

VOLUME + CİLT: 29 + ISSUE + SAYI: 1 JUNE + HAZİRAN 2023 ISSN: 2529-0142

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK

ARAŞTIRMALARI

DERGİSİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

6 Aylık Hakemli Akademik Dergi / Biannual Peer-Reviewed Academic Journal

Volume • Cilt: 29 / Issue • Sayı: 1 / JUNE / HAZİRAN • 2023

ISSN: 2529-0142

Marmara Üniversitesi Rektörlüğü Adına İmtiyaz Sahibi • Owner: Prof. Dr. MUSTAFA KURT (Rektör • Rector)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına İmtiyaz Sahibi • Owner of the Journal

Prof. Dr. Mehmet AKMAN

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Baş Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER (Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL (Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Ebru ZEYBEK CEBECİ (Editör)

Arş. Gör. Can YÖNEY

Arş. Gör. Ümit Barış BAYINDIR

Arş. Gör. Nagihan TANDOĞAN ÖZBAYKAL

Arş. Gör. Burak YILMAZ

Dizgi • Typesetting

ELİF TUFAN KIRKIL, Burcu DİKER

Yönetim Yeri ve Yazışma Adresi / Address

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Göztepe Kampüsü B. Blok 118/2 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel: 0216-777 2200 **Fax:** 0216-777 2223

E-Posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

Marmara Üniversitesi Yayınevi / Marmara University Press

Adres: Göztepe Kampüsü 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel/Faks: +90 216 777 1400

E-posta: yayinevi@marmara.edu.tr

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ULUSAL HAKEMLİ bir dergidir.

İçindekiler / Contents

Sermaye Piyasası Kanunu m. 107/2'de Düzenlenen Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçundaki Menfaat Unsuru (Netice) Üzerine Bir İnceleme

An Anlysis Of The Element Of Benefit (As A Consequence) In The Crime of Information-Based Manipulation Regulated In Capital Market Law a.107/2

Ahmet GÖKCEN, Onur İSTE..... 1

Türk Ceza Hukukunda Bilişim Sistemine Girme Suçuna İlişkin Değerlendirmeler (TCK.243/1)

Evaluations Regarding the Crime of Entering the Information System in Turkish Criminal Law

Pınar MEMİŞ KARTAL, Gülfem IŞIKLAR ALPTEKİN 16

Max Weber'e Göre Hukukun Rasyonelleşmesi

The Rationalization of Law According to Max Weber

Ahmet Selim KADIOĞLU, Ayşe Miray ALTAY 32

Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

The Crime of Sexual Abuse of Children

Elif ERGÜNE..... 54

Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Rızanın Hukuki Niteliği

The Legal Nature of Consent in Crimes Against Sexual Freedom

Hasan İBA..... 98

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013/9-104 Esas, 2014/216 Karar ve 29.4.2014 Tarihli Kararı Çerçevesinde Türk Ceza Kanununun 85'inci Maddesinin İkinci Fıkrası Özelinde Ortaya Çıkan Hukuki Sorunların Değerlendirilmesi

Evaluation of Legal Problems Emerging in Terms of Second Paragraph of the Article 85 of the Turkish Criminal Code in the Framework of the Decision of General Assembly for Criminal Chambers of the Court of Cassation Numbered 2013/9-104 and 2014/216 Dated 29.4.2014

Sercan TOKDEMİR..... 140

Onaylı Veteriner Sağlık Ürünlerini, Onaylı Bitki Koruma Ürünlerini ve Ziraî Mücadele Alet ve Makinelerini Taklit Etme Suçları

Crimes of Counterfeiting Approved Veterinary Health Products, Approved Plant Protection Products, and Agricultural Control Tools and Machinery

Burak BOZ 188

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Sisteminde Tehlikeli Faaliyetler ve Doğal Afetler Karşısında Devletin Yaşam Hakkı Bağlamında Pozitif Yükümlülükleri

Positive Obligations of the State in the Context of the Right to Life in the Face of Dangerous Activities and Natural Disasters in the European Convention on Human Rights Protection System

Özgem Tuğçe GÜMÜŞ BOYACI..... 205

İHAM, Halet vs. Lüksemburg Büyük Daire Kararına İlişkin Bilgi Notu

Gizem KAPUCU, Metin KOCATEPE 245

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'nın Tarafsızlığı ve Anayasa Değişikliği Kanun Tekliflerini İmzalaması Sorunu

Impartiality of the Speaker of the Turkish Parliament and Their Contested Authority to Sign Constitutional Amendment Proposals

Ahmet Melihşah ÇEVLİK 250

Sosyal Medyada Paylaşılan Çocuklara Ait Görüntülerin Müstehcenlik Suçları (TCK m. 226/3 ve 226/5) Bağlamında Değerlendirilmesi

The Evaluation of Posted Children's Images on Social Media in the Context of Obscenity Crimes (TCC art. 226/3 and 226/5)

Neslihan CAN..... 276

Alacağın Devrinde Borçlunun İyi Niyetle İfasını Düzenleyen TBK m. 186, Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu Art. 167 Düzenlemesi Karşısında Nasıl Anlaşılmalıdır?

How Should Art. 186 of the Turkish Code of Obligations, Which Regulates the Good Faith Performance of the Debtor in the Assignment of the Receivable, Be Understood Against Art. 167 of the Swiss Code of Obligations?

Mine KAÇMAZ ADAK, Burak ÖZEN 314

Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Hâkimiyet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk ve Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

The International Jurisdiction of Turkish Courts and Applicable Law to the Contractual Responsibility Arising from Domination Agreement within the Scope of the Turkish Commercial Code

Mustafa ERKAN, Şule ARSLAN..... 334

01.01.2020 Tarihli İsviçre Zamaşımı Hukuku Revizyonu Kapsamında İsviçre Borçlar Kanunu'nda Haksız Fiil ve Sözleşme Sorumluluğu Zamaşımı (Özellikle Ölüm ve Bedensel Zararlarda Maddi ve Manevi Tazminat Talepleri) (İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 60 ve OR m.128a)

Prescriptive Periods for Tort and Contract Liability under the Swiss Code of Obligations within the Scope of the Swiss Revision of the Law on Prescriptive Periods dated 01.01.2020 (Especially Claims for Damages or Satisfaction in Cases of Death and Injury) (Swiss Code of Obligations (OR) Art. 60 and OR Art. 128a)

Canan YILMAZ..... 362

Boşanma Açısından Eşle Cinsel Birliktelik Yaşa(ya)mama ve Yargıtay'ın İlgili İçtihatlarının Mukayeseli Aile Hukuku Penceresinden Eleştirilmesi

Unwillingness or Inability to Have Sexual Intercourse with Spouse in terms of Divorce and Criticizing the Relevant Jurisprudence of the Court of Cassation from the Perspective of Comparative Family Law

Özlem TÜZÜNER..... 393

Yargıtay'ın “İpotek Hakkının Bölünmezliği” Olarak İfade Ettiği İlkeye Eleştirel Bir Bakış: Birden Fazla Alacağı Güvence Altına Alan İpotek Hakkının Paraya Çevrilmesi İçin Yapılan İcra Takibinin Etkileri

A Critical Approach to the Supreme Court's “Indivisibility of Hypothec” Principle: The Effects of an Enforcement Proceeding for the Hypothecs Covering Multiple Claims

Evrin ERİŞİR, Halil Ahmet YÜCE 441

Ticari İşlerde Faiz ve Sigorta Sözleşmelerine Yansımaları

Interest in Commercial Business and Impacts on Insurance Contracts

Serdar DEMIRCI..... 495

**Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Hızlandırılması ve Adalete Erişim Hakkı Bakımından
Çevrimiçi Yargılama ve Yapay Zekanın Kullanımı**

The Use of Online Proceedings and Artificial Intelligence in Civil Procedure Law with Respect to
Acceleration of Proceedings and the Right to Access to Justice

E. Gökçe KARABEL, Dilek AYDEMİR 530

Limited Ortaklıklardaki Veto Hakkı ve Veto İşleminin Hükümsüzlüğüne Dair İncelemeler

Reviews on the Veto Right in Limited Companies and the Invalidity of the Veto Proceeding

Muhammed SULU..... 574

Uzaktan Çalışma İlişkinin Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of Remote Working Relationship In Terms of Social Security Law

Duygu ÇELEBİ DEMİR 596

**04.08.2022 Tarihli Alman Yüksek Mahkemesi (BGH) Karar* Temyizde Dava Değişikliği – Dizel
Skandalı**

German Federal Court of Justice (BGH) Decision dated 04.08.2022 Amendment of the Action
Before the Court of Appeal – Diesel Scandal

Merve UYSAL..... 626

**Evlat Edinmenin Miras Hukuku Açısından Sonuçları Üzerine İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı
De Lege Ferenda Bir Değerlendirme**

A Comparative De Lege Ferenda Evaluation of the Consequences of Adoption In Terms of Inheritance
Law with Swiss Law

Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK..... 631

**Alman Federal Mahkemesi'nin Bilgilendirme ile Tıbbi Müdahaleye Rıza Arasındaki Süreye ve
Tıbbi Müdahaleye Zımnî Rıza Gösterilmesine İlişkin Güncel Bir Kararı**

A Current Decision of the German Federal Court of Justice Regarding the Time Between Information
and Consent to Medical Intervention and Implied Consent to Medical Intervention

Aziz Erman BAYRAM..... 645

Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Tele Çalışmada İşçinin Dinlenme Hakkı

Employee's Right to Rest in Telework

Betül ERKANLI BAŞBÜYÜK656

Ölüme Bağlı Tasarruf Yoluyla Vakıf Kurma

Establishment of Foundation Through Testamentary Disposition

Efe Can YILDIRIR679

Dönüştürme Hakkı Çerçevesinde Alıcının Tazminat Talebi

The Claim of the Buyer for Damages in the Context of Rescission

Ricarda STOPPELHAAR, Kerem ÖZ729

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesinde Borçlu Dışında Bir (Üçüncü) Kişinin Rehin Veren Sıfatı ve Rehin Verene İlişkin Bazı Özel Durumlar*

The Pledgor Status of a (Third) Party Other Than the Debtor in the Contract of Pledge of Movable Pledge in Commercial Transactions and Some Special Situations Regarding the Pledgor

Duygu H. ARDA BAĞCE.....759

Yüklenicinin Süre Uzatım ve Ek Ödeme Taleplerine İlişkin FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. Maddede Öngörülen 28 Günlük Süre Sınırlamasının Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of the 28-Day Period to the Contractor's Requests for an Extension of Time and Additional Payment Under Article 20/2 in the FIDIC Red Book Regarding with Respect to the Standard Terms in the Turkish Code of Obligations

Battal ŞENER.....783

Uluslararası Tahkimde İcra İnkâr Tazminatı*

Denial of Enforcement Compensation in International Arbitration

Necip Fazıl ERBEYİN810

Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali

Transfer of Digital Assets Through Inheritance

Eşref Can GÜRBÜZ..... 840

Anonim Şirketlerde Geçersiz Yönetim Kurulu Kararına Dayanılarak Toplanan Genel Kurulun Durumu

Status of the General Assembly Convened on the Basis of an Invalid Board of Directors' Decision in Joint Stock Companies

Alperen ÖZTÜRK..... 876

Sermaye Piyasası Kanunu m. 107/2’de Düzenlenen Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçundaki Menfaat Unsuru (Netice) Üzerine Bir İnceleme

An Anlysis Of The Element Of Benefit (As A Consequence) In The Crime of Information-Based Manipulation Regulated In Capital Market Law a.107/2

Ahmet GÖKCEN* , Onur İSTE** 

ÖZ

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 107/2 maddesi bilgiye dayalı manipülasyon suçuna dair olup, bu Kanun’un ihdas edilerek Resmî Gazete yayımlandığı tarih olan 30.12.2012 tarihinde suç ani hareketli bir suç olarak düzenlenmişti. Ancak 27.03.2015 tarihli 6637 sayılı Kanun’un 11’inci maddesi çerçevesinde yapılan değişiklikle, bu suç netice aranan suçlar arasında sayılmıştır. Ani hareketli bu suçun neticeli bir suç haline dönüştürülmesi de beraberinde bazı çelişkilerin oluşmasına yol açmıştır. İspatı çok zor olan bu suç tipinde cezalandırılabilme alanının daha da daraltılmış olması, ceza normunun uygulanabilir olmasını iyice zorlaştırmıştır. Çalışmada, mevcut sistemin analizi ve bu sistemin benimsenmesinin sebepleri tartışılmış ve ceza normunun amacına uygun iyileştirici önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Sermaye piyasası, sermaye piyasası suçları, manipülasyon, piyasa dolandırıcılığı, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı, bilgiye dayalı manipülasyon, menfaat şartı, menfaat unsuru.

ABSTRACT

Article 107/2 of the Capital Market Law No. 6362 is about the crime of manipulation based on information, and the crime was regulated as a sudden action crime on 30.12.2012, the date of publication of this Law in the Official Gazette. However, with the amendment enacted within the framework of Article 11 of the Law No. 6637 dated 27.03.2015, this crime was counted among the crimes sought as a result. The transformation of this sudden action crime into a resultant crime has also led to the formation of some contradictions. The narrowing of the area of punishment in this type of crime, which is very difficult to prove, has made it more difficult for the penal norm to be applicable. In the study, the analysis of the current system and the reasons for the adoption of this system were discussed and remedial suggestions were made in accordance with the purpose of the penal norm.

Keywords: Capital market, capital market crimes, manipulation, market fraud, information based market fraud, information based manipulation, benefit stipulation, element of benefit.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuk Ana Bilim Dalı Başkanı, ORCID: 0000-0002-0849-7432, E-posta/E-mail: ahmet.gokcen@marmara.edu.tr.

** Serbest Avukat, İstanbul Barosu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Programı Öğrencisi, ORCID: 0000-0002-8575-9715

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Onur İSTE

E-posta/E-mail: onur@iste-iste.av.tr

Geliş Tarihi/Received: 17.02.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 20.02.2023

GİRİŞ

Manipülasyon, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPK) 107'nci maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Anılan hükmün birinci fıkrasında işleme, ikinci fıkrasında ise bilgiye dayalı manipülasyon suçuna yer verilmiştir¹. Manipülasyonun farklı görünümünün ayrı suçlar olarak kabul edilmiş olmasının, SPK'nın 1'inci maddesinde yer verilen ve kanunun amacını, “*sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi*” şeklinde tarif eden hükmün gereği olduğu ifade edilebilir. Kanun koyucunun vurgulamış olduğu sermaye piyasasının güvenilir ve istikrarlı bir ortamda işleyişinin sağlanması amacının gerçekleşmesi, piyasada işlem yapan yatırımcının manipülasyondan arınmış verilere ulaşmasına ve arz ve talep dengesinin sağlıklı şekilde oluştuğu piyasa şartlarının tesis edilmesine bağlıdır.

Yukarıda açılanan gerekçeler ışığında, piyasanın güven ve istikrarını bozan bir davranış şekli olması nedeniyle manipülatif davranışların cezalandırılmasında tartışılacak bir husus yoksa da, kanun koyucunun, manipülasyona ilişkin suç politikası tercihlerinde meydana gelen ve kanuna yansıtılan değişiklikler ile bu değişikliklerin yerindeliği tartışılmaya değerdir. Bilgiye dayalı manipülasyon suçunda, failin bir menfaat elde etmiş olup olmadığına, elde edilen menfaatin suçun gerçekleşmesi açısından ne tür bir etkide bulunduğuna ilişkin Kanun metninde yapılan değişikliklerin bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir.

Çalışmada, bilgiye dayalı manipülasyon suçunda menfaat unsuru, yukarıda arz edilen düşüncelerle ve geniş bir bakış açısıyla; hem 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu (mülga SPK) hem de 6362 sayılı yürürlükteki SPK hükümleri dikkate alınarak incelenecektir.

I – KAPSAM VE KONUNUN ÖNEMİ

6362 sayılı Kanun'un (SPK) Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği 30.12.2012 itibarıyla bilgi manipülasyonu suçuna dair olan madde 107/2'nin ilk halinde, failin ika ettiği tipik davranışın neticesi olarak herhangi bir menfaat temin etmiş olması aranmamaktaydı. Buna karşılık 27.03.2015 tarihli 6637 sayılı Kanun'un 11'inci maddesiyle öngörülen değişiklikle suçun oluşması için menfaat neticesi aranmaya başlanmıştır. Düzenlemenin son hali şu şekildedir; “*Sermaye Piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar*” (SPK m:107/2).

Bilgiye dayalı manipülasyon suçunun ihdasındaki gaye, kamuyu aydınlatma hedefiyle doğrudan ilgilidir. Zira kamunun doğru bilgi ile donatılarak, yatırımcıların hür iradeleri ile yatırım yapması

1 Kanun koyucu söz konusu madde metninde piyasa dolandırıcılığı ifadesini kullanmış olup, uluslararası literatürde ve sair mevzuatta halen manipülasyon ifadesinin kullanımı yaygın olup, bu çalışmada yaygın kullanılan terim olan manipülasyon ifadesi tercih edilmiştir)

hedeflenmektedir. Sağlıklı verilere bağlı yapılan analizle yatırım tercihlerinde bulunacak yatırımcılar, sermaye piyasası araçlarının gerçek değerine uygun şekilde fiyatlanmasını sağlayacaklardır². Yatırımcıların doğru şekilde bilgilenmemesi ve bilginin asimetrik dağılmasına sebep olunması halinde aşamalara bağlı olarak; piyasanın etkinliğinin yok edilmesi, yatırımcıların piyasadan çekilmesi ve şirketlerin sermaye piyasası eliyle fonlanmaları yolunun tıkanması kaçınılmazdır. Bu durum da doğal olarak SPK'nın "*piyasanın güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı adil ve rekabetçi*" olması amacına ulaşmasını engelleyecektir³. O halde sermaye piyasası suçlarının, bu asimetrik bilgi sorunsalına karşı mücadele edebilecek şekilde düzenlenmesi gerekliliği yönünden ve menfaat şartının da bu mücadele amacı çerçevesinde incelenmesi gerekir. Menfaat şartı değerlendirilirken, bu şartın suçun unsurları içinde hangi başlık altında ele alınacağı öncelikli olarak belirlenmelidir.

