 167.

<sup>103</sup> Bu konuda bkz. BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 17 vd.; GHIDINI, Gustavo/BANTERLE, Francesco, "Copyright, News, and 'Information Products' under the New DSM Copyright Directive" (Çevrimiçi) [https://www.researchgate.net/publication/342707640\\_Copyright\\_news\\_and\\_information\\_products\\_under\\_the\\_new\\_DSM\\_Copyright\\_Directive](https://www.researchgate.net/publication/342707640_Copyright_news_and_information_products_under_the_new_DSM_Copyright_Directive), E.T. 9.4.2021, s. 1; RAUE, Benjamin, "Free Flow of Data? The Friction between the Commission's European Data Economy Initiative and the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market", **IIC**, Y. 2018, Vol. 49, No.4, s. 379 vd. Bu tartışmalar, 2013 tarihli Alman düzenlemesi yapılırken yaşananların adeta tekrarı niteliğindedir. Bkz. PAPADOPOULOU/MOUSTAKA, s. 106.

<sup>104</sup> Bu konuda bilgi için bkz. GERADIN, s. 9; SPINDLER, s. 3. Farklı iş modeli örnekleri için bkz. HOPPNER, **CREATe**, s. 8 vd.; GERADIN, s. 7 vd.

<sup>105</sup> FURGAL, Ula, "Ancillary Right for Press Publishers: An Alternative Answer to the Linking Conundrum?", **JIPLP**, Y. 2018, Vol.13, No.9, (*Ancillary Right*), s. 701; PIHLAJARINNE/VESALA, s. 220.

<sup>106</sup>(Çevrimiçi) <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2009-dec-02-la-fi-news-google2-2009dec02-story.html>, E.T. 1.2.2022.

Yönergede yeni haklar özetle şu şekilde gerekçelendirilmiştir<sup>107</sup>: Basın yayıncıları, içerik üretmek suretiyle toplum için değer oluşturur. Basın içerikleri, *bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları* tarafından sistematik bir şekilde çevrimiçi olarak yeniden kullanılmakta ve *bu tekrar kullanımlar* sayesinde anılan sağlayıcılar doğrudan veya dolaylı gelir elde etmektedir<sup>108</sup>. Bu şekilde bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları lehine, fakat basın yayıncıları aleyhine *değer boşluğu (value gap)*<sup>109</sup> oluşmaktadır<sup>110</sup>. Değer zincirinin halkalarından olan basın yayıncıları, oluşan bu değerden adil bir pay almalıdır. Tanınan yeni haklar, *dijital mecraada basın sektöründeki değer zincirini kurabilmeyi* ve bu bağlamda telif pazarının sağlıklı işlenmesini amaçlamaktadır<sup>111</sup>.

Özetle, AB'deki düzenleme, haberin dijitalleşmesiyle birlikte okuyucu alışkanlıklarının değişmesi ve buna bağlı olarak bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının geliştirdiği yenilikçi iş modeline karşı bir denge kurma çabasıdır. Kaliteli gazetecilik ve vatandaşın güvenilir bilgiye erişimi bakımından bağımsız ve çoğulcu<sup>112</sup> basının varlığı esastır. Bu nitelikleriyle basın, toplumsal tartışmalara önemli katkı sağlamakta olup demokratik toplumun düzgün işlemesi için elzemdir. Çünkü haberin dijitalleşmesiyle birlikte basın yayıncıları, basın içeriklerinin çevrimiçi ortamda yeniden kullanımlarını lisanslamak suretiyle *finansal ve organizasyonel yatırımlarının* geri dönüşümlerini almakta güçlük çekmektedir. Basın yayıncılarına telif hakları tanınmaksızın basın yayınlarının, lisanslanması ve kullanılması kompleks ve etkisizdir. Bu nedenle AB'de bağımsız ve çoğulcu basını sürdürebilir kılmak, böylece demokratik tartışma, kaliteli bilgi ve kültürel çeşitliliği sağlamak için yeni haklar tanımak suretiyle, kendi ürünlerini bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarına karşı lisanslama konusunda basın yayıncılarının pazarlık güçleri kuvvetlendirilmelidir<sup>113</sup>.

<sup>107</sup> EUROPEAN COMMISSION, **Explanatory Memorandum**, s. 3; PASSINKE, s. 12 vd.

<sup>108</sup> Anılan hizmet sağlayıcıların gelir modelleri de farklılık göstermektedir. Sözelimi Google News reklam almıyor, ama bu iş modeli üzerinden Google Search'ü besleyerek gelirini artırıyor. Yani dijital platformlar, başkalarının içerikleri üzerinden kendi ürünlerinin değerini artırmaktadır.

<sup>109</sup> Müzik sektöründe *değer boşluğu* kavramı hakkında bkz. SOYSAL, Tamer, "Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Müzik Sektöründe 'Değer Boşluğu' Kavramı ve Düzenlemenin İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri", **ABD**, Y. 2019, S. 4, (*Değer Boşluğu*), s.139 vd.

<sup>110</sup> Günümüzde esas değer, bilgiye sahip veya bilgili olmak değil; bilginin akışına, kontrolüne, yani kullanım yöntemlerine sahip olmaktır. Bkz. MURRAY, Andrew, **Information Technology Law**, 2. Ed, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 3-4.

<sup>111</sup> EUROPEAN COMMISSION, **Explanatory Memorandum**, s. 6; EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 134. Komisyon, basın sektöründe *değer zincirinin* kurulmasına yönelik kamuoyunun görüşüne başvurmuştur. Bkz. (Çevrimiçi) <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/synopsis-reports-and-contributions-public-consultation-role-publishers-copyright-value-chain-and>, E.T. 11.1.2022.

<sup>112</sup> AB'de basının belirli grupların elinde olduğu, çoğulcu basının olmadığı eleştirisi için bkz. VAN EECHOU, s. 22. PEUKERT ise Alman Basın Otoritesinin 2016 verilerinden yola çıkarak tam aksini savunmaktadır. Bkz. No. 197.

<sup>113</sup> Dibace 54-55; EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 160.

*Danbury*<sup>114</sup>, basın yayıncıları lehine ileri sürülen argümanlarını dört başlıkta toplamakta, fakat bunları yeni hakların tanınması için yeterli bulmamaktadır: *i*) Eşit işlem ilkesine aykırılık, *ii*) Bedavacılık, *iii*) Basın yayıncılarının yayınları üzerinde doğal/tabii hakkı olduğu, *iv*) Demokratik toplum için gazeteciliğin teşviki. Yazar, tabii haklar teorisinin basın yayıncılarına tanınan yeni haklar yönünden ikna edici olmakla birlikte demokratik bir ürün olan haberin demokratik toplumlar için önemini gerekçe göstererek yeni hakların tanınmaması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre hak tanınırsa malik, haberi çok fazla kontrol eder ve bu da topluma zarar verir<sup>115</sup>. Sağlık alanında ölümleri engelleyebilen ilaçların dahi patentlenebilmesine izin verilen (teşvik edilen) serbest pazar ekonomisinde yazarın bu argümanı ikna edici değildir.

Buna karşılık bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları, yaptıkları işin tüm paydaşlara fayda sağladığını, eylemlerinin, telif korumasının istisnası teşkil ettiğini ve bu nedenle yeni bir koruma getirilmemesi gerektiğini savunmaktadır<sup>116</sup>. Yeni haklara karşı çıkanlar esasen serbest pazar ekonomisinde tarafların yaptığı işi, iş bölümü olarak nitelemekte ve her iki tarafın da birbirine fayda sağladığına işaret etmektedir. Eğer basın yayıncıları, haberlerinin *Google*'ın robotları tarafından endekslemesini istemiyorsa, bunu robots.txt komutu ile kolayca başarabileceklerini savunmaktadır<sup>117</sup>. Yeni haklara karşı çıkanlar, basın yayıncılarına yapılacak ödemeye “*Google vergisi*”, “*karpıntı vergisi*” veya “*link vergisi*” gibi isimler takmıştır<sup>118</sup>.

Yönergenin hazırlık sürecinde bu tartışmalar internete taşınarak *save the link*<sup>119</sup> ve buna karşılık *empower democracy*<sup>120</sup> gibi karşılıklı kampanyalar bile yapılmıştır.

Özellikle Avrupalı akademisyenler yeni haklara sert muhalefet etmiştir. 20 akademisyenin mektubundan sonra, *Lionel Bently ve diğerlerinden* oluşan

<sup>114</sup> Bkz. s. 9.

<sup>115</sup> DANBURY, Richard, **Is an EU Publishers' Right a Good Idea? Final Report on the AHRC Project: Evaluating Potential Legal Responses to Threats to the Production of News in a Digital Era**, Cambridge: Centre for Intellectual Property and Information Law (June 15, 2016), (Çevrimiçi)

[https://www.civil.law.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.civil.law.cam.ac.uk/documents/copyright\\_and\\_news/danbury\\_publishers\\_right\\_report.pdf](https://www.civil.law.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.civil.law.cam.ac.uk/documents/copyright_and_news/danbury_publishers_right_report.pdf), E.T. 21.9.2021, s. 70 vd.

<sup>116</sup> Tarafların görüşleri için ayrıca bkz. SCALZINI, Silvia, “The New Related Right for Press Publishers: What Way Forward?”, **The Routledge Handbook of EU Copyright Law**, Ed. Eleonora ROSATI, London, Taylor & Francis Group, 2021, (*Press Publishers*), s.103.

<sup>117</sup> Bu konuda bilgi için bkz. TOPAL, s. 484-485. Bir olayda Google, basın yayıncılarının robot.txt yoluyla kolayca engelleme yapabileceği yönünde savunma yapmıştır. Bu savunma Belçika Mahkemesince, telif korumasının çoğaltmaya karşı değil, çoğaltma öncesinde izne ihtiyaç, yani münhasır nitelikte olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz. Belçika İlk Derece Mahkemesi, No 06/10.928/C (STOKES, Simon, **Digital Copyright - Law and Practice**, 5th Ed., Hart, Oxford, 2019, s. 222-223'ten naklen).

<sup>118</sup> Bu konuda bkz. ROSATI, **Google Tax**, s. 497; FURGAL, **Ancillary Right**, s. 702.

<sup>119</sup> (Çevrimiçi) <https://savethelink.org/>, E.T. 13.12.2019. Google, DSM Yönergesinin 17. maddesine karşı “İnternetini Korumayı” kampanyası da başlattı. Bk. (Çevrimiçi) <https://saveyourinternet.eu/>, E.T. 8.1.2022.

<sup>120</sup> (Çevrimiçi) <http://www.empower-democracy.eu/>, E.T. 7.3.2021.



Birleşik Krallıktaki 37 akademisyenin imzasıyla bir mektup daha Avrupa Parlamentosuna gönderilmiştir<sup>121</sup>. Bu akademisyenlere göre yeni haklar gereksiz, sakıncalı, sınırları belirsiz, karmaşık ve masraflı olup hedeflenen amacı gerçekleştirmekten uzaktır. Daha sonra 228 Avrupalı akademisyen daha böyle bir düzenlemenin karşısında oldu ve oylamanın arifesinde Avrupa Parlamentosuna mektup gönderdi<sup>122</sup>.

Düzenlemeyi ikna edici ve faydalı bulmayan akademisyenlerin temel argümanları şunlardır<sup>123</sup>:

- i) Yeni haklar basın özgürlüğüne, demokrasiye ve ifade özgürlüğüne zarar verecektir,
- ii) Yeni haklar hem çok geniş hem de sınırları belirsizdir,
- iii) Yeni haklar, ülkesellik prensibi gereği her bir AB ülkesinde ayrı ayrı uygulanacaktır,
- iv) Basın yayıncıları diğer telif haklarıyla (işleme ve derleme eser, *sui-generis* veri tabanı ve eser sahiplerinden edindikleri haklar) çok güçlü bir şekilde zaten korunmaktadır,
- v) Yeni haklar, diğer telif haklarının (eser, veri tabanı, yayıncı/*broadcaster* ve diğer bağlantılı hakların) üstünde olacaktır<sup>124</sup>,
- vi) Yeni haklar, içeriği kullanacaklar bakımından pahalılığa yol açacaktır,
- vii) Yeni haklar, gazeteciliğe zarar verecektir,

---

<sup>121</sup>(Çevrimiçi)

<https://www.cipil.law.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.cipil.law.cam.ac.uk/documents/ipomodernisingipprofresponsepresspublishers.pdf>, E.T. 22.5.2021.

<sup>122</sup> Mektup ve imzacı akademisyen listeleri için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right/>, E.T. 7.3.2021.

<sup>123</sup> Akademisyenlerin eleştirileri için bkz. BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 37 vd.; MPI, s. 79 vd.; PIHLAJARINNE / VESALA, s. 226 vd.; VAN GOMPEL, S.J., “The Proposed Publishers’ Right in Press Publications: An Evidential Mistake”, **Better Regulation for Copyright: Academics meet Policy Makers**, Ed. J. REDA, Wed 6 Sept 2017 University of Southampton - (Çevrimiçi) <https://juliareda.eu/events/better-regulation-for-copyright/>, E.T. 27.3.2021, s. 12 vd.; PEUKERT, No. 1 vd.; KARAPAPA, s. 329 vd. SENFTLEBEN VE DİĞERLERİ, s. 538 vd. Bu eleştirilerin değerlendirilmesi ve karşı görüş için bkz. HOPNER, **CREATE**, s. 14 vd. Bu konuda ayrıca bkz. (Çevrimiçi)

[https://www.ivir.nl/publicaties/download/Academics\\_Against\\_Press\\_Publishers\\_Right.pdf](https://www.ivir.nl/publicaties/download/Academics_Against_Press_Publishers_Right.pdf), E.T. 14.4.2021.

<sup>124</sup> BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 20, JURI için yaptıkları çalışmada basın yayıncılarına tanınacak (bugün tanınmış) yeni hakların şu üç hakla birlikte var olacağını hatırlatıyor: i) Basın içeriğindeki makale, fotoğraf ve resim gibi hususiyet taşıyan unsurlara tanınan *eser* koruması, ii) Gazete ve dergi gibi fikri ürünlerin *işleme eser* niteliğindeki *veri tabanı* olarak korunması, iii) *Sui-generis* veri tabanı koruması. Bunlara ilave olarak yazarlar, AB’de uyumlaştırılmakla birlikte bazı üye ülkelerde gazetelerin ortak eser koruması ile hususiyet taşımayan fotoğraflara ve yine (Birleşik Krallık’taki) basılan tipografik düzenlemelere tanınan bağlantılı haklara da işaret etmektedir.

- viii) Yeni haklardan sadece büyük yayıncılar faydalanacak, küçük yayıncılar yararlanamayacaktır,
- ix) Öngörülen koruma sistemi, Almanya ve İspanya'dakine benzer şekilde AB düzeyinde de çalışmayacaktır,
- x) Yeni haklar, sahte haberlere ve korsanlığa karşı koruma getirmemektedir,
- xi) Yeni haklar, basın yayıncılarına ekonomik bakımından da çözüm getirmeyecektir,
- xii) Yeni haklar, gazetecilikte yenilikleri engelleyecek ve özellikle de start upların dijital gazeteciliğe girişini engelleyecektir,
- xiii) Yeni haklar, AB'nin bilgiye açık erişim politikasıyla da uyumlu değildir,
- xiv) Basın yayıncıları, yeni iş modeli olarak kendi network ve platformlarını kurmak suretiyle rekabet etmeleri gerekirken, yeni haklar bu iş modellerini engelleyecek, en azından geciktirecektir.

Akademisyenlerin mektupları haricinde, Avrupa Parlamentosundaki Hukuk İşleri Komitesi (JURI) için *Lionel Bently ve diğerleri* tarafından kaleme alınan çalışmada<sup>125</sup> da yeni haklara karşı çıkmıştır. MPI, CEIPI ve IVIR gibi Avrupa merkezli fikri mülkiyet merkezleri de aynı pozisyonu aldı. Akademik kuruluşlardan başka IGEL, ECS ve EPC gibi sektörel kuruluşlar da aynı cephede yer aldı. Konuya ilişkin hararetili tartışmalardan sonra basın yayıncılarına bağlantılı haklar tanıyan DSM Yönergesi, Parlamento'da 26.3.2019 tarihinde 274 hayıra karşı 348 evet oyuyla kabul edildi<sup>126</sup>. Parlamento sonrası Konsey'de ise 6 ülke metne karşı çıktı<sup>127</sup>.

Tartışmalar hukuk politikası bakımından da dikkat çekicidir. Şöyle ki başta GAFA (Google, Apple, Facebook ve Amazon) olarak bilinen büyük teknoloji şirketleri ABD kökenlidir<sup>128</sup>. Buna karşılık yeni haklardan yararlanacak basın yayıncıları AB'de yerleşik kişilerdir (Yönerge 15/1)<sup>129</sup>. Yönergenin kabul edildiği dönemde

<sup>125</sup> BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 13 vd.

<sup>126</sup>(Çevrimiçi) <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190321IPR32110/european-parliament-approves-new-copyright-rules-for-the-internet>, E.T. 15.1.2022. İlave edelim ki Yönerge, 5 Temmuz 2018 tarihinde Parlamentoda 278'e karşı 318 oyla reddedilmişti. Bkz. KARAPAPA, s. 318-219; FERRI, Federico, "The Dark Side(s) of the EU Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market", *China-EU Law Journal*, Y.2021, Vol.7, No. 1-4, s. 26. Yapılan revizyon üzerine 12.9.2018 tarihinde yeni metin kabul edildi.

<sup>127</sup> FERRI, s. 26.

<sup>128</sup> AB, 2016 yılından itibaren ABD kökenli büyük teknoloji şirketlerini, özellikle GAFA'yı hedef alan başkaca düzenlemeler de yapmıştır. Bu konuda bkz. SPINDLER, s. 1 vd.

<sup>129</sup> Nitekim Amerikalı bir yazar, DSM Yönergesiyle AB kökenli telif sahiplerinin pozisyonu güçlendirilerek ABD kökenli büyük teknoloji şirketlerinden daha fazla lisans geliri temin etmeye dönük düzenlemelere dikkat çekmektedir. Bu düzenlemeler arasında basın yayıncılarına tanınan *bağlantılı haklar* (m. 15) ve *filtreleme yükümlülüğu* (m. 17) en dikkat çekici hükümlerdir. Bkz. SAMUELSON, Pamela, "Questioning a New Intellectual Property Right for Press Publishers", *Communications of the ACM*, Y. 2019, Vol.62, No.3, s. 23.

(Trump dönemi) gerek bu iki blok<sup>130</sup> gerekse ABD-Çin arasındaki ticaret savaşları, rekabet ihlali ve benzeri gerekçelerle işletmelere karşılıklı para cezası verilmesi gibi *idari nitelikteki yaptırımlar* burada not edilmelidir. Son yıllarda uluslararası şirketlerin *ülkelere ayar verme* çabaları da hatırdta tutulmalıdır.

AB’de basın yayıncılarına tanınan hakları eleştirenler esasen bu hakların kendisine karşı olmuşlar, fakat buna mâni olamamışlardır. Bununla birlikte eleştiriler üzerine ilk Taslakta önemli değişiklikler yapılmış ve bunlar özellikle istisna şeklinde Yönergenin metninde veya Dibacesinde kendine yer bulmuştur:

	<b>İlk Taslak</b>	<b>Yönerge</b>
1	Bilimsel ve akademik yayınlar istisnası Dibacede vardı (No. 33).	Bu istisna metne dahil edildi (m. 2/4).
2	Blog istisnası yoktu.	İstisnalar arasına alındı (Dibace 56).
3	Olayların ( <i>facts</i> ) korunmayacağı istisnası yoktu.	İstisnalar arasına alındı (Dibace 57).
4	Basın Yayını tanımında tespit ( <i>fixation</i> ) ifadesi vardı (m. 2/4).	Bu ifade metinden çıkarıldı.
5	Bireysel kullanıcıların şahsi kullanımları ile bu kişilerin ticari nitelikte olmayan kullanımları istisna kapsamında değildi.	İstisnalar arasına alındı (m. 15/1).
6	Bireysel kelimeler ile çok kısa alıntılar, istisnalar arasında yoktu.	İstisnalar arasına alındı (m. 15/1).
7	Koruma süresi yirmi yıl ve geriye yürür (m. 11/4).	Koruma süresi iki yıl olup geriye yürümez (m. 15/4).
8	Hiperlink verme istisnası Dibacede vardı (No. 33).	Bu istisna metne dahil edildi (m. 15/1).
9	Basın yayıncılarının gelirinden, basın yayınında kullanılan eserlerin sahiplerine uygun bir payın verileceği düzenlenmemişti.	Bu yönde düzenleme yapıldı (m. 15/5).

<sup>130</sup> Bir yazar, AB ve ABD arasında siyasi ve ticari savaşın ortasında olduğumuz görüşündedir. Bkz. MAZZIOTTI, Giuseppe, “What is the Future of Creators’ Rights in an Increasingly Platform-Dominated Economy?”, *IIC*, Y.2020, Vol.51, No.9, s. 1030.

### 3. Avrupa Birliğindeki Dzenlemenin Analizi

DSM Yönergesinde esas olarak 2013 tarihli *Alman stili koruma modeli* benimsenmiştir. Arka planda ise 1961 tarihli Roma Anlaşmasındaki fonogram (ve ayrıca AB'deki film) yapımcılarına tanınan bağlantılı haklar vardır (m. 10 ve 14)<sup>131</sup>. *Sui-generis* veri tabanı koruması da burada anılmalıdır. Yeni haklar, eser sahipleri ve icracı sanatçıların haklarından farklı olarak *yatırımı korumaya* matuftur. Başka bir ifadeyle yeni haklar, ticari bir yaklaşımla kaleme alınmış olup fonogram ve film yapımcıları ile radyo-TV kuruluşlarına benzer şekilde habere yatırım yapan *basın yayıncılarının finansal ve organizasyonel yatırımlarını* korumayı amaçlamaktadır.

#### a) Temel Kavramlar

Yeni haklarla ilgili temel kavramlar şunlardır: *i) Basın Yayımları, ii) Basın Yayıncısı, iii) Bilgi Toplumu Hizmet Sağlayıcısı.*

**i) Basın Yayımları (press publication):** İlk Taslakta basın yayını tanımı daha genişti. Gelen eleştiriler üzerine kavram daraltılarak basın yayıncıları için çıta yükseltildi<sup>132</sup>. Mer'i tanım şöyledir (m. 2/4): Bir hizmet sağlayıcının inisiyatifi, editöryal sorumluluğu ve kontrolü altında herhangi bir medyada yayımlanması için esas olarak gazeteciliğe özgü edebi çalışmalardan oluşan, ancak diğer çalışmaları da içerebilen unsurların bileşiminden oluşan bir derleme (*collection*) olup; (a) tek bir başlık altında periyodik veya düzenli olarak güncellenen yayınları, örneğin gazete veya genel ya da özel ilgi alanlarıyla ilgili dergileri; (b) öncelikli amaçları toplumun geneline haber üretmek olan ve kamuoyuna haber veya bilgi sağlama amacı güden yayınları ve (c) internet sitelerini kapsar. Ancak bilimsel veya akademik amaçlarla yayımlanan dergiler gibi süreli yayınlar kapsama dahil değildir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere yayımlanan veya internete konulan her içerik basın yayını değildir. Yönergeye göre bir basın yayınından söz edebilmek için aranan unsurlar şunlardır:

*İlk olarak*, yayın editöryal bir sorumluluk ve kontrol altında bir hizmet sağlayıcı tarafından yapılmalıdır<sup>133</sup>. Editöryal katkı, içeriğin seçilmesi ve düzenlenmesine yönelik çalışmaları ifade eder. Basın hukukunda seçim ve düzenlemenin hukuki sorumluluğu ise *editöryal sorumluluk* olarak anılmaktadır. Basın yayıncılarının, basın mevzuatı gereği editöryal sorumlulukları vardır ve haberin gerçekliğinden ve hukuka uygunluğundan sorumludur. Sorumluluğun cezai boyutu da olduğu için basın yayıncıları sorumlu müdür tayin etmekle de yükümlüdür (Basın Kanunu 5).

<sup>131</sup> KRETSCHMER VE DİĞERLERİ, s. 592.

<sup>132</sup> Bu konuda ayrıca bkz. RICCIO, Giovanni Maria, **Position Paper - Ancillary Copyright and Liability of Intermediaries in the EU Directive Proposal on Copyright**, University of Salerno, Italy, March 2018 – (Çevrimiçi) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3149363](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3149363), E.T. 31.7.2021, s. 23; HOPPNER, **CREATe**, s. 6.

<sup>133</sup> Dikkat edilirse Yönergede, hem hakkın hedefindeki *Google* ve *Facebook* benzeri kullanıcılar hem de hakkın sahibi basın yayıncıları *hizmet sağlayıcı* olarak nitelenmiştir.

Haber ajansları, günlük gazeteler, haftalık veya aylık dergiler ile editöryal sorumluluğu bulunan haber siteleri kapsama dahildir. Şu kadar ki bir yayıncının kontrolünde editöryal sorumluluk altında gerçekleştirilmeyen blog yayınları gibi internet sitelerine bu haklar tanınmamıştır (Dibace 56). Yine editöryal sorumluluğu bulunmayan sözgelimi bir kamu kurumu, üniversite, spor kulübü ya da hukuk bürosunun yayımladığı haber bülteni ve benzeri yayınlar kapsam dışındadır.

Editöryal sorumluluk basın hukuku çerçevesinde belirlenir. Basın yayıncısı kavramının içeriği de Yönergedeki tanımdan hareketle içtihat hukukuyla doldurulacaktır.<sup>134</sup> Günümüzdeki yayın çeşitliliğine bakıldığında bu ayrıştırma hiç kolay değildir. Hukukumuzda basın mevzuatı gereği gazete ve dergilerde mevkute beyanname verilmesi gerekmektedir (Basın Kanunu 7). İnternet haberciliğinde böyle bir yükümlülük bulunmuyor. İnternetteki yayınlar ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçları düzenleyen 6551 sayılı Kanunda dolaylı düzenlemeler vardır.<sup>135</sup>

Yapımcılara benzer şekilde basın yayıncısının ticari, organizasyonel ve teknik çalışması koruma altına alınmıştır. Bununla birlikte Yönergede, basın yayınının ekonomik ve teknik yönünden ziyade editöryal sorumluluğu ve kontrolü ön plana çıkarılmıştır.<sup>136</sup>

*İkinci olarak*, tek bir başlık altında, *gazetecilik niteliği* taşıyan ve esas olarak *edebi çalışma (textual work) unsurlarını* (haber, röportaj ve köşe yazısı gibi) içermekle birlikte *diğer unsurları* (fotoğraf, karikatür, video ve benzeri) da kapsayan bir *derleme (collection)* olmalıdır. Derlemenin içeriğindeki unsurların telif mevzuatıyla (eser ve bağlantılı haklar) korunup korunmadığı önemsizdir.

Bu kıstas belirsizlikler içermektedir. Gazetecilik niteliği nedir? Tek bir başlık altındaki derlemenin/koleksiyonun büyüklüğü ve gazetecilikle ilgili kısmın oranı ne olmalıdır? Yine bir kişinin oluşturduğu birden çok unsuru içeren bir derleme acaba kapsama dahil midir, yoksa mutlaka birden çok kişinin katkısı mı aranır? Tanımda derlemeden/koleksiyondan söz edildiği için bir basın yayınında en az iki veya daha fazla unsura ihtiyaç vardır. Bu nedenle sözgelimi tek bir haberi içeren bir bülten basın yayını sayılmaz. Kanaatimizce basın yayınları, geleneksel olarak

---

<sup>134</sup> CZARNY-DROZDZEJKO, Elzbieta, “The Subject-Matter of Press Publishers’ Related Rights under Directive 2019/790 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market”, **IIC**, Y.2020, Vol.51, No.5, s. 639.

<sup>135</sup> Bu boşluğun doldurulması için 12.3.2014 tarih ve 1/893 sayılı Basın Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı yasalaşmamıştır. Tasarı metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0893.pdf>, E.T. 22.1.2022.

<sup>136</sup> Twitter’s Submission on the (German) Draft Bill of 13 October 2020 Implementing the CDSM Directive, p. 2 - (Çevrimiçi) [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110\\_620\\_Stellungnahme\\_twitter\\_RefE\\_Urheberrecht-ges.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110_620_Stellungnahme_twitter_RefE_Urheberrecht-ges.pdf?__blob=publicationFile&v=2), E.T. 23.10.2021.

kolektif çalışmanın ürünü olmakla birlikte katkı verenlerin sayısı önemsizdir<sup>137</sup>. nemli olan derlemenin/koleksiyonun içeriğidir.

Basın yayınları *baskın karakteri* metin<sup>138</sup> niteliğindeki *gazetecilikle ilgili içerikten* oluşmakla birlikte çizim, foto ve video (ses ve/veya görüntü) gibi unsurları da içerebilir<sup>139</sup>. Dikkat edilirse hakkın doğumu bakımından eldeki yayının, *baskın karakteri gazetecilikle* ilgili olmalıdır. Fakat yayının diğer unsurları da içermesi onun basın yayını olmasını etkilemez.