Menfaat şartının suçun maddi unsurları çerçevesinde ele alınması halinde, menfaat şartının gerçekleşmemesi halinde suç tamamlanmış sayılmayacak ve suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilecektir. Bu ihtimalde, suçun sırf hareket suçu olduğu kabul edilmelidir. Manipülatif davranışlarla failin bir menfaat elde etmemesi durumunda, suç karşılığı öngörülen yaptırımların tatbiki mümkün olmadığından, SPK'nın 104'üncü maddesindeki "*piyasa bozucu eylemler*" başlıklı hükümde öngörülen idari yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır. Öyle ki, "*suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde, kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanması*" mümkün olmaktadır. (Kabahatler Kanunu m:15/3)

Menfaat şartının bir cezalandırılabilirlik şartı olduğunun kabulü halinde ise bu şart, faile özgü bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilecektir. Bu ihtimalde, suçun sırf hareket suçu olduğu kabul edilmelidir.

Menfaat şartının hukuki niteliğine ilişkin yukarıda zikredilen ayrımın, başkaca sonuçları da vardır. Nitekim menfaat şartının objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi halinde suç, hareketin gerçekleştiği an tamamlanır ve suç yeri de son hareketin gerçekleştiği yer olur. Buna mukabil menfaat şartının suçta aranan bir netice olarak kabulü halinde; menfaat elde edilmemiş olması halinde suç teşebbüs aşamasında kalacak olup, menfaatin temini halinde de suç yeri menfaat şartının gerçekleştiği yer olur. Bu halde zamanaşımı da menfaatin gerçekleştiği an işlemeye başlar. Zira suçun işlendiği an, suçun tamamlandığı an olan menfaatin gerçekleştiği an olarak telakki edilecektir⁴.

Ayrıca menfaat şartının objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edildiği varsayımında, fail menfaat neticesini bilmese ya da istemese dahi sırf objektif olarak bu şart oluşmuşsa suç tamamlanacak ve fail cezalandırılacaktır. Failin suçu işlediği esnada objektif cezalandırılabilme şartından haberdar olmasına gerek yoktur⁵. Objektif cezalandırılabilme şartının bulunduğu durum,

2 Çağlar Manavgat, *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı 2008) 85-86; Selman Dursun, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar* (1. Baskı, Oniki Levha 2010) 309.

3 James Bradfield J, *Introduction to the Economics of Financial Markets* (Oxford University Press 2007) 29.

4 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin ve Kerim Çakır *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Adalet Yayınevi 2020) 333-377.

5 Buminhan Duman, 'Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Bilgiye Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2019) (14)149 Terazi Hukuk Dergisi 24; Gizem Dursun Özdemir, *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Bilgi Suistimali ve*

suçun oluşmasından sonra cezalandırılma şartını belirleyecek olup, bir suç ortağı tarafından bu şartın tamamlanmış olması, diğerlerini de cezalandırılabilir kılacaktır⁶.

Bilgi manipülasyonu suçu, yalnızca kastla işlenebilen bir suçtur. Buna ek olarak, bu suçun gerçekleşmesi için manevi unsur içinde saik de aranmakta olup, failin, “*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla*” hareketi gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu durumda failin, menfaat sağlamaya yönelmeksizin, sırf piyasa araçlarının değerini ve yatırımcı kararını etkilemek amacıyla hareket etmesi, ekonomik suçlar içerisinde mütalaa edilen bu tür suçlarda karşılaşılan bir durum değildir. Bu itibarla menfaat şartının, manevi unsurla bağının tamamen koparılabilir objektif bir cezalandırılabilirlik şartı olarak ihdas edildiğini söylemek makul olmayacaktır.

Menfaat şartını, maddi unsurlar içindeki netice başlığı altında değerlendirmek gerekir. Öyle ki bilgi manipülasyonu suçu, yapılan değişiklikte neticeli bir suç halini almış ve suçun tamamlanması için menfaat elde edilmesi şartı getirilmiştir. Menfaat şartının getirilmesiyle birlikte, icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen menfaat elde edilmemesi halinde, suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilir. Kaldı ki SPK'nın madde gerekçesinde (18'inci madde), “*bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun, sermaye piyasası aracının fiyatını, değerini veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileme amacıyla gerçekleşip gerçekleşmediğinin somut olay bazında tespiti güç olduğundan, söz konusu amacın, fiili gerçekleştirenin kendisine veya başkasına doğrudan ya da dolaylı menfaat temin etmesi şartı ile somutlaştırılması hedeflenmiştir*” ifadesi yer almaktadır⁷. Bu gerekçe, failin menfaat elde etmeyi suç anında bilmesinin ve istemesinin arandığını göstermektedir. Bir örnek vermek gerekirse: Gerçeğe aykırı bir bilgi yayarak belli hisse senetlerinin fiyatını düşüren ve onları düşük fiyattan toplayarak menfaat temin eden fail, bu menfaati tesadüfen elde etmemiş, bizzat onu elde etmeyi istemiş ve bu istek çerçevesinde bilerek hareket etmiştir. Fail, suçu işlemeye karar verdiği anda, menfaat elde etmeye de karar vermektedir. Fail, menfaat neticesini bilmekte ve istemektedir. Menfaat temini, suçun maddi unsurları çerçevesinde bir netice olduğundan, fail bu neticeyi gerçekleştirmek yolunda madde metninde belirtilen seçimlik-bağlı hareketi gerçekleştirmektedir⁸.

Maddi unsurun içindeki netice başlığı içinde değerlendirilmesi gereken menfaat şartının hangi tarihsel koşullar içinde kanunlaştırıldığıının, bu şartla birlikte gelen yenilikler de değerlendirilerek ele alınması ve nihayetinde bu şarta dair eleştirel bakış açısı ortaya konularak bir öneride bulunulması önemlidir.

Piyasa Dolandırıcılığı Suçları (Seçkin 2022) 254.

6 Artuk vd, (n 3) 668-669.

7 Genel gerekçeye ulaşmak için bkz: <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss705.pdf>>, 14 Şubat 2023.

8 Mahmut Kaplan ve Cem Ümit Beyoğlu, ‘Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu’ Yenisey F, Özgenç İ, Nuhoglu A, Sözüer A ve Turhan F (edr), *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach’a Armağan* (Birinci Baskı, Seçkin 2018) 284.

II – MENFAAT ŞARTININ TARİHÇESİ

A – 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Dönemi

Bilgiye dayalı manipülasyon suçu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (mülga SPK) 47/A-3 maddesinde, “*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler... iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır... verilecek para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede kanun koyucu, “*etkilemek amacıyla*” ifadesi yerine hareketin elverişliliğine işaret eden “*etkileyebilecek*” ifadesini kullandığından, Mülga SPK'nın yürürlükte olduğu dönemde suç, genel kastla işlenebilmekteydi. Görülmektedir ki mülga SPK'da, menfaat şartı suçun oluşması için bir netice olarak aranmamış ve tıpkı yürürlükteki SPK'nın 107/1 maddesinde yer verilen işleme dayalı manipülasyon suçuna ilişkin düzenlemede olduğu gibi, failin elde ettiği menfaat, uygulanacak adli para cezasının belirlenmesinde asgari had olarak kabul edilmişti. Buna göre, adli para cezasının asgari haddi, edinilmiş menfaatin üç katından az olamamaktaydı.

Bu düzenlemedeki menfaat şartı, yalnızca suçun oluşumundan sonra asgari ceza haddinin belirlenmesine dair bir gösterge olarak nitelendirildiği için bu şartın netice başlığı altında mı yoksa objektif cezalandırılabilme şartı olarak mı değerlendirileceğinin tartışılmasına da gerek yoktu. Bu haliyle söz konusu düzenleme tarzında yegâne mesele, ceza politikası ve cezalandırmanın kriterlerine ilişkindi.

B – 6637 Sayılı Kanun Değişikliğinden Önceki Dönem

2499 sayılı SPK, 06.12.2012'de kabul edilen 6362 sayılı SPK ile yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte tıpkı mülga SPK gibi 6362 sayılı SPK'da da bilgi manipülasyonu suçuna yer verilmiştir. Ancak SPK'nın yürürlüğe girdiği ilk dönemde mülga SPK'dan farklı olarak, ne netice açısından ne de adli para cezasının belirlenmesinde bir asgari had ölçüsü olması açısından, menfaat unsuruna bir kriter olarak yer verilmemişti. Buna göre suç sırf hareket suçu olarak düzenlenmiş olup, elverişli hareketin gerçekleşmesiyle birlikte ayrıca bir netice aranmadan suç oluşmaktaydı. Adli para cezası miktarı, “*beş bin güne kadar hapis*” şeklinde tayin edilmişti. Bu çerçevede genel hükümlere göre suçun asgari haddi, halen geçerliliğini koruduğu üzere, en az beş gün olarak belirlenebilmekteydi (TCK m:52/1).

6362 sayılı SPK'nın ihdas sebebi olarak gösterilen “*sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişiminin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması*” amacı (SPK m:1) çerçevesinde, sermaye piyasası araçlarına yönelmiş olan ve onların “*fiyatlarını, değerlerini*” ya da bunların oluşmasına sebep “*yatırımcı kararlarını*” etkileyebilecek hareketler suç olarak belirlenmiştir (SPK m:107/2). Buna göre suçun oluşması için somut bir tehlikenin ortaya çıkmasına dahi gerek yoktur. Sermaye piyasası araçlarının fiyat ve

değerini etkileyebilecek elverişli hareketler mevcutsa, bu soyut tehlike hali dahi suçun oluşması için yeterlidir. Ayrıca bir somut tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığına dair araştırma yapılmaz⁹.

Kanun'un ilk halinde bu suçun ani hareketli bir suç olarak düzenlenmiş olduğu değerlendirildiğinde, suçun konusuna dair olarak da soyut tehlike suçu olarak şekillenmiş olması tutarlılık arz etmekteydi.

C – 6637 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonraki Dönem

27.03.2015 tarih ve 6637 sayılı Kanun'un 11'inci maddesiyle, bilgiye dayalı manipülasyona dair düzenlemeye (SPK m:107/2) "*ve bu surette menfaat sağlayanlar*" ibaresi eklenmiş ve bu şartla birlikte, suç ani hareketli suçtan, neticeli suça dönüştürülmüştür. Bu itibarla 2499 sayılı Kanun'dan farklı olarak, eklenen menfaat ibaresi cezanın tayininde belirleyici bir özelliğe sahip olmayıp, suçun gerçekleşmesi için zorunlu olan maddi unsur altındaki netice bahsine dairdir. Ayrıca getirilen bu menfaat şartının, SPK'nın 107/1 maddesinde düzenlenen işleme dayalı manipülasyon suçundan ve mülga SPK'nın 47/A-3 maddesinde düzenlenmiş bilgi manipülasyonu suçundan farklı olarak belirlenecek adli para cezasının asgari miktarıyla ilgisi yoktur. Her ne kadar genel hükümler çerçevesinde cezanın bireyselleştirilmesi esnasında "*meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı*" hâkim tarafından nazara alınacaksa da (TCK m:61/1-e), bu getirilen düzenleme ile cezanın belirlenmesi arasında bir bağ yoktur. Bu düzenleme getirilmeden önce de "*meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı*" hâkim tarafından cezanın belirlenmesi esnasında dikkate alınmaktaydı.

2015 değişikliğiyle birlikte getirilen menfaat şartıyla birlikte, suçun oluşması için hareketten bağımsız bir netice aranmaya başlanmıştır. Elverişli hareketlerle suçun icrası tamamlanmış olmakla birlikte menfaat neticesi meydana gelmemişse, suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Menfaat şartını getiren 6637 sayılı Kanun'un Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) teklif edilen ilk halinde, "*ve bu suretle kendisine veya bir başkasına doğrudan yahut dolaylı bir menfaat sağlayanlar*" ifadesinin kanuna eklenmesi önerilmişti. Teklifin gerekçesinde; Avrupa Birliği (AB) normlarının benimsenerek SPK'nın ihdas edildiği, suçun oluştuğunun tespitinde uygulamada sorunlar olduğu, cezalandırmanın yapılamadığı, menfaat şartı yerine getirilmediği hallerde de SPK'nın 104'üncü maddesindeki idari yaptırımını gerektiren "*piyasa bozucu eylemlerin*" söz konusu olabileceğine vurgu yapılmıştır. Buna mukabil, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmeleri esnasında, teklif sahipleri tarafından öneri değiştirilmiş ve "*veya bir başkasına doğrudan yahut dolaylı bir menfaat sağlayanlar*" ibaresi de daraltılarak kanunlaşan haliyle "*ve bu suretle menfaat sağlayanlar*" şekline dönüştürülmüştür¹⁰.

TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'nda muhalefet milletvekillerinin öne sürdüğü karşı oylarda, teklifin hakiki gerekçesinin; sonradan terör eylemleri nedeniyle faaliyet izni Bankacılık Düzenleme

9 Buminhan Duman, *Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu*, (Birinci Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 139; Can Yalçın, 'Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2020) (5)1-3 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3506.

10 Teklif metnini ve karşı oyları da içeren Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu için bkz: <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2736.pdf>>, Erişim Tarihi: 14.02.2023.

ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından kaldırılan bir bankaya ilişkin olarak dönemin başbakanı tarafından yapılmış açıklamalarının bilgi manipülasyonu olarak değerlendirilmesi tehlikesinin bertaraf edilmesi olduğu iddia edilmiştir. Menfaat şartının eleştirisini yaptığımız IV numaralı başlıkta daha detaylı açıklanacağı üzere, eğer teklif gerekçesinin muhalefet milletvekilleri tarafından ifade edildiği hususlara dayanmakta olduğu iddiası doğruysa, yapılan değişikliğin hukuki anlamı olmadığını ifade etmek gerekir. Zira iddia edilen hadiseye dair olarak, menfaat elde edilmesi şartı getiren herhangi bir düzenleme olmasa dahi suç zaten oluşmayacaktı. Nitekim bu suçun manevi unsuru içinde kastın yanında saik (özel kast) arandığı için, “*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararını etkilemek*” yönünde özel bir gaye taşımayan kişinin yaptığı hareketler her halükârda suç kapsamında değerlendirilemez.

III – MENFAAT ŞARTININ KAPSAMI VE GETİRDİĞİ YENİLİKLER

27.03.2015 tarihli 6637 sayılı Kanun’un 11’inci maddesi çerçevesinde SPK madde 107/2’ye ilave edilen “*ve bu surette menfaat sağlayanlar*” ibaresiyle birlikte, hareketten bağımsız bir netice aranmayan ve sırf hareket suçu olarak düzenlenen bilgiye dayalı manipülasyon suçu, artık neticeli bir suç haline getirilmiştir¹¹. Bu değişiklikte birlikte, suçun konusu olan sermaye piyasası araçlarının fiyat ve değerlerini etkilemeye elverişli seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde suç tamamlanmış olmayacak, ayrıca suçtan ötürü bir menfaat elde edilmesi gerekecektir. Ancak elverişli seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmiş olmasına rağmen menfaat elde edilmemişse, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.

Borsada işlem gören bir elektrik üreticisi şirkete verilen sübvansiyonların sona erdirildiğine dair Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılacağını ve bu şirketin devlet desteğinden yoksun kalacağını belirten asparagas haberin yayıldığını varsayalım. Eğer bu haber çok takipçili ve saygın addedilen bir sosyal medya hesabından yayılıyorsa, gerçekten de hisse senedinin değerini ve fiyatını etkilemek ya da yatırımcıların kararını değiştirmek yönünde bir etki doğabilir. Böyle bir durumda hareketin elverişli olduğu kabul edilecektir. Ayrıca somut bir tehlike ortaya çıkmasa dahi, tehlike ihtimali oluşmuştur. Menfaat gerçekleşme de suç teşebbüs aşamasında kalır. Ancak aynı eylemin üç ya da dört takipçisi olan, kimsenin takip etmediği, gerçek kimliğin bilinmediği bir mahlas hesaptan paylaşılması halinde, suçun konusu üzerinde tehlike yaratılması ihtimali olmayacaktır. Bu durumda suçu işlemeye elverişli şekilde icra hareketleri gerçekleşmediği için teşebbüsten dahi bahsedilemez.

Burada bir hususa daha işaret etmek gerekir. Kanuna yapılan ilaveyle menfaat bir netice olarak aranmışsa da bir menfaatin elde edildiği, buna karşılık manipülatif bilginin sermaye piyasası aracının fiyatının belirlenmesinde etkili olmaya elverişli olmadığı durumlarda da suç oluşmaz¹². Dolayısıyla, suç neticeli bir suça dönüştürülmüş olmakla birlikte, halen bir zarar suçu niteliğini haiz değildir.

11 Can Yalçın, ‘Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu’ (2020) (5)1-3 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3505

12 İşleme dayalı manipülasyon yönünden benzer tespit için bkz: Can Canpolat, ‘Uygulamaya Bakan Yönleriyle İşlem Temelli Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu’ Özgenç İ, Şahin ve Turhan F (edr) 5. *Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Sempozyumu* (Seçkin 2020) 2, 987-988.

Öyle ki edinilen menfaat suçun konusuna dair olan sermaye piyasası aracından elde edilmemiş de olabilir. Somut ekonomik karşılığı olan herhangi bir menfaatin edinilmiş olması yeterlidir.