Basın yayınları ile işitsel-görsel medyayı birbirinden ayırmak g olup<sup>140</sup>; bunlar bazen i ie geçebilir. (Yönerge 2/4; Dibace 56). Dolayısıyla yeni haklar, somut olaya bağlı olarak radyo-TV kuruluşlarına tanınan bağlantılı haklarla çakışabilir ve bu iki hak grubu kümülatif olarak korunur. Eğer bir basın yayıncısı, eser veya bağlantılı hakların da sahibiyse bu sefer hem bu haklara hem de yeni tanınan haklara dayanabilecektir<sup>141</sup>.

Acaba sadece reklam ve duyuru gibi içerikler ile yalnız hikye tefrikası gibi içerikler basın yayını kabul edilebilir mi? Bu sorunun cevabı olumsuzdur<sup>142</sup>. Yine zincir mağazalar tarafından çıkarılan fiyat listeleri, ürün tanıtım katalogları kapsam dışındadır<sup>143</sup>. Bu bağlamda Fransız hukukunda promosyonel veya sınaı ya da ticari bir etkinlik için çıkarılan yayınlara kapsam dışında tutulmuştur<sup>144</sup>.

*nc olarak*, yayın periyodik veya düzenli olarak güncellenmelidir. Dijital ağda özellikle internet gazeteciliğinde periyodikten ziyade düzenli ve sürekli güncelleme yapılmaktadır. Periyodik veya düzenli güncelleme yapılmayan kitap ve tek seferlik çıkarılan yayınlara kapsam dışındadır.

*Dördüncü olarak*, tanımdaki *herhangi bir medya aracılığıyla* ifadesinden de anlaşılacağı üzere basın yayınının aracı önemsizdir. Yayın gazete, dergi, radyo-TV, internet ve benzeri fiziki ve/veya dijital araçlarla gerçekleştirilebilir. Bu nedenle fiziki nüshalara karşılık gelen dağıtım (*distribution*) şartı yoktur.

Önemle vurgulayalım ki yayının yapıldığı araç önemsiz olmakla birlikte yeni haklar, sadece *evrimii/online (yeniden) kullanımları* hedef almıştır; fiziki kullanımlar kapsam dışındadır.

Alman Telif Kanunundan (§87f-2) mülhem İlk Taslaktaki Komisyonun *fixation*<sup>145</sup> kelime nerisi, Parlamento'da kaldırıldı ve Yönerge bu şekilde yrrlge girdi.

<sup>137</sup> Aksi yönde CZARNY-DROZDZEJKO, s. 627-628.

<sup>138</sup> Yönergede gazeteciliğin, metin/edebi (*text*) niteliğine vurgu yapılması haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. CZARNY-DROZDZEJKO, s. 628.

<sup>139</sup> CZARNY-DROZDZEJKO, s. 628.

<sup>140</sup> Aynı yönde DUSOLLIER, s. 1006.

<sup>141</sup> Aynı yönde TOPAL, s. 471.

<sup>142</sup> Aynı yönde CZARNY-DROZDZEJKO, s. 637-638.

<sup>143</sup> KARAPAPA, s. 332.

<sup>144</sup> CZARNY-DROZDZEJKO, s. 625.

<sup>145</sup> Tanımın belirsizliği ve İlk Taslaktaki *fixation* kavramının eleştirisi için bkz. MPI, s. 81; MOSCON, s. 47 vd.

Yapımlar için kullanılan *fixation* kelimesi, yayının daha önce bir yerde tespitine karşılık gelmekte, yani fiziki/maddi bir karakter taşımaktadır. Oysa günümüzde bu tanım amaca uygun değildir<sup>146</sup>.

*Beşinci olarak*, basın ve gazetecilik kavramları *güncel bilgiyi* akla getirir. Yönergeye göre basın yayını, bilgilendirici/informatif bir üründür. Güncel bilginin konusu haber, görüş, eğlence ve/veya bunların karması olabilir. İlk Taslakta bilimsel (*scientific*) ve akademik (*academic*) amaçlı yayınlar da yeni hakların kapsamındaydı. Fakat sonradan bunlar dışarıda tutuldu (Yönerge 2/4; Dibase 56)<sup>147</sup>. Bu nedenle ResearchGate, SSRN ve Academia gibi platformlar üzerinden yapılan yayınlar kapsam dışındadır. Çünkü akademik yayınlar genellikle güncel bilgi içermez. Bununla birlikte bazı akademik yayınların gazetecilik niteliği bulunabilir. Bu yönüyle düzenleme eleştiriyeye açıktır<sup>148</sup>.

*Altıncı olarak* basın yayını, haber ve diğer konularda *toplumun geneline bilgi vermedir*. Bununla birlikte bir yayının, özel bir alandaki toplumun geneline bilgi vermesi, onun genel niteliğini etkilemez. Demek ki ilgili kesimin geneline hitap etmek kaydıyla bir yayının genel veya özel bir alanla ilgili olması önemsizdir. Bu çerçevede gazeteler, genel haber dergileri ve belirli bir sektöre (spor, eğlence, moda ve benzeri) hasredilmiş dergiler kapsama dahildir. Sözelimi Hürriyet ve Milliyet gibi geleneksel gazeteler bu gruba girdiği gibi salt ekonomi gazeteciliği yapan Dünya Gazetesi de böyledir. Sadece internetten yayın yapan genel gazete niteliğindeki HaberTürk ile salt yelkencilik haberlerine özgülenmiş bir yayın da kapsama dahildir. Yine akademik yayın haricindeki Capital ve Business News gibi dergilerin yanında magazin dergileri ile okçuluk, yatçılık, güreş ve benzeri spesifik alanlardaki gazete, dergi ve internet siteleri de kapsam içindedir. Yeter ki bunların editöryol kontrolü bulunsun.

Öğretide yeni haklar B2B şeklinde nitelenmiş olup profesyonel olmayan ve bireysel faaliyetler kapsam dışındadır<sup>149</sup>. Buna karşılık ABAD'a göre göre gazetecilik faaliyeti topluma haber, görüş ve fikir vermedir. Bu yapılırken gerek medya aracı gerekse de gazeteciliğin kazanç amacıyla yapılıp yapılmadığı önemsizdir<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> CZARNY-DROZDZEJKO, s. 627.

<sup>147</sup> Bilimsel ve akademik yayın farkı ve bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. CZARNY-DROZDZEJKO, s. 638-639.

<sup>148</sup> Aynı yönde CZARNY-DROZDZEJKO, s. 639. Etki Analizinde (Springer ve Beck gibi) akademik yayınların, lisanslama yapılarak dijitalde kullanıldığına, bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının bu sektörü etkilemediğine dikkat çekilmiştir. Kitap yayıncılarının sorunu, geleneksel olarak aldıkları *levy* bedellerini (*private copying and reprography exceptions*), ABAD'ın *Reprobel Kararıyla* artık alamamaları tehlikesiydi. DSM Yönergesinde bu sorunun çözümü için ayrı bir düzenleme yapıldı (m. 16). Bkz. EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 158. İlave edelim ki bu bağlamda *Google Book* projesi ayrı bir çalışmayı hak etmektedir.

<sup>149</sup> STAMATOUDI/TORREMANS, s. 725.

<sup>150</sup> CJEU, C-73/07, [2008] - Tietosujovaltuutettu v. Satakunnan Markkinäpörssi Oy, Satamedia Oy, (Satamedia), No. 64.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Yönergedeki tanım fevkalade kapsamlı, dağınık ve kompleks olup tereddütlere yol açmaktadır<sup>151</sup>. Yukarıdaki tablodan da anlaşılacağı üzere gelen eleştiriler üzerine İlk Taslakta önemli düzeltmeler yapılmışsa da mer’i metinde hâlâ belirsizlikler vardır. Yönergenin metninde yer alması gereken *blog* ve *olaylar* gibi istisnaların sadece Dibacede yer alması da eleştiriye açıktır.

**ii) Basın Yayıncısı (press publisher):** Basın yayıncısı, Yönergeye uygun yayın yapan haber yayıncısı ve haber ajansı gibi hizmet sağlayıcılarıdır (Dibace 55). Bunlar kendi inisiyatifleriyle, editöryal sorumluluk ve kontrol altında yayın yaparlar. Arama motoru ve haber toplayıcı gibi siteler basın yayıncısı değildir<sup>152</sup>; bunlar yeni hakların hedefindeki bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarıdır. Yönergede basın yayıncısı da *hizmet sağlayıcı* olarak nitelenmiştir (m. 2/4; Dibace 55). Fakat buradaki hizmet sağlayıcı ile m. 2/5’teki hizmet sağlayıcı farklı anlamlarda kullanılmıştır<sup>153</sup>.

Yeni haklardan AB’de yerleşik veya kayıtlı ofisi, merkezi yönetimi veya işletmesinin ana merkezi bulunan basın yayıncıları yararlanabilir (Dibace 55). Bu niteliği sağlayan gerçek veya tüzel kişi basın yayıncısıdır. AB’den ayrılan Birleşik Krallık veya AB’ye üye olmayan Türkiye’de yerleşik basın yayıncıları, AB’de tanınan yeni haklardan faydalanamaz.

Bu bilgiler ışığında Yönerge anlamında bir basın yayıncısı şu hususların tamamını karşılamalıdır<sup>154</sup>: a) AB’de yerleşik olmalı, b) Yönerge anlamında basın yayını yapmalı, c) Kendi inisiyatifi, editöryal sorumluluğu ve kontrolü altında basın yayını yapmalı, d) Ticari/girişimci/profesyonel olarak basın yayını yapmalı.

**iii) Bilgi Toplumu Hizmet Sağlayıcısı (information society service provider):** DSM Yönergesinde bilgi toplumu hizmet sağlayıcısı kavramı tanımlanmamıştır. Bunun yerine (EU)2015/1535 sayılı Yönergenin 1/1-b hükmündeki *bilgi toplumu hizmeti* tanımına atıf yapılmıştır (DSM Yönergesi 2/5; Dibace 55). Buna göre *normalde bir bedel karşılığında mesafeli, elektronik araçla ve hizmeti alan bireylerin talebi üzerine sunulan her türlü hizmet* kapsama dahildir. Tanımda şu unsurlar birlikte aranır<sup>155</sup>: i) Mesafeli, ii) Elektronik araç, iii) Hizmeti alanın talebi, iv) Normalde bir bedel (nihai kullanıcılar veya tüm kullanıcılar tarafından ödeme yapılması gerekmez).

İşte bu hizmetleri sağlayanlar bilgi toplumu hizmet sağlayıcısıdır. Anılan Yönergenin eklerinde bazı hizmetler kapsam dışında tutulmuştur.

<sup>151</sup> Eleştiriler için bkz. VAN EECHOUD, s. 33 vd.; SPINDLER, s. 6.

<sup>152</sup> Aynı yönde PEUKERT, No. 178 ve dpn. 411’de anılan kararlar.

<sup>153</sup> ROSATI, *Commentary*, s. 258-259.

<sup>154</sup> ROSATI, *Commentary*, s. 259.

<sup>155</sup> Ayrıca bkz. ROSATI, *Commentary*, s. 262; LAZAROVA, Ana, “Re-Use The News: Between The EU Press Publishers’ Right’s Addressees And The Informatory Exceptions’ Beneficiaries”, *JILPL*, Y.2021, Vol.16, No.3, s. 240.



Bu tanım ışığında yeni haklardan *arama motorları, haber toplayıcılar, medya takip ajansları* ile *sosyal medya* etkilenmiştir<sup>156</sup>.

Önemle belirtelim ki başkasına ait bir basın yayını, çevrimiçi olarak kullanan diğer bir basın yayıncısı da yeni hakların hedefindedir<sup>157</sup>.

## **b) Tanınan Yeni Haklar ve Kapsamı**

**i) Haklar ve Konusu:** Basın yayıncılarına, yayınları üzerinde *çoğaltma* ve *umuma erişimi sağlama hakları* tanındı<sup>158</sup>. Basın yayıncıları, yayın içindeki diğer telif sahipleriyle arasındaki hukuki ilişkiden bağımsız olarak yeni haklarını ileri sürebilir. Başka bir ifadeyle *yayın faaliyetiyle* birlikte hak yasa gereği kendiliğinden doğar (yasal iktisap)<sup>159</sup>.

Basın yayıncılarına tanınan yeni haklar, 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplumu Yönergesinde (m. 2; 3/2) eser ve bağlantılı hak sahiplerine bahsedilen çoğaltma ve umuma erişimi sağlama haklarıyla eş düzeyde olup basın içeriklerinin bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları tarafından çevrimiçi kullanımlarına karşı münhasır niteliktedir (Yönerge 15/1; Dibase 57)<sup>160</sup>. Başka bir ifadeyle Bilgi Toplumu Yönergesindeki çoğaltma ve umuma erişimi sağlama hakları, basın yayıncılarına da teşmil edildi. Yeni haklar, anılan Yönergenin 5-8. maddesindeki istisnalara da tabidir (Yönerge 15/3).

Hakların konusu belirlenirken kullanımın biçimi bakımından bir ayırıma gidilmelidir: Anılan hakların konusu, kâğıtta basılı olanlar da dahil olmak üzere basın yayınlarıdır. Elbette fiziki baskısı olmayan, sadece dijitalden yapılan yayınlar da kapsama dahildir. Buna karşılık bu haklar, bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları tarafından basın içeriklerinin izinsiz şekilde *çevrimiçi olarak yeniden kullanımını* yasaklamaktadır (m. 15/1). Yani fiziki kullanımlar hakkın konusunu oluşturmaz.

**ii) Bağlantılı Hak Niteliği:** DSM Yönergesiyle basın yayıncılarına bağlantılı hak statüsü tanındı (Yönerge 15; İlk Taslak 11). DSM Yönergesine göre üye ülkeler, 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplumu Yönergesi 2 ve 3/2'deki *çoğaltma* ve *umuma erişimi sağlama haklarını* basın yayıncılarına da tanıyacaktırlar (Yönerge 15/1; Dibase 57)<sup>161</sup>.

<sup>156</sup> FURGAL, **Ancillary Right**, s. 702.

<sup>157</sup> Aynı yönde LAZAROVA, s. 240.

<sup>158</sup> Hazırlık sürecinde CULT ve ITRE'nin yanında JURI, fiziki kullanımlara karşı da koruma önermiştir. Yine bu öneride yama, kiralama ve kamuya ödünç verme haklarının tanınması ve bu hakların vazgeçilemez nitelikte olması üzerinde durulmuştur. Bilgi için bkz. BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 25, 28-29. Alman (2013) ve (İspanyol (2014) düzenlemelerinde sadece *umuma erişimi sağlama hakkı* tanınmıştır.

<sup>159</sup> STAMATOUDI/TORREMAN, s. 723.

<sup>160</sup> Ayrıca bkz. BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 17; EPC, s.12.

<sup>161</sup> Basın yayıncılarına tanınan bu hakların bir benzeri Taslak metne 12 Eylül 2018'de ilave edilen bir hükümlerle (m. 12a) *spor müsabakası organizatörlerine* de tanınmak istenmiş, fakat bu hüküm yürürlüğe giren metinde kendine yer bulamamıştır. Bu konuda Fransız ve İtalyan hukuklarında

**iii) Ülkesellik/Mülkîlik:** AB telif hukukunda ülkesellik ilkesi geçerli olduğu için Yönergede öngörülen bağlantılı haklar, 27 AB ülkesinde ayrı ayrı ulusal yasalarla tanınacak ve uygulanacaktır<sup>162</sup>. Elbette bu yapılırken Yönergede öngörülen ilkeler esas alınacaktır. Üye ülkeler bakımından yeni hakların tanınması seçimsel değil, bir yükümlülüktür. Bununla birlikte üye ülkelerin bazı konularda esnekliği bulunduğu için haklar uygulanırken ülkeden ülkeye farklılık gösterebilecektir.

**iv) Münhasır Nitelik:** Eser sahiplerinin haklarına benzer şekilde basın yayıncılarının hakları *münhasır* niteliktedir<sup>163</sup>. Yeni haklar gereği basın yayınlarını yeniden kullanan arama motorları, haber toplayıcılar, medya takip ajansları ile sosyal medya gibi *bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları*, basın yayınlarını çevrimiçi olarak kullanabilmek için basın yayıncılarından izin almalıdır.

Daha önce Alman hukukunda da *münhasır nitelikte* düzenlenen basın yayıncılarının hakları İspanya'da *uygun bedel* şeklinde kaleme alınmıştır. Yönergeyle *Almanya stili* bir koruma getirilmiştir.

**v) Koruma Çıtası:** Yeni haklar bakımından *hususiyet, orijinallik* veya *özgünlük* gibi bir koruma kriteri getirilmemiştir (Yönerge 2/4; 15). B yönüyle eser korumasından farklılık gösteren yeni haklar esasen (kamu ve özel sektör ayrımı olmaksızın) basın yayıncılarının finansal ve organizasyonel yatırımlarını korumayı amaçlamaktadır (Dibace 55). Bu özellikleriyle de aynı amaca hizmet eden bağlantılı haklar arasında düzenlenmiştir.

İcracı sanatçılara tanınan haklar bir tarafa bırakılırsa diğer bağlantılı haklar için de bir koruma çıtası öngörülmemiştir. Sözgelimi eline cep telefonunu alan kişinin, gittiği ormandaki bir kuş veya şelale sesini ya da şehirdeki bir caddenin gürültüsünü kaydetmesi durumunda sesi ilk tespit eden sıfatıyla *bağlantılı hakkı* doğar. İşte yapımcı ve yayıncılara tanınan bağlantılı haklara benzer şekilde basın yayıncılarına tanınan yeni haklar için de bir koruma çıtası getirilmemiştir.

Basın yayıncılarına tanınan haklar, esasen *sui-generis* veri tabanı hakkına benzerlik göstermektedir. Ne var ki veri tabanlarındaki *esashi yatırımdan* farklı

---

düzenlemeler vardır. Bkz. MOSCON, s. 46-47; MARGONI, Thomas, “The Protection of Sports Events in the EU: Property, Intellectual Property, Unfair Competition and Special Forms of Protection”, **II C**, Y.2016, Vol.47, s. 412 vd. AB’de spor müsabakalarının hukuken korunmasına ilişkin bilgi için bkz. MARGONI, s. 386 vd. Alman ve Türk hukukunda (FSEK 80) *icrayı organize eden müteşebbislere* bağlantılı hak statüsü tanımmıştır. Bkz. SULUK, Cahit/NAL, Temel (KARASU, Rauf), **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 125. Spor müsabakalarının bizatihi kendisinin eser korumasından faydalanmadığı burada not edilmelidir; bunlar TV yayını olduğu için yayın kuruluşunun bağlantılı hakkına konu olabilir.

<sup>162</sup> EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 7. Bu durumun eleştirisi ve AB’de telif haklarının yönerge yerine Tüzükle düzenlenmesi yönündeki öneri için bkz. MPI, s. 14 vd., özellikle 16 ve 21 vd.

<sup>163</sup> Aynı yönde BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 16. Öğretide bir görüşe göre bu hak, *de lege ferenda* telif hukukundaki istisna ve sınırlamalar gözetilerek FRAND ilkeleri çerçevesinde (İspanya stili) *adil bedel (fair compensation) talep hakkı* şeklinde düzenlenmeliydi. Bkz. GHIDINI/BANTERLE, s. 9-11.

olarak DSM Yönergesinde her bir basın yayınının *ipso facto* yeterli bir ekonomik yatırımı gerektirdiği ön kabulünden hareket edilmiştir<sup>164</sup>.

Öğretide yeni haklar için koruma çitasına ihtiyaç olduğuna işaret edilmektedir<sup>165</sup>. Bu görüşe göre koruma çitasına yer verilmemesi korumanın kapsamını belirsizleştirmekte ve tecavüz analizini zorlaştırmaktadır. Bu görüşe göre Yönergede istisnalar arasında yer alan *bireysel kelimeler ve çok kısa alıntılar* hükmü de bu belirsizliği gidermemiştir.

**vi) Parça Koruması:** Eserin tamamının yanında hususiyet taşıyan eser parçaları da koruma altındadır (FSEK 13). Bununla birlikte hem Kıta Avrupası hem de Anglo-Sakson sisteminde *de minimis*<sup>166</sup> eşiğini aşmayan çok kısa parçalar *hususiyet taşımayacağı* için koruma görmez. Bu nedenle hususiyet taşımayan bu parçaların alıntılanması da ihlal teşkil etmez<sup>167, 168</sup>. Eserlerde parça korumasına ilişkin ABAD, *Infopaq Kararında* bazı kurallar benimsemiştir<sup>169</sup>. Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesinin *Meltwater Kararında* da gazete başlıklarının kullanımı için izne ihtiyaç olduğu kabul edilmiştir<sup>170</sup>.

Parça koruması bakımından bağlantılı hakların koruma kapsamını belirlemek uygulamada bir sorundur. Sözelimi tespit edilen şelale sesinin en ufak parçaları da korumayı hak ediyor mu? Yani finansal ve organizasyonel yatırım acaba parça korumasını kapsar mı? Bu sorunun cevabı kural olarak “evet”tir. Bununla birlikte eğer ilgili parça, sonraki çalışmada fark edilemiyorsa ihlal yoktur<sup>171</sup>.

Önemle belirtelim ki dijital çağda parça korumasına getirilen istisna hükmüne dayanılarak yasal düzenlemeler dolanılabılır. Çünkü dijital teknolojiyle parça kullanımının ekonomik karşılığı, dijital çağ öncesindeki düşünce kalıplarıyla

<sup>164</sup> HUGENHOLTZ, s. 1006; SCALZINI, **Press Publishers**, s. 108.

<sup>165</sup> VAN EECHOU, s. 49 vd.; HUGENHOLTZ, s. 1011; SCALZINI, **Press Publishers**, s. 108-109.

<sup>166</sup> Roma hukukuna dayanan ve “*hakim önemsiz konularla ilgilenmez*” (*de minimis non curat praetor*) anlamına gelen *de minimis* kuralı hakkında bilgi için bkz. ÖZDEN MERHACI, Selin/ERKAN, Vehbi Umut, “Anglo-Amerikan Hukukundan Kıta Avrupası Hukukuna- Özel Hukukta De Minimis Kuralı”, **İNÜHFD**, Y.2018, C. 9, S. 2, s.49 vd.; KIANZAD, Behrang, “De Minimis Exception When Using Applied Art in Marketing Materials”, **GRUR International**, Y. 2020, Vol.69, No.1, s. 101 vd.; JUTTE, Bernd Justin, “CJEU Permits Sampling of Phonograms under A De Minimis Rule and the Quotation Exception”, **JIPLP**, Y. 2019, Vol.14, No.11, s. 827 vd. <sup>167</sup> GHIDINI/BANTERLE, s. 4-5; NAL/SULUK (KARASU), s. 50.

<sup>168</sup> Diğer yandan hukukumuzda FSEK’te gerek eserlerden (m. 35) gerek gazete içeriklerinden (m. 36) gerekse de gazete içeriğinde kullanılan eserlerden (m. 37) hangi şartlarda alıntı yapılabileceği düzenlemiştir. FSEK 36’daki düzenlemeyle kıyaslandığında 5187 sayılı Basın Kanununda yapılan değişikliklerle alıntının sınırı daraltılmıştır (m. 24). Yine de anılan düzenlemeler gereği üçüncü kişilerin geniş bir manevra alanı vardır. Yeni hukuki rejim için bkz. NAL/SULUK (KARASU), s. 103-104.

<sup>169</sup> CJEU, C-5/08 - Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening [2009] (Infopaq), Par. 44 vd.

<sup>170</sup> Newspapers Licensing Agency v. Meltwater (2010).

<sup>171</sup> CJEU, C-476/17 - Pelham and Others v Hu’tter and Others; HUGENHOLTZ, s. 1009-1010; ROSATI, **Commentary**, s. 265-266. Ayrıca bkz. PEUKERT, No. 134.

değerlendirilemez. Bu tespitimiz yeni hakların konusunu teşkil eden basın yayınları için özellikle geçerlidir<sup>172</sup>.

DSM Yönergesi bu konuda şöyle bir sistem öngörmüştür (m. 15/1): Yeni haklar, basın yayınının tamamına ve parçalarına şamildir. Velev ki alıntılanan parça önemsiz miktarda olsun. Şu kadar ki *bireysel kelimeler ile çok kısa alıntılar* bunun istisnasını oluşturur. Yani minimum kullanımlar hakkın istisnasını teşkil eder. Dibaceye (No. 58) göre bu tür kullanımlar, basın yayıncısının yatırımına zarar vermez. Fakat *bireysel kelimeler ile çok kısa alıntılar* ifadesi belirsiz olduğu için korumanın kapsamını belirlemek kolay değildir.

**vii) Diğer Telif Haklarıyla İlişkisi:** Yukarıda *Koruma Çıtası* anlatılırken vurgulandığı üzere, basın yayıncılarına tanınan bağlantılı hakların doğumu için yayın konusunun eser veya bağlantılı hak niteliğindeki fikri ürünlerden olması gerekmez. Başka bir ifadeyle telifli içeriklerin yanında telifle korunmayan içerikler de yeni hakların konusunu oluşturabilir<sup>173</sup>. Sözelimi eser niteliğindeki köşe yazısı veya karikatürün yanında eser sayılmayan hava durumu ya da maç sonuçlarına ilişkin haberler kapsama dahildir. Esasen aynı kural, diğer bağlantılı haklar için de geçerlidir. Sözelimi bir futbol müsabakası, eser olmamakla birlikte yayıncılar (*broadcasters*) için bağlantılı hakkın konusunu oluşturur. Demek ki olayların (*mere facts*) bizatihi kendisi bir tarafa bırakılırsa, Bern Anlaşması 2/8’de istisna tutulan unsurlar da yeni hakların konusu olabilir. Bu bağlamda aşağıda açıklanacak *istisnalar* hariç olmak üzere yayının tüm içeriği koruma altındadır<sup>174</sup>.

Basın yayıncılarına tanınan haklar, basın yayınının içinde kullanılan eserlerden ve diğer telifle konu unsurlardan doğan haklarla birlikte var olacaktır (*co-exist*)<sup>175</sup>. Bununla birlikte basın yayıncısına tanınan bağlantılı haklar, basın yayınında kullanılan eserlerden doğan haklara, bağlantılı haklara veya veri tabanı gibi sair haklara zarar vermez (Yönerge 15/2). FSEK 80/1’de de yerini bulan bu kuralın mehazı Roma Anlaşmasının 1. maddesidir. Buna göre diğer telif hakları (eser ve diğer koruma konuları), basın yayıncısına tanınan bağlantılı haklardan etkilenmez. Bu nedenle basın yayınına konu eser ve diğer hakların sahibi, basın yayıncısına tanınan bağlantılı haklardan *bağımsız bir şekilde* haklarını kullanmaya yetkilidir. Hak sahibi, hakkını kendisi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de kullanabilir. Yeter ki basın yayıncısıyla aralarındaki ilişki buna imkân tanısin ve kullanımda başka bir kaynak kullanılsın. Sözelimi bir gazetede kullanılan karikatürün veya eser niteliğindeki bir fotoğrafın sahibi, bu karikatürü ya da fotoğrafı bir bilgi toplumu hizmet sağlayıcısına da kullanabilir; basın yayıncısı, yeni haklara dayanarak böyle bir kullanıma engel olamaz. Eğer bu kullanım devir veya münhasır lisans ilişkisinden kaynaklanıyorsa artık hak sahibinin böyle bir

<sup>172</sup> Nitekim *Google*, Yönergenin uyumlaştırıldığı Fransa’da telif bedeli ödememek için kısa alıntı yapmaksızın basın içeriklerini kullanmaya başlamıştır. Bkz. GHIDINI/BANTERLE, s. 4. Fakat daha sonra Fransız Rekabet Otoritesinin kararı üzerine *Google* masaya oturmak zorunda kalmıştır.

<sup>173</sup> Aynı yönde FURGAL, *Ancillary Right*, s. 705.

<sup>174</sup> FURGAL, *Ancillary Right*, s. 706.

<sup>175</sup> FERRI, s. 31.

yetkisinin olmadığı pek tabiidir<sup>176</sup>. Telifte konu bir unsur, adi lisansla basın yayınının içinde kullanılmışsa basın yayıncısı, kendisine tanınan bağlantılı haklara dayanarak gerek telif hakkı sahiplerinin gerekse bunların yetkilendirdiği kişilerin *başka bir kaynaktan temin etmek suretiyle* kullanımlarını engelleyemez (Yönerge 15/2; Dibace 59). Lisansın, bedelli veya *creative commons* lisansı gibi bedelsiz olması da önemsizdir.

Yeni hakların doğumu bakımından basın yayıncısı ile yayına katkı veren kişiler arasındaki ilişki önemsizdir. Bu kişiler basın yayıncısının çalışanı olabileceği gibi *freelance* de olabilir. Çalışan-işveren ilişkisinde hakların işverene geçişinde yasal bir zemin vardır (FSEK 18/2). Buna karşılık *freelance* çalışanların haklarının basın yayıncısına geçişi sözleşmelerle sağlanmaktadır. Böyle bir sözleşme olmaması ya da hukuki ilişkide bir sakatlığın bulunması basın yayıncısına tanınan hakların bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarına karşı ileri sürülmesine engel değildir<sup>177</sup>. Özetle, *iç ilişkideki* (basın içeriğini üreten kişi ile basın yayıncısı arasındaki ilişkideki) bir sakatlık, *dış ilişkiyi* (basın yayıncısı ile basın yayıncılarını kullanan bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları arasındaki ilişkiyi) etkilemez<sup>178</sup>.