İşlenen fiilin suçun konusunu tehlikeye atmaya ya da zarara uğratmaya elverişli olması gerekmekte olup menfaatin doğrudan suçun konusuna dair olmasına gerek olmadığını belirttik. Buna mukabil elverişlilik konusunda hatırlatılması gereken husus şudur: İster menfaat şartı gerçekleşsin isterse de menfaat şartı gerçekleşmeksizin suç teşebbüs aşamasında kalsın, seçimlik hareketin suçun konusuna yönelik olarak soyut tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığı hususu her daim araştırılmalıdır. Tehlikenin somut olarak oluşması gerekmez. Manipülatif amacı taşıyan davranışların suçun konusunu tehlikeye düşürmesinin mümkün olmadığı halde suç oluşmayacağından, SPK'nın 104'üncü maddesindeki "piyasa bozucu eylemler" başlıklı hükümde öngörülen idari yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır.

Bununla birlikte, hareketin suçun konusu olan sermaye piyasası aracına yönelmesi şarttır. SPK'nın 3/o maddesinde sermaye piyasası araçları sayılmış olup Sermaye Piyasası Kurulu'na ayrıca yeni piyasa araçları belirleyebilme yetkisi de verilmiştir. Örneğin kripto paralar sermaye piyasası aracı değildir. Sermaye piyasası aracı olmayan bu tarz değerlere yönelmiş hareketler, menfaat neticesi elde edilse bile suç kapsamında değerlendirilmez.

Menfaatin ne olduğu da tartışılmalıdır. Örneğin takdir görmek, intikam almak, beğenilmek ya da benzer bir soyut bir menfaat suçun netice şartının gerçekleşmesi için yeterli midir? Belirtelim ki, menfaatin ekonomik olarak belirlenebilir bir somut menfaat olması gerekir. Yoksa maddi olarak ölçülemeyen bir yararın, bu suçun neticesi kabilinden bir menfaat olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu önüne ilk gelen teklifte, "kendisine veya bir başkasına doğrudan yahut dolaylı" menfaat edinmek ifadesi mevcuttu. Ancak Komisyon çalışmaları esnasında, teklifi getirenlerin önerisiyle "kendisine veya bir başkasına doğrudan yahut dolaylı" ifadesi çıkarılmıştır. Bu ifadenin çıkarılması, kanun koyucunun yalnızca somut ekonomik menfaatin elde edilmesi halinde fiili cezalandırılabilir kılmayı amaçladığını göstermektedir. Suçun ekonomik suçlar arasında tasnif edilmesi nedeniyle, ortaya çıkan menfaatin de paraıyla ölçülebilir olmasını gerektirdiği ifade edilmektedir. Bu somut ekonomik menfaatin her zaman malvarlığında bir artış meydana getirmesi gerekmez. Malvarlığındaki azalmanın engellenmesi de somut ekonomik menfaat içinde değerlendirilecektir¹³.

Sermaye Piyasası Kurulu, belli bir şirket üzerine ısrarlı şekilde gerçeğe aykırı paylaşımda bulunan bir kişinin durumunu incelemiş ve 22.05.2015 13/653 sayılı toplantısında verdiği kararlar, bu kişinin Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) ya da Borsa İstanbul (BİST) üzerinden ve sermaye piyasası araçları üzerinden edinilmiş bir menfaati olmadığından bahisle işlem tesis etmemiştir¹⁴. İdari organın bu kararı, Kanun'un daralttığı suç alanını daha da daraltmıştır. Öyle ki somut menfaat illa ki Merkezi

13 Buket Öz, 'Türk Sermaye Piyasasında Piyasa Dolandırıcılığı Suçları' (2018) (4)7 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 148; Duygu Köroğlu Paşaoğlu, '6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 107. Maddesi Çerçevesinde Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (Yüksek Lisans Tezi Medipol Üniversitesi, 2019) 69; Esin Şuekinçi, 'Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (Yüksek Lisans Tezi Marmara Üniversitesi, 2019) 95; Özdemir, (n 4) 255.

14 Sermaye Piyasası Kurulu Karar bilgisi alıntı: Köroğlu Paşaoğlu, (n 12) 60-61.

Kayıt Kuruluşu (MKK) ya da Borsa İstanbul (BİST) kayıtlarından belirlenemeyebilir. Ya da bu somut menfaat, sermaye piyasası araçları dışında bir şekilde de edinilebilir. Bu noktada, mevcut durumdaki değerlendirmenin, herhangi bir kısıta gidilmeden parayla ölçülebilen herhangi bir somut menfaat üzerinden yapılması gerekirdi.

Öğretide, bilgi manipülasyonu suçundaki menfaat şartıyla TCK'nın 252'nci maddesindeki menfaat şartı da birlikte değerlendirmeye tabi tutulmuş ve Yargıtay'ın rüşvet suçuna dair olarak kamu görevlisine ya da onun göstereceği üçüncü kişiye “*fuhuş için kadın temini*” eylemini menfaat olarak değerlendirmesinin manipülasyon suçu açısından geçerli olmadığı ifade edilmiştir¹⁵. Bu kabulün doğru olmadığı kanısındayız. Nitekim ahlaki olmasa da “*fuhuş için kadın temini*” eyleminin bir ekonomik değeri vardır. Bu eylem neticesinde menfaat sağlayan, en azından mamelekindeki azalmayı engellemiş bulunmaktadır. Bilgi manipülasyonu suçunda elde edilebilecek bu tarz bir menfaatin de somut menfaat içinde değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Örneğin bir ekonomi yorumcusu, böylesine bir menfaat edinerek manipülatif bilgiyi televizyon kanallarından yaymışsa, elde ettiği menfaatin parayla ölçülebilir somut bir menfaat olduğunu ve suçta aranan neticenin gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.

Menfaatin doğrudan fail tarafından elde edilmesi gerekmektedir. Failin dolaylı olarak elde edeceği menfaatler veyahut üçüncü kişilerin edindiği menfaatler, menfaat neticesinin gerçekleşmesi için yeterli değildir¹⁶. Nitekim menfaat şartının kanunlaştırma sürecinde bu husus tartışılmış ve ilk teklifte yer alan “*doğrudan veyahut dolaylı menfaat*” ibaresi yine ilk öneriyi getirenler tarafından değiştirilmiş ve metin, bu son haliyle kanunlaşmıştır. Örneğin failin çok sevdiği birisinin yarar sağlaması hali, failin doğrudan kendi yararı olmadığı için menfaat şartının gerçekleştiği şeklinde değerlendirilemez. 6637 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinin kanunlaştırılması esnasında menfaat şartına dair teklifin ilk halinde “*kendisine veya bir başkasına doğrudan yahut dolaylı*” ifadesine yer verilmiş olup, bu ifade yine ilk teklifi getirenler tarafından verilen başka bir teklifle metinden çıkarılmış ve bu şekilde kanunlaştırılmıştır. Bu kanunlaştırma süreci dikkate alındığında, failin kendisine doğrudan sağladığı menfaat anlaşılmalıdır. Kaldı ki, SPK'nın 106'ncı maddesinde düzenlenen “*bilgi suistimali*” suçunda, açıkça “*kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden*” lafzı benimsenmiş olup, kanun koyucunun niyazı o yönde olsaydı, tıpkı 106'ncı maddede benimsemiş olduğu gibi, 107'nci maddede de “*kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden*” ifadesini kanunlaştırırdı¹⁷. Failin (dolaylı faillik şeklinde) hileli bir hukuki işlemle (örneğin namı müstear kullanarak) başkaları üzerinden kendisine menfaat sağlaması halinde ise, bu menfaatin doğrudan faile sağlanan menfaat olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁸.

15 Kaplan ve Beyoğlu, (n 7) 282.

16 Dilek Özge Erdem, ‘Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçları’ (2020/2) (65) Adalet Dergisi 353.

17 Aksi görüş: Kaplan-Beyoğlu; bir gazetecinin bir sermaye piyasası aracına dair olarak yaptığı bilgi manipülasyonu fiilinden ötürü gazetecinin arkadaşının menfaat sağlaması halinde de menfaat koşulunun gerçekleştiğini ifade edilmektedir. Olması gerekenin bu yorum gibi olduğunu düşünmekle birlikte, bahse konu yorum şeklinin Kanun'un mevcut haliyle örtüşmediğini belirtmek gerekir. Bahse konu aksi görüş için bkz: Kaplan ve Beyoğlu, (n 7) 282.

18 Seçil Coşkun, ‘Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPKN md.107)’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2020) 485-486; Erdem, (n 15) 353-354.

Belirtelim ki, menfaat şartı bir lehe düzenleme niteliğindedir. Bu şart getirilmeden önce sırf hareket gerçekleştiği esnada suç tamamlanırken, yapılan düzenleme hareketten bağımsız bir neticeyi gerektirmiştir. Buna göre, eski dönemde netice gerçekleşmeksizin sırf hareket kovuşturmayaya tabi tutulurken, değişiklikle birlikte hareket tamamlansa bile menfaat şartı gerçekleşmediğinden suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir. Teşebbüsün cezası, suçun tamamlanmış halinden daha az olarak belirlendiği için de (TCK m. 35/2), lehe kanun hükümleri dikkate alınarak Kanun'un değişiklinin son hali çerçevesinde yargılama yapılacaktır¹⁹.

Birden fazla failin, suçu müştereken işlediği hallerde, menfaat şartının nasıl değerlendirileceği tartışmaya değerdir. Müşterek faillerden birinin menfaat elde etmesi ve fakat diğerinin doğrudan bir menfaat elde etmemesi halinde nasıl bir uygulama gerçekleştirilecektir? Bazı yazarlar, menfaat elde edemeyen müşterek fail açısından suçun gerçekleşmemiş olduğunu savunmuşlardır²⁰. Ancak müşterek faillik durumunda, faillerin suç üzerinde birlikte hakimiyeti mevcuttur. Dolayısıyla suç ortaklığı menfaat ortaklığını da kapsamaktadır. Bu durumda, diğer failin de doğrudan menfaat elde ettiği kabul edilmelidir. Basın mensuplarının, sermaye piyasasındaki yatırımlarını destekleyecek yorumlar yaparak insanları etkilemeleri halinde ("*scalping*"), Alman Federal Mahkemesi'nin eğilimi, bu eylemi müşterek faillik kapsamında değerlendirmek şeklindedir²¹. Buna mukabil, bir iştirak ilişkisi mevcutsa ve failin yanında bir şerik (azmettiren veyahut yardım eden) bulunuyorsa nasıl bir uygulama benimsenmesi gerektiği de değerlendirilmelidir. Eğer fail açısından bir menfaat temini söz konusu değilse, "*failliğin şerikliğe nazaran asliliği*" prensibi çerçevesinde fail açısından suç oluşmadığı durumda, şerikler açısından da suçun oluşmadığı kabul edilmelidir. Bağlılık kuralı çerçevesinde, failin eyleminin tipe uygun olmadığı hallerde, şerikin eyleminin olaya bağlanması mümkün değildir. İştirak halinde işlenen suçlarda, bu suçun cezalandırılabilme alanının ne kadar daraldığı bir misal üzerinden daha iyi anlaşılacaktır: Elinde bazı şirketlerin hissesi bulunan bir kişinin, sözü dinlenen bir ekonomi gazetecisine kendisini acındırarak elindeki hisselerle dair gerçeğe aykırı haber yaymasını istemesi halinde, ekonomi gazetecisi bu eylemi sırf acıma duygusuyla gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda kendisini acındıran kişi yardım eden ya da azmettiren olarak nitelendirilecektir. Ancak menfaat neticesi ekonomi gazetecisi açısından gerçekleşmediğinden ve faile doğrudan bir menfaat temini olmadığından, şerik de tamamlanmış suçtan sorumlu tutulamaz. Buradan çıkan bir başka sonuç, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'nda ilk öneride yer alan "*kendisine veya başkasına doğrudan yahut dolaylı*" ifadesinin teklif metninden çıkarılmış olmasının isabetsizliğidir.

IV – MENFAAT ŞARTI YERİNDELİĞİ KONUSUNDAKİ ELEŞTİRİMİZ

Menfaat şartının kanunlaştırıldığı süreçte, Kanun teklifini getirenler tarafından; AB normlarına uyum çerçevesinde cezalandırılabilmenin sağlanması, suçun oluşup oluşmadığının tespiti esnasında uygulamada ortaya çıkan sorunlar gibi gerekçeler öne sürülmüştür. Belirtmek gerekir ki, AB düzenlemelerinde bilgi manipülasyonuna dair olarak herhangi bir menfaat şartı düzenlemesi yer

19 Duman, *Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu*, (n 8) 209; Özdemir, (n 4) 256-257.

20 Ahmet Emrah Geçer, 'Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2017) (XXI)2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 255.

21 Erdem, (n 15) 355.

almamaktadır. Keza 596/2014 nolu Avrupa Parlamentosu ve Konsey Regülasyonu'nda, bilgiye dayalı manipülasyon suçu için öngörülmüş bir menfaat şartı yoktur²². Nitekim Kanun'un 2012'deki ilk hali de bu düzenlemeyle paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla AB normlarına uyum şeklinde ifade edilen gerekçe, yeterli dayanaktan yoksundur.

Sermaye piyasası suçları ve özelinde de manipülasyon suçları, ispatı zor olan ekonomik suçlardandır. Nitekim bu incelemenin konusu olan bilgi manipülasyonu suçu da saik (özel kast) aranan suçlardan olup, failin seçimlik bağlı hareketi gerçekleştirmeye kastetmesi yetmez; bu hareketin öncül motor gücü olan *“sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerini veya yatırımcıların kararını etkilemek amacıyla”* fail tarafından öncelikli olarak benimsenmiş olması gerekir. Başka bir deyişle fail, kastettiği seçimlik hareketi, bu belirtilen amaç çerçevesinde gerçekleştirmiş olmalıdır. Failin içsel duygu ve düşünce dünyasına dair olan bu gayenin tespiti ve ceza muhakemesi kuralları içinde ispatı da kolay değildir. Kaldı ki, bu suçun ispatına yönelik delil elde etmeye ve delilleri muhafaza etmeye matuf koruma tedbirleri de uygun tasarlanmamıştır. Örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 135'inci maddesinde yer verilen *“iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması”* tedbirinin uygulanması için ön şart olan sayılı katalog suçlar içinde manipülasyon suçları sayılmamıştır. İletişime dair bu koruma tedbiri dahi bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması açısından işlevsel değilken, suçun cezalandırılabilirlik alanının bir de menfaat şartıyla daraltılması, fiili olarak bu suçun ispatını iyice zorlaştırmıştır. Saikin bu kadar zor tespit edilebildiği bir suç türünde, ayrıca bir somut ekonomik menfaatin aranması, suçun cezalandırılabilirlik alanını iyice daraltmakta ve toplumda cezasızlık algısının oluşması tehlikesini doğurmaktadır. TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'ndaki görüşmelerde, suçun tespitinde sıkıntılar yaşanmakta olduğu bir gerekçe olarak ifade edilmiştir. Ancak bu gerekçeye göre, cezalandırılabilme alanının daraltılması yerine, genişletilmesi gerekirdi.

Bunun yanında, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'nda, teklife karşı çıkarak muhalefet şerhi koyan milletvekillerinin bu şerhlerinde iddia ettikleri üzere; sonradan terör nedeniyle faaliyet izni iptal edilen bir banka hakkında dönemin başbakanının yapmış olduğu açıklamaların suç oluşturmasının önüne geçilmesi gayesinin güdülmüş olması kabulünde dahi, teklif verenlerce yeterli hukuki araştırma yapılmadığı görülmektedir. Öyle ki, menfaat şartı getirilmeden önceki durumda da bu suç saik (özel kast) aranan suçlardandı. Suçun sübutu için, *“sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerini veya yatırımcıların kararını etkilemek amacıyla”* benimsenmiş olması gerekmektedir. Yoksa bu amacı taşımayan, örneğin siyasi hasımlık çerçevesinde yapılan açıklamalar veyahut devletin istihbari verileri çerçevesinde terörle mücadele amacıyla yapılan beyanatlar zaten suç vasfını haiz değildir. Hatırlatalım ki, saik aranan suçların olası kastla işlenebilmesi mümkün olmaz. Suç olmayan bir fiili, sanki suçmuşçasına değerlendirmek ve suçun ihdas gayesinden uzaklaşarak cezalandırılabilme alanını daraltmak Kanun'un 1'inci maddesinde belirtilen *“sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması...”* amacına aykırıdır. Kanun koyucu abesle iştiğal etmez şeklinde ifade edilen prensip, kanun koyucunun kanun ihdası esnasında tüm araştırmaları

22 Çağlar Manavgat, 'Bilgiye Dayalı Manipülasyonda Menfaat Elde Etme Şartının Yerindeligi' (2017) (33)2 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 37; Seçil Coşkun, 'Avrupa Birliği Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon)' (2021) 20(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 559.

yaptığı, gayesini doğru şekilde tespit ettiği ve bu gayeye uygun normu koyduğu kabulüne dayanır. Bu yalnızca uygulayıcıların bir kabulü olmamalı, kanun koyma işlemi esnasında kanun koyucular da aynı hassasiyet çerçevesinde hareket etmelidir.

2015 yılında maddeye yapılan ilaveyle suç sırf hareket suçu olmaktan çıkarılarak neticeli bir suça dönüştürülmüştür. Ancak getirilen menfaat şartı suçun konusunun zarara uğratılmasıyla alakalı olmadığından, neticeli suça dönüştürülen bu suç, halen soyut tehlike suçu olma özelliğini korumaktadır. Bu da ceza hukuku tekniği açısından çelişkiye sebep olmaktadır. Zira netice için gerekli menfaat, suçun yöneldiği şey olan konudan farklıdır. İşlenen fiilde aranan netice, suçun konusunun etkilenmiş olmasına ilişkin değildir. Suçun konusunun zarar görmesine gerek yoktur. Suçun konusunun etkilenmesine etkili olabilecek elverişli icra hareketleri gerçekleştirilmeli ve fakat suçun konusundan başka olarak bir menfaat elde edilmelidir²³. Suçun unsurlarının çelişkili şekilde oluşturulduğu bu suç tipinde, uygulayıcıların birbirinden farklı ve yanlış nitelendirilebilecek kararlarına davetiye çıkarılmıştır. Nitekim bizim neticeli bir soyut tehlike suçu olarak nitelediğimiz bu suçun, zarar suçu haline dönüştüğünü iddia eden görüş sahipleri de bulunmaktadır²⁴.