Basın yayıncılarını çevrimiçi olarak yeniden kullanacak bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları, basın yayıncılarından izin almalıdır. Uygulamada bu izin genellikle bir bedel karşılığında verilecektir. İşte basın yayıncılarına ödenecek bu bedelden, basın yayınına konu eser sahiplerine *uygun bir pay (appropriate share)* verilecektir (Yönerge 15/5; Alman Telif Kanunu §87h)<sup>179</sup>. Uygun pay, sadece eser sahiplerine tanınmış olup, bağlantılı hak sahibi gibi diğer telif sahipleri bu haktan yararlanamaz<sup>180</sup>. Burada iki ihtimalle karşılaşılır: *a)* Basın yayıncısının çalışanı tarafından içerik oluşturulmuştur. Bu durumda çalışan-işveren ilişkisi vardır ve basın yayıncısının çalışanına uygun bir bedel ödenecektir. *b)* Basın yayıncısı, içerikte başkasına ait eserleri bir sözleşme çerçevesinde kullanmıştır. Bu durumda da üçüncü kişi durumundaki eser sahibine uygun pay ödenecektir. Uygun payı, basın yayıncısı ödeyecektir (Yönerge 15/5)<sup>181</sup>.

Metne sonradan ilave edilen bu düzenlemeyle basın yayıncısının elde edeceği gelire “ortakçı” çıkmıştır. Bedelin belirlenmesi ve sürecin organizasyonu

---

<sup>176</sup> Buna karşılık bağımlı münhasır lisans halinde hak sahibi, haklarını kendisi kullanabilir, ancak üçüncü kişilere kullanılamaz. Bkz. SULUK (KARASU/NAL), s. 116 ve 370.

<sup>177</sup> EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 162.

<sup>178</sup> NAL/SULUK (KARASU), s. 71, 126.

<sup>179</sup> DSM Yönergesinde eser sahibinin bir yayıncıya (*publisher*) mali hakkı devretmesi veya lisans vermesi durumunda, istisnalar kapsamında eser sahibiyle birlikte ilgili yayıncı da uygun bedelden pay alacaktır (m. 16). Hükümdeki *yayıncı* kavramına, tüm yayıncılar (*publishers*) dahil olup yayınevleri ve müzik yayıncılarından başka basın yayıncıları da girmektedir. Bkz. Dibace 60. Ayrıca bkz. QUINTAIS, s. 37.

<sup>180</sup> Aynı yönde STAMATOUDI/TORREMANS, s. 729.

<sup>181</sup> Aynı yönde STAMATOUDI/TORREMANS, s. 729. Alman düzenlemesinde bu payı kimin ödeyeceği belirsizdir. Bkz. VUCKOVIC, s. 1063.

belirsizlikler ve güçlükler içermektedir<sup>182</sup>. Bu belirsizlikler AB üyesi ülkelerin iç hukuklarında yapılacak düzenlemelerle giderilecektir. Sözgelimi, Yönergeye uyum sağlayan Almanya’da bu pay, meslek birlikleri eliyle ve zorunlu lisanslamaya tabidir ve eser sahiplerine en az üçte bir pay verilir (Alman Telif Kanunu §87k).

Değinilmesi gereken diğer bir husus da şudur: Öyle durumlar olabilir ki basın yayıncılarına tanınan bağlantılı hakların istisnasını teşkil eden bir kullanım konusu, eser korumasından faydalanabilir. Çünkü *bireysel kelimeler ve çok kısa alıntılar*, yeni hakların istisnasını oluşturmaktadır (Yönerge 15/1). Oysa bazı durumlarda eser adları ve slogan gibi bazı fikri ürünler nadiren de olsa eser kabul edilebilir. Diğer yandan ABAD’ın *Infopaq Kararında* da vurgulandığı üzere, bir eserin içinde hususiyet taşımayan parçalar, üçüncü kişiler tarafından izin alınmaksızın kullanılabilir; oysa bireysel kelimeler ve çok kısa alıntılar bir tarafa bırakılırsa basın içeriklerinin alıntılanması izne tabidir. Özetle, yeni bağlantılı haklar ile eser konuları her zaman örtüşmeyebilir; yeni haklar, bazen eser korumasını aşarken, bazen de eser koruması, yeni hakların istisnasını oluşturabilir.

**viii) Devredilebilirlik ve Vazgeçilebilirlik:** 2013 yılında Almanya’da tanınan hak, münhasır olmakla birlikte devredilebilir ve vazgeçilebilir nitelikteydi. 2014 yılında İspanya’da tanınan hak ise vazgeçilemez ve devredilemez nitelikte uygun bedel talep hakkıydı.

DSM Yönergesinde devri yasaklayan bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla üye ülkeler, bir bedel karşılığında veya bedelsiz olarak *anılan hakların devredilebilir ve/veya vazgeçilebilir olduğunu kabul edebilir*<sup>183</sup>. Bazı ülkeler ise aksi yönde düzenleme yapabilir. Devre imkân tanıyacak üye bir ülkede hak sahibi, *creative commons* lisansına benzer şekilde bedelsiz olarak da haklarını kullanırabilir (Dibace 82)<sup>184</sup>.

**ix) Hakların Takibi:** Yönergeyle AB düzeyinde toplu hak takibi gibi zorunlu bir sistem öngörülmediği gibi üye ülkeleri toplu hak takibine zorlayan bir düzenlemeye de gidilmemiştir. Üye ülkeler, iç hukuklarında böyle bir zorunluluk getirebilecekleri gibi basın yayıncılarını serbest de bırakarak bireysel takibe

---

<sup>182</sup> Aynı yönde DUSOLLIER, s. 1008. Öğretide bedelin belirlenmesinde 2014/26 EU sayılı Meslek Birlikleri Yönergesinin 16/1 hükmünden yararlanılabileceği üzerinde durulmuştur. Bkz. STAMATOUDI/TORREMANS, s. 729.

<sup>183</sup> Aynı yönde ROSATI, *Commentary*, s. 287; PAPADOPOULOU/MOUSTAKA, s. 117; SOYSAL, *Basılı Yayınlar*, s. 287. Fakat 28.3.2018 tarihli Taslak metinde basın yayıncıları ile haber ajanslarına tanınan hakların vazgeçilemez olduğu kabul edilmiş, ancak bu hüküm sonradan çıkarılmıştır. Bkz. PAPADOPOULOU/MOUSTAKA, s. 117, dnp. 98.

<sup>184</sup> Aynı yönde (Çevrimiçi) <https://www.notion.so/Article-15-Protection-of-press-publications-concerning-online-uses-b52804451f3e4f56b8aa66013b28aa95>, E.T. 21.3.2021.

imkân tanıyabilir<sup>185</sup>. Eser sahiplerine ödenecek *uygun pay* bakımından da üye ülkelerin aynı esnekliği bulunuyor<sup>186</sup>.

**x) Koruma Süresi ve Geriye Yürümezlik:** Anılan haklar 2 yıl süreyle korunacaktır (Yönerge 15/4). Bu hükme göre süre, yayının gerçekleştirildiği yıldan sonraki 1 Ocak'tan itibaren hesaplanır. Buna göre 6.6.2019 sonrası ilk kez yayımlanan basın yayınları için hak devreye girmiştir. Belirtilen tarihten önceki yayınlar ise yeni hakların konusunu oluşturmaz.

Eser koruması, eser sahibinin yaşamı boyu + 70 yıldır. Revizyona uğramış 2006/116/EC sayılı Süre Yönergesine göre bağlantılı haklarda ise 50 ve 70 yıllık süreler vardır<sup>187</sup>. Buna karşılık basın yayıncılarına tanınan bağlantılı hakların süresi sadece 2 yıldır. İlk Taslakta 20 yıl olarak öngörülen sürenin bu kadar kısa tutulmasının nedeni yeni bağlantılı haklara konu basın içeriklerinin güncelliğini çabuk yitirmesi, gereksiz şekilde toplumun bilgiye erişimine engel olmama düşüncesidir<sup>188</sup>.

### **c) Yeni Haklara Getirilen İstisnalar<sup>189</sup>**

Basın yayıncılarına, yayınları üzerinde münhasır nitelikte çoğaltma ve umuma erişimi sağlama hakları tanınmıştır. Aşağıdaki kullanımlar, bu hakların istisnalarını oluşturmaktadır (Yönerge 15).

**i) Telif Korumasına Getirilen İstisnaların Basın Yayınlarına da Uygulanabilirliği:** Basın yayıncılarına tanınan bağlantılı haklar, 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplumu Yönergesi m. 5-8'deki eser ve bağlantılı haklara getirilen istisnalara tabidir. Yine 2012/28/EU sayılı Sahipsiz Eserler Yönergesi ile 2017/1564 sayılı Görme Engelliler Yönergesindeki istisnalar da yeni haklara uygulanır (DSM Yönergesi 15/3). Bu bağlamda kaynak gösterme, parodi, eğitim ve öğretim amaçlı kullanım gibi istisnalar yeni haklar için de geçerlidir.

Mülkîlik ilkesinin geçerli olduğu AB telif hukukunda pek çok konuda henüz uyumlaştırma sağlanamamıştır. Bu nedenle anılan Yönergelerdeki istisnaların bazıları seçimlik olup iç hukuka aktarımda üye ülkeden ülkeye farklılık olabilir.

---

<sup>185</sup> HOPNER(KRETSCHMER/XALABARDER), *EIPR*, s. 610; VUCKOVIĆ, s. 1061 vd. İspanya'da hakların meslek birlikleri eliyle toplu takibi zorunluydu.

<sup>186</sup> Bu konuda bilgi için bkz. STAMATOUDI/TORREMANS, s. 729-730.

<sup>187</sup> OJ, 11.10.2011, L 265/1.

<sup>188</sup> Etki Analizinde 50, 10, 5 ve 1 yıllık süreler üzerinde durulmuştur. Bkz. EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment*, s. 162, 167. Öğretimde ise hazırlık sürecinde 30, 20, 15, 8, 5, 3 ve 1 yıllık koruma süreleri üzerinde durulduğu belirtilmektedir. AB tescilsiz tasarım korumadaki 3 yıllık süreyle de kıyas yapılması düşünülmüştür. Bkz. KARAPAPA, s. 331; PAPADOPOULOU/MOUSTAKA, s. 117; BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 27. Haberin günlük tüketildiği dikkate alınarak öğretimde bu sürenin 1 ila 3 ay olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. GHIDINI/BANTERLE, s. 10, dpn. 38. Yönerge öncesinde Alman hukukunda bu süre 1 yıl idi (Alman Telif Yasası §87/g-2).

<sup>189</sup> Bu çalışmada *istisnalar* kavramı, telif hukukundaki *istisnalar ve sınırlamaları (exceptions and limitations)* kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

Ŗu kadar ki bir üye ülke, telif haklarına uyguladığı istisnaları, yeni haklara da uygulamakla yükümlüdür (Yönerge 15/3; Dibace 57).

**ii) Bireysel Kullanıcıların Ŗahsi Kullanımları ile Bu Kişilerin Ticari Nitelikte Olmayan Kullanımları:** Yeni hakların hedefi bireysel kullanıcılar olmayıp, bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarıdır. Hazırlık sürecinde çok tartışılan<sup>190</sup> bu düzenlemeye göre, bireysel kullanıcının Ŗahsi kullanımı ve bu kişilerin *ticari nitelikte olmayan* kullanımları hakka istisna teşkil eder (Yönerge 15/1; Dibace 55). Demek ki bireysel kullanıcıların, *ticari nitelikteki* kullanımları istisnadan yararlanamaz.

Bu istisnanın kapsamı açık değildir. Paylaşımlar ne zaman ticari nitelik taşır? Sözelimi bireysel kullanıcı, bir haberi sosyal medyadan yüzbinlerce bağlantısıyla paylaşırsa ihlal gerçekte mi? Ticari faaliyetlerin her geçen gün dijitale kaydığı, *Influencer* ve *Youtuber* gibi kavramlarla yüzleştiğimiz düşünülürse bu sorunun cevabı olumsuzdur. Kaldı ki bu kişiler, esnaf faaliyetini aşacak gelire ulaşmışsa ve devamlılığı da sağlamışsa tacir sayılır.

Öğretide bireysel kullanıcı ile gerçekte kişinin aynı anlama gelmediği, tüzel kişilerin de somut olay özelinde bireysel kullanıcı olabileceği üzerinde durulmuştur<sup>191</sup>.

Dikkat edilirse (Alman ve İspanya versiyonlarının aksine) Yönergedeki istisnanın kapsamı daha dardır. Anılan ülkelerde hakkın konusu ticari kullanımlarla sınırlanmış olup, bunun dışındaki kullanımlar serbestti. Oysa Yönergede ticari olmayan bazı kullanımlar da kapsama dahildir. Sözelimi dernek ve vakıf gibi kâr amacı gütmeyenler hakkın kapsamındadır. Bu bağlamda bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının ticari olmayan kullanımları ihlal teşkil edeceği<sup>192</sup> gibi sözelimi bir üniversite, araştırma kurumu, vakıf ve dernek gibi yapıların paylaşımları da ihlaldir, meğer ki bunlar bireysel kullanıcı sayılmasın. Özetle, bireysel olmayan diğer aktörlerin ticari nitelikte olmayan kullanımları izne tabidir<sup>193</sup>.

Değinilmesi gereken diğer bir husus da şudur: Yönergede basın yayıncılarına tanınan çoğaltma ve umuma erişimi sağlama hakları, diğer telif sahiplerine tanınan aynı haklara kıyasla daha dardır. Çünkü bireysel kullanıcılar basın yayınının tamamını veya yapacağı kırpıntuları *ticari nitelikte olmamak* kaydıyla gerek *Facebook*, *Instagram* ve *LinkedIn* gibi sosyal medyadan gerekse *WhatsApp* ve *Viber* gibi anlık mesajlaşma uygulamalarından paylaşması serbesttir<sup>194</sup>. Oysa bu tür paylaşımlar telif ihlali teşkil edebilir. Bu özel durum haricinde istisnanın kapsamı, diğer telif hakları gibidir (Dibace 57).

<sup>190</sup> Bkz. SAMUELSON, s. 22.

<sup>191</sup> ROSATI, **Commentary**, s. 273.

<sup>192</sup> Aynı yönde TALKE, s. 4. Krş. STAMATOUDI/TORREMANS, s. 725.

<sup>193</sup> DUSOLLIER, s. 1007; TALKE, s. 4; COLANGELO/TORTI, s. 89.

<sup>194</sup> Aynı yönde VUCKOVIC, s. 1053.



**iii) Hiperlink Vermek:** Basın yayıncılarına, basın içeriklerinin kullanımına, özellikle de link vermeye karşı yeni haklar tanınmıştır. Ancak internetteki iletişimin zarar görmemesi için salt link vermek (*hiperlink*) istisna kapsamına alınmıştır. Velew ki link vermeyi, bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları gerçekleştirsin.

Surface link, framing ve embedding gibi link verme çeşitleri vardır<sup>195</sup>. Çalışmamızda bunların tamamına link verme diyeceğiz<sup>196</sup>. AB telif hukukunda düzenlenmediği için link vermenin kapsamı belirsizdir. Yeni haklar bakımından da bu belirsizlik sorun teşkil edebilir. DSM Yönergesinin bu sorunu çözmesi beklenirdi<sup>197</sup>, fakat sorunun çözümü içtihadı bırakılmıştır<sup>198</sup>. Bu çerçevede link vermeye ilişkin önceki hukuki durum bugün de geçerlidir.

Soruna ilişkin ABAD bir dizi karar vermiştir. Bu kararlar kronolojik olarak şöyle özetlenebilir<sup>199</sup>: a) *Svensson ve Meltwater Kararlarına* göre internetteki bir içeriğe hiperlink vermek umuma iletim değildir. Çünkü sınırlama yapılmaksızın internete bir defa konulan içerik umuma iletilmiştir ve bu içeriğe link vermede “yeni umum” a hitap edilmediği için telif hukuku anlamında *umuma iletim* gerçekleşmez. Basın yayınları bakımından bu karar, *Google* gibi bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının elini güçlendirmiştir. b) *GS Media Kararına* göre eğer link verilen içerik, hak sahibinin izni dışında internete konulmuşsa ve link veren kâr amaçlı hareket ediyorsa link verenin durumu bildiği faraziyesinden hareketle ihlal gerçekleşir. Bununla birlikte eğer içeriğin izinsiz konulduğunu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen bir kişinin, kâr amacıyla dahi link vermesi ihlal değildir. c) *GS Media Kararına* gönderme yapılan *FilmSpeler Kararına* göre içeriği önceden yüklenmiş bir multimedya playerdan internetteki izinsiz bir içeriğe link verilmişse, bu multimedya playerın satışı ihlaldir. Çünkü içeriği önceden fiziki ürüne yükleyen kişinin, internetteki izinsiz içeriğe link verdiğini bildiği kabul edilmektedir. ABAD, *The Pirate Bay (TPB) Kararında* da korunan içerikleri listeleterek paylaşımına imkan sağlayan TPB isimli platformun bu eylemini ihlal

---

<sup>195</sup> Link verme çeşitleri için bkz. AKSU, Mustafa, “Avrupa Adalet Divanının Bazı Kararları Işığında Link Vermeden Dolayı Sorumluluğun Umuma İletim Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **İKÜHFD**, Y.2019, C.18, S.1, s. 44 vd.; OHLY, Ansgar, “The Broad Concept of ‘Communication to the Public’ in Recent CJEU Judgments and the Liability of Intermediaries: Primary, Secondary or Unitary Liability?”, **JIPLP**, Y. 2018, Vol.13, No.8, s. 664 vd.

<sup>196</sup> Yeni haklar bakımından tüm link çeşitleri aynı çerçevede ele alınmaktadır. Bkz. ROSATI, **Commentary**, s. 277 ve 285.

<sup>197</sup> Bu konuda bkz. FURGAL, **Ancillary Right**, s. 700 vd. Yönergenin hazırlık sürecinde konuya ilişkin Komitelerdeki tartışma ve öneriler için bkz. BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 40 vd.

<sup>198</sup> Ancak ABAD’ın kararları da tam olarak soruna çözüm getirmemiştir. Bu konuda bkz. ROSATI, Eleonora, “Linking and Copyright: Easier at Last? First National Applications of the CJEU GS Media Judgment”, **EU Internet Law in the Digital Era**, Eds. Tatiana-Eleni SYNODINOU/Philippe JOUGLEUX/Christiana MARKOU/Thalia PRASTITOU, Switzerland, Springer, 2020, (*Linking*), s. 61 vd., özellikle 76.

<sup>199</sup> Geniş bilgi için bkz. AKSU, s. 47 vd.

saymıştır<sup>200</sup>. Ancak konumuz bakımından bilgi toplumu hizmet sağlayıcısının durumu bu kategoriye girmez<sup>201</sup>.

**iv) Bireysel Kelimeler ve Çok Kısa Alıntılar (individual words and very short extracts):** Basın yayınının tümü kullanılabilceği gibi yayındaki bir makale, hatta yayının sadece küçük bir parçası da kullanılabilir. Uygulamada esasen *Google News* gibi haber toplayıcılar ya da *Google Search* gibi arama motorları başlıkları ve küçük parçaları alıntılanmakta ve link vermektedir. Buna bölük pörçük bilgiler veya kırpıntı (*snippet*) denmektedir. Okuyucu bazen bu kısa haber pasajlarıyla yetinmekte ve haberin tamamını okumamaktadır, ki AB'deki Etki Analizi araştırmasına göre bu oran %47'dir<sup>202</sup>. İşte bu şekilde kırpıntı yapmak da hakkın kapsamındadır; hatta yeni haklar esasen bu tür kullanımları hedef almıştır. Daha açık bir ifadeyle AB yasa koyucusu, bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının haber içeriklerini çevrimiçi yeniden kullanımına yönelik yeni hakları tanımıştır<sup>203</sup>.

Yukarıda *Parça Koruması* anlatılırken açıklandığı üzere yayının tüm içeriği koruma altında olduğu için kullanılan parçanın telife konu olup olmadığı önemsizdir ve herhalde izin alınmalıdır. Şu kadar ki *bireysel kelimeler ve çok kısa alıntılar* istisna kapsamındadır<sup>204</sup>. Alman düzenlemesinden mülahem bu istisnanın amacı internette iletişim özgürlüğünün zarar görmemesidir. Bu nedenle yeni hakların hedefindeki bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları, salt hiperlink vermenin yanında anılan istisnadan da yararlanacaktır. Böylece basın yayıncılarına tanınan içerik korumasına, iç sınırlama getirilerek minimum kullanımlar kapsam dışında bırakılmıştır. Ne var ki bu istisna hükmü, basın yayıncısının hakkını etkin şekilde kullanmasını engelleyecek şekilde yorumlanamaz (Dibace 58).

Yeni haklar bağlamında Yönergede haber başlıkları belirtilmemiştir. Haber başlıkları eser mahiyetinde olabilir. Öğretide sadece haber başlıklarının sistematik olarak kullanılmasının basın yayıncısının haklarına zarar verebileceği üzerinde durulmuştur<sup>205</sup>.

Bir basın yayınından çok kısa çıkarmalar (*very short extracts of a press publication*) yapmak ifadesinin kapsamı açık olmamakla birlikte fonksiyonel nitelikte şöyle bir ölçü verilebilir: Alıntılanan kısım, okuyucunun kaynağa gitme ihtiyacını ortadan kaldıracak nitelikte veya uzunluktaysa ihlal gerçekleşir<sup>206</sup>. Nitekim Yönergeyle uyumlaştırılan Fransa'da bu yönde bir kurala yer verilmiştir: *Bireysel kelime ve çok kısa alıntılar serbest olmakla birlikte okuyucunun, haberin*

---

<sup>200</sup> CJEU, Case C-610/15 - The Pirate Bay (TPB) Decision.

<sup>201</sup> PIHLAJARINNE/VESALA, s. 222.

<sup>202</sup> EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 157.

<sup>203</sup> LAZAROVA, s. 239.

<sup>204</sup> Konseyde bu ifade yerine basın yayınının *önemsiz kısımları (insubstantial parts)* istisna olarak öngörülmüş ve yorumu üye ülkelere bırakılmıştır. Bkz. ROSATI, **Commentary**, s. 256.

<sup>205</sup> VUCKOVIC, s. 1056 ve dpn. 24.

<sup>206</sup> Aynı yönde CZARNY-DROZDEJKO, s. 633. Bu konuda bir değerlendirme için bkz. STAMATOUDİ/TORREMANS, s. 727-728.

*kaynağına gitmesini ihtiyaç bırakmayacak şekilde yapılan alıntılar koruma kapsamındadır*<sup>207</sup>.

İşte DSM Yönergesindeki sözü edilen düzenleme, ABAD'ın *Infopaq Kararından* mülhemdir<sup>208</sup>. Önemli bir farkla ki basın içeriklerinden alıntılanan kısımlarda hususiyet aranmaz. Eserlerle ilgili *Infopaq Kararına* göre somut olayda izinsiz alıntılanan on bir kelime, hususiyet taşıyorsa çoğaltma gerçekleşir. Eser korumasında nicelik değil, nitelik esastır. Bununla birlikte çoğaltılan kısmın daha uzun olması, eserin hususiyet taşıyan bölümünün alındığına kümülatif bir şekilde işaret edebilir<sup>209</sup>. İlave edelim ki Alman Patent Ofisindeki Tahkim Heyeti, bu istisna çerçevesinde arama kelimeleri hariç olmak üzere basın yayınından en fazla yedi kelimenin alıntılanabileceğini içtihat etmiştir<sup>210, 211</sup>.

**v) Telif Sahipleri ile Onların Yetkilendirdiği Kişilerin Kullanımları:** Yukarıda yeni hakların, *Telif Haklarıyla İlişkisi* açıklanırken belirtildiği üzere basın yayıncısına tanınan bağlantılı haklar, basın yayınında kullanılan eserlere ve bağlantılı haklara veya veri tabanı gibi sair haklara zarar vermez. Yani *eser ve diğer koruma konularından doğan haklar, basın yayıncısına tanınan bağlantılı haklardan etkilenmez* (Yönerge 15/2; Dibase 59). Gerek telif sahipleri gerekse onların yetkilendirdiği kişiler, aralarındaki hukuki ilişkinin imkân tanınması halinde, basın yayıncısından izin almaksızın basın yayınında kullanılan telif konu unsurları, basın yayınından *bağımsız* olarak kullanılabilir. Sözgelimi *freelance* çalışan gazeteci, adi lisans çerçevesinde X gazetesinde yayımlanan yazısını, başka birine kullandırabilir. Ne var ki bu yazının, başka bir kaynaktan değil de X gazetesinden alınarak kullanılması için bu gazete sahibinden izin alınmalıdır<sup>212</sup>.

**vi) Koruma Süresi Sona Eren Eser ve Diğer Koruma Konuları:** Yeni haklar, koruma süresi sona eren eser veya diğer koruma konularının üçüncü kişilerce kullanımına engel teşkil etmez (Yönerge 15/2). Sözgelimi bir basın yayınında Mehmet Akif'in Safahat eserinden seçmeler yapılmıştır. Safahat'ın koruma süresi dolduğu için söz konusu seçmeler, basın yayıncısından izin alınmaksızın üçüncü kişilerce de kullanılabilir; basın yayıncısı, bağlantılı hakkına dayanarak böyle bir kullanımı engelleyemez. Şu kadar ki üçüncü kişi, 2 yıllık koruma süresince bu alıntıyı basın yanından yapamaz; başka bir kaynaktan almalıdır<sup>213</sup>.

<sup>207</sup> CZARNY-DROZDZEJKO, s. 632-633; SCALZINI, *Press Publishers*, s. 114.

<sup>208</sup> HUGENHOLTZ, s. 1011.

<sup>209</sup> CJEU, C-5/08 - *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* [2009] (*Infopaq*), Par. 48-50.

<sup>210</sup> PAPAPOULOU/MOUSTAKA, s. 107; KARAPAPA, s. 325.

<sup>211</sup> Bkz. KUCHARCZYK, Jakob, "A 'Legal' Snippet in Germany Could Mean... Seven Words, Maximum", 27.10.2015- (Çevrimiçi) <http://www.project-disco.org/european-union/102715-a-legal-snippet-in-germany-could-mean-seven-words-maximum/>, E.T. 1.8.2021. Yedi kelimenin eleştirisi için bkz GHIDINI/BANTERLE, s. 7.

<sup>212</sup> STAMATOUDI/TORREMANS, s. 728-729.

<sup>213</sup> STAMATOUDI/TORREMANS, s. 728-729.

**vii) Olaylar:** Basın yayıncısına tanınan bağlantılı haklar, yayında geçen olayın/haberin kendisini kapsamaz (Dibace 57). Bu istisna, telif koruması için de geçerli olup Bern Anlaşmasındaki düzenlemenin bir yansımasıdır (m. 2/8).

Burada basın yayıncısının bilgi verici ürünü (*informative product*), yani olayı ifade ediş şekli (*form*) ile olayın/haberin kendisi (*mere fact*) birbirinden ayrıştırılmalıdır. İlki koruma görürken ikincisi koruma dışındadır. Bu bağlamda Bern Anlaşmasının 1961 tarihli Stokholm değişikliğindeki çalışma grubu, koruma dışında bırakılanın olayların kendisi olduğu, ama haberin işlendiği fikri ürünlerin korunacağına işaret etmiştir. Böylece TRIPS 9/2 ve WCT 2 ile pozitif hukuka giren *fikrin kendisi* ve *fikrin ifade ediliş şekli* (*idea/expression dichotomy*) ayrımı karşılık bulmuştur<sup>214</sup>. Sözgelimi *Kovid-19'un Hindistan varyantı çıktı* bilgisi korunmaz. Buna karşılık bir muhabirin bu ham bilgiyi alarak kendi kaleminden haberleştirmesi durumunda, muhabirin hususiyet kattığı metin eser olarak korunur. Eğer metin hususiyet taşımıyorsa bu sefer, yeni bağlantılı haklar çerçevesinde basın yayını olarak korunur. Çünkü söz konusu metin, editöryal bir çalışma olup muhabirin fikri ürünüdür.

#### **4. Avrupa Birliğindeki Düzenlemenin Etkileri - Fransa Tecrübesi**

AB'deki düzenlemenin etkilerini değerlendirmek için vakit erkendir. Çünkü ye ülkelerin, DSM Yönergesini i hukuklarına aktarmaları için 07.06.2021 tarihine kadar süreleri bulunuyordu. Belirtilen tarih itibarıyla sadece dört ülke bu uyumu geekleştirdi.

Uyumlaştırmayı yapanlardan Fransa, 24.10.2019 tarihinde yeni hakları alalacele yürürlüğe koymuştur. Fransız yasa koyucusu, bedelsiz lisans vermeyi yasaklamadığı gibi toplu hak takibini zorunlu kılan bir düzenlemeye de yer vermedi. Bunun zerine *Google*, bu ülkede telif bedeli ödememek için sadece link vermekle yetindi; basın içeriklerinden kırıntı yapmamaya başladı. Meğerki ilgili basın yayıncısı bedelsiz olarak kullanıma rıza göstersin. Yani *Google*, Almanya'da izlediği taktiği Fransa'da da uyguladı ve büyük gazetelerden bedelsiz kullanım izni aldı<sup>215</sup>. şikâyet zerine Fransız Rekabet Otoritesi, 09.04.2020 tarihli ara kararıyla *Google*'ın uygulamasını rekabet ihlâli saydı ve *Google*'ı müzakere masasına oturmaya mecbur bıraktı<sup>216</sup>. Oysa Alman Rekabet Otoritesi tam tersi yönde karar vermişti<sup>217</sup>. İlave edelim ki Fransız Rekabet Otoritesinin müzakere kısmına ilişkin kararını Paris Temyiz Mahkemesi onamıştır<sup>218</sup>.

<sup>214</sup> ROSATI, *Commentary*, s. 285-286; MOSCON, s. 52.

<sup>215</sup> SCALZINI, *Press Publishers*, s. 113-114.

<sup>216</sup> Bkz. LAZAROVA, s. 237 vd.; COLANGELO, s. 10 vd.; (evrimii) <https://fortune.com/2021/02/22/google-facebook-european-news-publishers-microsoft-copyright-debate-eu-australia/>, E.T. 3.5.2021. Ayrıca bkz. (evrimii) <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/04/14/press-publishers-right-the-french-competition-authority-orders-google-to-negotiate-with-the-publishers/>, E.T. 1.8.2021.

<sup>217</sup> Konuya ilişkin Alman ve Fransız rekabet otoritelerinin kararlarının değerlendirilmesi için bkz. COLANGELO, s. 10 vd.; PASSINKE, s. 34 vd.

<sup>218</sup> Bilgi için bkz. COLANGELO, s. 19.

Bu süreçte *Google*, (Almanya ve İspanya düzenlemelerinin önüne geçebilmek için yaptığına benzer şekilde) Ekim 2020’de globalde basın yayıncılarını *Google News Showcase* üzerinden desteklemek amacıyla 1 milyar avro bütçe ayırdı. Avrupa Basın sektörü bu adımı olumlu bulmakla birlikte yeni/bağlantılı haklarından vazgeçmeyeceklerini bildirdi<sup>219</sup>.

Rekabet otoritesinin anılan kararı üzerine masaya gelen *Google* ile Fransız basın yayıncıları arasında bir çerçeve sözleşme imzalandı<sup>220</sup>. Bu sözleşmenin *Google News Showcase* kapsamında yapıldığı belirtilmekle birlikte detayları ve yine *Showcase* projesiyle Fransa’da mı, yoksa Avrupa veya global düzeyde mi basın yayıncılarının destekleneceği belirsizdir<sup>221</sup>.

#### IV. DEĞERLENDİRME

*Podszun*’un<sup>222</sup> da işaret ettiği gibi fikri mülkiyet koruması, izole edilmiş bir hukuk alanı değildir. Tam aksine bu alandaki düzenlemelerle ekonomi politikaları şekillendirilmektedir. Hukuk şekillendirilirken korumanın amacı dikkate alınır. DSM Yönergesiyle basın yayıncılarına tanınan yeni haklar, basın yayıncılarının organizasyonel ve finansal yatırımının korunması hedeflenmektedir. Yeni haklarla korunan menfaat dikkate alındığında hukuki düzenlemenin, klasik telif kurallarından ayrışması kaçınılmazdır. Başka bir ifadeyle klasik telif hukuku kalıpları kullanılarak yeni hakların biçimlendirilmesi amaca uygun değildir. Nitekim AB’de bu kalıbın dışına çıkılarak düzenleme yapıldı. Bekleneceği üzere düzenleme yoğun eleştiri aldı.

##### 1. Yeni Haklara Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi

AB’de basın yayıncılarına tanınan yeni bağlantılı haklara ilişkin tartışmalara yukarıda (IV, 2) değinildi. Yeni haklara karşı çıkanların temel gerekçelerine ilişkin kişisel değerlendirmelerimiz şöyledir:

*i) Yeni Hakların, Bern Sözleşmesine Aykırı Olduğu*<sup>223</sup>: Tarih boyunca geleneksel olarak telif hukukunda *haberlerin* özel bir yeri olmuştur. Bu bağlamda Bern Anlaşmasında; “*bu Sözleşmede öngörülen koruma, günlük haberler veya salt basın haberi niteliğini taşıyan çeşitli olaylar hakkında uygulanamaz*” hükmüne yer verilmiştir (m. 2/8). Bu hüküm, *eser* korumasına getirilen istisnayı düzenlemektedir. DSM Yönergesi basın yayıncılarına içerik üzerinde bağlantılı haklar tanımakla birlikte Bern hükümleri bağlantılı haklara uygulanmaz. Burada iki koruma birbirine karıştırılmamalıdır. Diğer yandan anılan hükümler, sadece *Bern*

<sup>219</sup> VUCKOVIC, s. 1058.

<sup>220</sup>Bkz. (Çevrimiçi) [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2021-001020-ASW\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2021-001020-ASW_EN.html), E.T. 21.3.2021.

<sup>221</sup> VUCKOVIC, s. 1058.

<sup>222</sup> PODSZUN, s. 261.

<sup>223</sup> Bu endişeyi dile getirenler için bkz. XALABARDER, *News Aggregation* s. 27 vd.; XALABARDER(HOPPNER/KRETSCHMER), *EIPR*, s. 618-619; EPC, s. 11; VAN EECHOUD, s. 29. Ayrıca bkz. ÇONKAR, s. 708.

*Sözleşmesiyle* belirtilen unsurların korunmayacağına işaret edilmekte olup dileyen üyeler koruma getirebilir. Bugün uluslararası hukukta ülkelerin iç hukuklarında yeni bağlantılı hak tanımayı engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>224</sup>. Ancak tanınacak koruma, Bern ekseninde olmayacağı için milli muamele ilkesinin uygulanması gerekmez<sup>225</sup>. Nitekim AB'deki koruma, milli muamele ilkesi terk edilerek sadece AB'de yerleşik basın yayıncılarına hasredilmiştir. Eğer Bern'deki istisna hükmü bu kadar geniş yorumlanırsa sözgelimi, basın içeriklerini koruyan 5187 sayılı Basın Kanunu 24/2 hükmü de sorunlu demektir. Yine bazı ülkelerde *basın içerikleri* haksız rekabet hükümleriyle korunmaktadır<sup>226</sup>. Belirtilen görüşün kabulü halinde, tüm bu düzenlemelerin Bern'e aykırı olduğu sonucuna varılacaktır. Bern'deki düzenlemeyle salt haber ve olayların korunmayacağı hükmüne bağlanmıştır. DSM Yönergesinde de olaylar istisna kapsamına alınmıştır.

Telif hukukundaki kaynak gösterme de dahil olmak üzere, 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplumu Yönergesindeki istisna hükümleri yeni haklara da uygulanacaktır (Yönerge 15/3-d; Dibace 57). Dolayısıyla böyle bir düzenlemenin Bern ve TRIPS gibi uluslararası anlaşmalara aykırı olabileceği endişesi yersizdir. Bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının link vermesi, telif hukukundaki klasik anlayış ekseninde kaynak gösterme değildir. Çünkü bunlar, kendilerine ait bir görüşü desteklemek veya kaynaktaki bilgiyi eleştirmek için başka bir kaynağa başvurmamakta<sup>227</sup>; başkalarına ait içerikleri parça parça almak suretiyle dijital veri tabanı haline dönüştürerek yeniden kullanmakta ve böylece doğrudan veya dolaylı menfaat elde etmektedir. Bu sağlayıcılar karikatür, parodi ve pastij gibi istisnai kullanımlar da yapmamaktadır. Başka bir ifadeyle bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları, bu tip kullanımlarıyla basın yayıncılarının yerine geçmekte, yani onları ikame etmekte, deyim yerindeyse suyun yönünü değiştirmektedir. Bu yön değişikliği sonucunda basın yayıncılarının sahip olduğu içeriklerden elde edilen kazanç, içerik sahiplerinin cebinden bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının cebine akmaktadır. Yönergedeki düzenleme, bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının basın içeriklerini

---

<sup>224</sup> Aynı yönde MOSCON, s. 56.

<sup>225</sup> RICKETSON, Sam/GINSBURY, Jane C., **International Copyright and Neighbouring Rights**, V. 1, 2. Ed., Oxford University Press, 2006, s. 499-500. Krş. ROSATI, IIC, s. 589-592.

<sup>226</sup> SCALZINI, **Press Publishers**, s. 103.

<sup>227</sup> Endişeyi dile getiren yazarlar, Bern 10 mük. hükmünde kaynak göstermenin (sözgelimi Türk hukukundaki gibi) eğitim-öğretim, bilimsel amaçla destekleme ve eleştiri amaçlarıyla kısıtlanmadığına, bilgi verme maksadıyla da alıntı yapmaya izin verildiğine işaret etmektedir. Fakat aynı hükümde, bu husus Birlik ülkelerinin iç hukuklarına bırakılmıştır. Nitekim AB telif hukukunda kaynak gösterme istisnasını tanımak üye ülkeler bakımından ihtiyaridir (Bilgi Toplumu Yönergesi 5/3). Bern Sözleşmesindeki kaynak gösterme istisnası hakkında geniş bilgi için bkz. APLIN, Tanya/BENTLY, Lionel, **Global Mandatory Fair Use - The Nature and Scope of the Right to Quote Copyright Works**, Cambridge University Press, 2020, s. 1 vd.

çevrimiçi kullanımlarından oluşan değerden basın yayıncılarının da pay almasına matuftur.

**ii) Yeni Hakların, Eser Korumasından Daha Geniş ve Güçlü Olduğu<sup>228</sup>:** Bu itiraz da yersizdir. Korunmak istenen menfaat dikkate alınarak hukuk şekillendirileceği için yeni haklara ilişkin düzenleme yerindedir. Şöyle ki veri tabanı yapımcılarına tanınan *sui-generis* haklar ile yapımcı ve radyo-TV yayıncılarına tanınan bağlantılı haklara benzer şekilde yeni bağlantılı haklar bakımından işin doğası, *içerik korumasını* gerekli kılmaktadır.

**iii) Yeni Hakların, Eser Sahiplerinin Haklarına Zarar Vereceği<sup>229</sup>:** Yeni bağlantılı hakların, eser sahiplerinin haklarına zarar vereceği, zira ortada tek bir pastanın bulunduğu ve bu pastanın bölüneceği; basın yayıncılarının lisanslama yapmaları üzerine eser sahiplerinin gelirinde azalma olacağı ileri sürülmüştür. Bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları, *telif temizliği (copyright clearance)* yaparken hem eser sahibi, icracı sanatçı ve yapımcı gibi telif sahiplerinden hem de yeni telif sahibi olan basın yayıncılarından izin alacaktır<sup>230</sup>.

Tarihsel süreçte bağlantılı haklar tanınırken bu endişe hep dile getirilmiştir. Eser sahipleri hem doğrudan basın yayıncısının kullanımından hem de basın yayıncılarının lisans gelirinden bir pay almak suretiyle iki kez ödeme alacaktır. Bu nedenle öğretilerdeki pastanın bölüneceği eleştirisi yersizdir. Basın yayıncıları pastaya dahil olarak eser sahiplerinin payını küçültmeyecek, aksine bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının basın yayınlarını kullanmasından doğan *yeni değerden* pay alacaktır<sup>231</sup>. Kaldı ki basın yayıncılarının güçlendirilmesi, bu sektöre katkı veren eser sahiplerinin iş imkanlarını da artıracaktır<sup>232</sup>.

**iv) Basın Yayınlarının Çeşitli Telif Haklarıyla Zaten Korunduğu:** Bu görüşü savunanlara göre basın yayıncıları şu haklara dayanabilir: a) Yayın içindeki eserlerden doğan haklar, b) Basın yayını, işleme eser niteliğinde veri tabanı olup bu işlemeden doğan haklar, c) *Sui-generis* veri tabanı hakkı. Hatta AB seviyesinde uyumlaştırılmayan, fakat bazı üyelere benimsenen başkaca haklar da vardır. Bu görüşe göre basın yayıncılarının bu kadar çok hakkı varken yeni hakların tanınması gereksiz, hatta sakıncalıdır<sup>233</sup>.

Önerilen koruma modelleri, basın yayıncılarının yüzleştikleri sorunlara deva olmayan altı boş önerilerdir. Şöyle ki bir ihlalden söz edebilmek için eser veya işleme eserden hususiyet taşıyan kısımlar alıntılanmalıdır. *Sui-*

<sup>228</sup> BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 19.

<sup>229</sup> CEIPI, s. 11-12; BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 594; VAN GOMPEL, s. 14; PAPADOPOULOU/MOUSTAKA, s. 126-127; COLANGELO/TORTI, s. 87.

<sup>230</sup> Aynı yönde SCALZINI, *Press Publishers*, s. 111.

<sup>231</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment*, s. 134, 136 dnp 404, 177 ve 200.

<sup>232</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment*, s. 168.

<sup>233</sup> BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 20; COLANGELO/TORTI, s. 86.

*generis* veri tabanlarında ise *esash* yatırımı gerekli kılan *önemli bir kısım* alıntılanmalıdır/kullanılmalıdır. Oysa bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının eylemleri bunların hiçbirisi değildir ve yeni bir düzenlemeyi gerekli kılmaktadır. Sözü edilen hakların derde deva olmadığı yaşanarak öğrenilmiştir. Nitekim AB'deki düzenlemeyi tetikleyen hususlardan birisi, yukarıda açıkladığımız ABAD'ın *Infopaq* ve *Meltwater Kararları*dır.

**v) Sorumluluğun Dijital Platformlara Yüklenebileceği:** Basın yayıncılarının kan kaybının iki nedeni olduğu ileri sürülmektedir<sup>234</sup>: i) Reklam pastasının fizikiden internete kayması, ii) Basın yayıncılarının, içeriklerini internet üzerinden ücretli veya ücretsiz olarak kullandırması. Bu görüşe göre düşüşteki sorumluluk, bilgi toplum hizmet sağlayıcılarında değildir, hatta Almanya ve İspanya tecrübeleri gösteriyor ki bunların faaliyetleri basın yayınlarının kullanımını artırmaktadır. Yeni haklar bu düşüşü nasıl engelleyecektir? Bu nedenle de yeni hakların hedefi dijital platformlar olmamalıdır.

Bu argüman, akla yatkın gelse de sorunlu ve dikkat dağıtıcı niteliktedir. Bu yaklaşım gerçeği yansıtmamaktadır. Türkiye'deki pratikten bir örnek verelim. Toplu hak takibi sisteminin kurulmadığı 1990'lı yıllarda müzik yapımcıları tanıtım amacıyla müzik yayını yapan TV kanallarına kliplerini yayınlamak için ücret ödüyordu. 2000'li yıllara gelince meslek birlikleri üzerinden hak sahipleri, müzik kanallarının da içinde bulunduğu tüm TV kanallarından telif bedeli talep edince, müzik kanalları bu duruma tepki gösterdi. Çünkü klip yayınından gelir elde eden kanallar, bu sefer ödeme talebiyle karşılaştı. Hangisi doğrudur? Telif hukukunda "fikri ürünü kullanan bedelini öder", kuralı geçerlidir. Bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları, geliştirdikleri iş modeliyle basın yayınlarını kullanarak gelir/menfaat elde etmektedir. Oluşan bu yeni değerden basın yayıncıları (ve yayın içinde kullanılan eserlerin sahipleri) pay almalıdır. TV kanalında dönen müzik klibinin sürümünün artmasına benzer şekilde bilgi toplumu hizmet sağlayıcısının, basın yayıncılarının trafiğini artırıp artırmadığından bağımsız olarak bu pay verilmelidir. Çünkü bu pay, kullanımın karşılığıdır.

**vi) İlk Taslaktaki Düzenlemelerin Belirsiz ve Amacının Ötesinde Kapsayıcı Olduğu**<sup>235</sup>: Belirsizlik itirazı yerindedir. Öneriler üzerine İlk Taslakta bazı düzeltmeler yapıldıysa da Yönergedeki düzenlemeler (m. 2 ve 15) halâ sorunlu olup belirsizlikler içermektedir ve bu yönüyle ihtilafa yol açacak niteliktedir<sup>236</sup>. Sözgelimi *bireysel kelimeler ve çok kısa alıntı* istisnasının sınırları belirsizdir. *Basın yayını* kavramının sınırlarını çizmek

<sup>234</sup> BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 19.

<sup>235</sup> BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 21.

<sup>236</sup> Aynı yönde ÖZKAN/POLAT AKGÜN, s. 53; GÖNÜLAL, Ece, "Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Yönergesi ile Beraberinde Getirdiği Tartışmalar", *Galatasaray ÜHFD*, Y. 2019, S.2, s.790.



de kolay değildir. Ancak bu güçlükler biraz da işin doğasından kaynaklanmakta olup zamanla içtihat hukukuyla aşılabilecektir.

**vii) İşlem Maliyeti:** Yeni haklara karşı çıkanlar, işlem maliyeti (*transaction cost*) üzerinde de durmuşlardır<sup>237</sup>. Gerçekten tanınan her bir yeni telif hakkı, yeni bir maliyet demektir. Haberin dijitalleşmesine bağlı olarak basın yayıncılarının varlığının tehdit altında olduğu düşünülürse tanınan yeni hakların, işlem maliyetine katlanmayı gerektirdiği ve söz konusu maliyetin çok önemsiz olduğu anlaşılacaktır.

**viii) Eşit İşlem İlkesinin Sorgulanması:** Yeni hakları savunanlara göre radyo-TV yayıncıları ile yapımcılara tanınan bağlantılı haklar, eşit işlem ilkesi gereği basın yayıncılarına da tanınmalıdır<sup>238</sup>. Yeni haklara karşı çıkanlara göre ise basın yayıncılarının durumu farklı olup bunlar, çalışan-işveren ilişkisi gereği yasayla ya da sözleşmelerle hakları daha başta elde eder<sup>239</sup>. Bu eleştiri de yerinde değildir. Çünkü aynı durum yapımcılar ve radyo-TV kuruluşları için de geçerli olmasına rağmen kendilerine bağlantılı haklar bahşedilmiştir. İlave edelim ki basın yayıncılarının bugün karşılaştığı tehdit, tarihte yapımcıların ve radyo-TV kuruluşlarının karşılaştığı tehditten çok daha yıkıcıdır. Gerçekten dijital tehdit karşısında varlık mücadelesi veren basın yayıncılarının hukuken korunması daha elzemdir.

**ix) Basın, İfade ve Sanat Özgürlüğü:** Yeni haklara karşı çıkanların temel argümanlarından birisi de basın, ifade ve sanat özgürlüğünün zarar göreceğidir<sup>240</sup>. Bu eleştiri de gerçekçi olmayıp manipülatif ve dikkat dağıtıcı niteliktedir. İfade ve sanat özgürlüğü bu kadar geniş yorumlanırsa aynı şeyi eserler için de söyleyebiliriz. Geçtiğimiz günlerde ülkemizin gündemini meşgul eden karikatür krizini ele alalım. İzinsiz şekilde sosyal medyada karikatürleri paylaşanlara karşı hak sahipleri hukuk yollarına başvurdu ve paylaşımları engelledi. Bu engelleme, paylaşımı yapanların ifade ve sanat özgürlüğünü az veya çok kısıtladı. Tekrar pahasına vurgulayalım ki hak ve özgürlüklerde menfaatler dengesi gözetilerek adil, yani hak edene hakları teslim edilecek şekilde hukuk kuralları biçimlendirilmelidir.

Demokratik toplumlarda haber alma özgürlüğü temel ilkelerden birisidir. Bu bağlamda basın içerikleri hem Bern hem de Roma Anlaşmasında telif koruması dışında tutulmuştur. Diğer yandan basın içeriğindeki eser niteliği taşıyan makale ve fotoğraf gibi unsurlar yönünden haber verme amacıyla geniş bir şekilde alıntı serbestisi getirilmiştir (Bern 10 mük.; FSEK 37).

<sup>237</sup> BENTLY VE DİĞERLERİ, s. 20-21.

<sup>238</sup> EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 159, 162.

<sup>239</sup> KRETSCHMER VE DİĞERLERİ, s. 591, 593; DANBURY, s. 45 vd.

<sup>240</sup> PEUKERT, No. 11; VAN EECHOUD, s. 18 vd.; MPI, s. 87; ÖZKAN/POLAT AKGÜN, s. 56 vd.

Yine haber amaçlı alıntı serbestisi bağlantılı haklar için de geçerlidir (Roma 15; FSEK 80/sondan dördüncü fıkra). Bununla birlikte kanaatimizce dijital çağda yeni kullanım biçimlerine karşı basın yayıncılarının yatırımını korumak bir gerekliliktir. Serbest pazarın işleyişine yapılacak müdahalenin gereksiz olduğu, pazarın kendi dengesini bulacağı yönündeki görüşlere katılmıyoruz. Olması gerektiği gibi Yönergede *olaylar (mere facts)* yeni hakların kapsamı dışında tutulmuş, fakat basın yayıncısının *bilgilendirici/informatif ürünleri* koruma altına alınmıştır.

**x) Yeni Hakların, Basın Yayıncılarının Sorunlarını Çözmeyeceği:** Almanya ve İspanya'daki olumsuz tecrübelerden hareketle Yönergeyle tanınan yeni hakların, basın yayıncılarının karşılaştıkları sorunları çözmeyeceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe de katılmıyoruz. Tam aksine Etki Analizi Dokümanında vurgulandığı üzere **Almanya ve İspanya pratiği, konunun AB düzeyinde düzenlenmesini gerekli kılmıştır**<sup>241</sup>. Adaletin sağlanması için *düzenleyici işlevi* bulunan devlet aygıtı tam da bunun için vardır. Yeni haklar tanınmasaydı bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları karşısında basın yayıncılarının pazar dışına itilme tehlikesi vardı. Yasa koyucuların, hukuki düzenlemelerle pazarda ihtiyaç duyulan dengesizliği düzeltmek için müdahalesi yerindedir ve gereklidir. AB düzeyinde DSM Yönergesiyle bu müdahale yapılmış, basın yayıncılarının hakları somutlaştırılarak taraflara hukuk güvenliği sağlanmıştır. Zira konuya ilişkin mahkeme kararlarının çeşitliliği, global ölçekte internet tabanlı iş yapanların hukuki durumunu belirsizleştirmektedir<sup>242</sup>.

Diğer yandan yeni hakların tanınmasıyla birlikte basın yayıncılarının eli daha ilk günden güçlenmiş ve basın yayıncılarını *Google News Showcase* üzerinden desteklemek amacıyla 1 milyar USD bütçe ayırmıştır. Google ve Facebook ABD ve diğer ülkelerde birkaç yıl içinde yaklaşık 1.8 milyar USD bütçe taahhüt etmiştir<sup>243</sup>.

## **2. Avrupa Birliğinde Yeni Hakların Hayata Geçirilmesi**

Yeni haklar, bir Tüzükle değil de Yönergeyle düzenlendiği için üye ülkelerde doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Bu nedenle ulusal yasalarla 27 üye ülkede ayrı ayrı bağlantılı haklar tanınacaktır. Çünkü AB telif hukukunda ülkesellik ilkesi geçerlidir<sup>244</sup>. Nitekim uyumlaştırmayı yapan üye ülkelerde tanınan yeni hakların kapsamı ve sınırları birbirinden farklıdır<sup>245</sup>.

<sup>241</sup> EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 167.

<sup>242</sup> GINSBURG, Jane C., "News Aggregation: Discord Among Common Law Jurisdictions" (12 January 2011) – (Çevrimiçi) <https://www.mediainstitute.org/2011/01/12/news-aggregation-discord-among-common-law-jurisdictions/>, E.T. 1.1.2022, s. 1.

<sup>243</sup> NETANEL, s. 512-513.

<sup>244</sup> Bkz. DREIER, s. 7 vd.

<sup>245</sup> Bilgi için bkz. LAZAROVA, s. 242 vd.

Hakların nasıl hayata geçirileceği ayrı bir sorundur. Üye ülkeler, Yönergedeki yükümlülüklerle uyararak anılan hakları, DSM Yönergesine aykırı olmamak kaydıyla farklı şekillerde düzenleyebilir. Sözgelimi toplu hak takibinin zorunlu veya ihtiyari olması, uyuşmazlıkların hallinde tahkim, eser sahiplerine ödenecek payın miktarı ve takibi ile haklardan vazgeçilebilirlik gibi hususlarda üye ülkelerin esnekliği bulunuyor<sup>246</sup>. Benzer şekilde bir üye ülke, DSM Yönergesine aykırı olmamak kaydıyla basın yayıncılarına Yönergeden daha geniş haklar da tanıyabilir<sup>247</sup>.

Diğer yandan Almanya ve İspanya'daki olumsuz tecrübelerle rağmen, Yönergede toplu hak takibinin nasıl yapılacağı üye ülkelere bırakılarak genişletilmiş zorunlu lisanslama seçeneğine benzer *pan-European* bir sistem öngörülmemesi önemli bir eksiklik<sup>248</sup>. Kanaatimizce bu düzenleme bir yönerge yerine tüzükle yapılmalıydı. Bu tercihin sonuçlarını zaman gösterecektir.

Son olarak belirtelim ki, Fransa ve Avustralya tecrübesi, hukuki yaptırımla karşılaşan bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının masaya gelerek müzakere kanallarını kullanmaya başladıklarını gösteriyor. Hatta bu gelişmeler, dijital platformların global düzeyde adım atmasına yol açmıştır. Bu bağlamda *Google*, *Rupert Murdoch* ve haber şirketiyle global lisans sözleşmesi imzalamıştır. *Microsoft* da ABD, AB ve Avustralya'da müzakerelere başlamıştır. *Facebook* da adımlar atmıştır<sup>249</sup>.

### **3. Türkiye Bakımından Yeni Hakların Değerlendirilmesi**

Henüz *toplulu hak takibi* gibi temel telif problemlerini çözemeyen ülkemizde, konuya ilişkin ne bir mevzuat ne de uygulama vardır. Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde faaliyet gösteren bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları da ağırlıklı olarak ABD kökenli içerik üretenler yerlidir.

Bu konuda izlenecek hukuk politikası belirlenirken Almanya ve İspanya gibi bireysel tecrübelerin yanında, DSM Yönergesini hayata geçiren Fransa ve hatta bölge dışındaki Avustralya gibi ülke tecrübeleri dikkate alınmalıdır. Özellikle İspanya'da basın yayıncılarına tanınan *bağlantılı hakların vazgeçilemez ve devredilemez niteliği* ülkemizde de gözetilmelidir.

Bugün basın yayınlarının hukuken korunmasında temelde iki yaklaşım bulunuyor; *i) Telif koruması, ii) Rekabet koruması*. Basın ve haksız rekabet mevzuatı bunlara ilave edilebilir.

Türkiye pek çok alanda olduğu gibi fikrî mülkiyet düzenlemelerinde de AB müktesebatını takip etmektedir. Bu yüzden AB hukukuyla uyum bağlamında

<sup>246</sup> Ülke yaklaşımlarına ilişkin bilgi için bkz. FURGAL, **Press Publishers**, s. 888 vd.

<sup>247</sup> VUCKOVIC, s. 1053 dñn. 11.

<sup>248</sup> Nitekim Etki Analizinde *pan-European* etkiyle yeni hakların soruna çare olacağına işaret edilmişti. Bkz. EUROPEAN COMMISSION, **Impact Assessment**, s. 167.

<sup>249</sup> Bkz. FURGAL, **Press Publishers**, s. 887-888.

DSM Yönergesindeki düzenlemeler ülkemizde de esas alınmalıdır<sup>250</sup>. Türkiye’de bağlantılı haklar için telif koruması benimsenirse Şu adımlar atılmalıdır:

*İlk adım* yasal düzenlemedir. Böyle bir düzenleme, FSEK’e eklenecek 80/A maddesiyle gerçekleştirilebilir. Yapılacak düzenlemede AB’dekine benzer Şekilde basın yayıncılarına bağlantılı hak statüsü tanınmalıdır. Hakkın niteliği, kapsamı ve sınırları belirlenirken *ince bir hukuk iŐçiliđine* ihtiyaç vardır.

*İkinci adım* ise basın yayıncılarının meslek birliği kurmasıdır. Gücünü yasadan alması gereken meslek birliğinin kurulmasına büyük basın kuruluşları ön ayak olmalıdır. Başka bir ifadeyle bireysel hak takibi, ülkemizdeki basın sektörüne zarar vereceği için sistem toplu hak takibi üzerinden tasarlanmalıdır.