Bir diğer çelişki de sırf hareket suçu niteliğini korumakta olan ve soyut tehlike suçu niteliğini haiz olan işleme dayalı manipülasyon suçu için (SPK m:107/1) etkin pişmanlık düzenlemesi yapılmış olmasıyla ortaya çıkmaktadır (SPK m:107/3). Hareketten ayrı netice aranmayan işleme dayalı manipülasyon suçunda, failin, “*elde ettiği ya da edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı kadar parayı, Hazineye*” ödemesi halinde, ceza muhakemesinin evresine göre etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanması söz konusudur. Dikkat edilirse, işleme dayalı manipülasyon suçu için menfaat neticesi şartı olmamasına rağmen, menfaat ile orantılı bir paranın Hazine'ye yatırılması halinde etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir. Buna mukabil, menfaatin neticenin gerçekleşmesi açısından şart olduğu bilgiye dayalı manipülasyon suçu için, menfaate dayalı bir paranın Hazine'ye yatırılması şeklinde herhangi bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmemiştir. Bu da kanun koyucunun gerekli hukuki gerekçelendirmeyi yapmadan yasalaştırdığı metnin yarattığı çelişkilerden bir tanesidir. Yeterli hukuki araştırma yapılmaksızın yapılan kanunlaştırma hareketleri hem niyaz edilen sonuçlara ulaşmaktan uzaktır hem de bu olayda olduğu gibi hiç öngörülmemiş yeni sorunlar doğurabilmektedir.

Hatırlatmak gerekir ki, kanun koyucunun bu suçu ihdas etmek yönündeki bir diğer gayesi caydırıcılığı sağlamaktır. Nitekim Kanun'un amacına en çok halel getiren fiiller suç olarak nitelendirilmiş, daha az zarar ihtimali doğuran fiiller ise idari müeyyidelerle yaptırım altına alınmışlardır. Kanun koyucu bu gayesini, 20.02.2020 tarihli 7222 sayılı Kanun değişikliğinin gerekçesinde de ortaya koymuştur. 7222 sayılı Kanun ile manipülasyon suçlarının asgari hapis cezası hadleri iki yıldan üç yıla çıkarılmış olup, bu değişikliğe gerekçe olarak da açıkça caydırıcılığın artırılması amacı gösterilmiştir. Bir yandan 20.02.2020 tarihli 7222 sayılı Kanun'la caydırıcılığın artırılması için cezalar artırılırken, öte yandan

23 Veliye Yanlı, 'Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçları' (2004) (22)4 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 26.

24 Suçun neticeli bir suç haline gelmesiyle birlikte zarar suçu haline dönüştüğünü ifade eden aksi görüş sahipleri de bulunmaktadır. Bknz: Uğur Aşkın, 'Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2019) 24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 698.

27.03.2015 tarihli 6637 sayılı Kanun'un 11'inci maddesiyle menfaat şartı getirilerek cezalandırılabilme alanının olabildiğince daraltılmış olması bir çelişkiyi içinde barındırmaktadır. Mevcut durumda, işleme dayalı manipülasyon suçu ile bilgiye dayalı manipülasyon suçunun hapis cezası hadleri aynı olmakla birlikte, bilgiye dayalı manipülasyon suçunun adli para cezası hem daha azdır hem de işleme dayalı manipülasyonun aksine edinilen menfaate dayalı bir artırım gerektirmemektedir. Bu durum, her ne kadar işleme dayalı manipülasyon suçu daha fazla teknik bilgiyi gerektirdiğinden, bu suçta suç işleme kararının daha yoğun olmasına bağlanmışsa da²⁵, bilgiye dayalı manipülasyon suçunun cezalandırılabilme alanının iyice daraltıldığı da dikkate alındığında, neredeyse bilgiye dayalı manipülasyon suçunun cezalandırılabilme alanının kalmadığı söylenebilecektir.

TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'ndaki görüşmeler esnasında, teklif sahipleri, ilk verdikleri teklifte bulunan *"ve bu suretle kendisine veya başkasına doğrudan yahut dolaylı menfaat sağlayanlar"* ibaresini de yeni bir teklifle çıkarmışlar ve yalnızca *"bu suretle menfaat sağlayanlar"* ifadesiyle alanı daha da daraltmışlardır. Görülmektedir ki, cezalandırma alanını daraltan kanunlaştırma süreci içinde, yine aynı teklif sahiplerinin önerisiyle, ilk tekliften de daha fazla cezalandırılabilme alanını daraltan bir metin ortaya çıkmıştır. Kaldı ki bu suç tiplerinde failler, genellikle başka ekonomik güç odaklarını arkalarına alarak ve onlarla iş birliği içinde bu fiilleri gerçekleştirmektedirler. Öyle ki çoğunlukla görünen fail dışındaki kişiler menfaat sağlamaktadırlar. Bu nedenle her ne kadar menfaat sağlama şartını gereksiz bulsak da, mutlaka bu şart getirilecekse de teklifin ilk halindeki *"kendisine veya bir başkasına doğrudan ya da dolaylı"* ifadesinin çıkarılmaması ve cezalandırılabilme alanının daha da daraltılmaması yerinde olurdu.

V - SONUÇ VE ÖNERİLER

Menfaat şartının, hakiki bir gerekçe olmaksızın getirildiği, AB normlarında bu şartın olmadığı ve zaten uygulanması zor olan Kanun'un cezalandırılabilme alanını iyice daralttığı görülmektedir. Ayrıca manipülasyon saiki olmayan siyasi beyanatların ya da devletin istihbari bilgileri çerçevesinde terörle mücadele kapsamı içinde değerlendirilebilecek açıklamaların suç kapsamı içinde değerlendirilmesi mümkün olmadığından, (eğer kanunlaştırmanın amacı buysa buysa) menfaat şartının getirilmesine de gerek yoktur. Menfaat şartına dair yapılan düzenleme, zaten ispatı zor olan bu suç tipinin cezalandırılabilme alanını iyice daraltmıştır.

Hal böyleyken, menfaat şartının bir netice olarak belirlenmesi uygulamasından vazgeçilmesi ve madde metninden *"ve bu suretle menfaat sağlayanlar"* ifadesinin çıkarılması, yaratılan sorunların giderilmesi açısından faydalı olacaktır. Bu değişiklikle aynı anda hem neticeli bir suç hem de soyut tehlike suçu olmanın getirmiş olduğu çelişki de giderilecektir. Kaldı ki uyum hedefi güdülen AB düzenlemelerinin menfaat şartı aramadığı dikkate alındığında, Türk uygulamasında gereği olmayan ve AB düzenlemeleriyle de çelişik olan bu ibarenin kaldırılması, AB müktesebatına uyum konusunda fayda getirecektir.

25 Şuekinici, (n 12) 82.

Etkin pişmanlık müessesesinin sırf hareket suçu olarak düzenlenen işleme dayalı manipülasyon suçunda benimsenmiş olmasına rağmen, neticeli suç haline getirilen bilgiye dayalı manipülasyon suçunda benimsenmemiş olmasının çelişmesine yukarıda değinilmişti. Her ne kadar bilgiye dayalı manipülasyon suçundaki menfaat şartının kaldırılması gerektiği düşüncesinde olsak da bu suç için ayrıca etkin pişmanlık düzenlemesinin de yapılması uygun olacaktır. Ancak bu sefer etkin pişmanlıkta menfaat şartının cezanın asgari haddinin tayininin belirlenme kistası olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ceza muhakemesi evresine göre, failin elde etmiş olduğu menfaatin iki katını Hazine'ye ödemesi hali, bilgiye dayalı manipülasyon suçu için de etkin pişmanlık hali olarak düzenlenmelidir. Ancak buradaki menfaat şartı doğrudan menfaat olarak sınırlanmamalı, elde edilmesine doğrudan ya da dolaylı olarak neden olunan menfaatler de etkin pişmanlık hükümlerinde dikkate alınmalıdır. Böylece failin toplumla barışması yönünde bir fırsat da yaratılmış olacaktır.

Tüm bu tespitlere ek olarak, suçun cezasının tayininde de menfaat şartının bir kriter olarak kullanılmasına imkan tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, tıpkı işleme dayalı manipülasyon suçunda olduğu gibi, adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesiyle elde edilen menfaatten az olmamalıdır. Ancak düzenlemenin, doğrudan elde edilen menfaatle sınırlı tutulmaması, dolaylı menfaatleri de kapsamayı uygun olacaktır. Bu nedenle, SPK'nın 107/2 maddesine son cümle olarak *"Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen doğrudan ve dolaylı menfaat toplamından az olamaz"* ibaresinin eklenmesi yerine olacaktır.

KAYNAKÇA

- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler* (14. Bası Adalet Yayınevi, 2020).
- Aşkın U, 'Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2019) 24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 682-710.
- Bradfield J, *Introduction to the Economics of Financial Markets* (Oxford University Press, 2007).
- Canpolat C, 'Uygulamaya Bakan Yönleriyle İşlem Temelli Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu' Özgenç İ, Şahin ve Turhan F (edr) 5. *Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Sempozyumu* (Seçkin 2020) 2 978-1010.
- Coşkun S, 'Avrupa Birliği Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon)' (2021) 20(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 559-613.
- Coşkun S, 'Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPKn md.107)' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2020).
- Duman B, *Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu*, (Birinci Baskı Adalet Yayınevi, 2020).
- Duman B, 'Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Bilgiye Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2019) (14)149 Terazi Hukuk Dergisi 16-33.
- Dursun Özdemir G, *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları* (Seçkin, 2022).
- Dursun S, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar* (1. Baskı Oniki Levha, 2010).
- Erdem DÖ, 'Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçları' (2020/2) (65) Adalet Dergisi 335-363.

- Geçer AE, 'Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2017) (XXI)2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 241-270.
- Kaplan M ve Beyoğlu CÜ, 'Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' Yenisey F, Özgenç İ, Nuhoglu A, Sözüer A ve Turhan F (edr), *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach'a Armağan* (Birinci Baskı, Seçkin 2018) 249-313.
- Koroğlu Paşaoğlu D, '6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 107. Maddesi Çerçevesinde Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (Yüksek Lisans Tezi Medipol Üniversitesi, 2019).
- Manavgat Ç, 'Bilgiye Dayalı Manipülasyonda Menfaat Elde Etme Şartının Yerindeliği' (2017) (33)2 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 29-41.
- Manavgat Ç, *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı, 2008).
- Öz B, 'Türk Sermaye Piyasasında Piyasa Dolandırıcılığı Suçları' (2018) (4)7 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137-160.
- Şuekinci E, 'Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (Yüksek Lisans Tezi Marmara Üniversitesi, 2019).
- Yalçın C, 'Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2020) (5)1-3 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3483-3525.
- Yanlı V, 'Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçları' (2004) (22)4 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 23-44.

Türk Ceza Hukukunda Bilişim Sistemine Girme Suçuna İlişkin Değerlendirmeler (TCK.243/1)

Evaluations Regarding the Crime of Entering the Information System in Turkish Criminal Law

Pınar MEMİŞ KARTAL^{*}, Gülfem IŞIKLAR ALPTEKİN^{**}

ÖZ

Günümüzde bilişim sistemlerinin tanımlanması büyük önem kazanmıştır. Bunun en önemli sebebi, ortaya çıkabilecek hukuki sorunlara çözüm arayışında adil, hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşabilmektir. Özellikle ceza hukuku yönünden yapılacak tartışmalarda bilişim sisteminin tanımlanması suçta ve cezada kanunilik bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle bilişim sistemlerini tanımak aslen bilişim uzmanlarının görevidir ve her olayda mutlaka bu uzmanların teknik görüşüne başvurulmalıdır. Türk ceza hukukunda, Avrupa ülkelerinin çoğunda olduğu gibi bilişim sistemlerine karşı işlenen fiiller kanun içinde düzenlendikleri yerler farklı olsa da, suç olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme, bilişim sisteminin güvenliğine ve bu sisteme duyulan güvene karşı işlenen bir suçtur. Bununla birlikte bir bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına hukuka aykırı bir şekilde girilmesi durumunda veya bu ortamda kalınması halinde, bireyin özel hayatının gizliliği ve/veya haberleşme özgürlüğü de ihlal edilmektedir. Bu suçun öngörülme sebebinin, Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesine taraf olmanın getirdiği yükümlülük olduğu düşünülebilir. Ancak, bu suçun Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olmasındaki asıl amaç, günümüz teknolojilerinin kötüye kullanımı sonucu ortaya çıkabilecek ihlalleri engelleme amaçlıdır. Özet olarak, bu çalışmada, TCK.m.243/1 'de düzenlenen bilişim sistemine girme suçu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bilişim Sistemi, Türk Ceza Kanunu, Sisteme Girme, Sistemde Kalma, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi.

ABSTRACT

Defining information systems has recently gained considerable importance. The main reason for this is to reach a fair and equitable outcome in the search for a solution to possible legal issues that may arise. The definition of the informatics system is of critical importance in terms of legality in crime and punishment, especially in discussions on Criminal Law. Therefore, it is primarily the duty of information technology experts to understand information systems, and in every case, it is essential to consult their technical opinion. In Turkish Criminal Law, as in most European countries, the acts committed against information systems are regulated as crimes, even if they are regulated in different parts of the law. Article 243 of the Turkish Penal Code No. 5237, which regulates enter to an information system, is a crime committed against the security of the information system and the trust in this system. However, in case of illegal access to all or part of an information system or staying in this environment, the privacy of the individuals, private life and/or freedom of communication is also violated. Although the reason for the anticipation of this crime can be said to be the obligation brought by being a party to the Council of Europe Cyber Crime Convention to which Turkey is a party, the purpose of the Turkish Penal Code No. 5237 is to prevent violations that may arise because of the misuse of today's technologies. In summary, this study will examine the crime of entering to an information system regulated in TPC Article 243/1.

Keywords: Information System, Turkish Penal Code, Entering to the System, Staying in the System, Council of Europe Cyber Crime Convention.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Galatasaray Üniversitesi Bilgisayar Mühendisliği Bölümü Öğretim Üyesi.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Pınar Memiş Kartal

E-posta/E-mail: pmemis@gsu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 02.05.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 17.05.2023

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Bilişim sistemleri ve buna bağlı alanlar son yüzyılın en önemli konularının başında gelmektedir. Genel anlamda ekonomi, ulaşım, sağlık, eğitim gibi pek çok alanda bilişim sistemlerinin kullanılıyor olması, bu sistemlerin sıkı kontrol ve denetim altına alınması ihtiyacını yaratmıştır. Kişisel verilerin öneminin vurgulandığı¹ bu çağda bilişim sistemleri vasıtasıyla verilere en kısa sürede ve etkinlikle erişim hukukçuların da bu alana yoğunlaşmasına neden olmuştur. Türkiye’de de önemli bir araştırma alanı olan bilişim ve bununla bağlantılı ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar, son yirmi yılın tartışma konularındandır.² Özellikle pandemi döneminde bilişim sistemleri vasıtasıyla pek çok alanda faaliyet gösterilebilmesi ile bilişim alanı ve bununla bağlantılı olarak yapay zekâ ve teknolojilerinin gücü ortaya çıkmıştır.

Bilişim sistemlerinin neredeyse tüm alanlarda, bireylere ve topluma hizmet maksadıyla kullanılmasının yanı sıra suç işlemek amacıyla kullanımı da oldukça yaygındır. Teknolojik gelişimin bir parçası olan bilişim sistemlerinin suç işlemek maksadıyla kullanılmasının yanı sıra bizatihi bu sistemlerin kullanım amacıyla da bağlantılı olarak suçun konusunu oluşturduğu tespit edilmektedir. Bu sebeplerle Avrupa Konseyi’nin de konuya ilişkin çalışmaları Avrupa Siber Suç Sözleşmesi³ ile şekillenmiş ve gerek 765 sayılı eski TCK’da, gerekse 5237 sayılı TCK’da bilişim suçları olarak ifade edilen suçlar düzenlenmiştir. Siber suç kavramının, bilişim suçlarından daha geniş bir kavram olduğu, *hakaret, cinsel taciz, dolandırıcılık gibi klasik birçok suç tipinin bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesini de kapsadığı* ifade edilmektedir.⁴

Bilişim sistemlerine yönelik işlenen suçlar ile bilişim sistemleri vasıtasıyla işlenen suçlar birbirinden farklıdır. Bilişim suçları olarak ifade edilen suçlar bilişim sistemlerine yönelik suçlar olup, bilişim sistemlerinin içinde yer alan verilere ilişkin olabileceği gibi, doğrudan bilişim sisteminin kendisini de hedef alabilmektedir.

Bu çeşitlilik geniş bir çalışma alanını oluşturduğundan çalışmada bilişim sistemine yönelik suçlardan sadece TCK.m.243/1’de düzenlenen “bilişim sistemine girme” suçu incelenecek, bu suçun gelişimi, unsurları ile yargı kararları değerlendirilecektir.

1 CONGER Sue/PRATT Joanne/LOCH Karen, Personal Information Privacy and Emerging Technologies, *Information Systems Journal*, Haziran 2012, <https://doi.org/10.1111/j.1365-2575.2012.00402.x>, erişim tarihi: 4 Nisan 2023.

2 KARAKEHYA Hakan, Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Sistemine Girme Suçu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 81, Mart 2009, 189-191, (187-210)

3 23 Kasım 2001’de Budapeşte’de Devletlerin imzasına açılan Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, 1 Temmuz 2004’te yürürlüğe girmiş olup bu alandaki ilk uluslararası antlaşmadır. Türkiye bu Sözleşmeyi 10 Kasım 2010’da imzalayıp, 22 Nisan 2014 tarih ve 6533 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Siber Suç Sözleşmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., KOCA Mahmut, Avrupa Siber Suç Sözleşmesi’nin Maddi Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Düzenlemeler ve Türk Hukuku, Bilgi Toplumunda Hukuk, *Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan*, Cilt III, 2003, 784; ÖNOK Murat, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği, in: *Prof.Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, Yıl:2013, 1241-1247; (ss.1229 – 1270).