*Üçüncü adımda* meslek birliği ile *Google* ve *Facebook* gibi oligopollerin müzakere süreçleri ve uyuşmazlık halinde bunun hal merci gibi hususlarda ayrı bir hukuki rejim benimsenmelidir. Bu konu FSEK’in konuya ilişkin hükümlerine yapılacak atıflarla geçiŐtirilmemelidir. Çünkü FSEK’in toplu hak takibine ilişkin sistemi islahaya muhtaç olup pratikte çalışmamaktadır.

Son olarak belirtelim ki konuya ilişkin rekabet koruması, telif korumasının alternatifidir. Bu yaklaşımı Avustralya benimsemiştir. 2010 tarihli Avustralya Rekabet ve Tüketici Kanununda Şubat 2021 yılında yapılan değişikliğe göre dijital platformlar ile basın yayıncıları gönüllü olarak müzakere edecek ve bu platformların Avustralyalı basın yayıncılarının içeriklerini kullanmak suretiyle elde ettikleri gelirin paylaşımında uzlaŐma sağlanamadığında Avustralya İletişim ve Medya Otoritesi’nde zorunlu tahkim usulüyle uyuşmazlık çözümlenecektir (Avustralya Rekabet ve Tüketici Kanunu §52ZD vd.). Öğretide özellikle Alman ve İspanya modellerinden hareketle telif korumasının çalışmadığı, Fransız Rekabet Otoritesinin kararı örnek gösterilerek rekabet korumasının daha iŐlevsel olduğu görüşü burada not edilmelidir<sup>251</sup>. Başka bir görüşe göre ise Fransız Rekabet Otoritesinin kararının ne Fransa ne de AB mevzuatında bir dayanağı vardır<sup>252</sup>.

## SONUÇ

Tarihsel süreçte fikri ürünlerin hukuken koruma altına alınması kademeli olarak gerçekteŐmiştir. 2019/790/EU sayılı DSM Yönergesiyle AB’nin basın yayıncılarına tanıdığı bağlantılı hak statüsü, bugün itibarıyla korumanın son halkasını oluşturuyor. Nasıl ki tarihsel süreçte telif korumasının bizatihi kendisi tartiŐmalara yol açtıysa basın yayıncılarına tanınan bağlantılı haklar da yoğun olarak tartiŐılmaktadır.

<sup>250</sup> Aksi yönde ÇONKAR, s. 708-709; ÖZKAN/POLAT AKGÜN, s. 62. Krş. TOPAL, s. 488-491. Amerikalı bir yazar ise AB’deki düzenlemenin ABD için bir model olabileceği üzerinde durmaktadır. Bkz NETANEL, s. 500.

<sup>251</sup> VUCKOVIC, s. 1064.

<sup>252</sup> COLANGELO, s. 37-38.

Basın yayıncıları, bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarını *bedavacılık (free riding)* ve *parazit rekabet (parasitic competition)* yapmakla suçlamaktadır<sup>253</sup>. Buna karşılık bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları/dijital platformlar, yaptıkları işin tüm paydaşlara fayda sağladığını, eylemlerinin *telif korumasının istisnası kapsamına girdiğini* bu nedenle yeni bir koruma getirilmemesi gerektiğini savunmaktadır<sup>254</sup>. Yine bu platformlar, yeni hakların basın özgürlüğü ve demokrasiye zarar verebileceğini öne sürmektedir. Taraflardan birisi *ifade özgürlüğü ve demokrasi*, diğeri de *çoğulcu ve demokratik toplum* gibi *ortak değerler* üzerinden tezlerini savunmaktadır. Hukuk politikası bakımından bu tartışmaların salt hukuki nitelik taşıdığı söylenemez.

Ekonomik açıdan bakılırsa, yasa koyucuların telif yasalarıyla serbest piyasaya müdahale etme nedeni, hakları koruma altına almak suretiyle temelde yaratıcılığı teşvik ederek kültürel çeşitliliğe ve yeni fikri ürünlerin geliştirilmesine zemin hazırlamaktır. Fakat yapılacak her müdahale serbest pazarın işleyişini, yeni iş modellerini, müşteri tercihlerini, fiyatları, rekabeti ve hatta interneti olumsuz yönde etkileyebilir<sup>255</sup>. Somut olay özelinde bu müdahale, toplumun haber alma ve ifade özgürlüğünü ve internetteki iletişimi etkileme potansiyeli vardır. Yine fikri mülkiyet korumasının bir maliyeti vardır. Bu maliyet, fikri ürünün kullanımı karşılığında ödenecek bedelin yanında işlem maliyetini de içerir. Bu nedenle haklı bir neden olmadığı sürece müdahaleden kaçınılmalıdır. Eğer müdahale edilecekse öngörülecek koruma ile arzulanan sonuç arasında fayda-maliyet dengesi gözetilmelidir.

Dijital dünyadaki gelişmeler bir yandan yeni iş fırsatları oluştururken, diğer yandan klasik iş modellerine ket vurmaktadır. İşlerin dijitalleşmesi en fazla müzik, sinema, kitap, gazete ve radyo-TV yayıncılığı gibi telif konulu sektörleri etkilemektedir. Çünkü bilgi teknolojilerindeki gelişmeler interneti bilginin ana dağıtım mecrası hâline getirmiştir. Bu durum hem fırsat hem de tehdit oluşturmaktadır.

Fırsat cephesinde, başkalarının ürettikleri içerikler üzerine inşa edilen sosyal medya, yeni bir iş modeli olarak dikkat çekicidir. Bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları, *başkalarının* içeriklerini kullanarak doğrudan veya dolaylı olarak yüksek miktarda gelir elde etmektedir. Sözü ettiğimiz *başkaları* arasında sosyal medya kullanıcılarının yanında basın yayıncıları da vardır.

---

<sup>253</sup> FURGAL, **Ancillary Right**, s. 701; PIHLAJARINNE/VESALA, s. 220; GERADIN, s. 14.

<sup>254</sup> Google, aleyhine açılan davalarda bu savunmayı yapmaktadır. Örnek olarak bkz. Google v. Copiepresse Presented 11/5/2011, Cause List No: 2007/AR/1730 (Court of Appeal of Brussels, 9th Chamber (Danbury 17'den naklen). Başkaca dava örnekleri için bkz. DANBURY, s. 83. Google'a göre link vermek, aynen bir kitap ya da makaleye atf yapmak gibidir ve bu da geleneksel olarak telif korumasının istisnasına girmektedir. Bkz. GRAY, Joanne Elizabeth., **Google Rules - The History and Future of Copyright under the Influence of Google**, Oxford University Press, USA, 2020, s. 68.

<sup>255</sup> EPC, s. 5.

Tehdit cephesinde ise işlerin dijitalleşmesine bağlı olarak konumuz özelinde basın yayıncıları kan kaybetmeye başlamıştır. Basın yayınları her geçen gün daha çok kullanılmakla birlikte gelirler dramatik bir şekilde düşmektedir. Çünkü dijitalleşmenin sonucunda gazete okuyucusu ve buna bağlı olarak reklam geliri dijitalde kaymıştır. Bu süreçte internetin *kapı bekçisi* durumundaki bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları basın yayınlarını da kullanarak yeni iş modeli geliştirmiş ve bu model, kendileri için oldukça yenilikçi ve kârlıyken basın yayıncıları bakımından yıkıcı sonuçlar doğurmaktadır.

Haberin dijitalleşmesinin etkisiyle gelişen bu doğal sürecin sonuçları basın yayıncıları bakımından sürdürülebilir değildir. Kanaatimizce yasa koyucuların soruna müdahalesi kaçınılmazdır. Öğretide basın yayıncılarının vergilerle kamudan fonlanması dahi savunulmaktadır<sup>256</sup>. Demokrasiye zarar verebilecek bu yaklaşım kanaatimizce isabetli değildir. Bunun yerine telif veya rekabet mevzuatında yapılacak düzenlemelerle basın yayıncıları desteklenmelidir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

**Yazarın Notu:** Yayın öncesinde çalışmayı gözden geçiren Prof. Dr. Mustafa Aksu, Prof. Dr. Ayşe Odman Boztosun, Doç. Dr. Hamdi Pınar, Dr. Ali Hakan Çavuşoğlu hocalarıma ve meslektaşım Av. Bahattin Çarkacı'ya şükranlarımı sunarım.

---

## KAYNAKÇA / REFERENCES

ACCC (AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION), **Digital Platforms Inquiry - Final Report**, Australia, June 2019 - (Çevrimiçi) <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>, E.T. 13.1.2022.

---

<sup>256</sup> Bu tartışmalar için bkz NETANEL, s. 514 vd.

AKSU, Mustafa, “Avrupa Adalet Divanının Bazı Kararları Işığında Link Vermeden Dolayı Sorumluluğun Umuma İletim Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **İKÜHFD**, Y.2019, C.18, S.1, s. 33-62.

APLIN, Tanya/BENTLY, Lionel, **Global Mandatory Fair Use - The Nature and Scope of the Right to Quote Copyright Works**, Cambridge University Press, 2020.

ARMSTRONG, Elizabeth, **Before Copyright: French Book - Privilege System 1498-1526**, Cambridge University Press, 1990.

ATHEY, Susan/MUBIUS, Markus/PAL, Jenö, **The Impact of Aggregators on Internet News Consumption**, National Bureau of Economic Research, Cambridge, USA, 2021, (Çevrimiçi) [https://www.nber.org/system/files/working\\_papers/w28746/w28746.pdf](https://www.nber.org/system/files/working_papers/w28746/w28746.pdf), E.T. 11.9.2021.

AYİTER, Nuşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, 2. Bası, Sevinç Matbaası, İstanbul, 1981.

BARABASH, Igor, “Ancillary Copyright for Publishers: The End of Search Engines and News Aggregators in Germany?”, **EIPR**, Y. 2013, Vol.35, No.5, s. 242-245.

BENTLY Lionel/KRETSCHMER, Martin/DUDENBOSTEL, Tobias/MORENO, Clatrava Maria del Carmen/RADAUER, Alfred, **Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive**, European Parliament, Study for the JURI Committee, Brussels, 10 September 2017, (Çevrimiçi)[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL\\_STU%282017%29596810\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL_STU%282017%29596810_EN.pdf), E.T. 27.3.2021 , s. 31(*Bently ve diğerleri*).

BONADIO, Enrico / LUCCHI, Nicola, **Non-Conventional Copyright**, Edward Elgar, UK, 2018.

CEIPI (by Christophe GEIGER/Oleksandr BULAYENKO/Giancarlo FROSIO), **Opinion of the CEIPI on the European Commission’s Copyright Reform Proposal, with a Focus on the Introduction of Neighbouring Rights for Press Publishers in EU Law**, Strasbourg, 2016 - (Çevrimiçi) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2921334](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2921334), E.T. 17.1.2022.

COLANGELO, Giuseppe, **Enforcing Copyright Through Antitrust? A Transatlantic View of the Strange Case of News Publishers Against Digital Platforms**, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 66, 2020.

COLANGELO, Giuseppe / TORTI, Valerio: “Copyright, Online News Publishing and Aggregators: A Law and Economics Analysis of the EU Reform”, **IJSR**, Y. 2019, Vol. 27, No.1, s. 75-90.

CZARNY-DROZDZEJKO, Elzbieta, “The Subject-Matter of Press Publishers’ Related Rights under Directive 2019/790 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market”, **IIC**, Y.2020, Vol.51, No.5, s. 624-641.

ÇONKAR, M. Halil, “Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar”, **Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk**, Eds. Arslan KAYA/Baki İlkey ENGİN/Ali PASLI/Şehriban İpek AŞIKOĞLU/Elif OĞUZ, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, 2020, s. 682-714.

DANBURY, Richard, **Is an EU Publishers’ Right a Good Idea? Final Report on the AHRC Project: Evaluating Potential Legal Responses to Threats to the Production of News in a Digital Era**, Cambridge: Centre for Intellectual Property and Information Law (June 15, 2016), (Çevrimiçi) [https://www.civil.law.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.civil.law.cam.ac.uk/documents/copyright\\_and\\_news/danbury\\_publishers\\_right\\_report.pdf](https://www.civil.law.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.civil.law.cam.ac.uk/documents/copyright_and_news/danbury_publishers_right_report.pdf), E.T. 21.9.2021.

DREIER, Thomas, “Copyright in the Times of the Internet - Overcoming the Principle of Territoriality within the EU”, **ERA Forum**, Y. 2017, Vol.18, No.1, s. 7-19.

DUSOLLIER, Séverine: “The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, A Few Bad Choices, and An Overall Failed Ambition”, **CMLR**, Y. 2020, Vol. 57, No. 4, s. 979-1030.

EPC (European Policy Center) (by Fabian ZULEEG/Iva TASHEVA), **Discussion Paper - Rewarding Quality Journalism or Distorting the Digital Single Market? The Case for and Against Neighbouring Rights for Press Publishers**, 29.5.2017- (Çevrimiçi) [http://aei.pitt.edu/87760/1/pub\\_7712\\_rewardingqualityjournalismordistortingthedsm.pdf](http://aei.pitt.edu/87760/1/pub_7712_rewardingqualityjournalismordistortingthedsm.pdf), E.T. 31.7.2021.

VAN EECHOUD, Mireille M.M., **A Publisher’s Intellectual Property Right: Implications for Freedom of Expression, Authors and Open Content Policies**, Research Paper for Open Forum Europe, 2017 – (Çevrimiçi) [http://www.openforumeurope.org/wp-content/uploads/2017/01/OFE-Academic-Paper-Implications-of-publishers-right\\_FINAL.pdf](http://www.openforumeurope.org/wp-content/uploads/2017/01/OFE-Academic-Paper-Implications-of-publishers-right_FINAL.pdf), E.T. 31.7.2021.

EUROPEAN COMMISSION, “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market”, Brussels, 14.9.2016 COM(2016) 593 final 2016/0280 (COD) - (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>, E.T. 30.7.2021, (*Explanatory Memorandum*).

EUROPEAN COMMISSION, “Impact Assessment on the Modernization of EU Copyright Rules”, Bruxelles, 14 September 2016 SWD(2016) 301 final, (Çevrimiçi) <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2016/EN/SWD->



2016-301-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF, E.T. 30.7.2021 (*Impact Assessment/Etki Analizi Dokümanı*).

FERRI, Federico, “The Dark Side(s) of the EU Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market”, **China-EU Law Journal**, Y.2021, Vol.7, No.1-4, s. 21-38.

FLEISCHER, Rasmus, “Protecting the Musicians and/or the Record Industry? On the History of ‘Neighbouring Rights’ and the Role of Fascist Italy”, **QMJIP**, Y. 2015, Vol. 5, No. 3, p. 327-343.

FURGAL, Ula, “Ancillary Right for Press Publishers: An Alternative Answer to the Linking Conundrum?”, **JIPLP**, Y. 2018, Vol.13, No.9, s. 700-710 (*Ancillary Right*).

FURGAL, Ula, “The EU Press Publishers’ Right: Where do Member States Stand?”, **JIPLP**, Y. 2021, Vol. 16, No. 8, s. 887-893 (*Press Publisher*).

GERADIN, Damien, **Complements and/or Substitutes? The Competitive Dynamics between News Publishers and Digital Platforms and What It Means for Competition Policy** - TILEC Discussion Paper, February 2019 - (Çevrimiçi) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3338941](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3338941), E.T. 25.12.2021.

GHIDINI, Gustavo/BANTERLE, Francesco, “Copyright, News, and ‘Information Products’ under the New DSM Copyright Directive” - (Çevrimiçi) [https://www.researchgate.net/publication/342707640\\_Copyright\\_news\\_and\\_information\\_products\\_under\\_the\\_new\\_DSM\\_Copyright\\_Directive](https://www.researchgate.net/publication/342707640_Copyright_news_and_information_products_under_the_new_DSM_Copyright_Directive), E.T. 9.4.2021.

GINSBURG, Jane C., “News Aggregation: Discord Among Common Law Jurisdictions” (12 January 2011) – (Çevrimiçi) <https://www.mediainstitute.org/2011/01/12/news-aggregation-discord-among-common-law-jurisdictions/>, E.T. 1.1.2022.

VAN GOMPEL, S.J., “The Proposed Publishers’ Right in Press Publications: An Evidential Mistake”, **Better Regulation for Copyright: Academics Meet Policy Makers**, Ed. J. REDA, Wed 6 Sept 2017 University of Southampton - (Çevrimiçi) <https://juliareda.eu/events/better-regulation-for-copyright/>, E.T. 27.3.2021.

GÖNÜLAL, Ece, “Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Yönergesi ile Beraberinde Getirdiği Tartışmalar”, **GalatasaryÜHFD**, Y. 2019, S.2, s. 783-808.

GRAY, Joanne Elizabeth., **Google Rules - The History and Future of Copyright under the Influence of Google**, Oxford University Press, USA, 2020.

HOPNER, Thomas/KRETSCHMER, Martin/XALABARDER, Raquel, “Create Public Lectures on the Proposed EU Right for Press Publishers”, **EIPR**, Y. 2017, Vol.39, No.10, s. 607-622 (*EIPR*).

HÖPPNER, Thomas, **EU Copyright Reform: The Case for A Related Right for Press Publishers - CREATE Working Paper 2017/08 (April 2017)** - (Çevrimiçi) <https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2017/01/CREATE-Working-Paper-2017-08.pdf?x26300>, E.T. 22.1.2022, (*CREATE*).

HUGENHOLTZ, P. Bernt, “Neighbouring Rights are Obsolete”, *IIC*, Y. 2019, Vol. 50, No.8, s. 1006-1011.

JUTTE, Bernd Justin, “CJEU Permits Sampling of Phonograms under A De Minimis Rule and the Quotation Exception”, *JiPLP*, Y. 2019, Vol.14, No.11, s. 827-829.

KARAPAPA, Stavroula, “The Press Publishers’ Right in the European Union: An Overreaching Proposal and the Future of News Online”, **Non-Conventional Copyright**, Eds. Enrico Bonadio / Nicola Lucchi, Edward Elgar, UK, 2018, s. 316-339.

KIANZAD, Behrang, “De Minimis Exception When Using Applied Art in Marketing Materials”, *GRUR International*, Y. 2020, Vol. 69, No.1, s. 91-105.

KRETSCHMER, Martin/DUSOLLIER, Séverine/GEIGER, Christophe/HUGENHOLTZ, P. Bernt, “The European Commission's Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain: A Response by the European Copyright Society”, *EIPR*, Y. 2016, Vol.38, No.10, s. 591-595 (*Kretschmer ve diğerleri*).

KUCHARCZYK, Jakob, “A ‘Legal’ Snippet in Germany could Mean... Seven Words, Maximum”, 27.10.2015- (Çevrimiçi) <http://www.project-disco.org/european-union/102715-a-legal-snippet-in-germany-could-mean-seven-words-maximum/>, E.T. 1.8.2021.

LAZAROVA, Ana, “Re-Use The News: Between The EU Press Publishers’ Right’s Addressees And The Informatory Exceptions’ Beneficiaries”, *JiPLP*, Y.2021, Vol. 16, No.3, s. 236-246.

MARGONI, Thomas, “The Protection of Sports Events in the EU: Property, Intellectual Property, Unfair Competition and Special Forms of Protection”, *IIC*, Y.2016, Vol.47, s. 386-417.

MAZZIOTTI, Giuseppe, “What is the Future of Creators’ Rights in an Increasingly Platform-Dominated Economy?”, *IIC*, Y.2020, Vol.51, No.9, s. 1027-1032.

MOSCON, Valentina, “Neighbouring Rights: in Search of A Dogmatic Foundation. The Press Publishers’ Case”, **Online Distribution of Content in the EU**, Eds. Taina PIHLAJARINNE / Juha VESALA / Olli HONKKILA, UK, Edward Elgar, 2019, s. 40-61.

MPI, Eds. Reto M. HILTY/Valentina MOSCON, **Modernisation of the EU Copyright Rules - Position Statement of the Max Planck Institute for**

**Innovation and Competition**, Munich, 2017 - (Çevrimiçi)  
[https://pure.mpg.de/rest/items/item\\_2470998\\_12/component/file\\_2479390/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_2470998_12/component/file_2479390/content), E.T. 19.11.2021.

MURRAY, Andrew, **Information Technology Law**, 2. Ed, Oxford University Press, Oxford, 2013.

NETANEL, Neil Weinstock, “Mandating Digital Platform Support for Quality Journalism”, **Harvard Journal of Law & Technology**, Y. 2021, V. 34, No. 2, s.473-545.

OHLY, Ansgar, “The Broad Concept of ‘Communication to the Public’ in Recent CJEU Judgments and the Liability of Intermediaries: Primary, Secondary or Unitary Liability?”, **JIPLP**, Y. 2018, Vol.13, No.8, s. 664-675.

ÖZDEN MERHACI, Selin/ERKAN, Vehbi Umut, “Anglo-Amerikan Hukukundan Kıta Avrupası Hukukuna- Özel Hukukta De Minimis Kuralı”, **İNÜHFD**, Y.2018, C. 9, S. 2, s. 49-70.

ÖZKAN, Zehra/POLAT AKGÜN, Deniz, “Basın Yayıncılarına Bağlantılı Hak Tanınması Sorunsalı”, **Terazi**, Y.2018, C. 13, S. 140, s. 49-63.

QUINTAIS, João Pedro, “The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look”, **EIPR**, Y. 2020, Vol.42, No.1, s. 28-41.

PAPADOPOULOU, Maria-Daphne/MOUSTAKA, Evanthia-Maria, “Copyright and the Press Publishers Right on the Internet: Evolutions and Perspectives”, **EU Internet Law in the Digital Era**, Eds. Tatiana-Eleni SYNODINOU/Philippe JOUGLEUX/Christiana MARKOU/Thalia PRASTİTOU, Springer, Switzerland, 2020, s. 99-136.

PASSINKE, Diana, **An Analysis of Articles 15 and 17 of the EU Directive on Copyright in the Digital Single Market: A Boost for the Creative Industries or the Death of the Internet?**, Stanford-Vienna European Union Law Working Paper, No. 49, Vienna, 2020.

PEUKERT, Alexander, **An EU Related Right for Press Publishers Concerning Digital Uses. A Legal Analysis**, Goethe University Frankfurt am Main, Faculty of Law Research Paper No. 22/2016 – (Çevrimiçi)  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2888040](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2888040), E.T. 7.3.2021.

PIHLAJARINNE, Taina/VESALA, Juha, “Proposed Right of Press Publishers: A Workable Solution?”, **JIPLP**, Y. 2018, V.13, No.3, s. 220-228.

PODSZUN, Rupprecht: “Searching the Future of Newspapers: With a Little Help from Google and IP Law?”, **IIC**, Y. 2013, Vol.44, No.3, s.259-262.

RAMALHO, Ana, “Beyond the Cover Story - An Enquiry into the EU Competence to Introduce a Right for Publishers”, **IIC**, Y. 2017, Vol. 48, No. 1, s. 71-91.

RAUE, Benjamin, “Free Flow of Data? The Friction between the Commission’s European Data Economy Initiative and the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market”, **IIC**, Y. 2018, Vol. 49, No.4, s. 379-383.

REUTERS INSTITUTE (Nic NEWMAN ve diğerleri), **Reuters Institute Digital News Report** 10th Ed., 2021, - (Çevrimiçi)  
<https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/digital-news-report/2021>, E.T. 23.1.2022.

RICCIO, Giovanni Maria, **Position Paper - Ancillary Copyright and Liability of Intermediaries in the EU Directive Proposal on Copyright**, University of Salerno, Italy, March 2018 – (Çevrimiçi)  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3149363](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3149363), E.T. 31.7.2021.

RICKETSON, Sam/GINSBURY, Jane C., **International Copyright and Neighbouring Rights**, V. I, 2. Ed., Oxford University Press, 2006.

ROSATI, Eleonora, **Copyright in the Digital Single Market: Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790**, Oxford University Press, 2021, (*Commentary*).

ROSATI, Eleonora, “Neighbouring Rights for Publishers: Are National and (Possibly) EU Initiatives Lawful?” **IIC**, Y. 2016, Vol. 47, No. 5, p. 569-594 (*IIC*).

ROSATI, Eleonora, “Linking and Copyright: Easier at Last? First National Applications of the CJEU GS Media Judgment”, **EU Internet Law in the Digital Era**, Eds. Tatiana-Eleni SYNODINOU/Philippe JOUGLEUX/Christiana MARKOU/Thalia PRASTITOU, Switzerland, Springer, 2020, s. 61-78. (*Linking*)

ROSATI, Eleonora, “The German ‘Google Tax’ Law: Groovy or Greedy?”, **JIPLP**, Y. 2013, Vol.8, No.7 (*Google Tax*).

SAMUELSON, Pamela, “Questioning a New Intellectual Property Right for Press Publishers”, **Communications of the ACM**, Y. 2019, Vol.62, No.3, s. 20-23.

SCALZINI, Silvia, “The New Related Right for Press Publishers: What Way Forward?”, **The Routledge Handbook of EU Copyright Law**, Ed. Eleonora ROSATI, London, Taylor & Francis Group, 2021, s. 101-119 (*Press Publishers*).

SCALZINI, Silvia, “Is There Free-Riding? A Comparative Analysis of the Problem of Protecting Publishing Materials Online in Europe”, **JIPLP**, Y. 2015, Vol.10, No.6, s. 454-464 (*Free Riding*).

SENFTLEBEN, Martin/KERK, Maximilian/BUITEN, Miriam/HEINE, Klaus, “New Rights or New Business Models? An Inquiry into the Future of Publishing in the Digital Era”, **IIC**, Y. 2017, Vol. 48, No. 5, s. 538-561 (*Senftleben ve diğerleri*).

SOYSAL, Tamer, “Basılı Yayınların Telif Hukuku Kapsamında Bağlantılı Hak Niteliği ve Bu Yayınların Avrupa Birliği’nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Korunması”, **TFM**, Y. 2019, C. 5, S. 2, s. 268 vd. (*Basılı Yayınlar*).

SOYSAL, Tamer, “Avrupa Birliği’nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Müzik Sektöründe ‘Değer Boşluğu’ Kavramı ve Düzenlemenin İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri”, **ABD**, Y. 2019, S. 4, s. 139-206 (*Değer Boşluğu*).

SPINDLER, Gerald, “The Regulation of Big Tech Companies in the Digital Era: The German and EU Viewpoints”, **Periscope**, June 2021 - (Çevrimiçi) <https://periscopekasaustralia.com.au/briefs/the-regulation-of-big-tech-companies-in-the-digital-era-the-german-and-eu-viewpoints/>, E.T. 18.10.2021.

STAMATOUDI, Irini/TORREMANS, Paul, “The Digital Single Market Directive”, **EU Copyright Law**, Eds. Irini STAMATOUDI/Paul TORREMANS, UK, Edward Elgar, 2021.

STOKES, Simon, **Digital Copyright - Law and Practice**, 5th Ed., Hart, Oxford, 2019.

SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/NAL, Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

SULUK, Cahit/ORHAN, Ali, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C. II Fikir ve Sanat Eserleri**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2005.

TALKE, Armin, “The Ancillary Right’ for Press Publishers: The Present German and Spanish Legislation and the EU Proposal” - (Çevrimiçi) <http://library.ifla.org/1849/1/119%20talke%20en.pdf>, E.T. 7.3.2021.

TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

TOPAL, Cansu, “Dijital Medyanın Google ile Savaşı ve Bilgi Toplumu”, **Fikri Mülkiyet Yılığ 2012**, Ed. Tekin MEMİŞ, Ankara, Yetkin, 2013, s. 465-495.

VESTERDORF, Bo, “The Effect of Failure to Notify the Spanish and German Ancillary Copyright Laws”, **EIPR**, Y. 2015, Vol. 37, No. 5, s. 263-266.

VUCKOVIC, Romana Matanovac, “The Effectiveness of the Press Publishers’ Related Right”, **IIC**, Y. 2021, Vol.52, No.8, s. 1050-1068.

XALABARDER, Raquel, **The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law**, 2014 – (Çevrimiçi) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2504596](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2504596), E.T. 31.7.2021 (*News Aggregation*).

XALABARDER, Raquel, **Press Publisher Rights in the New Copyright in the Digital Single Market Draft Directive**, CREATE Working Paper, December 2016/15 - (Çevrimiçi) <https://www.create.ac.uk/publications/press-publisher-rights-in-the-new-copyright-in-the-digital-single-market-draft-directive/>, E.T. 22.1.2022, (*Working Paper*).



# HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME NEDENİYLE BOŞANMA

Oğuzhan ÜNSAL\*

## Öz

Haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanmaya hükmolunabilmesi için eşlerden birinin haysiyetsiz bir yaşam tarzı olarak değerlendirilecek fiilleri devamlılık arz edecek bir şekilde kusuru ile işlemesi ve bunun sonucunda diğer eş için evlilik birliğinin devamının beklenemez olması gerekmektedir. Haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma kararı verilebilmesi için gerekli olan unsurlar, haysiyetsiz olarak nitelendirilecek fiiller icra edilmesi, süreklilik, çekilmezlik ve kusurdur. Bu çerçevede haysiyetsiz yaşam sürme olgusunun gerçekleşmesi için gerekli olan söz konusu unsurlar ve haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanma ile diğer boşanma halleri arasındaki ilişki iki ana başlık altında ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** *Boşanma Sebepleri, Haysiyetsiz Hayat Sürme, Aile Hukuku.*

## DIVORCE DUE TO LIVING DISHONOURABLY

### Abstract

In order for a divorce due to a dishonorable life, one of the spouses must commit acts continuously that will be considered a dishonorable lifestyle with fault and as a result, of the dishonorable lifestyle that adopted spouse, the continuation of the marriage union must not be expected for the other spouse. The necessary elements for a decision to divorce due to adopted dishonorable life are perpetration of dishonorable acts, continuity, unendurableness and fault. In this framework, the factors required for the realization of living a dishonorable life and the relationship between divorce due to leading a dishonorable life and other divorce cases are discussed under two main headings.

**Keywords:** *Reasons for Divorce, Dishonorable Life, Family Law.*

---

\* Ar. Gör.; Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı; ORCID: 0000-0001-8037-0754; oguzhan.unsal@yalova.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 11.01.2022

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 18.01.2022

Bu makaleye atıf için; ÜNSAL, Oğuzhan, “Haysiyetsiz Hayat Sürme Nedeniyle Boşanma”, **İMİHD**, Y. 2022, C. 7, S. 12, s. 229-254.

## I. HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMA İÇİN ARANAN KOŞULLAR

### A. Genel Olarak

İnsanlar, bir arada yaşamanın vazgeçilmez unsurları olan barış ve huzuru tesis edip sürekli kılmak amacıyla bazı hususlar üzerinde uzlaşarak belirli bir değerler bütünü meydana getirmiştir. Çalışmamızın esası da üzerinde uzlaşılan bu değerler bütünüün bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır. Kelime anlamı itibariyle haysiyet, “*itibar, saygınlık, değer*” anlamlarını taşımaktadır<sup>1</sup>. Bir diğer deyişle, insanın sahip olduğu her çeşit değer, itibar ve saygınlık haysiyet olarak kabul edilmektedir. Bu noktada, haysiyet kavramı ile kişilik değerlerinin manevi unsurları içerisinde yer alan kavramlar arasındaki ilişkinin netleştirilmesi önem arz etmektedir. Bir kimsenin kişi olması sebebiyle sahip olduğu, hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan, herkese karşı ileri sürülebilir ve kaynağını Anayasa’dan alan mutlak haklar, kişilik hakkı olarak değerlendirilmektedir<sup>2</sup>. Kişilik hakları genel itibariyle maddi kişisel değerler ile manevi kişisel değerleri ihtiva etmektedir. Maddi kişisel değerler, çoğunlukla temel insan hakları çerçevesinde ele alınan unsurlardan oluşmaktadır<sup>3</sup>. Bu çerçevede, kişinin sağlığı, yaşamı ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakları maddi kişisel değerler olarak nitelendirilmektedir<sup>4</sup>. Kişinin manevi bütünlüğünün parçası olan unsurlar ise manevi değerler olarak kabul edilmektedir. Manevi değerler, kişinin kendi iç dünyasına ilişkin olabileceği gibi toplum içindeki yeri ve statüsüne ilişkin de olabilir<sup>5</sup>. Bu noktada, toplum tarafından kişiye verilen manevi değerlere şeref veya haysiyet denilmektedir<sup>6</sup>. Çalışmamız kapsamında önem arz eden kısım ise manevi değerlerin toplum içindeki yeri ve statüsüne ilişkin olan kısmıdır. Kişi, mensubu olduğu toplum nezdindeki itibarını, kendi belirlemektedir. Bu yönüyle haysiyet kavramının, kişilik değerleri içerisinde kategorize edilen sosyal kişilik değerlerinin bir parçası olduğu ve bir kişiye, toplum tarafından uyulması manen zorunlu olan ahlaki ilkelere<sup>7</sup> sahip olmasından ötürü verilen değeri ifade ettiği

<sup>1</sup> <https://sozluk.gov.tr/>.

<sup>2</sup> ÖZSUNAY, Ergun, **Medeni Hukuka Giriş**, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 254; DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, **Temel Kavramlar ve Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri**, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 162; OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, 23. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 158.

<sup>3</sup> ÖZSUNAY, s. 265; DURAL/SARI, s. 162; OĞUZMAN/BARLAS, s. 158.

<sup>4</sup> ÖZSUNAY, s. 265; DURAL/SARI, s. 162; OĞUZMAN/BARLAS, s. 158.

<sup>5</sup> ÖZSUNAY, s. 266; DURAL/SARI, s. 163; OĞUZMAN/BARLAS, s. 158.

<sup>6</sup> VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, **Aile Hukuku**, 4. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1960; s.120; KILIÇOĞLU, Ahmet, **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 87; ÖZCAN, Atalay, “Özel Yaşamın Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini (I)”, **Yargıtay Dergisi**, Sayı 4, Cilt 5, 1979, s. 881- 882.

<sup>7</sup> Bu noktada bahsi geçen ahlaki ilkelerin, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizen kavramlardan biri olan genel ahlak ile benzerlikler gösterdiğini söylemek mümkündür. Genel ahlâka aykırılık kurallarının tanımının ve sınırlarının tespitini yapmak oldukça zordur. Bu zorluk genel ahlâk kurallarının zamana ve mekâna göre farklılık göstermesi ve muğlak olmasından kaynaklıdır. Hukukî işlemlerin genel ahlâka aykırılığında; kişilerin yaşadıkları toplum içindeki genel kurallar ile ahlak kurallarının temel alındığı, dürüst, akli başında ve ortalama zekaya sahip insanlara ait kamusal



kabul görmektedir<sup>8</sup>. Bu çerçevede, toplum tarafından kabul gören değerlere aykırı davranışlarda bulunan ve bunu açıkça sergileyen kişi, söz konusu değerlerine bizzat zarar vermekte ve toplum nezdindeki itibarını zedelemektedir. TMK m. 163 hükmünde düzenlenmiş olan haysiyetsiz hayat sürme, esasında kişinin manevi bütünlüğünün parçası olan şeref ve haysiyet kavramlarına bizzat kendi fiilleri ve kusuruyla zarar verme halidir. İşte kanun koyucu, toplumsal yaşamın kaçınılmaz bir sonucu olarak ortaya çıkmış söz konusu değerlerin ihlal edilmesi durumunda, böylesi değerleri kusuruyla ihlal etmekten geri durmayan bir kimse ile ortak bir hayatı sürdürmek istemeyen eş için evliliği sona erdirmeye noktasında bir hukuki müessese tesis etme yoluna gitmiş ve haysiyetsiz hayat sürmeyi bir boşanma sebebi olarak TMK m. 163 ile hüküm altına almıştır.

### **B. Haysiyetsiz Hayat Sürdürme Olgusu Gerçekleşmelidir**

Haysiyetsiz kavramı, saygınlığı ve değeri olmayan, onurunu yitirmiş anlamına gelmektedir. Bu çerçevede, haysiyetsiz hayat sürme, toplumun ahlaki değerleri ile şeref ve namusa aykırı bir yaşam biçimi benimsemek ve bunu sürdürmek olarak nitelendirilebilir<sup>9</sup>.

TMK m. 163 hükmüne göre, “*Eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir*”. Görüldüğü üzere kanun koyucu, haysiyetsiz hayat sürmeyi bir boşanma sebebi olarak düzenlemekle birlikte ilgili kavramı tanımlama yoluna gitmemiştir. Bu sebeple, haysiyetsiz hayat sürmenin ne anlama geldiği ve gerçekleşmesi için gerekli olan unsurların neler olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Haysiyetsiz kavramı, saygınlığı ve değeri olmayan, onurunu yitirmiş anlamına gelmektedir. Bu çerçevede, haysiyetsiz hayat sürme, toplumun ahlaki değerleri ile şeref ve namusa aykırı bir

---

vicdani rahatsız etmeyen ahlâk kurallarının esas alınması gerektiği kabul edilir. Bir ahlâk kuralının, genel ahlâk kuralı olup olmadığı belirlenirken o kuralın içinde yer alan hukukî menfaatlerin değerlendirilmesi gerekir. Bkz. Ateş, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 131 vd. Haysiyetsiz yaşam sürmenin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında belirleyici unsurlardan biri olan toplumun değer yargılarının değişiklik gösterebileceği Yargıtay kararlarında da dile getirilmiştir. Bkz. Yargıtay HGK. E. 2/814, K. 791, T. 5.10.1984 (İNAL, Nihat, **Uygulamada Türk Medeni Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 1997, s. 743)

<sup>8</sup> EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 803; AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, **Türk Medeni Hukuku- Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku**, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s. 233; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, **Aile Hukuku**, 20. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s. 253; ÖZTAN, Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 665; GENÇCAN, Ömer Uğur, **Türk Medeni Kanunu Yorumu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 892-893; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, **Aile Hukuku**, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 275; KILIÇOĞLU, s. 124.

<sup>9</sup> Yargıtay 2. HD. E. 8575 K. 9036 T. 05.10.1992 (İNAL, s. 745). Söz konusu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Haysiyetsiz hayatın varlığından söz edilebilmesi için, yaşanan toplumun değer yargılarına ters düşen namus, şeref ve haysiyet gibi kavramlarla bağdaşmayan bir hayat biçimini benimsemek ve devamlılık arz edecek şekilde yaşamış olmak gerekir*”.

yaşam biçimi benimsemek ve bunu sürdürmek olarak nitelendirilmektedir<sup>10</sup>. Bu noktada, kavram içerisinde yer alan “*hayat sürme*” ifadesine de dikkat etmek gerekmektedir<sup>11</sup>. TMK m. 163 hükmünde yer alan söz konusu ifadenin doğal bir sonucu olarak, yalnızca bir sefer gerçekleşen yahut tek sefere mahsus olmakla birlikte bir yaşam biçimi şeklini almayan ahlaka ve adaba aykırı davranışlar bir yaşam biçimine dönüşmediği için haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmaya neden olmaz<sup>12</sup>.

Haysiyetsiz hayat sürme olgusunun gerçekleşmesi için eşin sergilediği fiillere herhangi bir üçüncü kişinin katılımı gerekmemektedir. Buna göre, bir eş tek başına benimsediği uyuşturucu madde bağımlılığı ile de haysiyetsiz hayat sürme olgusunun gerçekleşmesine sebep olabilir. Haysiyetsiz hayat sürme olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etme yönünden üçüncü kişilerle müşterek fiiller işlenmesinin varlığına göre değil, toplumsal norm ve yargılar çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>13</sup>.

Haysiyetsiz hayat sürdürme olgusunun bizzat eş tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Buna göre, eşin yanında çalıştığı kimsenin haysiyetsiz bir hayat sürüyor olması, eşin de haysiyetsiz hayat sürdürdüğünün kabulü için tek başına yeterli değildir. Bu çerçevede Yargıtay, genelev işleten bir kimsenin yanında kalarak o kimsenin çocuğuna bakan kişinin haysiyetsiz hayat sürdürdüğünden bahsedilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir<sup>14</sup>.

Haysiyetsiz yaşam sürme olduğu noktasında üzerinde tartışma olmayan davranışlara örnek olarak, eşlerden birinin başka biri aşıkane ilişki yaşaması<sup>15</sup>, uyuşturucu madde ticareti<sup>16</sup>, hayat kadını olarak çalışma<sup>17</sup>, insan ticareti yapmak<sup>18</sup>, teşhircilik<sup>19</sup> ve ekonomik durumu iyi olduğu halde dilencilik yapmak<sup>20</sup> gibi hususlar sayılabilir.

---

<sup>10</sup> Yargıtay 2. HD. E. 8575 K. 9036 T. 05.10.1992 (İNAL, s. 745). Söz konusu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Haysiyetsiz hayatın varlığından söz edilebilmesi için, yaşanan toplumun değer yargılarına ters düşen namus, şeref ve haysiyet gibi kavramlarla bağdaşmayan bir hayat biçimini benimsemek ve devamlılık arz edecek şekilde yaşamış olmak gerekir*”.

<sup>11</sup> FEYZİOĞLU, **Aile**, s. 275.

<sup>12</sup> KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, **Aile Hukuku**, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1986, s. 156; GENÇCAN, **Yorum**, s. 892.

<sup>13</sup> KILIÇOĞLU, s. 124.

<sup>14</sup> Yargıtay 2. HD T. 20.12.1984, 10341/10524 (İNAL, s. 743.)

<sup>15</sup> TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk **Aile Hukuku**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 214; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 253.

<sup>16</sup> KILIÇOĞLU, s. 124; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 253.

<sup>17</sup> DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, **Aile Hukuku**, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 110.

<sup>18</sup> HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, **AİLE HUKUKU**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 224; KILIÇOĞLU, s. 125; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110.

<sup>19</sup> KILIÇOĞLU, s. 124.

<sup>20</sup> KILIÇOĞLU, s. 124.

Kanun koyucunun, haysiyetsiz yaşamın herhangi bir tanımını yapmaktan kaçınmasının<sup>21</sup> doğal bir sonucu olarak hangi durumların haysiyetsiz yaşam sürme olarak değerlendirileceği noktasında yargı kararları önem arz etmektedir. Bu noktada, haysiyetsiz hayat sürmeyi tanımlamak mümkün olmasa bile hangi durumların haysiyetsiz hayat sürme olarak nitelendirileceğinin çerçevesini çizmek mümkündür. Yargıtay bir kararında, evli olduğu halde sürekli olarak başka bir erkekle birlikte olan, onunla vakit geçiren kadının haysiyetsiz bir yaşam sürdürdüğüne kanaat getirmiştir<sup>22</sup>. Bu noktada, başka biri ile olan vakit geçirme olgusunun yüzyüze de gerçekleşmesi ve bu kimseye önemli bir zaman ayırma düzeyine ulaşması gerektiği açıktır. Bu çerçevede Yargıtay bir kararında, telefonla sürekli bir şekilde başkası ile görüşen eşin fiilinin diğer eş bakımından evlilik birliğinin devamının beklenememesine sebep olmakla birlikte haysiyetsiz yaşam olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>23</sup>. Aynı zamanda zina boyutuna varmamakla birlikte başka bir erkekle buluşarak onunla sokakta öpüşen eşin de söz konusu fiili haysiyetsiz yaşam sürme olarak nitelendirilmektedir<sup>24</sup>.

Bir yaşam biçiminin, hukuka aykırı olduğu durumlarda, haysiyetsiz hayat sürme şeklinde değerlendirilmesi noktasında herhangi bir sorun yoktur. Bu çerçevede, uyuşturucu madde satımı ya da insan ticareti gibi fiillerin süreklilik arz edecek şekilde gerçekleştirildiği durumlarda haysiyetsiz hayat sürme meydana gelir. Ancak kanunen düzenlenmiş ve icrasına belirli şartlar dahilinde izin verilmiş bir

---

<sup>21</sup> Bu noktada, akıl hastalığı, terk, zina gibi özel nitelikli boşanma sebeplerinde boşanmaya sebep olabilecek fiillerin çerçevesi çizildiği halde haysiyetsiz hayat sürme bakımından benzer bir yaklaşım benimsenmemesinin yanlış olduğuna ilişkin eleştiri için bkz. **Erdem**, Mehmet, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 110.

<sup>22</sup> Söz konusu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Davanın konusu haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanma isteğinden ibarettir. Haysiyetsiz hayat sürme nisbi boşanma sebeplerinden biri olup toplumun değer yargılarına göre değişen bir nitelik taşır. Olayda toplanan delillerin birlikte değerlendirilmesinden evli olan davalı kadının başka bir erkekle sürekli ilişki kurduğu ve bundan dolayı davacı koca için birlikte yaşamamanın çekilmez hal aldığı anlaşılmaktadır*”. Yargıtay HGK, E. 1982/2-814, K. 1984/791 T. 05.10.1984 (Legalbank) (E.T.: 14.11.2021)

<sup>23</sup> Yargıtay 2. HD. E. 2011/1829 K. 2011/23825 T. 28.12.2011. (Legalbank) (E.T.: 14.11.2021) Söz konusu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Davacı-davalı kocanın boşanma davası münhasıran ‘haysiyetsiz hayat sürme’ sebebine (TMK md. 163) dayanmaktadır. Haysiyetsiz hayatın varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için, başkalarıyla ilişkisinin bir yaşam tarzı olarak benimsenmiş ve bu şekilde yaşamamanın devamlılık göstermesi gerekir. Davalı-davacı kadının bir başka erkekle cep telefonu ile konuştuğu ve mesajlaştığı toplanan delillerle ve dinlenen tanık beyanlarıyla anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu eylem koca bakımından, eşiyile birlikte yaşamayı çekilmez hale getirirse de haysiyetsiz yaşam olarak kabul edilemez*”.

<sup>24</sup> Bu doğrultuda bir karar için bkz. Yargıtay 2. HD. E. 1995/772 K. 1995/1889 T. 16.02.1995. Söz konusu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Davalının dört yıldır C. isimli bir şahısla ilişki içinde bulunduğu onunla seviştiği, kocası evden ayrıldığında onunla buluşup sokaklarda öpüştüğü görgüye dayalı tanık beyanları ile belirlenmiştir. Haysiyetsizlik nedeniyle boşanma davasında kusurlu tarafın birden çok kişi ile onur kırıcı temaslarda bulunması şart değildir. Davalının boşanmaya neden olan eylemlerinin onur kırıcı, görevler üzerinde etki yapacak herkesce kabul edilemeyecek nitelikte olmasıdır. Davacı, yönünden müşterek hayatı sürdürmesi kendisinden beklenmeyecek hal almıştır. Bu nedenle davanın kabulü gerekirken reddi ve yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir*”. Söz konusu kararda özellikle haysiyetsiz yaşam sürme çerçevesinde değerlendirilecek bir fiilin farklı kimselerle işlenmesinin gerekmediği de özel olarak belirtilmiştir.

faaliyetin süreklilik arz edecek şekilde icra edildiği, yaşam biçimi olacak şekilde benimsendiği durumlarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği noktasında tartışmalar doğabilmektedir. Bu tartışmalara en önemli örneklerden biri de randevu evi işletmenin haysiyetsiz hayat sürmeye sebebiyet verip vermeyeceği hususudur. Randevu evi işletmeciliği, kanuna tabi bir şekilde vergi levhasına kaydolmak suretiyle icra edilmektedir<sup>25</sup>. Bir diğer deyişle, randevu evi işletmeciliği, kanun koyucu tarafından bir meslek olarak kabul edilmiş ve icrasına izin verilmiştir. Bu noktada bir görüşe göre, mesleğe kanunen cevaz verilmiş olsa dahi, özü itibariyle insan onuru ile bağdaşmayan böylesi bir faaliyetin icra edilmesi, haysiyetsiz yaşam sürme olarak kabul edilmelidir<sup>26</sup>. Diğer görüşe göre ise bizzat kanun koyucu tarafından izin verilmiş bir mesleğin haysiyetsiz yaşam sürmeye temel teşkil etmesi kanun koyucunun temel amacı ile bağdaşmamaktadır<sup>27</sup>. Kanaatimizce, kamu sağlığını korumak amacıyla belirli bir çerçeve içerisinde bir faaliyetin düzenlenmiş olması, söz konusu faaliyeti ahlaka ve insani değerlere uygun hale getirmediği gibi toplumun değer yargılarını da değiştirmemektedir. Dolayısıyla, randevu evi işletilmesini haysiyetsiz bir yaşam sürme olarak değerlendirmek yerinde olur.

Genel itibariyle haysiyetsiz hayat sürme olarak kabul edilen hallerden biri de eşin kumarı bir yaşam biçimi haline getirdiği durumlardır<sup>28</sup>. Kanaatimizce bu husus üzerinde durulması gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada, kumar sözleşmelerinin ahlaka aykırılığına ilişkin yapılmış olan değerlendirmelerden hareketle bir yorum yapılması ise isabetli olur. Öğretide, kumarın ahlaka aykırı bir faaliyet olarak kabul edilmesi gerektiği öne sürülmektedir<sup>29</sup>. Bu görüşe göre kumar, ahlaki yönden toplumun sağlıklı bir şekilde işleyebilmesine ciddi bir risk teşkil etmekte ve böylesine tehlikeli bir olgunun kabul görmesini engellemek amacıyla, söz konusu ilişkinin ahlaka aykırı olduğunun kabulü gerekmektedir<sup>30</sup>. Buna karşın diğer bir görüşe göre, kanun koyucu kumardan doğan alacağı eksik borç olarak nitelendirmektedir ve böylesi bir nitelendirmenin sebebi söz konusu ilişkinin ahlaka aykırı olması değil, iktisaden manasız, faydasız olması ve iktisadi temelden yoksun bir şekilde servet değişimine sebep olmasıdır<sup>31</sup>. Kumar ve bahis, bireyler bakımından bir ihtiyaç

<sup>25</sup> ERDEM, s. 110; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 254.

<sup>26</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110.

<sup>27</sup> GENÇCAN, Ömer Uğur, **Boşanma Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 227-228.

<sup>28</sup> İNAL, s. 733, TEKİNAY, s. 214; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 253; GENÇCAN, **Boşanma**, s. 227.

<sup>29</sup> HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 23; TÜZÜNER, Özlem, "Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 107, 2017, s. 267-268.

<sup>30</sup> HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 23; TÜZÜNER, s. 268.

<sup>31</sup> FEYZİOĞLU, Necmettin Feyzi, **Cezai ve Hukuki Cepheleriyle Kumar ve Bahis**, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağandan Ayrı Baskı, Ankara, 1958, s. 130-131. TCK mi 228 hükmünde, kumara ilişkin cezai bir müeyyide düzenlenmiş olmasına karşın söz konusu düzenlemenin yalnızca kumar oynanmasına yer ve imkan sağlayan kimseleri kapsadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Ayrıca, bir dönem için kanun koyucunun kumar oynanmasına imkan sağladığını da belirtmek gerekir. Bu çerçevede, Turizmi Teşvik Kanunu'na (RG. 16.3.1982, 17635; 2634 sayılı

olup çeşitli şekil ve usullerde toplumun her kesiminden insanlarca eğlenceli bir faaliyet olarak kabul görmektedir<sup>32</sup>. Bu sebeple kumar oynanması, başlı başına toplum tarafından benimsenmiş olan değerlere aykırılık teşkil etmemekte olup, eşlerden birinin kumarı bir yaşam biçimi haline getirmesi haysiyetsiz hayat sürme olarak nitelendirilemez. Bu noktada, eşin, kumarı yaşamının önemli bir parçası yapması aile hukukundan doğan yükümlülükleri yerine getirmesine engel teşkil etmekteyse evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle TMK m. 166 hükmü çerçevesinde boşanmaya hükmedilebilmesi mümkündür.

Bir eşin alkol bağımlısı olması da haysiyetsiz hayat sürme olarak nitelendirilmektedir<sup>33</sup>. Fakat, eşlerden birinin sürekli şekilde alkol tükettiği durumlarda, haysiyetsiz hayat sürme noktasında dikkatle değerlendirme yapmak gerekmektedir. Bu noktada, bir eşin alkolü hayatının parçası haline getirmiş olması, haysiyetsiz bir yaşam benimsendiği sonucuna varılabilmesi için tek başına yeterli değildir. Alkol kullanımının geçmişten günümüze toplumsal olarak kabul gören bir davranış olduğu göz önünde bulundurulursa<sup>34</sup>, yalnızca alkol tüketilmesinin toplumsal değerlere aykırılık teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir<sup>35</sup>. Ancak alkol bağımlısı olan eş, alkol tüketmesinin ardından toplum tarafından belirlenmiş prensiplere aykırı davranmaktaysa haysiyetsiz yaşam sürme olgusunun meydana geldiği kabul edilebilir. Fakat bu durumda dahi haysiyetsiz yaşamın meydana gelmesi alkol neticesinde işlenen fiillerden kaynaklanacaktır. Bu noktada, eşlerden birinin sürekli bir şekilde alkol tüketmesine rağmen haysiyetsiz hayat sürmeye ilişkin boşanma koşulları sağlanamazsa evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma mümkündür.

### **C. Haysiyetsiz Hayat Süreklilik Arz Etmelidir**

Eşlerden biri tarafından icra edilen fiillerin toplumsal yargı ve değerlere aykırı olmasına rağmen, TMK. m. 163 hükmüne göre haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanmaya sebep olabilmesi için süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Bu nedenle toplumsal değerlere tamamen aykırı olsa dahi tek sefere mahsus, uyuşturucu

---

Kanun) dayanılarak düzenlenen Talih Oyunları Yönetmeliği (RG. 18.1.1983, S. 17992) ile kumarhane açılmasına imkan tanınmıştır. Ancak bir süre sonra, kumar borcundan kaynaklı cinayet ve kara para aklamaya ilişkin iddialar sebebiyle söz konusu düzenlemeden vazgeçilmiş ve 1996 yılında Bakanlar Kurulu kararı ile tüm kumarhaneler kapatılmıştır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ([https://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCrkiye%27de\\_kumar](https://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCrkiye%27de_kumar)) (E.T.: 25.11.2021).

<sup>32</sup> FEYZİOĞLU, **Kumar ve Bahis**, s. 134.

<sup>33</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 253; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110; GENÇCAN, **Boşanma**, s. 227; TEKİNAY, s. 214.

<sup>34</sup> Bu çerçevede alkolün, geçmişte toplumsal hayatta sahip olduğu konuma ve kabule ilişkin detaylı bilgi için bkz. ERDİNÇLİ, İhsan, **Tanzimat'tan I. Dünya Savaşı'na kadar Osmanlı'da Birahaneler ve Birahaneçilik**, Isparta, 2012, s. 42 vd.

<sup>35</sup> Alkol tüketiminin pek çok kültürde ahlaki bir nitelik arz ettiğine ilişkin değerlendirme için bkz. YILMAZ, Neslihan, **Alkol ve Madde Bağımlılığı: Bireysel ve Toplumsal Sonuçları**, Ankara, 2015, s. 47.

madde kullanımı, cinsel ilişki gibi olgular haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirilmemektedir<sup>36</sup>.

#### D. Kusur Bulunmalıdır

Haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanmanın gerçekleşebilmesi için bulunması gerekli bir diğer unsur da kusurdur. Buna göre, haysiyetsiz bir durumu yaşam biçimi olarak benimsemiş olan eşin bunu kusuruyla gerçekleştirmesi gerekir<sup>37</sup>. Kusurun olmadığı durumlarda, haysiyetsiz hayat sürme olgusu gerçekleşse dahi TMK m. 163 çerçevesinde bir boşanma sebebi meydana gelmez. Bu çerçevede, akıl hastası olan bir eşin bu durumunun suiistimal edilmesi suretiyle kendisinden cinsel olarak istifade edildiği durumlarda yahut uyuşturucu bağımlısı yapıldığı hallerde, kusur söz konusu olmadığı için haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanmak mümkün olmaz<sup>38</sup>. Haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmanın gerçekleşebilmesi için kusurun kast derecesinde olması gerekmektedir<sup>39</sup>.

#### E. Ortak Hayat Sürdürülemez Hale Gelmiş Olmalıdır

##### 1. Genel Olarak

Özel bir boşanma sebebi olmakla birlikte haysiyetsiz hayat sürme nisbi bir boşanma sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çıkarım, TMK m. 163 hükmünün doğal bir sonucudur. Söz konusu hükümde haysiyetsiz hayat sürme neticesinde boşanmanın gerçekleşebilmesi için açıkça “...onunla birlikte yaşamayı diğer eşten beklenemezse...” ifadesine yer verilmiştir. Bu sebeple, diğer eş için evlilik birliğine devam etmesi beklenebilir bir durum ise haysiyetsiz hayat sürme gerçekleşmiş olsa dahi boşanma sebebi olarak haysiyetsiz hayat sürmeye dayanılmaz<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> FEYZİOĞLU, Aile, s. 275; KARABULUT, s. 38; KILIÇOĞLU, s. 124; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 253; TEKİNAY, s. 314; DURAL/ÖĞÜZ, s. 110; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 156; TUTUMLU, s. 905; GENÇCAN, Yorum, s. 893; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110.

<sup>37</sup> TUTUMLU, Mehmet Akif, **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku**, Cilt II, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 905.

<sup>38</sup> Bu çerçevede eşin, iradi bir şekilde söz konusu fiilleri gerçekleştirmesi haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanma kararı verilebilmesi için şarttır. Bkz. 2. HD T. 08.02.2001. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Medeni Yasanın 131. ve 134/1. Maddelerine dayalı boşanmaya hükmolunabilmesi için davalının eylemlerinin iradi olması gerekir. Davalının kronik şizofren olduğu belirlenmiş ancak bu hususunun iradi hareket kabiliyetine etkileri tespit edilmemiştir...*” (ÖZUGUR, Ali İhsan, **Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler- Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 47).

<sup>39</sup> ÖZTÜRK, Ali, **Aile Hukukunda Ayrılık**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 93.