4 ÖNOK, 1231.

A. BİLİŞİM SİSTEMİNE GİRME SUÇUNUN YASAL DAYANAĞI

Bilişim sistemine girme suçu başlığı altında düzenlenen hüküm 5237 sayılı TCK'nın 243. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir; “**Madde 243 – (1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.**

(2) Yukarıdaki fıkrafta tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir.

(3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) (Ek: 24/3/2016-6698/30 md.) Bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini, sisteme girmeksizin teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

TCK.m.243 düzenlemesinin, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin 2.maddesinde düzenlenen “yasadışı erişim” ve 3.maddesinde yer alan “yasadışı araya girme” maddeleri dikkate alınarak kaleme alındığı⁵ ve bu Sözleşmeye taraf olmanın gerektirdiği bir yükümlülüğün, bu Sözleşmeye daha taraf olmadan yerine getirildiği ifade edilebilecektir.

Bilişim sistemine girme veya orada kalma suçu olarak ifade edilen TCK.m.243/1 düzenlemesinde, 2016 yılında 6698 sayılı Kanunun 30. maddesi ile değişikliğe gidilerek “ve” bağlacı “veya” ile değiştirilerek suç tipi 2016 tarihindeki değişikliğe kadar “bilişim sistemine girme ve orada kalma” bundan sonra “bilişim sistemine girme veya orada kalma” olarak değişmiştir. Bu değişiklik elbette suçun uygulanma alanını genişletmiş ve bundan sonra bilişim sistemine hukuka uygun surette girmiş olsa bile kişi bu sistemde hukuka aykırı bir şekilde kalmaya devam ederse TCK.m.243/1’deki fiili meydana getirmiş kabul edilecektir. Bundan önce gerçekleşen eylemler bakımından bu değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir.

Bilişim sistemine girme suçu 765 sayılı eski TCK’da öngörülmemiş bir suç tipidir. İlk defa 5237 sayılı TCK ile Kanun’a giren bilişim sistemine girme, TCK’nın ikinci kitabının, “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının, “Bilişim Alanında Suçlar” başlıklı onuncu bölümünde düzenlenen ve iki ayrı suçu öngören bir hükümdür.⁶

TCK.m.243’te düzenlenen suçlardan ilki bilişim sistemlerine girme veya orada kalma suçudur. Bu suçun oluşabilmesi için failin, bir bilişim sistemine, tamamına ya da bir kısmına hukuka aykırı olarak girmesi ya da hukuka uygun surette girse bile hukuka aykırı olarak orada kalması aranmaktadır.

TCK.m.243’te yer alan ikinci suç tipi ise maddenin son fıkrasında düzenlenen “veri nakillerini hukuka aykırı izleme”⁷dir⁸. Söz konusunu TCK.m.243. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen bu

5 YILDIZ Ali Kemal, Bilişim Sistemine Girme, in: *Özel Ceza Hukuku*, Cilt VIII, Oniki Levha, s. 231.

6 YILDIZ, s. 231.

7 KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet, Ankara, 2022, 998 vd.

8 Verileri hukuka aykırı izleme ile ilgili karşılaştırmalı hukuk yönünden kısa değerlendirme için ayrıca bkz. SIEBER Ulrich,

hüküm yine Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin 3. maddesinde düzenlenen “Yasadışı Araya Girme” başlıklı hükmünün öngördüğü yükümlülüğün bir sonucudur.⁹

Çalışmamızın başlığı ve konusu bilişim sistemine girme olduğu için, burada TCK.m.243/4’te düzenlenen “veri nakillerini hukuka aykırı izleme suçu” incelenmeyecek, yeri geldiğinde kısaca değinilecektir.

B. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bilişim sistemine girme suçu ile korunan hukuki değer öncelikle bilişim sisteminin güvenliğidir.¹⁰ Bununla birlikte korunan hukuki değer bilişim sisteminin güvenliği ve güvenilirliği olarak ifade edildiği¹¹ de tespit edilmektedir. Bu görüşleri destekleyen bir başka görüşe göre korunan hukuki değer bilişim sisteminin güvenliği ve dokunulmazlığı olarak ifade ederken, bu hükümle bireylerin güvenli bir şekilde özgürce bilişim sistemlerini kullanmalarının amaçlandığı ifade edilmektedir.¹²

Bilişim sistemine girme suçu ile korunan hukuki değer karma nitelikte olduğunu ifade eden doktrindeki bir görüşe göre, bu suçla birden fazla hukuki yararın korunduğunu ve bunların, “bireylerin bilişim sistemleri içerisinde yer alan verileri, sırları ve özel hayatları yanında, bilişim sistemlerine hukuka aykırı girişler dolayısıyla verileri, sırları ve özel hayatları tehlikeye giren bireylerin bilişim sistemlerine olan güven”¹³ olduğu belirtilmektedir. Yine karma nitelikteki bir diğer görüş öncelikle bilişim sistemlerinin güvenliğinin korunduğunu; bununla birlikte özel hayatın gizliliği ile haberleşme özgürlüğünün de korunan hukuki değer olarak tespit etmektedir.¹⁴ Bir başka görüş ise sistemin içindeki verilerin dışarıdan gelecek müdahalelere karşı korunduğu, özel hayatın gizliliği ile haberleşme özgürlüğünün korunduğunu ifade etmektedir.¹⁵

Kanaatimizce bilişim sistemlerine girme suçu ile korunan hukuki değer karma niteliktedir. Gerçekten de bilişim sistemine girme tek başına sadece sisteme dahil olmak anlamına gelmemekte, sisteme bir kere girdikten sonra verilere erişebilmek anlamına da gelmektedir. Nitekim kanun koyucu TCK.m.243/3’te verilerin yok olmasını da öngörmek suretiyle bu verilere erişimi kabul etmiştir.

Failin bilişim sistemine girdikten sonra kişinin özel hayatına ya da haberleşmesine ulaşım ulaşılamamasının bir önemi bulunmamaktadır. Erişme imkanının, olasılığının mümkün olması yeterlidir. Kanun koyucunun özel hayatın gizliliğini ya da haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarını düzenlerken koruduğu hukuki değer elbette bu haklardır ancak bilişim sistemine girme bu hakların

Bilişim Suçları, (çevirenler YENİSEY Feridun/ ZAIÑOĞLU Damla); in: *Bilişim Teknolojisi ile Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2021, s. 260-261.

9 KOCA/ÜZÜLMEZ, 998.

10 KOCA/ÜZÜLMEZ, 985.

11 DÜLGER Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet, İletişim Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2015, 348.

12 AKBULUT Berrin, *Bilişim Alanında Suçlar*, Adalet, Ankara, 2017, 118.

13 YILDIZ, 233.

14 TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ ÖNOK Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin, Ankara 2022, 1165.

15 YILMAZ Sacit, *Türk Ceza Hukuku Sisteminde Siber Suçlar*, Adalet, Ankara 2023, 194.

da ihlalini meydana getiren bir eylemdir. Dolayısıyla kanun koyucunun bilişim sistemine girme ile öncelikli olarak bilişim güvenliği ve bu sistemlere duyulan güveni koruduğu ifade edilebilecekse de kanaatimizce özel hayatı, kişisel verileri ve haberleşmenin gizliliğini de koruduğu ifade edilebilecektir.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSUR

1. Fail

Bilişim sistemine girme suçunun faili herkes olabilir. Bu suçta fail bakımından bir özellik aranmamıştır. Bilişim sistemine girme suçunun bir tüzel kişi yararına işlenmesi durumunda ise, TCK.m.246 hükmü gereği, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanacaktır. Bu suç yönünden tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri olarak özel bir düzenleme öngörülmediği için, bunlar hakkında uygulanacak hüküm güvenlik tedbirleri başlıklı 5237 sayılı TCK'nın 60. maddesidir.

2. Mağdur

Bilişim sistemlerine girme suçunun mağduru yönünden görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım yazar, mağdurda bir özellik bulunmadığını belirterek, bilişim sistemine girilen kişiyi suçun mağduru olarak kabul etmektedir.¹⁶ Bir görüş de korunan öncelikli hukuki değer olarak bilişim sistemlerinin güvenliği olması nedeniyle bireylerin bu suçun mağduru olamayacaklarını ifade etmektedir.¹⁷

Kanaatimizce mağdur yönünden tespit ettiğimiz korunan hukuki değer çerçevesinde yorum yapacak olursak bilişim sistemine sahip olan kişilerin bu suçun mağduru olacağını ifade edebiliriz. Gerçekten de bilişim güvenliği ve bu sisteme duyulan güvenle birlikte özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü dikkate alınca mağdurun herkes olabileceği sonucuna varılmaktadır.

3. Suç Konusu

Bilişim sistemine girme suçunun konusu, “bilişim sistemi” dir. Burada üzerinde durulması gereken husus bilişim sistemidir. Bilişim sistemi, insanlar, süreçler, teknolojiler ve verilerin bir araya gelerek bilgiyi düzenli ve anlamlı bir şekilde toplamak, işlemek, saklamak, yönetmek ve dağıtmak için birlikte çalıştığı bir yapıdır.¹⁸ Bilişim, teknoloji alanındaki pek çok araç içerisinde ufak bir alanı kapladığı ifade edilse de yarattığı etki yönünden hiç tartışmasız ciddi hukuki sorunlar ortaya koymaktadır.¹⁹

Bilişim sisteminin temel amacı, bir organizasyon veya bireyin karar verme yeteneklerini, iletişimi, işbirliğini ve genel verimliliğini desteklemek ve geliştirmektir.²⁰ Bilişim sistemi hukukçuların

16 KOCA/ÜZÜLMEZ; 987; YILDIZ, 234; AKBULUT, 121.

17 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 1165.

18 BOADEN R./LOCKETT G., Information Technology, Information Systems and Information Management: Definition and Development, *European Journal of Information Systems*, Cilt 1, Sayı 1, Yıl:1991, (23-32).

19 KÜZECİ Elif, Sayısal Fil, İnkılap, İstanbul, 2021, 42.

20 WOOD-HARPER A.Trevor/ANTILL Lyn/AVISON David Ernest, *Information Systems Definition: the Multiview Approach*, Blackwell Scientific Publications, United Kingdom 1985, (26-34).

tanımlayabilecekleri bir sistem değildir. Bu alanda tanım yapmaya, bu tanımlar arasındaki farkı ortaya koymaya yetkin kişiler, bilişim uzmanları, bilgisayar mühendisleri ve bu alanda ihtisas sahipleridir. Dolayısıyla hukukçuların yapmaları gereken tanımlanmış sistemlerin suçta ve cezada kanunilik ilkesi sınırları içerisinde kalarak değerlendirmeleridir.

Teknoloji ile hukuk; teknolojinin hukuka hem problemlerin çözümü için bir üretim alanı yaratması, hem de teknolojinin süreç yönetiminin kontrollü ve güvenilir olmasında hukukun desteğine ihtiyaç duyması açısından iki yönlü ve interaktif bir ilişki içindedir. Türkiye’de özellikle günlük şehir hayatında kullanılan bilişim sistemleri ile ilgili mevzuat, hizmetin yürütülmesi ile ilgili düzenlemelerden değil, kurumların yetki ve görevlerini tanımlayan düzenlemelerden oluşmaktadır. Bu durumun, görev ve yetki çatışmalarına ve kurumların ortak bir çalışma ortaya koyamamalarına sebep olduğu görülmektedir.²¹

Eggers ve Macmillan, 2015’te “Kamunun Geleceğine Yolculuk” başlıklı raporlarında, dijital devrimin dört temel teknolojinin kesişim alanından meydana geldiğini vurgulamışlardır.²² Bu bahsedilen teknolojiler sosyal, mobil, analitik ve bulut teknolojileridir. Giyilebilir teknolojiler ve mobil cihazların kullanımı yaygınlaşıp, insanları ve nesneleri her an bağlantılı bir hale getirmiştir. Rapora göre, dijitalleşme ile birlikte kamu hizmeti anlayışında da köklü değişiklikler gerçekleşmiştir. Özellikle 2020 itibariyle dijitalleşmeye bağlı değişimler başlamıştır. İnsansız hava araçları, suçlu analiz uygulamaları, mobil-sanal kelepçe uygulamaları gibi uygulamaların gelişmesi ile hukuk alanında dijital dönüşüm devam etmektedir. Ulaşım alanında dijital sinyallere dayalı toplu ulaşım sistemleri, sürücüsüz otomobiller, self – servis havaalanları, mobil cihaz destekli ulaşım sistemleri, elektrikli scooterlar, hukuksal çerçeveye oturtulması gereken başlıklar arasında yer almaktadır.²³

Sonuç olarak, suçun konusu olarak genel bir biçimde ifade edilen bilişim sistemleri artık bilgisayar, bilişim ya da internet ile ifade edilmemektedir. Suçun konusu bilişim uzmanları olmaksızın tespit edilemeyecek ciddi bir uzmanlık alanı haline gelmiştir.

4. Hareket

Bilişim sistemlerine girme suçu TCK.m.243/1’de düzenlenmiştir. Madde başlığı fıkra düzenlemesinde öngörülen suç karşılansa da aslında 4 fıkradan oluşan düzenlemeden iki farklı suç öngörüldüğüne yukarıda değinilmiş ve çalışmamızın sadece TCK.m.243/1’i kapsadığı ifade edilmiştir. Bu gerekçelerle madde başlığının düzenlemeyi kapsamadığı tespit edilmektedir.

Bilişim sistemine girme suçu düzenlemesinde, 24 Mart 2016 yılında 6698 sayılı Kanunun 30. maddesi ile değişikliğe gidilerek “ve” bağlacı “veya” ile değiştirilmiştir. Böylelikle söz konusu suç tipi

21 GÖÇÖĞLU Volkan, *Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Dijital Dönüşüm: Nesnelerin İnterneti Üzerine Bir İnceleme*, MA-NAS Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, Yıl: 2020, (615-628).

22 EGGERS William D./MACMILLAN, Paul, *KAMU 2020: Kamunun Geleceğine Yolculuk*, Deloitte, s. 6-8, 2015. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/public-sector/tr-kamu%202020-kamunun%20gelecegine%20yolculuk.pdf>, erişim tarihi: 6 Nisan 2023.

23 GÖÇÖĞLU, 616.

2016 tarihindeki değişikliğe kadar “bilişim sistemine girme ve orada kalma” iken, bu tarihten sonra “bilişim sistemine girme veya orada kalma” olarak değişmiştir. Bu değişiklik elbette suçun uygulanma alanını genişletmiş ve bundan sonra bilişim sistemine hukuka uygun surette girmiş olsa bile kişi bu sistemde hukuka aykırı bir şekilde kalmaya devam ederse TCK.m.243/1’deki fiili meydana getirmiş kabul edilecektir. Bundan önce gerçekleşen eylemler bakımından bu değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir.²⁴ Gerçekten de eski halindeki “ve” bağlacı ile eylem bağlı hareketli bir suç şeklinde düzenlenmek suretiyle, suçun meydana gelmesi için her iki hareketin gerçekleşmesi aranmaktayken değişiklikle fiil seçimlik hareketli suç haline gelmiştir.

TCK.m.243/1 düzenlemesine göre, suçun hareket unsuru bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girme veya orada kalmaktır. Burada fail hukuka aykırı bir şekilde bilişim sistemine girecek veya hukuka aykırı ya da hukuka uygun girdiği sistemde hukuka aykırı olarak kalması gerekecektir.

Kanun koyucunun seçimlik hareketli suç olarak düzenlediği bilişim sistemine girmede seçimlik hareketler, hukuka aykırı bir şekilde bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına girme veya orada kalmaktır. Sisteme girip kalmaya devam eden failin eylemi tek fiil olarak kabul edilecektir. Bir başka ifadeyle seçimlik hareketlerin ikisinin birden gerçekleşmiş olması eylemi birden fazla suç haline getirmez, yine tek bir fiil söz konusu olur. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bir bilişim sistemine girme ve o sistemde kalma halinde seçimlik hareketlerin tek fiil oluşturacağıdır,²⁵ hareketlerin farklı sistemler üzerinde gerçekleşmesi halinde ise tek suçtan söz edilemeyeceği açıktır.

Seçimlik iki hareket de serbest hareketli olup, bunlardan bilişim sistemine girme icra-i niteliktedirler. Diğer seçimlik hareket olan bilişim sistemi ortamında kalmaya devam etmek ise kanaatimizce ihmali niteliktedir. Ortamda kalmaya devam etmek pasif bir davranışı gerektirdiğinden artık burada failin sistemden çıkma konusunda iradi bir ihmali olduğu tespit edilmektedir.

a. Bilişim Sisteminin Bütününe veya Bir Kısmına Hukuka Aykırı Olarak Girme

Bilişim sistemine girme suçunun ilk seçimlik hareketi olarak bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girme hareketinin bu suçu oluşturabilmesi için sistemin bütününe ya da bir kısmına hukuka aykırı bir şekilde girilmiş olması gerekir.

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmekten maksadın fiziki bir şekilde olmaksızın, *bilişim sistemlerinin soyut alanına girmek* olarak ifade edilmektedir.²⁶

Bir başka hukuki tanıma göre ise, sisteme girmekten maksat, *sistem güvenliğini devre dışı bırakmak suretiyle sistemin tamamına veya bir bölümüne erişmektir.*²⁷ *Bilişim sisteminde bulunan verilere*

24 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 1167; APİŞ Özge, Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama, Elkoyma Koruma Tedbirleri, in: *Yasama Dergisi*, Cilt: 13, Sayı:37, Haziran 2018, 52, (49-86).