<sup>40</sup> TUTUMLU, s. 905; FEYZİOĞLU, Aile, s. 276; HATEMİ/SEROZAN, s. 224; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 253; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110. Yargıtay da verdiği kararlarda bu şartın gerçekleşmesi gerektiğini açıkça belirtmektedir. Bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2300 K. 3448 T. 13.03.2003. Söz konusu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Türk Medeni Kanununun 163. Maddesi gereğince ister küçük düşürücü suç işlenmiş olsun, ister haysiyetsiz hayat sürülmüş olsun boşanmaya hükmolunabilmesi için bu durumların diğer eş için birlikte yaşamayı çekilmez hale getirmesi zorunluluk arz etmekte olup bu hususun ispatı gereklidir*”.

Nisbilik prensibinin bir sonucu olarak haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle açılmış bir boşanma davasını çözüme kavuşturmak durumunda olan hakim, haysiyetsiz hayat sürme olgusunun gerçekleşmesinin yanında, söz konusu olgunun ortak hayatı diğer eş için çekilmez hale getirdiğini, TMK m. 4 hükmünde öngörölmüş takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirmek durumundadır. Söz konusu değerlendirme yapılırken de davanın taraflarının soysal statüleri, şahsi durumları ile yaşadıkları çevre, eylemlerin niteliği ile icra edildiği yer ve zaman gibi hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir<sup>41</sup>. Ayrıca, davacı eşin haysiyetsiz hayat sürmesi, evlenmeden önce haysiyetsiz hayat sürdürüldüğünün bilinmesi, uzun bir sürenin geçmesinin ardından dava açılması ve af yahut rızanın mevcut olduğu haller de çekilmezlik unsurunun gerçekleşmesi noktasında önem arz eden hususlardır. Bu sebeple söz konusu hususlar aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

## **2. Davacı Eşin de Haysiyetsiz Bir Yaşam Sürdürmesi**

Dava açan eşin kendisinin de davalı olan eş gibi haysiyetsiz bir yaşam benimsemiş olduğu durumlarda ortak hayatın sürdürülebilir olup olmadığını farklı bir şekilde değerlendirmek gerekmektedir. Buna göre, eşlerin insan onuru ve değerleri ile bağdaşmayan bir faaliyeti birlikte ya da ayrı yürütmeleri durumunda, haysiyetsiz hayat sürme gerekçesine dayanarak boşanma talep edilmesi hem dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder hem de davacı eş tarafından da bizzat yürütölen benzer bir faaliyetin ortak yaşamı çekilmez kılmış olduğu öne sürölemez<sup>42</sup>.

## **3. Evlenmeden Önce Haysiyetsiz Yaşam Sürdürüldüğünün Bilinmesi**

Eşin, evlendiği kişinin haysiyetsiz bir yaşam benimsemiş olduğunu evlenmeden önce bildiği hallerde, haysiyetsiz yaşam sürme olgusu halen devam ediyorken açacağı bir boşanma davasının samimi olup olmadığı hususunda da görüş birliği bulunmamaktadır. Bu noktada bir görüşe göre, haysiyetsiz yaşam sürme olgusundan evlenmeden önce haberdar olan eşin, bu olguya dayanarak açacağı bir boşanma davasında evlilik birliğinin kendisi için çekilmez hale geldiği iddiasını kabul etmek mümkün olmadığı için boşanma hükmü tesis edilmemesi gerekir<sup>43</sup>. Buna karşın diğer bir görüşe göre yse bir eşin haysiyetsiz yaşam olgusunu evlenmeden önce biliyor olması, söz konusu olguya dayanarak boşanma talep edilmesine bir engel teşkil etmemektedir<sup>44</sup>. Kanaatimizce de bu görüşe üstünlük tanınması yerinde olur. Zira evlenmeden önce haysiyetsiz yaşam olgusu biliniyor olsa bile farklı sebeplerle evlilik birliğinin devamının diğer eş bakımından mümkün olmadığı haller söz konusu olabilir. İlk olarak, evliliğin başında diğer eşin değer yargıları ile çelişmeyen bir yaşam tarzının daha sonra söz konusu eşin

<sup>41</sup> KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 164; HATEMİ/SEROZAN, s. 225; TEKİNAY, s. 314; KILIÇOĞLU, s. 124; FEYZİOĞLU, Aile, s. 234; VELİDEDEOĞLU, s. 175; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110.

<sup>42</sup> GENÇCAN, *Boşanma* s. 320; GENÇCAN, *Yorum*, s. 893; FEYZİOĞLU, *Aile*, s. 276; ÖZTAN, s. 664; TANDOĞAN, s. 81; VELİDEDEOĞLU, s. 176; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110.

<sup>43</sup> ERSÖZ, Oğuz, *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma*, On iki Levha, İstanbul, 2018, s. 127; TUTUMLU, s. 188.

<sup>44</sup> ÖZTAN, s. 665; FEYZİOĞLU, *Aile*, s. 276.

dünya görüşünün değişmesi sebebiyle katlanılamaz hale gelmesi mümkündür. İkinci olaraksa diğer eşin haysiyetsiz yaşam biçiminin evlendikten sonra düzeleceği umudu ile gerçekleştirilen bir evlilikte, bu umut sona ermişse yine evlilik birliğinin devamını beklemek, umudu kaybolan eş bakımından mümkün değildir. Dolayısıyla, evlenmeden önce haysiyetsiz yaşam sürme olgusu biliniyor olsa bile evlilik birliğinin devamının diğer eş için beklenememesine ilişkin şartın daha sonra gerçekleşmesi mümkündür.

Yukarıdaki açıklamalara karşın, haysiyetsiz yaşam sürme olgusunun evlenmeden önce bilindiği fakat evlilik birliğinin kurulmasından önce sona erdiği hallerde ise haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi olanaksızdır<sup>45</sup>.

#### **4. Uzun Süre Geçtikten Sonra Dava Açılması**

TMK m. 163 hükmünde dava açma süresine ilişkin herhangi bir azami hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla davanın, kural olarak süreye bağlı olmadan açılabilmesi mümkündür<sup>46</sup>.

Eşin, haysiyetsiz hayat sürme olgusunun başlamasından çok sonra bir dava açtığı durumlarda ise farklı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. İlk olarak, haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanma davasının, haysiyetsiz yaşamın ortaya çıkmasından çok sonra ancak hala devam ettiği bir durumda açılması halinde, dürüstlük kuralına aykırılık yönünde peşin hükümlü olmamak gerekmektedir. Zira bir eş sevgisi ya da ileride bu tür davranışların son bulacağı saiki ile evlilik birliğini sürdürmüş ve mevcut duruma bir şekilde katlanmış olmakla birlikte bir noktadan sonra haysiyetsiz yaşam sürme olgusunun varlığı sebebiyle evliliği sona erdirmeye karar vermiş olabilir. Böyle durumlarda, evlilik birliğine devam etmenin diğer eşten beklenememesi şartının gerçekleşme anını, eşin boşanmaya karar verdiği an olarak kabul etmek ve davanın diğer olgularını incelemek adil bir çözüm olur<sup>47</sup>. Zira aksi bir yorumun kabulü, evlilik birliğini belirli bir süre de olsa devam ettirme yönünde irade göstermiş eşi cezalandırma anlamına gelir<sup>48</sup>.

Bu noktada incelenmesi gereken bir diğer durum da haysiyetsiz hayat sürme olgusunun başlayıp bitmesinin ardından uzun bir zaman geçtikten sonra boşanma davası açıldığı durumlardır. Kanaatimizce burada hali hazırda devam eden bir haysiyetsiz yaşam söz konusu olmadığı ve haysiyetsiz yaşamın son bulmasının

---

<sup>45</sup> FEYZİOĞLU, *Aile*, s. 276; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110. Böyle hallerde aldatma sebebiyle evliliğin iptali yahut genel boşanma sebepleri fonksiyon gösterebilir.

<sup>46</sup> ZEYİN/ERGÜN, s. 202; TUTUMLU, s. 905; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 255; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110.

<sup>47</sup> Bu noktada Tutumlu'nun da belirttiği gibi çekilmezlik şartının gerçekleştiği süreci zaman bakımından sınırlamak normun niteliğine uygun düşmemektedir. Bkz. TUTUMLU, s. 906.

<sup>48</sup> Yargıtay da bir kararında, haysiyetsiz yaşam sürdürülmesi sebebine dayanılarak açılacak boşanma davaları bakımından azami bir süre öngörülmediğini, haysiyetsiz hayat benimsenmesinin üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin, haysiyetsiz yaşam sürdürme devam etmekteyse istenilen bir zamanda dava açılabileceğine hükmetmiştir. Yargıtay 2. HD. T. 24.12.1985, 10712/11125 (İNAL, s. 743)



üzerinden uzun bir zaman geçtiği göz önünde bulundurularak haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanmanın mümkün olmadığını söylemek gerekir<sup>49</sup>.

### **5. Eşin Affetmesi veya Haysiyetsiz Yaşama Rıza Göstermesi**

TMK m. 161 ve 162 hükümlerinde af müessesine ilişkin açıkça özel sonuçlar öngörülmeyle birlikte TMK m. 163 hükmünde yer alan haysiyetsiz hayat sürmeye ilişkin kanun koyucu bir af düzenlemesi öngörmemiştir. Ancak buna rağmen öğretide, affin, haysiyetsiz hayat sürme bakımından boşanma hakkını bertaraf eden bir etkisi olduğu kabul edilmektedir<sup>50</sup>. Zira, haysiyetsiz hayat süren eş affeden eşin, evlilik birliğini sürdürülemez bulduğunu söylemek mümkün değildir. Bu çerçevede, süreklilik arz eden bir şekilde zina fiillerinin işlenmesine rağmen aldatılan eş affetmiş ve zinaya dönük fiiller de sona ermişse artık haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanma mümkün değildir<sup>51</sup>. Ancak haysiyetsiz hayat sürme olgusunun süreklilik arz ettiği gerçeği karşısında dikkatli değerlendirme yapmak gerekmektedir. Zira haysiyetsiz hayat sürdüren eşin bu tür fiillerini sona erdireceği umuduyla ya da bu duruma katlanabileceği beklentisi ile af beyanında bulunulmasının ardından, devam etmekte olan haysiyetsiz yaşam olgusu karşısında evlilik birliğinin devamının beklenememesi herhangi bir zamanda gerçekleşebilir. Dolayısıyla, daha önce gerçekleşen fiiller için bir af söz konusu olsa bile affin gerçekleşmesinin ardından devamlılık arz eden fiiller bakımından benzer bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Kısacası af, haysiyetsiz yaşam sürme sebebiyle boşanmalar bakımından sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre, haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma davasının, haysiyetsiz yaşamın sona ermesinin ardından kısa bir süre içerisinde de açılacağı gerçeğinden hareket edilecek olursa<sup>52</sup>, af ancak bu kısa süre içerisindeki dava hakkını sona erdiren bir sebep olarak fonksiyon gösterebilir.

Haysiyetsiz yaşam benimsenmeden önce ya da halihazırda sürdürülmekteyken, haysiyetsiz yaşam sürdürme olarak nitelendirilen fiillere rıza gösterilmesi de mümkündür. Böyle hallerde nasıl bir yol izleneceğine ilişkin kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada, eş göstermiş olduğu rıza, çekilmezlik unsurunun yerine gelmesini engelleyen bir unsur olarak fonksiyon göstermektedir<sup>53</sup>. Bunun yanında, eş yalnızca rıza göstermekle kalmamış aynı zamanda haysiyetsiz yaşam sürme olarak değerlendirilen fiillerin işlenmesinde yardımcı olmuşsa yine çekilmezlik unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle TMK m. 163 çerçevesinde boşanmaya hükmolunabilmesi mümkün değildir.

<sup>49</sup> ÖZTAN, s. 666; FEYZİOĞLU, *Aile*, s. 276; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 254; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 156; VELİDEDEOĞLU, s. 206; OĞUZMAN/DURAL, s. 119; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110.

<sup>50</sup> ÖZTAN, 666; TEKİNAY, s. 314; FEYZİOĞLU, *Aile*, s. 276

<sup>51</sup> Yargıtay 2. HD E. 1249 K. 5437 T. 22.06.1990. (İNAL, s. 744)

<sup>52</sup> TEKİNAY, s. 314.

<sup>53</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 254; OĞUZMAN/DURAL, s. 119.

## II. HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMANIN DİĞER BOŞANMA SEBEPLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

### A. Zina Sebebiyle Boşanma

Zina, kusura dayalı, özel ve mutlak bir boşanma sebebidir. Zina sebebiyle boşanma davası açılabilmesi kanun koyucu tarafından hak düşürücü sürelerle tabi kılınmıştır. Buna göre, zina sebebiyle boşanma davası açmak isteyen eşin, zina olgusunu öğrendiği tarihten itibaren 6 ay ve her halükarda zina olgusunun gerçekleşme tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde bu boşanma talebine dayanması gerekmektedir<sup>54</sup>. Buna karşın haysiyetsiz hayat sürme özel, nisbi bir boşanma sebebi olup, bu sebebe dayanarak boşanma davası açılması kanun koyucu tarafından herhangi bir süreye tabi kılınmamıştır.

Haysiyetsiz hayat sürme, bir eşin toplumsal ahlaka aykırılık teşkil eden ve süreklilik arz eden fiilleri ile meydana gelir. Buna karşın zina, bir eşin başka bir kimseyle cinsel ilişkisi neticesinde söz konusu olmaktadır<sup>55</sup>. Bu çerçevede bir eşin, başkaları ile olan cinsel ilişkileri sürekli kılması bir diğer deyişle yaşam tarzı haline getirmesi durumunda hem haysiyetsiz hayat sürmeye hem de zinaya dayanarak boşanma davası açılabilmesi mümkün olabilir. Bunun yanında, zina olgusunu ispatlamanın güçlük arz ettiği veya cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan bedensel yaklaşımlar ile flörtlerin söz konusu olduğu hallerde, boşanmak isteyen eşin haysiyetsiz bir yaşam sürüldüğünden hareketle evlilik birliğini sona erdirmesi olanak dahilindedir. Ayrıca, zinaya dayalı olarak açılmış olan bir boşanma davasında, söz konusu davanın ıslah yolu ile haysiyetsiz yaşam sürmeye dayalı olarak devam ettirilebilmesi mümkündür<sup>56</sup>. Tüm bunlara ek olarak açılan bir zina davasının, zina olgusunun sabit olmaması sebebiyle reddedilmesi, daha sonra aynı olgulara dayanarak haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmaya karar verilmesi noktasında bir engel teşkil etmemektedir<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 254.

<sup>55</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 245; FEYZİOĞLU, *Aile*, s. 258; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 103.

<sup>56</sup> Benzer yönde bir karar için bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2018/1484, K. 2018/8676, T. 05.07.2018 (Legalbank) (E.T.: 14.11.2021). Söz konusu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Somut olayda, davalı-davacı erkek duruşmada ve 08.03.2016 tarihli ıslah dilekçesiyle davanın hukuki sebebini zina sebebi ile boşanma yanında, haysiyetsiz hayat sürme ve pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma olarak ıslah ettiğini beyan etmiştir. Mahkemece, davalı-davacı erkek tarafından ıslaha ilişkin maktu ıslah harcı yatırılmamış olduğu böylelikle usulüne uygun yapılmış bir ıslah işlemi olmadığı gerekçesiyle davalı-davacı erkeğin haysiyetsiz hayat sürme ve pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebine dayalı boşanma talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 176 vd. maddelerine göre, taraflardan herbiri dava/cevap dilekçesini ıslah ederek yeni bir vakta ekleyebilir, davanın hukuki sebebini genişletip, değiştirebilir ıslah karşı tarafın veya mahkemenin kabulüne bağlı olmadığı gibi bu konularda harç ödenmesine de gerek yoktur. O halde mahkemece; davalı-davacının haysiyetsiz hayat sürme (TMK m. 163), pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebine dayalı (TMK m. 162) boşanma talebi hakkında tüm deliller değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken ıslah işlemi dikkate alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir”.

<sup>57</sup> Yargıtay HGK. E. 5/72 K. 72 T. 3.10.1953 (İNAL, s. 733)

Eşcinsel birliktelikler ile normal olmayan cinsel birlikteliklerin süreklilik arz etmesi durumunda haysiyetsiz hayat sürmeye sebebiyet vereceği noktasında bir kuşku yoktur. Ancak bu noktada irdelenmesi gereken husus, söz konusu cinsel faaliyetlerin zina kapsamında ele alınıp alınmayacağı meselesidir. Zira bu tür davranışların zina olarak kabul edilmesi ve boşanma hükmünün zina çerçevesinde tesis edilmesi durumunda, zinayı gerçekleştirmiş olan eş, mal rejimine ilişkin mali haklarını kaybetmekte ve ciddi bir ekonomik yaptırıma tabi tutulmaktadır. Bu sayede de sadakat yükümlülüğünün ihlaline ciddi bir yaptırım öngörülmüş olmaktadır.

Öğretide zina, eşlerden birinin, karşı cinse mensup başka bir kimse ile tam ve normal yollarla gerçekleştirdiği cinsel ilişki olarak tanımlanmaktadır<sup>58</sup>. Söz konusu tanımda, zinanın kapsamını daraltan iki koşul göze çarpmaktadır. Bu koşullar, tam ve normal bir cinsel birliktelik olmasına ve cinsel ilişkinin karşı cinsle gerçekleşmesine ilişkindir. Zinanın tanımını daraltan bu koşullar nedeniyle gerekli şartların sağlanamaması sebebiyle zina olarak nitelendirilemeyen fiillerin, diğer şartları haiz olması durumunda haysiyetsiz yaşam sürdürme olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. Kanaatimizce, söz konusu fiillerin haysiyetsiz hayat sürdürme olarak nitelendirilmeleri olanak dahilinde olmakla birlikte, zina sayılmamaları makul görünmemektedir.

Cinsel ilişki ve onunla bağlantılı olarak gerçekleştirilen zina tanımlarını, TMK m. 161 hükmünde, esasında bir hüküm içi boşluk<sup>59</sup> olduğundan kabul etmemek gerekmektedir. Zira TMK m. 161 hükmünde, zinanın bir boşanma sebebi olduğu belirtilmekle birlikte, zinanın ne anlama geleceğine ilişkin herhangi bir ifadede bulunmaktan kaçınılmıştır. Söz konusu hüküm içi boşluğun doldurulması noktasında ise amaçsal yorum ilkesinden istifade edilmesi makul görülmektedir. Amaçsal yorum ilkesine göre kanun, yaşayan bir müessese olup, düzenlendiği ve yürürlüğe girdiği andan itibaren artık kanun koyucunun iradesinden bağımsız bir hal almaktadır. Bu sebeple, kanunun uygulanması gerektiği zaman, kanun koyucunun hükmü düzenlediği andaki amacından önce, hükmün uygulanacağı anda kanun koyucu yeniden bir düzenleme yapacak olsaydı nasıl bir yol izleyeceği üzerinde durulmalıdır. Bu çerçevede, kanunun amacı, uygulandığı dönemdeki toplumun ihtiyaçları, somut olayın özellikleri ve korunması gereken menfaat dikkate alınarak tespit edilmelidir<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> ZEYTİN/ERGÜN, s. 192; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 157; TUTUMLU, s. 876; ÖZTAN, s. 647; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 979; ERSÖZ, s. 76.

<sup>59</sup> Kanunda bir düzenleme yapılmış olmakla birlikte, kanundaki düzenleme mevcut haliyle uygulanabilir olmayıp, hakime bir değerlendirme ve araştırma yapmak suretiyle hükmün uygulanabilmesi için gerekli olan unsurları tamamlama görevinin verildiği hallerde, hüküm içi boşluk söz konusu olur. Bkz. KAYIHAN, Şaban/ÜNLÜTEPE, Mustafa, **Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 195-196; DURAL/SARI, s. 137.

<sup>60</sup> SEROZAN, Rona, **Medeni Hukuk- Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, 2017, s. 138; ALTAŞ, Hüseyin, **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 205; DURAL/SARI, s.127; ÜNLÜTEPE/KAYIHAN, s. 172-173.

Zinaya ilişkin düzenlemenin en temel amacı sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarda bulunulması durumunda bunu aile hukuku prensipleri dahilinde yaptırıma tabi tutmaktır. Zira, TMK gereğince sadakat yükümlülüğünün ilk ve en önemli görünümü cinsel sadakattir. Eşlerden her biri, evlilik birliği devam ettiği süre boyunca, birbirlerine sadık kalma, bir başkasıyla cinsel ilişki yaşamama yükümlülüğü altındadır<sup>61</sup>. Bu noktada, eşlerin göstermesi gereken cinsel sadakatin kapsamını, köklerini geçmişten alan, geleneksel cinsiyet ve ilişki tanımlarının içine hapsedilmeksizin, içinde bulunulan dönemin değişen niteliklerini göz önünde bulundurmaya suretiyle çözmek gerekmektedir.

İlk ele alınması gereken husus, zinanın varlığı için tam ve normal cinsel birlikteliğin gerçekleşmesi gerektiğini öne süren görüştür. Söz konusu görüş esasında cinsel ilişkinin tanımlanış biçiminden kaynaklanmaktadır. Bu görüşü ortaya atanlara göre cinsel ilişki, kadın ve erkek üreme organlarının normal bir şekilde tam olarak birleşmesi ile gerçekleşen faaliyetler olarak kabul edilmekte ve bu kabulün sonucunda da ancak bu şekilde gerçekleşen fiillerin zinaya sebebiyet vereceği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>62</sup>. Bu görüşe göre, normal olmayan yahut cinsel organların tam olarak birleşmediği cinsel birliktelikler zina sayılmamalı ve diğer şartları da haiz olması durumunda haysiyetsiz hayat sürme çerçevesinde değerlendirilmelidir<sup>63</sup>. Kanaatimizce, bu tarz fiiller, şartların gerçekleşmesi durumunda haysiyetsiz hayat sürme olarak nitelendirilmeye uygun olmakla birlikte, bu nitelendirme zinanın gerçekleştiği sonucunu değiştirmemektedir. TMK’da cinsel ilişkinin niteliği, biçimi ve türü üzerine herhangi bir değerlendirme bulunmamaktadır. Hal böyleyken cinsel ilişkiyi, tam ve normal bir cinsel birleşme olarak nitelendirmek, cinselliği yalnızca üreme amacıyla sınırlı tutan, üreme amacı dışında gerçekleştirilen cinsel faaliyeti doğal olarak kabul etmeyen ve cinselliği heteronormatif bir alana hapseden prensiplere dayanmaktadır<sup>64</sup>. Ancak günümüzde cinsel ilişkinin niteliği ve kapsamına ilişkin bir değerlendirme yapılacaksa, özellikle 1960’lardan itibaren ortaya çıkmış ve etkilerini giderek arttırmış olan cinsel devrimi göz önünde bulundurmaya gerekmektedir. Cinsel devrim, cinselliğin evliliğe, heteroseksüelliğe ve üremeye indirgenmesine karşı çıkan, cinsel özgürlük noktasında haz ve istekler çerçevesinde her eylemi meşru gören bir harekettir<sup>65</sup>. Cinsel devrim ile cinsel ilişki, kişilerin nihai cinsel hazzını gerçekleştirme noktasında gerçekleştirilen her

<sup>61</sup> KILIÇOĞLU, s. 208; ÖZTAN, s. 198; TEKİNAY, s. 276; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 821.

<sup>62</sup> DÖNMEZER, Sulhi, **Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 409; ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 611; ZEYTİN, Zafer/ERGÜN, Ömer, **Türk Medeni Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 192.

<sup>63</sup> ÖZTAN, s. 647; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 979.

<sup>64</sup> ALTINEL-BAYSAL, Gözde, **Lgbti’lerin İkili Cinsiyet Düzeni İçerisindeki Varolma Durumlarının Çok Yönlü Olarak Ele Alınması ve Sosyal Hizmet Gereksinimlerinin Belirlenmesi**, Ankara, 2019, s. 18.

<sup>65</sup> ŞAHİN, Meryem, “Dünyada Toplumsal Cinsiyet Karşıtı Hareketler”, **Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 22, Sayı 3, 2020, s. 660.

çeşit cinsel faaliyeti karşılar bir hal almıştır<sup>66</sup>. Bu sebeple, cinsel ilişkinin gerçekleşmesi için cinsel organların tam ve normal bir şekilde birleşmesini aramak makul görünmemektedir. Cinsel ilişkiyi, normal veya anormal yahut cinsel organların tam olarak birleşmesi şeklinde değerlendirmeksizin, cinsel organ ya da organların sürece dahil olduğu, cinsel hazzı gerçekleştirilmeye dönük her çeşit yakınlaşma olarak nitelendirmek ve bunun neticesinde de söz konusu fiillerin gerçekleşmesi durumunda zinanın meydana geldiğini kabul etmek gerekmektedir<sup>67</sup>.

Türk hukukunda hakim görüş aynı cinsiyete mensup kişiler arasında gerçekleşen cinsel birliktelikleri de tıpkı normal olmayan birliktelikler gibi zina olarak nitelendirmeme yönündedir<sup>68</sup>. Bu çerçevede hukuki anlamda zina, evlilik birliğinin devam ederken eşlerin, karşı cinsten biri ile cinsel ilişkisi olarak tanımlanmaktadır. Bu sebeple, aynı cinsiyete mensup kimseler arasındaki cinsel birliktelikler (diğer şartların da bulunması koşuluyla) haysiyetsiz hayat sürme olarak nitelendirilebilmektedir<sup>69</sup>. Kanaatimizce bu görüş de üzerinde durulmaya ve incelenmeye muhtaçtır. İlk olarak bu yönde bir görüş, cinsel faaliyet yürüten kişilerin cinsiyetinin tespitinde ortaya çıkan zorluklar bakımından aksamaktadır. Şöyle ki, bir kimsenin eşi dışında biri ile cinsel birliktelik yaşaması durumunda, cinsel birliktelik yaşanan kişinin cinsiyetinin, bu kimsenin kendisini ait hissettiği ve toplumsal yaşamda gösterdiği hali ile mi kabul edileceği yoksa nüfus kayıtlarında yer alan bilgilerin mi esas alınacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>70</sup>. Bunun yanında, erkek ve kadın üreme organlarını bir arada barındıran kimseler ile cinsel birliktelik durumunda nasıl bir yol izleneceği de bu

---

<sup>66</sup> İNCE, Feyzanur. "68 Kuşağı, İkinci Dalga Feminizm ve Cinsel Devrim Üzerine Mukayeseli Bir Değerlendirme". **Tesadernegi.org**, 2018. (E.T.: 01.12.2021).

<sup>67</sup> DOĞAN, İzzet. "Türk Medeni Yasasında Zina Nedeni ile Boşanma ve Sonuçları", **İstanbul Barosu Dergisi Aile Hukuku Özel Sayı**, 2007, s. 118; BİÇKİN, İnci, "Medeni Yasa'da Zina Nedenine Dayalı Boşanma ve Sonuçları", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 80, Sayı 5, 2006, s. 1884; GENÇCAN, Boşanma, s. 130.

<sup>68</sup> TEKİNAY, s. 199; OĞUZMAN/DURAL, s. 113-114; HELVACI/ERTÜLE, s. 170; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 106; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 246; ÖZTAN, s. 647; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 979; TUTUMLU, s. 878.

<sup>69</sup> HELVACI, Serap. "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 1157; KESKİN, Alper, BOŞANMA DAVALARI, Cilt I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 16; FEYZİOĞLU, Aile, s. 275; VELİDEDEOĞLU, s. 168; TANDOĞAN, s. 75; HATEMİ/SEROZAN, s. 224; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 979.

<sup>70</sup> DEDE, İsmail, "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 23, Sayı 3, 2017, s. 652-653. Bu durum esasında transseksüel kişiler bakımından söz konusu olmaktadır. Transseksüel kişiler, doğum anında sahip oldukları cinsiyet ile ait oldukları cinsiyet birbirinden farklı olan kimselerdir. Bu çerçevede bir kişi, kadın olduğu halde erkek üreme organı ile ya da erkek olduğu halde kadın üreme organı ile dünyaya gelmişse transseksüel bir bireyin varlığı söz konusu olur. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Yusuf, **Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir mi?**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 14

görüşü kabul eden yazarlar tarafından açıklığa kavuşturulmuş değildir<sup>71</sup>. Aynı cinsiyete mensup olduğu kabul edilen kimse ile cinsel ilişkide bulunan eş bakımından zinanın oluşmadığını kabul eden görüş, boşanmanın ekonomik sonuçları bakımından da ciddi sonuçlar doğurmakta ve TMK m. 236/II hükmünün<sup>72</sup> uygulama imkanını ortadan kaldırmaktadır. Buna göre, esasında sadakat yükümlülüğünü<sup>73</sup> ihlal eden ve eşi dışında kimse ile cinsel birliktelik yaşayan eş, sırf karşı cinsiyete mensup kimse ile cinsel ilişki kurduğu için katılma payı alacağından mahrum olmamaktadır<sup>74</sup>. Söz konusu kabulün sonucundaysa sadakat yükümlülüğünü ihlal ederek başkaları ile cinsel birliktelik yaşayan eşlerin, cinsel ilişkiye girdikleri kişilerin cinsiyetleri sebebiyle farklı hukuki sonuçlara tabi olması gibi makul olmayan bir sonuca ulaşılmaktadır<sup>75</sup>.