25 AKBULUT, 126.

26 KOCA/ÜZÜLMEZ, 990; APİŞ, 62; DÜLGER, 363.

27 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 1167.

ulaşma ve müdahale imkânı bulunduğu anda sisteme girme işleminin gerçekleştiğinin kabulünün gerekli olduğu da ifade edilmektedir.²⁸

Doktrinde bir başka görüş ise bilişim sistemine girmek yerine, bu sisteme erişmek ifadesinin kullanılması gerektiğini; girmek eyleminin fiziksel bir alana girmeyi çağrıştırdığından erişim kavramının daha doğru olduğu bir terim tercihi olduğunu ifade etmektedir.²⁹

Bilişim sistemine hukuka aykırı girmekten maksat, bilişim sistemi sahibinin rızası olmaksızın girmektir. Rızanın olduğu halde, fiil hukuka aykırı olmayacağından suç da oluşmayacaktır.

Bilişim sistemine hukuka aykırı bir şekilde girmek yeterlidir, sistemde bulunan verilere erişmiş olmanın, suçun gerçekleşmesi yönünden bir önemi bulunmamaktadır. Ancak veriye erişimin bu suç açısından önemi, söz konusu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olması veya değişmesi halinde, TCK.m.243/3'te daha ağır yaptırım öngörülmüş olmasıdır. Bununla birlikte verilerin verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren failin fiilleri TCK.m.244/2 yönünden de değerlendirilecektir. Bu hükümler birbirleri ile karıştırılma ihtimali dolayısıyla tartışılmakta ve eleştirilmektedir.³⁰

Doktrinde başkası adına zimmetli olan bilgisayarlara “işlerin yürütülmesi amacıyla” girilmesi durumunda TCK.m.243'ün oluşmayacağı ifade edilmektedir.³¹ Kanaatimizce burada her münferit olayı ayrı değerlendirmek ve suçun oluşup oluşmadığını tespit etmek gereklidir.

Bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına girme, yukarıda da ifade edildiği üzere, icra-i nitelikte ve serbest hareketlidir.

Bilişim sistemine girme suçunda sisteme girme eylemi sistemin bütününe girme şeklinde olabileceği gibi bir kısmına girme de suçu meydana getirir. Sistemin tamamına ya da bir kısmına girildiğinin tespiti konunun uzmanı kişiler tarafından gerçekleştirilir.

b. Bilişim Sisteminde Hukuka Aykırı Bir Şekilde Kalmaya Devam Etme

Bilişim sisteminde hukuka aykırı bir şekilde kalmaya devam etme de bu suçun ikinci seçimsel hareketidir. Fail bilişim sistemine girmeden bu ortamda kalmaya devam edemeyeceğinden aslında bu hareket yönünden bilişim sistemine girme ile bağlı bir hareket olduğu ifade edilebilir. Burada fail, bilişim sistemine hukuka aykırı bir şekilde girmiş olabileceği gibi, sisteme hukuka uygun olarak da girmiş olabilir, söz konusu ikinci seçimsel hareketin TCK bakımından suçu meydana getiren hareket olabilmesi için sistemde kalmaya devam etmenin hukuka aykırı olarak gerçekleşmesi gereklidir.

28 YILDIZ, 238.

29 ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin, Ankara 2022, 986.

30 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, 988.

31 EKİCİ ŞAHİN Meral/ KORUCULU Irmak, *Bilişim Sistemine Girme Suçu-Suçun Kamu Personeline ve Özel Sektör Çalışanlarına Tahsis Edilen Bilgisayarlarda İşlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme*, in: *DEHFD, Prof.Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Özel Sayı, Cilt I*; İzmir 2019, 598 vd. ; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 1168.

Sisteme hukuka aykırı bir şekilde girdikten sonra orada kalmaya devam eden fail, bu hükümdede öngörülen iki seçimli hareketi gerçekleştirmiş olsa da tek suç gerçekleşmiş olacaktır.³² Bilişim sisteminde hukuka aykırı bir şekilde kalmaya devam etme ihmali bir suçtur.

5. Netice

Bilişim sistemine girme, neticesi harekete bitişik bir suçtur. Bu suça sırf hareket suçu da denilmektedir.³³ Bu tip suçlarda nedensellik bağı bakımından bir tartışma da bulunmamaktadır.

Bu suçta zarar neticesi aranmadığı gibi, kanun koyucu zarar doğma ihtimalini de dikkate almadığından fiil soyut tehlike suçudur.³⁴

6. Teşebbüs

Bilişim sistemine girme suçu neticesi harekete bitişik bir suçtur. Ancak hareketle neticenin ayrılabilirdiği durumlarda teşebbüs söz konusu olabilir. Bilişim sistemine girme teşebbüse elverişlidir, fail kendi elinde olmayan bir sebeple sisteme girmeyi başaramazsa teşebbüs söz konusu olacaktır.³⁵

Bilişim sistemi ortamında hukuka aykırı bir şekilde kalmaya devam etme ise teşebbüse elverişli değildir.³⁶ Hukuka uygun bir şekilde sisteme girdikten sonra hukuka aykırı olarak sistemde kalmaya devam etmek de teşebbüse elverişli değildir. Bir kere sisteme girildikten sonra kalmanın gerçekleşmemesi failin çıkma iradesi ve/veya sistemin iznine bağlıdır. Girme fiilini takip eden fiil kalma eylemidir, dolayısıyla teşebbüs bu hareket yönünden meydana gelmesi mümkün olmayan bir özel görünüm biçimidir.

B. MANEVİ UNSUR

Bilişim sistemine girme suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Genel kast yeterlidir, failin suçu işleme amacı dikkate alınmamıştır.³⁷ Bilişim sistemine girme taksirle işlenebilen bir suç değildir, kanun koyucu bu suçun taksirli halini öngörmemiştir. Dolayısıyla internette gezinirken dikkatsizlik ve özensizlikle bir sisteme giren kişinin eylemi manevi unsuru bulunmadığından suç teşkil etmeyecektir.³⁸

Suçun olası kastla işlenip işlenmeyeceği tartışılmıştır.³⁹ Bilişim sistemlerine girme suçunun olası kastla işlenmesi mümkündür.⁴⁰ Burada TCK m. 21 kapsamında öngörülen olası kast uygulama alanı

32 KOCA/ÜZÜLMEZ, 992.

33 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 1169; YILDIZ, 242.

34 MAHMUTOĞLU Fatih Selami, Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.71, S.1, YIL 2013, 861.

35 AKBULUT, 150.

36 AKBULUT, 151.

37 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 1171; KARAKEHYA, 201.

38 KARAKEHYA, 201.

39 KOCA/ÜZÜLMEZ, 993; YILDIZ, 244; AKBULUT, 139; EKİCİ/KORUCULU, 609-610; aksi görüş TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 1172; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, 990.

40 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 1172; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, 990.

bulabilecektir. Buna mukabil bilişim sistemine girmenin ancak doğrudan kastla işlenebileceği için olası kasta elverişli olmadığı da belirtilmektedir.⁴¹

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bilişim sistemlerine girme hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştiği takdirde suç teşkil edecektir. Kanun koyucu bu suçun gerçekleşebilmesi için, hukuka özel aykırılık halini aramış ve fiil hukuka uygun bir şekilde gerçekleştiriliyorsa bunun suç teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Bilişim sistemine girme veya orada kalma fiillerinin suç teşkil etmemesi için ilginin geçerli rızasının bulunması (TCK.m.26/2) ya da kanun hükmü gereği (TCK.m.24/1) bilişim sistemine girmenin hukuka uygun kabul edilmesi gerekmektedir.⁴²

Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için TCK.m.26/2'nin koşullarının oluşması gerekmektedir. Buna göre, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez. Bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için ilginin rızasının serbest olması, rızanın hür bir şekilde açık ya da zımni olarak ifade edilmesi gereklidir. Üzerinde baskı kurulmuş, cebir, tehdit ile alınmış rıza hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmeyecek, eylem suç teşkil edecektir.

Kanun hükmünün yerine getirildiği durumlarda da bilişim sistemine girme suç oluşturmayacaktır. Ancak burada da kanun hükmünün öngördüğü sınırlara uyulması gerekmektedir. Aksi halde şartları oluştuysa ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan sebeplerde sınırın aşılması başlığını taşıyan TCK.m.27. madde hükmü uygulanacak ya da şartları dahi oluşmamışsa fiil hukuka aykırı olacağından suç oluşmuş denilecektir. Kanunun hükmünün hukuka uygunluk sebebi olarak suç tipine ilişkin örnek düzenleme 5271 sayılı CMK.m.134 verilebilir.⁴³

D. SUÇU ETKİLEYEN NEDENLER

Bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya ortamda kalma fiili bakımından suçu etkileyen hafifletici sebep TCK.m.243/2'de düzenlenmiştir. Buna göre; bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kişinin, bu fiillerini bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi durumunda hakkında verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. Bu düzenleme belli bir bedel karşılığı yararlanılan sistemlere izinsiz girilmesi ve burada kalınması halini öngörmektedir. Doktrinde bu düzenlemenin yerinde bir düzenleme olduğu ifade edilerek, bir bedel ödenmeksizin kullanılan sisteme girmenin daha ağır sonuçları olduğu belirtilmektedir.⁴⁴

Suçta etki eden ve ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenen bir diğer sebep ise TCK'da değil, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer almaktadır.⁴⁵ Terörle Mücadele Kanununun 4. maddesine göre, TCK.m.243'ün terör amacıyla işlenmesi halinde terör suçu sayılacağı belirtilmiştir.

41 KOCA/ÜZÜLMEZ, 993; YILDIZ, 244; AKBULUT, 139; EKİCİ/KORUCULU, 609-610.

42 YILDIZ, 245.

43 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, 990; YILDIZ, 245; APİŞ, 67 vd.

44 KOCA/ÜZÜLMEZ, 994.

45 YILDIZ, 245.

E. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HAL

Bilişim sistemlerine girme suçu bakımından TCK.m.243/3'te netice sebebiyle ağırlaşmış hal düzenlenmiştir. Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse TCK.m.243/1'de öngörülenden daha ağır ve farklı bir netice meydana gelmiş olacaktır. Ancak meydana gelen bu netice yönünden failin buna yönelik kastının bulunmaması gerekir.⁴⁶ Burada failin öngörmesi gereken, fakat öngörmediği bir neticeden dolayı sorumluluk meydana gelmektedir (TCK.m.23).

Failin meydana gelen bu ağır neticeye yönelik kastının varlığı kabul edildiği takdirde fiil artık TCK.m.243 değil TCK.m.244 kapsamında değerlendirilecektir. Bu nedenle doktrinde de her iki fiilin birbiri ile karıştırılması ihtimaline dikkat çekilmek suretiyle eleştirilmiştir.⁴⁷

III. SUÇLARIN BİRLEŞMESİ VE İŞTİRAK

A. SUÇLARIN BİRLEŞMESİ

Bilişim sistemlerine girme suçu seçimlik hareketli bir suç olması nedeniyle, failin kanunda yer alan hareketlerin birini ya da hepsini gerçekleştirmiş olması fark etmeyecek, tek bir suç meydana geldiği için buna göre değerlendirme yapılacaktır.

Bilişim sistemlerinde hukuka aykırı olarak kalmaya devam etme kesintisiz bir suçtur. Burada kalmaya devam ettiği sürece tek bir suç vardır.⁴⁸

Failin bilişim aynı bilişim sistemine belirli zaman aralıklarıyla, birden fazla kere aynı suç işleme kararı icrası kapsamında girmesi halinde TCK.m.43'teki zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Yargıtay 12. Ceza Dairesinin suçun sübutu ile zincirleme suça dikkat çektiği kararında aktarılan olay şu şekilde gerçekleşmiştir: *“Samgin, duruşmada doğruluğunu kabul ettiği Cumhuriyet Başsavcılığınca alınan; “... .. adına açılmış sahte profil hesabını da benim açtığım doğrudur; ancak ben buradan hiç bir şekilde paylaşımında bulunmadım. Kendisi adına herhangi bir yazışma yapmadım... Benim kendisine ait bilgileri fotoğrafları twitter ve facebook adreslerine izinsiz girmem elde etmem söz konusu olamaz. Çünkü o dönemde tam bir bilgisi olmadığı için bana bu adreslerinin mail bölümlerinin şifrelerini kendisi vermiştir. Ben bu şifreleri kullanarak onun bilgisi dahilinde zaten giriyordum. Fotoğraflarını ise facebook adresinden herkes zaten görebilir; ancak, onun twitter hesabına girip de onun adına yazılar yazmam doğru değildir. Ancak bir facebook hesabı açtığım doğrudur; ama, dediğim gibi bu hesaptan resimlerine veya bilgilerine girerek arkadaşlarıyla konuştuğum doğru değildir... arkadaşlığımız bittiğinden itibaren kendisi benim bildiğim şifreleri değiştirmiştir, benim şu an için bu mail adreslerine veya onun hesaplarına girmem mümkün değildir...”* biçimindeki 06.07.2012 tarihli ifadesi ve duruşmanın 20.02.2013 tarihli oturumunda alınan *“... twitter şifresini bana kendisi vermiştir... twitter hesabına bir kez kendisinin yanında girdim, başkaca bu hesabı kullanmadım ve şifresini de değiştirmedim...”* şeklindeki savunması karşısında, mağdurun beyanları, sahte facebook ile twitter hesabına

46 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 1170.

47 KOCA/ÜZÜLMEZ, 995.

48 YILDIZ, 247.

ilişkin belge örnekleri ve dosyada mevcut diğer deliller birlikte değerlendirilerek, iddianamede verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme olarak nitelendirilen suçların yanı sıra iddianamedeki anlatıma ve mevcut delil durumuna nazaran TCK'nın 243/1. madde ve fıkrasındaki bilişim sistemine girme ile TCK'nın 132/1. madde ve fıkrasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının da sübutuna ilişkin kanıtlar tartışılıp, sanığa isnat edilen eylem ve/veya eylemlerin sübut bulunduğu sonucuna varıldığı takdirde, sübutu kabul edilen her bir eylemin hangi tarihte işlendiği ve TCK'nın 43/1. madde ve fıkrasındaki zincirleme suç koşullarının oluşup oluşmadığı denetime olanak verecek şekilde gerçekleştirilerek, sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, yasal ve yeterli olmayan yazılı gerekçelerle verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ile zincirleme şekilde sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçlarından ayrı ayrı mahkumiyet hükümleri kurulması," (Yargıtay 12. CD, E. 2019/10291, K. 2020/6962, T. 9.12.2020)⁴⁹.

Fikri içtimain da meydana gelebileceği, tek fiille birden fazla hükmün ihlal edilebileceğinin de mümkün olduğu belirtilmektedir (TCK.m.44).⁵⁰ Buna göre sisteme giren bir kimse aynı zamanda açık olan özel hayata ilişkin bir veriyi de okuma imkanına erişiyorsa artık fikri içtimain olacağını ve daha ağır cezası olan TCK.m.134'ün uygulanacağı belirtilmektedir. Bilişim sistemine girme ile aynı zamanda, doğrudan özel hayata ya da haberleşme verilerine erişimin ikinci bir fiil olmadan mümkün olamayacağı için, fikri içtimain gerçekleşmesi çok güçtür.

Bilişim sistemine girildikten sonra TCK.m.244'te yer alan düzenlemede öngörüldüğü gibi, bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması (TCK.m.244/1) veya bir bilişim sistemindeki verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi veya erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi, var olan verileri başka bir yere gönderilmesi (TCK.m.244/2) ya da belirtilen bu fiilleri bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinden işlenmesi halinde tüketen – tüketilen norm ilişkisinin meydana gelecek ve artık bilişim sistemine girme (TCK.m.243) değil, TCK.m.244 uygulanacaktır.⁵¹

B. İŞTİRAK

Bilişim sistemlerine girme suçu, iştirakte özellik arz etmez. Özgü bir suç olmadığı için bu anlamda bunlara ilişkin kurallar da uygulanmaz, iştirake ilişkin genel düzenlemeler uygulanır.

IV. YAPTIRIM VE YARGILAMA

A. YAPTIRIM

Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. Bu fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. Söz

49 Yargıtay 12. CD. Kararı için bkz., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2019-10291.htm&kw=Bili%C5%9Fim+sistemine+girme+su%C3%A7u&cr=yargitay#fm>, erişim tarihi: 10.02.2023.

50 KARAKEHYA, 207.

51 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 1176.1

konusu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Bilişim sistemine girme suçu bir tüzel kişi yararına işlenirse, TCK.m.60 çerçevesinde bu tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.

B. YARGILAMA

Bilişim sistemlerine girme re'sen kovuşturulan bir suçtur. Bu suç bakımından görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun çerçevesinde (m. 8 ve 12) asliye ceza mahkemesidir.

Bilişim sistemlerine girme suçunda kovuşturmaya geçilirken basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir.⁵²

SONUÇ

Bilişim sistemlerine girme günümüz teknolojik gelişmeler karşısında çeşitli şekillerde gerçekleşmektedir. Bunlar bilişim alanında saldırı olarak kabul edilmektedir. Bilişim sistemlerine saldırılar çok çeşitli yöntemlerle yapılabilsede, sıklıkla karşılaşılanlardan biri oltalama (phishing) tekniğidir.⁵³ Saldırganlar, gerçek gibi görünen sahte e-postalar ve web siteleri kullanarak kullanıcıların kişisel bilgilerini veya kimlik bilgilerini çalmaya çalışır. Kötü amaçlı yazılımlar (malware), virüsler, truva atları, fidye yazılımları ve casus yazılımlar gibi kötü amaçlı yazılımlar, sistemlerin güvenliğini tehlikeye atarak verilere ve sistem işleyişine zarar verebilir. Dağıtılmış hizmet engellemede (DDoS saldırıları), saldırırganlar çok sayıda bilgisayarı kullanarak hedeflenen sunucu, ağ veya web sitesine yoğun trafik gönderir ve hizmetleri geçici olarak durdurur veya yavaşlatır.⁵⁴ Bunlar dışında, SQL enjeksiyonu, kaba kuvvet (brute force) saldırıları, man-in-the-middle (MITM) saldırıları ve iç tehditler gibi çok çeşitli saldırı sınıfları bulunmaktadır.⁵⁵ Bu saldırılara karşı siber güvenlik önlemlerinin alınması ve sistemlerin düzenli olarak güncellenmesi, bu tür saldırılara karşı korunmak için önemlidir.

Bilişim sistemine girme genellikle başka suç tiplerinin işlenmesine aracılık eden bir fiildir. Bu fiillerin karşılığı 5237 sayılı TCK'da yer alsa bile sisteme girme fiilleri ile sistem içerisinde gerçekleşen fiilleri oluşturup oluşturmadığının açıklığa kavuşturulması gereklidir. Bu konuda çeşitli örnekler

52 YILMAZ, 206.

53 JOUNINI Mouna/RABAI Latifa Ben Arfa/AISSA Anis Ben, Classification of Security Threats in Information Systems, *Procedia Computer Science*, Cilt: 32, Yıl: 2014, (489-496), doi: 10.1016/j.procs.2014.05.452.

54 NIKOLSKAIA Kseniia/MINBALEEV Aleksey, Legal Regulation of Incidents Related to DDoS Attacks, *International Conference Quality Management, Transport and Information Security, Information Technologies (IT&QM&IS)*, Yaroslavl, Russia, Yıl: 2020, (53-55), doi: 10.1109/ITQMIS51053.2020.932.2874.

55 DHILLON Gurpreet/SMITH Kane(DISSANAYAKA Indika, Information Systems Security Research Agenda: Exploring the Gap Between Research and Practice, *The Journal of Strategic Information Systems*, Cilt: 30, Sayı: 4, doi: 10.1016/j.jsis.2021.101693.

verilebilir. Sık kullanılan akıllı şehir uygulamaları siber saldırılar ve veri ihlallerine karşı savunmasız olabilmektedir. Yaşanan son olaylardan biri 2018'de yaşanan Atlanta Ransomware Saldırısıdır.⁵⁶ ABD'deki Atlanta şehri, SamSam adlı bir fidye yazılımı saldırısına uğramış ve bu saldırı şehrin bilgi sistemlerine zarar vermekle kalmamış, yönetim hizmetlerinin kesintiye uğramasına sebep olmuştur. 2014 yılında ABD Michigan eyaletinde, bir grup araştırmacı trafiği kontrol etmek için kullanılan akıllı trafik ışığı sistemlerine sızarak sistemi manipüle etmiştir. Akıllı şehir uygulamaların hukuki boyutlarını inceleyen ulusal yayınlardan birinde otonom araçlar incelenmiştir.⁵⁷ Otonom araçlarda sürücü faktörü ortadan kalktığı için, meydana gelen trafik kazalarında; araç mekanik ve elektronik sistem üreticisi, yazılım geliştiricisi, altyapı hizmetlerinin sağlayacak olan yerel yönetimler ve araç malikinin hukuki ve cezai sorumlulukları konusunda birçok karışıklık oluşmaktadır.⁵⁸

Saklanan kişisel verilerin korunması, sertifikasyon ve internet erişimlerinde standartların belirlenmesi, araçların sigortacılık sistemlerinin yeniden yapılandırılması, sorunların çözümünde evrensel yargılama yetkisine ihtiyaç duyulması birlikte değerlendirildiğinde tekelleşmeye, haksız rekabete veya ticari güç dayatmalarına sebep olabilmektedir. Akıllı şehirler için gereken yatırımlar ve atılacak adımlarda, hükümetler, yerel yönetimler, şehir plancıları, vatandaşlar ve şüphesiz hukukçuların bu ekosistem içinde oluşturulacak yönetim mekanizmasına katılımı ve birbirleri ile iş birliği içinde olmaları şarttır.⁵⁹

Bu açıklamalar hukukçulara bilişim teknolojilerinin basit bir uygulamanın ötesinde olduğunu, meydana gelecek olan fiillerin ciddi şekilde araştırılıp, suçta ve cezada kanunilik unsuru yönünden tespitini gerekli kılmaktadır. Bilişim sistemine girmenin ötesinde bu sistem içerisinde gerçekleşen fiillerin başka suçları oluşturması durumunda kanunlarımızın yetersiz kalmaması gerekliliği de çok önemlidir.

KAYNAKÇA

AKBULUT Berrin, Bilişim Alanında Suçlar, Adalet, Ankara, 2017.

APIŞ Özge, Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama, Elkoyma Koruma Tedbirleri, in: Yasama Dergisi, Cilt: 13, Sayı:37, Haziran 2018, (49-86).

BOADEN R./LOCKETT G., Information Technology, Information Systems and Information Management: Definition and Development, European Journal of Information Systems, Cilt 1, Sayı 1, Yıl:1991, (23-32).

CONGER Sue/PRATT Joanne/LOCH Karen, Personal Information Privacy and Emerging Technologies, Information Systems Journal, Haziran 2012, <https://doi.org/10.1111/j.1365-2575.2012.00402.x>, erişim tarihi: 4 Nisan 2023.

56 KRASZEWSKI Kenneth, SamSam and the Silent Battle of Atlanta, in: 11th International Conference on Cyber Conflict (CyCon), Tallinn, Estonia, Yıl: 2019, (1-16), doi: 10.23919/CYCON.2019.875.7090.

57 YETİM Servet, Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği / Getireceği Hukuki Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, Yıl: 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/33840/374707>, erişim tarihi: 4 Nisan 2023.

58 TASTAN Yahya/KAYMAZ Habib, Otonom Araçların Önündeki Zorluklar, International Journal of Advances in Engineering and Pure Sciences, Cilt: 33, Sayı: 2, Yıl: 2021, (195-209), doi: 10.7240/jeps.741594.

59 DEMİRKIRAN Senem/YÜCEL Mehmet Ali/TERZİOĞLU M. Kenan/SELVİ Aslı, Dijital Dönüşüm Sürecinde Akıllı Yönetişim, Journal of TESAM Academy, Cilt: 8, Sayı: 2, (489-519), doi: 10.30626/tesamakademi.971899.

- DEMİRKIRAN Senem/YÜCEL Mehmet Ali/TERZİOĞLU M. Kenan/SELVİ Aslı, Dijital Dönüşüm Süre-cinde Akıllı Yönetişim, Journal of TESAM Academy, Cilt: 8, Sayı: 2, (489-519), doi: 10.30626/tesamakademi.971899.
- DHILLON Gurpreet/SMITH Kane(DISSANAYAKA Indika, Information Systems Security Research Agenda: Exploring the Gap Between Research and Practice, The Journal of Strategic Information Systems, Cilt: 30, Sayı: 4, doi: 10.1016/j.jsis.2021.101693.
- DÜLGER Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet, İletişim Hukuku, Seçkin, Ankara, 2015.
- EGGERS William D./MACMILLAN, Paul, KAMU 2020: Kamunun Geleceğine Yolculuk, Deloitte, s. 6-8, 2015. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/public-sector/tr-kamu%2020-kamunun%20geleceğine%20yolculuk.pdf>, erişim tarihi: 6 Nisan 2023.
- EKİCİ ŞAHİN Meral/ KORUCULU Irmak, Bilişim Sistemine Girme Suçu-Suçun Kamu Personeline ve Özel Sektör Çalışanlarına Tahsis Edilen Bilgisayarlarda İşlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme, in: DEHFD, Prof.Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Özel Sayı, Cilt I; İzmir 2019.
- GÖÇOĞLU Volkan, Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Dijital Dönüşüm: Nesnelerin İnterneti Üzerine Bir İnceleme, MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, Yıl: 2020, (615-628).
- JOUNINI Mouna/RABAI Latifa Ben Arfa/AISSA Anis Ben, Classification of Security Threats in Information Systems, Procedia Computer Science, Cilt: 32, Yıl: 2014, (489-496), doi: 10.1016/j.procs.2014.05.452.
- KARAKEHYA Hakan, Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Sistemine Girme Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergi-si, Cilt: 22, Sayı: 81, Mart 2009, (187-210).
- KOCA Mahmut, Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin Maddi Ceza Hukuku Alanında Ön-gördüğü Düzenlemeler ve Türk Hukuku, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, 2003.
- KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, Ankara, 2022.
- KRASZEWSKI Kenneth, SamSam and the Silent Battle of Atlanta, in: 11th International Conference on Cyber Conflict (CyCon), Tallinn, Estonia, Yıl: 2019, (1-16), doi: 10.23919/CYCON.2019.875.7090.
- KÜZECİ Elif, Sayısal Fil, İnkılap, İstanbul, 2021.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami, Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası , C.71, S.1, YIL 2013.
- NIKOLSKAIA Kseniia/MINBALEEV Aleksey, Legal Regulation of Incidents Related to DDoS Attacks, International Conference Quality Management, Transport and Information Security, Information Technologies (IT&QM&IS), Yaroslavl, Russia, Yıl: 2020, (53-55), doi: 10.1109/ITQMIS51053.2020.932.2874.
- ÖNOK Murat, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Ulus-lararası İşbirliği, in: Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma-ları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Yıl:2013, (ss.1229 – 1270).
- SIEBER Ulrich, Bilişim Suçları, (çevirenler YENİSEY Feridun/ ZAIMOĞLU Damla); in: Bilişim Teknolojisi ile Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara, 2021.
- ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara 2022.
- TASTAN Yahya/KAYMAZ Habib, Otonom Araçların Önündeki Zorluklar, International Journal of Advances in Engineering and Pure Sciences, Cilt: 33, Sayı: 2, Yıl: 2021, (195-209), doi: 10.7240/jeps.741594.
- TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara 2022.
- WOOD-HARPER A.Trevor/ANTILL Lyn/AVISON David Ernest, Information Systems Definition: the Multi-view Approach, Blackwell Scientific Publications, United Kingdom 1985, (26-34).

- YETİM Servet, Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği / Getireceği Hukuki Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, Yıl: 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/33840/374707>, erişim tarihi: 4 Nisan 2023.
- YILDIZ Ali Kemal, Bilişim Sistemine Girme, in: Özel Ceza Hukuku, Cilt VIII, Oniki Levha, İstanbul.
- YILMAZ Sacit, Türk Ceza Hukuku Sisteminde Siber Suçlar, Adalet, Ankara 2023, 194.

Max Weber'e Göre Hukukun Rasyonelleşmesi

The Rationalization of Law According to Max Weber

Ahmet Selim KADIOĞLU* , Ayşe Miray ALTAY** 

ÖZ

Karl Marx ve Emile Durkheim ile beraber modern sosyolojinin üç kurucu babasından biri olarak kabul edilen Max Weber, ayrıca Hukuk Sosyolojisinin de kurucusu olarak kabul edilmektedir. Modern toplumu anlamak ve açıklamak için genel sosyoloji kuramının odağına rasyonalite kavramını/olgusunu yerleştiren Weber, modern toplumda hukuku da öncelikle rasyonel bir sosyal kurum olarak ele almıştır. Hukuk normlarının ve dolayısıyla hukuk olgusunun ortaya çıkışını toplumsal davranış üzerinden açıklayan Weber'e göre hukuk en temelde toplumsal bir kurumdur. Bu nedenle hukuk, modern topluma özgü olmadığı gibi, modern toplum öncesi ve dışı toplumlarda hukukun rasyonel niteliklerinin bulunmadığı da söylenemez. Ancak modern rasyonel hukuk sistemi ve anlayışı öncelikli olarak çağımıza özgü rasyonel kapitalizmin, rasyonel uzmanlık eğitiminin ve rasyonel bürokrasinin etkisiyle ortaya çıkmıştır. Weber'in, hukukun rasyonelleşmesine ilişkin kuramını, Auguste Comte'un üç hâl kanunu olarak adlandırılan toplumsal evrim kuramını hatırlatır tarzda tarihi bakımdan çizgisel biçimde ortaya koyduğu söylenebilir. Fakat bu çizgisel evrim esas olarak insanlığın tümü için değil, modern Batı toplumu için geçerlidir. Nitekim – özellikle kutsal hukuk sistemleri olmak üzere – diğer hukuk sistemlerinde yetkin bir rasyonelleşme süreci yaşanmamış, hatta irrasyonelleşme süreci söz konusu olmuştur. Batı toplumlarında ise, seküler niteliği baskın Roma Hukukunun, yaşadığı toplumun kurallarına – bilhassa ekonomik konularda – uyarlanma kabiliyetiyle öne çıkan Yahudi Hukukunun ve Sezar'ın hakkını Sezar'a veren anlayışıyla Kilise Hukukunun ortaklaşa etkisiyle, hukuk sistemi, rasyonelleşme sürecini tarihi olarak devam ettirip günümüzün tam anlamıyla rasyonel nitelikli hukuk formuna dönüşmüştür.

Anahtar Kelimeler: Weber, hukuk, rasyonalite, hukukun rasyonelleşmesi, bürokrasi, seküler hukuk, kutsal hukuk.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID: 0000-0003-0877-4513

** Araştırma Görevlisi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, aysemiray.cengiz@comu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5583-0085

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ahmet Selim KADIOĞLU

E-posta/E-mail: ahmetselim.kadioglu@asbu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 28.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 06.07.2023

ABSTRACT

In addition to Karl Marx and Emile Durkheim, who are regarded as the other two founding fathers of modern sociology, Max Weber is additionally acknowledged with creating the sociology of law. Law is fundamentally a social institution that has existed concomitantly with the development of society, according to Weber, who explains how legal rules and consequently the phenomena of law evolve through social action. According to Weber, who explains the emergence of legal norms and therefore the phenomenon of law through social behavior, law is basically a social institution. Since law is not unique to modern society, it cannot be said that pre – and post-social contemporary cultures lack the rational elements of law. Weber, who placed the concept of rationality in the focus of general sociological theory in order to understand and explain modern society, also treated the law in contemporary society primarily as a rational social institution. But the rational capitalism, rational specialized education, and rational bureaucracy that are exclusive to our time have had a major impact on the development of the present rational legal system and understanding. From a historical perspective, it may be claimed that Weber presented his idea of the rationalization of law in a linear format, evoking Auguste Comte's law of three states hypothesis of social evolution. However, not all of mankind is affected by this linear progression; it mostly affects contemporary Western culture. In reality, there has been an irrationalization process rather than a competent rationalization process in other legal systems, particularly religious legal systems. In contrast, the legal system in Western societies has historically continued its process of rationalization and has evolved into a rational form of modern law thanks to the combined influence of the dominant Roman Law's secular character, the Jewish Law's outstanding capacity to adapt to the rules of the society in which it lived, especially in economic matters, and the Church Law's understanding that Caesar had the right to Caesar.

Keywords: Weber, Law, Rationality, Rationalization of Law, Bureaucracy, Secular Law, Sacred Law.

GİRİŞ

Modern toplumu anlamayı ve açıklamayı bilimsel çalışmalarının ana hedefi olarak belirleyen Weber, modern toplumun temel karakteristiğinin rasyonelleşme olduğunu ileri sürer.¹ Bu çerçevede, bir toplumsal kurum/olgu olması nedeniyle modern toplumda hukuku da öncelikle rasyonel bir kurum olarak ele alır.² Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, hukuk olgusu modern topluma özgü olmadığı gibi, aşağıda değinileceği üzere Weber'e göre rasyonellik de modern topluma özgü değildir. Ancak bu ifadenin, hukukun ve rasyonelliğin mahiyetlerinin modern çağ ile önceki çağlar arasında farklı olmadığını ima ettiği sanılmamalıdır. Tam aksine Weber, hukuk sosyolojisinde bu farklılaşmanın sebeplerini ve süreçlerini açıklamaya özel bir önem vermektedir. İşte tam bu noktada rasyonelleşme, rasyonalizm, rasyonalite kavramları öne çıkar. Zira bu kavramlar, sözünü ettiğimiz farklılığın ve farklılaşmanın hem sebeplerinden hem de sonuçlarından belli bir kısmını teşkil ederler.

Çalışmamızda rasyonelleşme kavramını odaktan kaçırmaksızın, evvela Weber'in hukuki normların ortaya çıkışına dair görüşlerini, daha sonra Weber sosyolojisinde hukukun yeri ve mahiyetini ele alacağız. Akabinde hukuk olgusunu rasyonalite dolayımında ele aldıktan sonra hukuk açısından

1 Doğan Özlem, Max Weber'de Bilim ve Sosyoloji (Ara Yayınevi 1990) 58.

2 Yasemin Işıktaç ve Umut Koloş, Hukuk Sosyolojisi (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2020) 65.

rasyonelleşmeyi tarihsel süreç kapsamında inceleyecek, takiben de modern bürokrasi ve rasyonalite ilişkisi bağlamında hukuk kurumunu açıklamaya çalışacağız. En son olarak da belli başlı kutsal hukukları da dikkate alarak kutsal hukukta rasyonelleşme konusuna değineceğiz. Çalışmamızda nitel araştırma yöntemleri kullanılmış, konuya ilişkin birincil ve ikincil literatür derinlemesine incelenmiştir.