Kanaatimizce, zinayı, farklı cinsiyetlere mensup kişiler arasında bir cinsel ilişkinin gerçekleşmesi olarak tanımlamak, köklerini geçmişten alan heteronormatif bir değerlendirme niteliği taşımaktadır. Bu yönde bir değerlendirmenin en temel dayanakları ise cinsel ilişkinin ve zinanın geleneksel tanımlanmış şeklidir. Cinsel ilişkiyi, üreme organlarının tam ve doğru bir şekilde birleşmesi olarak kabul eden görüş sebebiyle, eşcinsel birlikteliklerde gerçekleştirilen cinsel faaliyeti cinsel ilişki olarak nitelendirmek mümkün olmamakta ve bunun sonucunda da eşcinsel birlikteliklerin zinaya sebebiyet vermediği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>76</sup>. Ancak katıldığımız görüş çerçevesinde cinsel ilişkiyi, her türlü biçim ve şekilde üreme organ ya da organlarının sürece dahil olduğu cinsel faaliyet olarak tanımladığımız zaman, eşcinsel birlikteliklerin de zinaya sebebiyet verebileceği sonucuna ulaşılabilmektedir. Bunun yanında, zinanın geleneksel tanımı da eşcinsel birliktelikleri dışlar nitelik arz etmektedir. Kelime anlamı itibariyle zina, aralarında evlilik bağı olmayan kişiler arasındaki

<sup>71</sup> DEDE, Zina, s. 654. Erkek ve kadın üreme organlarını bir arada bulunduran kişilere ise hermafrodit denmektedir. Hermafrodizmin sebepleri, sonuçları ve farklı türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜREL, Adnan, “Transseksüalizm İle Hermafrodizmde Yasasal Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 38, Sayı 1, 1981, s. 258 vd.

<sup>72</sup> Söz konusu hüküm şu şekildedir: “Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir”.

<sup>73</sup> Sadakat yükümlülüğü esas itibariyle TMK m. 185/III hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar”. Bu çerçevede kanun koyucu, sadakat yükümlülüğünü evliliğin bir parçası olarak düzenlemekle birlikte söz konusu kavramın tanımını yapmaktan kaçınmıştır. Öğretide ise sadakat yükümlülüğü, evlilik birliğinin güvenli, mutlu ve huzurlu bir şekilde varlığını sürdürebilmesi için eşlerin birbirlerine karşı sahip olması gereken tam ve sarsılmaz bağlılığı ifade etmektedir. Bkz. BAYGIN, Cem, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü”, **Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Sempozyumu 1926’dan Günümüze Türk – İsviçre Medeni Hukuku**, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 731.

<sup>74</sup> GENÇCAN, **Boşanma**, s. 135; DEDE, **Zina**, s. 658.

<sup>75</sup> KILIÇOĞLU, s. 92; GENÇCAN, **Boşanma**, s. 134-135.

<sup>76</sup> Benzer bir değerlendirme için bkz. KAYA, Berna Berfin, **Medeni Hukukta Zina**, Ankara, 2020, s. 30.s

cinsel ilişki olarak nitelendirilmektedir<sup>77</sup>. Bu çerçevede, evlenmeleri hukuken olanaksız olan kişiler arasındaki cinsel birliktelikleri zina olarak değerlendirmemek gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak bu sonuç da günümüzde pek çok hukuk sisteminde eşcinsel birliktelikler için çeşitli hukuki müesseseler yaratıldığı düşünülecek olursa makul durmamaktadır<sup>78</sup>. Ayrıca, zinayı geleneksel tanımı ile kabul edecek olursak, evli bir kişinin aynı cinsiyetteki kimse ile gerçekleştirdiği cinsel birliktelikleri Türkiye’de zina olarak kabul etmezken eşcinsel birlikteliklere izin veren bir ülkede zina olarak kabul etmek mi gerekecektir? Cinsiyet aidiyetlerinin geleneksel tanımlardan bu kadar uzaklaştığı<sup>79</sup> ve pek çok farklı hukuk sisteminde aynı cinsiyete mensup kişilerin evlenmesine müsaade edildiği<sup>80</sup> bir dünyada bu tarz bir yorumda ısrar etmenin makul olmadığı gerçeği ortadadır. Dolayısıyla yapılması gereken, cinsel ilişkinin tanımını gözden geçirmek ve eşlerin cinsel ilişkiye girdikleri kimselerin cinsiyetini, zinanın bir unsuru olmaktan çıkarmaktır.

### **B. Küçük Düşürücü Suç İşleme Sebebiyle Boşanma**

Haysiyetsiz hayat sürme ile aynı maddede düzenlenmiş olan küçük düşürücü suç işleme de özel, nisbi ve kusura dayalı bir boşanma sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>81</sup>. Küçük düşürücü suç işleme bir eşin fiillerinin suç teşkil etmesi durumunda, suçun niteliği göz önünde bulundurularak yapılan bir değerlendirme durumunda tespit edilmektedir<sup>82</sup>. Bu noktada bir eş tarafından icra edilen fiillerin hem haysiyetsiz hayat sürme hem de küçük düşürücü suç işleme olarak değerlendirilmesi mümkündür. Buna göre bir eşin uyuşturucu madde ticareti, hırsızlık yapması süreklilik arz etmesi durumunda haysiyetsiz hayat sürme olarak da değerlendirilebilecektir.

---

<sup>77</sup> TDK Sözlük (<https://sozluk.gov.tr/>). Bu niteliği itibariyle söz konusu tanım, İslam Hukukundaki zina tanımına da paralellik göstermektedir. İslam Hukukuna göre zina, aralarında evlilik bağı olmayan kimseler arasındaki cinsel ilişkiyi ifade etmekte olup, cinsel ilişkiyi gerçekleştiren kimselerin başka kimselerle evli yahut bekar olmaları önem taşımamaktadır. Bkz. AYDIN, Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 184

<sup>78</sup> Bu noktada en çok karşılaşılan kavram, kayıtlı hayat ortaklığıdır. Kayıtlı hayat ortaklığı, aynı cinsiyete mensup kişilerin ilişkilerinin hukuk önünde tanınması noktasındaki talepleri ile toplumun bu birliktelikleri kabullenmesi noktasında fonksiyon gösteren bir hukuki müessese niteliği taşımaktadır. Kayıtlı hayat ortaklığı, aynı cinsiyete mensup kişilerin henüz evlenmesine cevaz verilmediği dönemde, kanun koyucular tarafından ortaya sürülmüş olan bir ara hukuki form niteliğindedir. Bkz. YASAN, Candan, **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri**, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 19.

<sup>79</sup> Bu duruma en güzel örneklerden biri de Birleşik Krallık’ta benimsenen bir uygulamadır. Halihazırda yürürlükte olan “*Gender Recognition Act 2004*” uyarınca, operasyon geçirmek suretiyle cinsiyet değişikliği yoluna gitmemiş kişiler de aidiyet duydukları cinsiyetlerinin devletçe tanınması amacıyla nüfus kayıtlarının düzenlenmesini talep edebilmektedirler. Bkz. Gender Recognition Act 2004 Art. 1-8.

<sup>80</sup> Hollanda, Belçika, İspanya, Kanada, Güney Afrika, Norveç, İsveç, Meksika, Portekiz, İzlanda, Arjantin, Brezilya eşcinsel evliliklerin mümkün olduğu ülkelere örnek olarak verilebilir. Bkz. YASAN, s. 45 vd.

<sup>81</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 252; FEYZİOĞLU, **Aile**, s. 274; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110.

<sup>82</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 252; FEYZİOĞLU, **Aile**, s. 274; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 110.

### C. Akıl Hastalığı Sebebiyle Boşanma

Akıl hastalığı nedeniyle boşanma, özel ve nisbi bir boşanma sebebi olup TMK m. 165 hükmünde<sup>83</sup> düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre boşanmanın gerçekleşebilmesi için akıl hastası olan eşin düzelme ihtimalinin bulunmadığı bir resmi sağlık kuruluşu raporu ile ispat edilmek durumundadır<sup>84</sup>. Bu çerçevede akıl hastalığı ile boşanmanın elverişsizlik unsuru üzerine inşa edildiği görülmektedir<sup>85</sup>.

Akıl hastalığı bazı hallerde haysiyetsiz hayat sürme olgusuna dayanılmasını olanaksız hale getirebilmektedir. Eşlerden birinin kusurunu ortadan kaldıracak düzeyde akıl hastası olduğu hallerde, haysiyetsiz yaşam sürme olarak nitelendirilen olgular ortaya çıkmış olsa dahi kusurun mevcut olmaması nedeniyle TMK m. 163 çerçevesinde boşanmaya hükmolunabilmesi mümkün değildir. Böyle durumlarda evlilik birliğini sona erdirmek isteyen diğer eş için en makul çözüm TMK m. 165 hükmü çerçevesinde boşanma talep etmek olacaktır. Zira haysiyetsiz hayat sürme kusur esasına dayanan bir boşanma sebebiyken akıl hastalığı durumunda akıl hastası eşin kusuru bulunmasa dahi boşanmanın gerçekleşmesi mümkündür.

### D. Terk Nedeniyle Boşanma

Eşlerden biri evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla diğerini terk eder veya haklı bir neden olmaksızın ortak konuta dönmezse TMK m. 164<sup>86</sup> anlamında terk meydana gelmiş kabul edilir. Böyle hallerde, terkin ardından 4 ay geçtikten sonra ihtar çekilir ve ihtara rağmen terk eden eş ihtar aldığı tarihten itibaren 2 ay içerisinde ortak konuta dönmezse terk nedeniyle boşanmaya karar verilir. Bu çerçevede terk, özel ve mutlak bir boşanma nedeni olarak kaşımıza çıkmaktadır.

Terk ile haysiyetsiz hayat sürme kavramları arasında genel olarak bir bağlantı olduğunu söylemek mümkün olmamakla birlikte, terk eden eşin ortak konuta dönmesi için ihtar talebinde bulunulduğu haller özellik arz etmektedir. Buna göre, terk sebebiyle ihtarında bulunulduğu durumlarda, ihtarında bulunan eş ortak yaşamı yeniden tesis etme noktasında bir irade ortaya koyduğu için ihtar tarihine kadar

---

<sup>83</sup> Söz konusu hüküm şu şekildedir: “Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir”.

<sup>84</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 122; FEYZİOĞLU, *Aile*, s. 297; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 115.

<sup>85</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 122; FEYZİOĞLU, *Aile*, s. 300; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 115.

<sup>86</sup> Söz konusu hüküm şu şekildedir: “(1) Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmelerini engelleyen eş de terk etmiş sayılır. (2) Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim veya noter, esasını incelemeyen yapacağı ihtarında terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmeye gerektiği ve dönmemesi halinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilân yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmaz”.



gerçekleşen fiiller bakımından ayrıca haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma talep edemez. Böyle durumlarda eşin, talebini bu iki sebepten birine hasrettirmesi gerekmektedir<sup>87</sup>.

### **E. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanma**

TMK m. 166 hükmü çerçevesinde evlilik birliği, ortak hayatın sürdürülmesi eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılırsa, eşlerden her birinin boşanma davası açabilmesi mümkündür. Söz konusu hükümle, evlilik birliğini temelinden sarsabilecek hususlar noktasında sınırlayıcı bir sayım benimsenmemiş ve bu noktada takdir yetkisi hukuk uygulayıcısına bırakılmıştır.

Haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma talep edilebilmesi için eşin kusurlu olması gerekmektedirken evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı iddiası ile açılan bir boşanma davasında, davanın boşanma yönünde sonuçlanabilmesi için eşlerden herhangi birinin kusurlu olması gerekmektedir<sup>88</sup>. Buna karşın, davacı eşin kusurunun daha ağır olduğu hallerde davalı eşin, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı iddiasına dayanan bir boşanma davasına itiraz etme hakkı vardır. Fakat söz konusu itiraz, hakkın kötüye kullanımı teşkil ediyor ve evlilik birliğinin devamında davalı ile çocuklar için korunmaya değer herhangi bir menfaat söz konusu değilse, hakim boşanmaya karar verebilmesi mümkündür.

Eşlerden birinin haysiyetsiz bir hayat sürdürmesi durumunda, diğer eşin TMK m. 163 veya TMK m. 166/I hükümlerinden herhangi birine dayanarak boşanma davası açabilmesi mümkündür. Bu noktada, davacı eş söz konusu nedenlerden münhasıran yalnızca birine dayanmışsa hakim yerine gelmiş olan başka bir boşanma sebebi nedeniyle boşanmaya hükmedebilmesi mümkün değildir. Buna göre, bir eşin sürdürdüğü faaliyetin haysiyetsiz hayat sürme çerçevesinde boşanma sebebi teşkil etmediği hallerde hakim, TMK m. 166/I hükmünün şartlarının sağlandığından hareketle boşanmaya karar veremez<sup>89</sup>. Buna karşın davacı eşin, hem TMK m. 163 hem de 166/I'e dayanarak boşanma talep edebilmesi mümkündür. Böyle bir talebin söz konusu olduğu hallerde hakim, her iki talep hakkında da olumlu yahut olumsuz bir karar vermek durumundadır<sup>90</sup>. Son olarak, TMK m. 163 ile TMK m. 166/I hükümlerinde düzenlenmiş olan boşanma

<sup>87</sup> Yargıtay 2. HD. 29.06.1965, 3045/3479. (İNAL, s. 744).

<sup>88</sup> VELİDEDEOĞLU, s. 185; ÖZTAN, s. 721; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 176.

<sup>89</sup> ERSÖZ, Boşanma, s. 133. Yargıtay da bir kararında benzer sonuca ulaşmıştır. Söz konusu karara göre, "Davacı-davalı kocanın boşanma davası münhasıran "haysiyetsiz hayat sürme" sebebine (TMK md. 163) dayanmaktadır. Haysiyetsiz hayatın varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için, başkalarıyla ilişkinin bir yaşam tarzı olarak benimsenmiş ve bu şekilde yaşamının devamlılık göstermesi gerekir. Davalı-davacı kadının bir başka erkekle cep telefonu ile konuştuğu ve mesajlaştığı toplanan delillerle ve dinlenen tanık beyanlarıyla anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu eylem koca bakımından, eşiyile birlikte yaşamayı çekilmez hale getirirse de haysiyetsiz yaşam olarak kabul edilemez. Öyleyse davanın reddi gerekirken, yetersiz gerekçe ile Türk Medeni Kanunu'nun 163. maddesindeki boşanma sebebi sabit kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır". Yargıtay 2. HD., E. 2011/1829 K. 2011/23825 T. 28.12.2011 (Lexpera) (E.T.: 11.11.2021).

<sup>90</sup> ERSÖZ, Boşanma, s. 133

sebeplerine terditli olarak da dayanılabilmesi mümkündür. Bu imkan ise bilhassa haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirilmeyen faaliyetlerin evlilik birliğini temelinden sarsabileceği hallerde önem arz eder. Bu çerçevede, bir eşin öncelikle haysiyetsiz hayat sürme çerçevesinde boşanma talep etmesi ancak söz konusu boşanma sebebinin şartlarının sağlanmaması sebebiyle kabul görmemesi durumunda ise evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçesini öne sürmesi mümkündür<sup>91</sup>. Böyle hallerde ilk dayanılan sebep çerçevesinde dava kabul görürse ferî nitelikteki sebebi incelemeye gerek kalmaz.

## SONUÇ

Toplum tarafından benimsenen ilkelere uygun davranılması neticesinde bir kimsenin gördüğü değer, şeref ve haysiyet olarak nitelendirilmektedir. Bu yönüyle kişi, mensubu olduğu toplum nezdindeki değerini kendi fiilleri ile belirlemektedir. Dolayısıyla, kanun koyucu, toplum tarafından benimsenmiş ilkelere uygun davranmayarak şeref ve haysiyetine zarar veren kimse ile evlilik birliğini devam ettirmek istemeyen eş için TMK m. 163 hükmüne dayanarak evlilik birliğini sona erdirmeye imkân tanımıştır. Söz konusu hükme göre haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma, nisbi, özel ve kusura dayalı bir boşanma sebebidir.

Kanun koyucu TMK m. 163 hükmünde hangi fiillerin haysiyetsiz bir hayat teşkil edeceğini belirtmemiştir. Bu sebeple haysiyetsiz hayat sürme olarak nitelendirilecek fiillerin tespiti hukuk uygulayıcısı ile öğreti tarafından yapılmaktadır. Bu çerçevede, haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirilme noktasında üzerinde uzlaşılan fiiller genel olarak, eşlerden birinin başka biri

---

<sup>91</sup> Söz konusu boşanma sebeplerinin terditli davaya konu olabileceği hususundaki örnek Yargıtay kararı için bkz. “*Davacı kadın dava dilekçesinde suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebi (TMK m. 163), olmadığı takdirde evlilik birliğinin sarsılması (TMK m. 166/1) hukuki sebebine dayalı olarak boşanmaya karar verilmesini talep ederek, terditli dava açmıştır. Mahkemece davanın öncelikle Türk Medeni Kanununun 163. maddesi çerçevesinde incelenmesi, bu istemin kabul edilmemesi halinde Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi çerçevesinde delillerin değerlendirilmesi gerekirken, evlilik birliğinin sarsılması hukuki sebebi ile (TMK m. 166/1) açılan davanın reddine karar verilmiş, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebine ( TMK m. 163) dayalı istem hakkında hükümde bir açıklama yapılmamıştır. Dava terditli olarak açıldığına göre, davacı kadının özel boşanma sebebine dayalı istemi hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir*”. Yargıtay 2. HD., E. 2016/21384 K. 2018/9114 T. 12.9.2018 (Lexpera) (E.T.: 11.11.2021). İki den fazla sebebin de terditli bir şekilde öne sürülebilmesi mümkündür. Böyle bir durumda öncelikli taleplere ilişkin hüküm tesis etmeden karar verilmesi de hukuka aykırı olur. Bu husus 2. Hukuk Dairesinin bir kararında dikkate alınmıştır. Buna göre, “*Davacı-karşı davalı erkek tarafından, dava dilekçesinde Türk Medeni Kanunu’nu 166. maddesine dayalı ve davalı-karşı davacı kadın tarafından ise karşı dava dilekçesinde Türk Medeni Kanunu’nun 161, 162, 163 ve 166. maddelerinde yazılı hukuki sebeplere dayalı olarak boşanmaya karar verilmesi talepli, terditli davalar açılmıştır. İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonunda kadın eşin kusursuz, erkek eşin ise tam kusurlu olduğu kabul edilerek; erkeğin davasının reddine, kadının davası yönünden evlilik birliğinin sarsılması hukuki sebebi ile boşanmalarına karar verilmiş, davalı-karşı davacı kadının karşı dava dilekçesinde yer alan zina (TMK m.161), hayata kast pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK m. 162) ile suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m.163) hukuki sebeplerine dayalı talepleri hakkında hüküm kurulmamıştır*”. Yargıtay 2. HD. E. 2019/3924 K. 2020/1132 T. 17.2.2020 (Lexpera) (E.T.: 11.11.2021)

aşıkane ilişki yaşaması, uyuşturucu madde ticareti, hayat kadını olarak çalışma, insan ticareti yapmak, teşhircilik ve ekonomik durumu iyi olduğu halde dilencilik yapmak gibi hususlar sayılabilir.

Bir fiilin haysiyetsiz yaşam olarak değerlendirilmesi noktasında, söz konusu fiile hukuken imkan tanınıp tanınmamış olması önem arz etme. Önemli olan yegane husus toplumun ahlaki ilkeleridir. Bu sebeple, kanunun çizmiş olduğu sınırlar içerisinde devlet izniyle randevu evi işletildiği haller de haysiyetsiz yaşam sürme olarak değerlendirilebilir.

Eşin kumarı bir yaşam biçimi olarak benimsediği haller de haysiyetsiz yaşam sürme olarak değerlendirilmektedir. Ancak kumar, toplum tarafından geniş kabul gören ve çeşitli şekillerde benimsenen bir eğlence olup, eşin sürekli bir şekilde kumar oynaması haysiyetsiz yaşam olarak değerlendirilemez. Bu noktada genel boşanma sebeplerine dayanılması yerinde olur.

Alkol bağımlılığı da genel itibariyle haysiyetsiz yaşam sürme olarak kabul edilmekle birlikte, bir eşin yalnızca alkol tüketiyor olması, toplumun benimsediği ilkelere aykırılık teşkil etmemektedir. Bu noktada, eş, alkol tüketimi nedeniyle toplum tarafından kabul görmeyen fiiller icra etmekteyse, ancak bu durumda haysiyetsiz hayat sürme olgusunun yerine geldiği kabul edilebilir.

Bir eşin zinası ile zina düzeyine varmayan cinsel faaliyetleri sürekli bir şekilde icra etmesi durumunda da haysiyetsiz hayat sürme gerçekleşir. Bu noktada, normal olmayan bir şekilde yahut aynı cinsiyete mensup bir kimse ile gerçekleştirilen cinsel ilişkilerin yalnızca haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirilmemesi, aynı zamanda zinaya da sebebiyet verdiği kabul edilmelidir.

Haysiyetsiz hayat sürme kusura dayalı bir boşanma sebebidir. Bunun sonucunda, bir kişinin gerçekleştirdiği fiiller toplum tarafından benimsenen genel ilkelere aykırı olmakla birlikte, söz konusu fiilleri gerçekleştiren eşin kusurunu ortadan kaldıran hallerin varlığı halinde, haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle evlilik birliğini sona erdirmeye mümkün olmaz.

Haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma, nisbi bir boşanma sebebidir. Bunun sonucunda eşin, haysiyetsiz bir yaşamı benimsemiş olması tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda bu durumun, diğer eş bakımından evlilik birliğini çekilmez kılması gerekmektedir. Çekilmezlik unsurunun yerine gelmesi noktasında hakim, TMK m. 4 hükmünün çizdiği sınırlar içerisinde takdir yetkisi çerçevesinde bir değerlendirme yapmalıdır.

Çekilmezlik unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında, davacı eşin haysiyetsiz hayat sürmesi, evlenmeden önce haysiyetsiz hayat sürdürüldüğünün bilinmesi, uzun bir sürenin geçmesinin ardından dava açılması ile af ve rıza olgularının dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir.

Davacı eşin de haysiyetsiz bir yaşam biçimini benimsediği hallerde, çekilmezlik unsurunun yerine geldiğini söylemek mümkün değildir. Bu sebeple, haysiyetsiz hayat sürme nedenine dayanılarak evlilik birliği sona erdirilemez.

Evlenmeden önce haysiyetsiz yaşam süren eşin söz konusu fiilleri evlendikten sonra da devam ediyorsa, diğer eşin bu sebebe dayanarak boşanma davası açabileceğinin kabulü gerekmektedir. Bunun yanında, evlenmeden sonra başlayan ve haysiyetsiz yaşam olarak değerlendirilen fiillerin başlamasından çok sonra da TMK m. 163 hükmüne dayanarak evlilik birliğini sona erdirmek mümkündür. Zira haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirilen fiillerin süreklilik arz etmesi karşısında çekilmezlik unsurunun herhangi bir zaman diliminde meydana gelebilmesi mümkündür.

Haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma bakımından af, sınırlı bir etkiye sahiptir. Bu çerçevede, haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirilen fiillerin sona ermesinden kısa bir süre sonra da dava açma imkanı göz önünde bulundurulursa af, ancak bu süre içerisindeki dava hakkını sona erdiren bir neden olarak fonksiyon gösterebilir. Bunun dışında, haysiyetsiz hayat sürdürmenin süreklilik arz etmesi sebebiyle, fiiller devam ettiği sürece daha önce af beyanında bulunmuş olsa dahi, çekilmezlik unsurunun af beyanından sonraki herhangi bir zamanda meydana gelmesi mümkündür.

Haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanmanın, diğer boşanma sebepleri ile ilişkisi de önem arz etmektedir. Bu çerçevede zina, küçük düşürücü suç işleme, akıl hastalığı, terk ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması ile haysiyetsiz hayat sürme arasındaki ilişki incelenmelidir.

Zinanın ispatının güçlük arz ettiği veya zina düzeyine varmayan yakınlaşmaların olduğu durumlarda, haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle evlilik birliğinin sona erdirilmesi mümkündür.

Bazı hallerde haysiyetsiz hayat sürdüren eş akıl hastası olduğu için TMK m. 163 hükmüne dayanmak mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda, TMK m. 165 hükmü çerçevesinde akıl hastalığına ilişkin düzenlenmiş olan özel boşanma sebebinin fonksiyon göstermesi mümkündür.

Terk nedeniyle eşe ihtar çekilmesi durumunda, ihtar tarihine kadar gerçekleştirilen ve haysiyetsiz yaşam sürme olarak değerlendirilen fiillerin affedildiği sonucuna ulaşılabilmektedir. Bu sebeple, terke ilişkin şekli şartların yerine getirilmesi uğruna TMK m. 163 hükmüne dayanma imkanını kaybetmeme noktasında özen gösterilmesi yerinde olur.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, **Aile Hukuku**, 20. Baskı, Beta, İstanbul, 2017.

AKIPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, **Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku**, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.

ALTAŞ, Hüseyin, **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ALTINEL-BAYSAL, Gözde, “Lgbti’lerin İkili Cinsiyet Düzeni İçerisindeki Varolma Durumlarının Çok Yönlü Olarak Ele Alınması ve Sosyal Hizmet Gereksinimlerinin Belirlenmesi”, Ankara, 2019 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

ATEŞ, Derya, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

AYDIN, Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

BAYGIN, Cem, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü”, **Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Sempozyumu 1926’dan Günümüze Türk – İsviçre Medeni Hukuku**, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017

BİÇKİN, İnci, “Medeni Yasa’da Zina Nedenine Dayalı Boşanma ve Sonuçları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt. 80, Sayı. 5, Yıl. 2006, s. 1875-1903.

DEDE, İsmail, “Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 23, Sayı 3, 2017, s. 643-664. (Zina)

DOĞAN, İzzet, “Türk Medeni Yasasında Zina Nedeni ile Boşanma ve Sonuçları”, **İstanbul Barosu Dergisi Aile Hukuku Özel Sayı**, 2007, s. 113-123.

DÖNMEZER, Sulhi, **Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.

DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, **Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, **Aile Hukuku**, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

- ERDEM, Mehmet, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ERDİNÇLİ, İhsan, “Tanzimat'tan I. Dünya Savaşı'na kadar Osmanlı'da Birahaneler ve Birahaneçilik”, Isparta, 2012 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ERSÖZ, Oğuz, **Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma**, On iki Levha, İstanbul, 2018.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986. (Aile)
- FEYZİOĞLU, Necmettin Feyzi, **Cezai ve Hukuki Cepheleriyle Kumar ve Bahis**, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağandan Ayrı Bası, Ankara, 1958, s. 129- 214. (Kumar ve Bahis)
- GENÇCAN, Ömer Uğur, **Boşanma Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. (Boşanma)
- GENÇCAN, Ömer Uğur, **Türk Medeni Kanunu Yorumu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. (Yorum)
- HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku**, Genel Bölüm, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- HELVACI, Serap, “İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri”, **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 1151-1169.
- İNAL, Nihat, **Uygulamada Türk Medeni Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 1997.
- İNCE, Feyzanur, "68 Kuşağı, İkinci Dalga Feminizm ve Cinsel Devrim Üzerine Mukayeseli Bir Değerlendirme", Tesadernegi.org, 2018.
- KAYA, Berna Berfin, **Medeni Hukukta Zina**, Ankara, 2020. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- KAYIHAN, Şaban/ÜNLÜTEPE, Mustafa, **Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- KESKİN, Alper, **Boşanma Davaları**, Cilt I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Yusuf, **Türk Hukukunda Transeksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir mi?**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, **Aile Hukuku**, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1986.

OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, 23. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

ÖZCAN, Atalay, “Özel Yaşamın Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini (I)”, **Yargıtay Dergisi**, Sayı 4, Cilt 5, 1979, s. 107-119.

ÖZSUNAY, Ergun, **Medeni Hukuka Giriş**, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.

ÖZTAN, Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

ÖZTÜREL, Adnan, “Transseksüalizm İle Hermafrodizimde Yasasal Tıpsal Ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 38, Sayı 1, 1981, s. 253-292.

ÖZTÜRK, Ali, **Aile Hukukunda Ayrılık**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2015.

ÖZUĞUR, Ali İhsan, **Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler- Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

SEROZAN, Rona, **Medeni Hukuk- Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, 2017.

ŞAHİN, Meryem, “Dünyada Toplumsal Cinsiyet Karşıtı Hareketler”, **Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 22, Sayı 3, 2020, s. 654-670.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

TUTUMLU, Mehmet Akif, **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku**, Cilt II, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

TÜZÜNER, Özlem, “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 107, 2017, s. 245-272.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, **Aile Hukuku**, 4. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1960.

YASAN, Candan, **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri**, On İki Levha, İstanbul, 2013.

YILMAZ, Neslihan, “Alkol ve Madde Bağımlılığı: Bireysel ve Toplumsal Sonuçları”, Ankara, 2015. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

*ÜNSAL/ Haysiyetsiz Hayat Sürme Nedeniyle Boşanma*

ZEYTİN, Zafer/ ERGÜN, Ömer, **Türk Medeni Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.