I. HUKUKİ NORMLARIN ORTAYA ÇIKIŞI

Rasyonelleşme olgusu hem somut tarihsel dönemler olarak hem de tarihten bağımsız salt kavramsal açıdan birbirini takip eden dönüşümleri ve süreçleri içermektedir. Konu hukuk olunca, hukukun en nihayetinde normlar bütünü veya sistemi olması nedeniyle öncelikle hukuki normların ortaya çıkış ve dönüşüm sürecinden bahsetmek gerekmektedir. Weber hukuk normlarının kökenini teorik olarak “psikolojik uyum” ve “alışkanlık” kavramlarından yola çıkarak açıklamaktadır. Bir eylemi yapmaya alışmak ona psikolojik olarak uyum sağlamamıza neden olur. Söz konusu uyum ilk başlarda salt alışkanlıktan ileri gelir. Sonrasında bu alışkanlık insanlar arasında yayılır ve farkındalık oluşturmaya başlar. Bu eylemler artık insanların beklentisine uygun olan eylemlerdir ve üzerlerinde uzlaşma oluşmuştur. Davranışlara dair kurallar – hukuk kuralları dahil olmak üzere – her zaman bu şekilde başlayarak ortaya çıkmaya devam etmiştir. Bununla birlikte normlar toplumun bilinçli veya bilinçsizce gerçekleşen uzlaşmasına dayansa dahi değişim halindedir. Böylece zamanla yeni uzlaşmalarla rasyonelliğin yeni biçimleri ortaya çıkar ve onlar da toplumun beklentisine uygun olan eylemler haline gelir.³

Weber’in sosyolojisi temelde “toplumsal davranışı” ele alır.⁴ Dolayısıyla hukuk normlarının kökenini teorik olarak açıklarken de kimi toplumsal davranışların alışkanlık haline dönüşmesini temel almıştır. Burada toplumsal davranışa değinmek gereklidir. Weber sosyal olguların bireyin davranışlarını belirleyen baskın bir unsur olmadığını, aksine bireysel eylemlerle sosyal olguların oluştuğunu ifade eder. Bu sebeple Weber sosyolojisine “anlayış sosyolojisi” de denmektedir.⁵

Önemli olan, tekrar eden sosyal davranışlar olduğundan ve hukuk da buna paralel şekillendiğinden dolayı hukuk toplumsal-siyasal yapıya göre farklı görünüm alabilecektir. Bu görünümleri Weber’in meşru otorite türlerine ilişkin üçlü ayırımına göre kısaca ifade edebiliriz. *Karizmatik otoritede* “bir bireyin ayrık (istisnai) kutsallığına, kahramanlığına ya da örneklik edici özelliklerine ya da onun tarafından açıklanan ya da buyrulan kuralsal kalıpların ya da buyruğun kutsallığına olan derin bağlılık”⁶ olduğu için burada söz konusu olan hukuk, irrasyonel temele dayanır. *Geleneksel otoritede* de benzer şekilde karizma kuşaktan kuşağa soy aracılığıyla aktarıldığı için hukuk gelenek ve kalıtım ile irrasyonel şekilde desteklenir. *Rasyonel otoritede* ise hukuki düzen geleneksel ya da karizmatik bir

3 Max Weber, *Ekonomi ve Toplum II* (Latif Boyacı çev, 1. Bası, Yarı Yayınları 2012) 121.

4 Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri* (Ajans-Türk Matbaası 1963) 288; Raymond Aron, *Sosyolojik Düşüncenin Evreleri* (Korkmaz Alemdar çev, 1. Bası, Kırmızı Yayınları 2021) 389.

5 Niyazi Öktem, ‘Max Weber’ (1994) 54(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 369.

6 Max Weber, *Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı* (Özer Ozankaya çev, İmge Kitabevi 1995) 315-316.

otoriteden değil gayrişahsi ve rasyonel kurallardan kaynaklanır. Dolayısıyla hukuk kuralları rasyonel veya irrasyonel şekilde ortaya çıkabilecektir.⁷

Weber, tarihi süreçte hukuk normlarının ortaya çıkışında altı etken ve/veya süreç üzerinde durur. İlk olarak; hukuki olay ve ilişkilerde taraf uygulamalarının (party practices) veya ilgililerin davranışlarının belirleyici rolünden söz eder ki, bu konuya yukarıda kısmen değinilmişti. İkinci olarak; yargıçlar tarafından oluşturulan (judge-made law) hukukun ortaya çıkış sürecinden bahseder. Eski çağların kehanete, belirsizliğe ve bireyselliğe dayalı irrasyonel yargılama anlayışı, hükümlerin keyfi biçimde değiştirilmesi veya kaldırılmasını da olanaklı kılıyordu. Ancak aynı tipteki olaylara uygulanacak aynı soyut hukuk normlarına olan ihtiyaç zamanla kendini gösteriyordu. İşte bu ihtiyacı giderme noktasında, avukatların da yardımıyla, yargıçlar tarafından hukuk oluşturma süreci söz konusu olmuştur. Üçüncü olarak; dinsel ya da büyüsel nitelikte olmak üzere peygamber, din adamı ve büyücü benzeri kişilerce yerine getirilen aktarıcı vahiy veya yorumlayıcı karizmatik ilham biçimlerinde ortaya çıkan yukarıdan vasetme (imposition from above) yoluyla yeni hukuk normlarının ortaya çıkışından söz eder. Dördüncü olarak; kabile toplulukları halinden şehir devleti gibi daha üst toplum tiplerine geçtikçe görülen meclis türü kurulların kanun niteliğinde olmayan kararlar alma mahiyetine sahip, yasama yetkisine yakın faaliyetlerinden (approaches to legislation) bahseder. Beşinci olarak; aşağıda temas edilecek olan lag sagalar gibi hukuk kahinlerinin (law prophets) ve halk meclislerinin (folk assembly) rolünden söz eder. Altıncı olarak da özellikle modern çağlarda görüldüğü üzere ayrıntılı biçimde formel hale gelmiş olan ve bilinçli olarak uygulanan hukuk üzerine eğitim almış hukuk uzmanlarının (law specialists) rolüdür.⁸

Günümüzdeyse hukuk normlarının ortaya çıkışı Weber'e göre bilinçli kanunlaştırma faaliyetiyle gerçekleşmektedir. Bu kanunlaştırma, herhangi bir siyasal toplumun, resmi anayasal gerekliliklere uygun olmak üzere ya örf ve adetlerine dayanır ya da o toplumun "yapımı" olarak ortaya çıkar. Örf ve âdet hukuku kavramı göreceli olarak moderndir. Almanya'da doktrinden doğan bir kurum olan örf ve âdet hukukunun kanunlaşmaya dahil edilebilmesi için başlıca üç özellik dikkate alınmaktadır: Kurala fiilen uyulma, bağlayıcı olduğuna ilişkin genel kanı, rasyonel olarak ele alınma. Bu koşulların sağlanması örf ve adeti hukuk yapabilecektir. Konunun detayına girilmeyecek olmakla birlikte Weber'in örf ve âdet hukukunu vazgeçilmez gördüğünü, aksi takdirde hukukun hakimlerin hukuku ile yazılı hukuk arasında olacağını ifade ettiğini belirtmeliyiz.⁹

II. WEBER SOSYOLOJİSİNDE HUKUKUN YERİ

Weber'in hukuka sosyolojik bakışındaki temel yönelimini, bir topluluk içinde nelerin cereyan ettiğini anlamak oluşturur.¹⁰ Zaten hukuk kurallarının temelinde alışılmış davranışların yer aldığından

7 Yasemin Işıktaç, *Hukuk Sosyolojisi* (Filiz Kitabevi 2013) 66.

8 Max Weber, *Economy and Society*, vol 2 (University of California Press 1978) 754-776; Hamide Topçuoğlu, Max Weber'e Göre Hukuki Düşüncenin Kategorileri ve Yeni Hukuk Normlarının Teşekkül Tazları (Ajans-Türk Matbaası 1964) 248-259; Weber, *Ekonomi II* (3) 120-141.

9 Weber, *Economy* (n 8) 753.

10 Dadaşhan Celaleddin Kavas, 'Max Weber Sosyolojisi Işığında Modern Hukukun Rasyonel Temeli' (Yüksek Lisans Tezi,

bahsetmiştik. İnsanların beklentisi haline gelen bu davranışların her zaman hukuk kuralına uyma kaygısı içinde gerçekleşmemesi, hayatın olağan akışında tercih edilmiş davranışlar olabilmesi veya çevreden onay alma isteğinden kaynaklanması mümkündür. Hukuk kurallarının bağlayıcılığı sadece üzerinde uzlaşa olan eylem beklentilerinin varlığına – toplumsal zorlama – bağlı olamaz. Burada karşımıza *zorlayıcı güç* çıkmaktadır. Zorlama cihazı hukuku güvence altına alan özgün bir sistemdir. “Weber’e göre sosyolojik olarak teminat altına alınmış bir hukuktan söz edebilmek için kuvvete dayanmayan hukuki zorlama görevini yüklenmiş bir zorlama cihazının varlığı ve bu zorlama cihazının belli kuralların geçerliliğini sağlayacak kadar etkili olması gerekli ve yeterlidir.”¹¹ Weber sosyolojisinde “hukuki güvenlik” önem arz eden bir kavram olduğundan zorlama cihazını da bu bağlamda ortaya koymuştur. Zorlama devletten geliyorsa devlet hukukundan, onun dışındaki bir kurumdan kaynaklanıyorsa devlet dışı hukuktan bahseder. Rasyonelleşme ile devlet dışı hukuktan devletin hukukuna geçiş söz konusu olacaktır.¹²

Hukuk kavramını ve hukuki normları incelerken yapılagelen belli başlı ayrımlar çerçevesinde Weber de maddi/şekli hukuk alanları kapsamında bizzat hukuk kurallarını ve hukuka ilişkin olguları ikili tasnifler halinde inceleme konusu yapmıştır. Bu kapsamda maddi hukuk alanları konusunu; kamu hukuku ve özel hukuk, hak tahsis eden yasa ve yönetmelik, hükümet ve yönetim, ceza hukuku ve özel hukuk, haksız fiil ve suç, buyurma yetkisi, gücün sınırlanması ve güçler ayrımı, maddi hukuk ve usul hukuku, hukuk düşüncesinin kategorileri alt başlıklarıyla ele almıştır. Ancak çalışmamızın kapsamını aşacağı için burada bunlardan öne çıkan kamu hukuku – özel hukuk, ceza hukuku – özel hukuk, maddi hukuk – usul hukuku ayrımlarına temas edeceğiz.¹³

Weber, modern hukuk teorisi ve pratiğindeki en önemli ayrımlardan biri olarak nitelediği kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı konusunda; kamu hukukunu devletin, devlet odaklı eylemlerine ilişkin kurallar olarak; özel hukuku ise yine devlet kaynaklı olmakla beraber devlet odaklı eylemlerin dışındaki alanı düzenlemek için yapılan kurallar olarak tanımlamaktadır. Kamu hukukunda kural olarak bireysel hak iddiaları içeren normlar yer almamakla birlikte oy verme hakkı gibi bazı bireysel haklar da tesis edilebilmektedir. Ancak bu kamusal hakların, örneğin mülkiyet hakkıyla aynı değerde kazanılmış hak olduğu sanılmamalıdır. Bununla birlikte Weber, bu ayrımın varlığına ilişkin kesin sınırların çizilemeyeceğini belirtir.¹⁴

Ceza hukuku ve özel hukuk ayrımına gelirsek; Weber’e göre genel itibarıyla, ceza hukukuna ilişkin modern yaklaşım, bir norm ihlal edildiğinde toplumun ahlak veya çıkar kaygısının bunun telafi edilmesini emrettiği şeklindedir. Bu kaygı, suç işleyene karşı devlet tarafından ceza verilmesinde ifadesini bulur, ancak suçlu standart yargılama korumasından yararlanır. Diğer yandan, özel hukuk alanında da kişisel hakların ihlali söz konusu olabilir. Burada ihlalin giderilmesi zarar görenin talebine bırakılmıştır. Bu talebin dermeyan edilmesi ise ihlali cezalandırmaya değil, yasanın koruma

Selçuk Üniversitesi 2007) 64.

11 Engin TOPUZKANAMIŞ, ‘Max Weber’de Ekonomi, Hukuk ve Rasyonalite’ (2012) 14(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 262.

12 Topçuoğlu, Hukuki Düşüncenin Kategorileri (8) 234; Kavas, Max Weber Sosyolojisi (10) 65-66.

13 Weber, *Economy* (n 8) 641; Weber, *Ekonomi II* (3) 13 vd.

14 Weber, *Economy* (n 8) 641; Weber, *Ekonomi II* (3) 13-14.

altına aldığı bir durumun yeniden tesis edilmesine yol açar. Tüm bunlarla birlikte ceza hukuku ve özel hukuk ayrımı da kamu hukuku ve özel hukuk ayrımındaki gibi net biçimde çizilemez. Çünkü Weber'in ceza hukuku – özel hukuk ayrımında kullandığı haksız fiil ve suç kavramları birbirinden kolaylıkla ayırt edilemez.¹⁵

Son olarak maddi hukuk ve usul hukuku ayrımını Weber iki farklı olgu üzerinden yapar: Yasa yapma ve yasa bulma. Maddi hukuk mahiyetinde olmak üzere yasa yapma, genel hukuk normlarının ortaya konmasıdır. Usul hukuku mahiyetinde yasa bulma ise yasanın somut olaylara uygulanmasıdır. Yasa yapma ve yasa bulma ayrımı her hukuk düzeninde görülmez. Bilhassa yasa bulmanın genel soyut normların özel somut olaylara uygulanması şeklinde anlaşılması, yani irrasyonel nitelikli hukuk sistemlerinde bu ayrımı göremeyiz.¹⁶ Dolayısıyla Weber bu ayrımı rasyonel ve irrasyonel olarak ikiye ayırarak değerlendirmiştir. Rasyonellikten kastı genel ve soyut kurallardır. İrrasyonellikten kastı ise hukuk kurallarının kehanet ve büyü gibi kurumlara dayandırılmasıdır. Rasyonelliğin izi genel kurallarla takip edilebileceği gibi, tipleştirilmiş belli sembolik sözcükler veya duyu organlarına hitap edecek kadar açık seçik kurallarla da takip edilebilir.¹⁷

III. HUKUK VE RASYONALİTE

Burada öncelikle Weber'in bahsettiği rasyonelliğin felsefi anlamda akılcılık değil, genel ve soyut olan kurallara bağlılık olduğu ifade edilmelidir. Bu bağlılık hukuk sistemi açısından kendini yer yer şekli veya maddi rasyonellik olarak gösterir. Bir hukuk sisteminin şekli açıdan rasyonel olması, hem yasa yapma hem de yasa bulmada kabul edilen soyut, genel ve ortak usullere fiilen uyuluyor olmasıdır.¹⁸ Dolayısıyla formel/şekli/maddi hukukun temeli soyutluktur. Formel olmayan sistemlerde keyfilik görülür. Hukuk sisteminin profesyonel işleme, soyut hukuk kurallarının yer alması sadece formellik ile mümkündür.¹⁹ Formalizm hukuk sisteminin teknik olarak rasyonelleşmesini sağlar. Ancak rasyonelleşme için formalizmin yeterli koşul olmadığı unutulmamalıdır. Formel olmayan hukuk sistemlerine örnek olarak genellikle teokrazi, monarşi verilse de demokrasinin bazı tipleri de formel olmayan hukuk türünü üretebilir. Nitekim demokratik demagoglar zaman zaman kendi maddi isteklerini gerçekleştirme ile bağlayıcı hukuk kurallarına uyma arasında kalırlar. Dolayısıyla hukuki açıdan formellikten uzaklaşma demokratik sistemlerde dahi söz konusu olabilmektedir. Ancak hukuki formalizmin toplumun özgürlüğünü garanti ettiğini ve istikrar ile öngörülebilirlik sağlaması sayesinde hukuki güvenilirliği de sağladığı unutulmamalıdır.²⁰

Weber'in, çeşitli hukuk sistemlerine hâkim olan hukuki düşünce şekillerine yönelik olarak rasyonellik bağlamında teklif ettiği ideal tipler şöyle sınıflandırılabilir:

15 Weber, *Economy* (n 8) 647.

16 Weber, *Ekonomi II* (3) 25.

17 Yasemin Işıkaç, 'Max Weber'in "Anlayış Sosyolojisi" Yönteminin Hukuka Uygulanması Üzerine Bir Deneme' (2011) 53(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279.

18 Kavas, *Max Weber Sosyolojisi* (10) 60-61.

19 Weber, *Ekonomi II* (3) 28.

20 İbid 177.

A – İrrasyonel Hukuki Düşünce:

- 1 – Esas bakımından irrasyonellik
- 2 – Şekil bakımından irrasyonellik

B – Rasyonel Hukuki Düşünce:

- 1 – Esas bakımından rasyonellik
- 2 – Şekil bakımından rasyonellik:
 - a) Somut şekil bakımından
 - b) Mantıksal şekil bakımından

Aynı tasnif klasik olarak yapılagelen esas ve şekil ayırımına göre şöyle yapılabilir:

A – Esas (Maddi Hukuk) Bakımından Hukuki Düşünce:

- 1 – İrrasyonel hukuki düşünce
- 2 – Rasyonel hukuki düşünce

B – Şekli (Usuli) Bakımdan Hukuki Düşünce:

- 1 – İrrasyonel hukuki düşünce (İrrasyonel usul kuralları)
- 2 – Rasyonel hukuki düşünce:
 - a) Duyulara hitap eden şekli-aklılık (Somut şekilcilik)
 - b) Mantığımıza hitap eden şekli-aklılık (Mantıksal şekilcilik).²¹

Esas bakımından irrasyonel hukuki düşünce tipi, genel kuralların rehberliğinde olmayan hukuki düşünce demektir. Yani kararlar, hukuk uygulayıcıları tarafından genel normlardan ziyade ahlaki, duygusal veya siyasi gerekçelerin etkisi altında alınıyorsa, hukuk yapma ve hukuk bulma süreçleri esas bakımından irrasyoneldirler. Buna karşın hukuk uygulayıcıları, kararlarını belirli bir ideolojik sistemin, dinin, siyasi doktrinin, pratik iktidar politikasının veya devletin yüksek menfaatlerinin genel ilke ve kabulleri doğrultusunda alıyorsa, burada esas bakımından rasyonel bir hukuki süreç söz konusudur. Şekil bakımından ise; eğer yasa yapıcıları ve bulucuları kehanet, vahiy, ordali gibi aklın kontrolü dışında kalan yollarla hareket ediyor veya bunların rehberliği altında bulunuyorlarsa burada şekil bakımından irrasyonel bir hukuki düşünce/süreç söz konusudur. Buna karşın gerek usul hukukunda gerekse maddi hukukta olaylara, fiillere, olgulara verilen anlamlar genel ve ortak bir tarza göre belirleniyor ve ilişkilendiriliyorsa şekil bakımından rasyonellik var demektir.²²

21 Topçuoğlu, Hukuki Düşüncenin Kategorileri (8) 242.

22 ibid 243-245.

Şekil bakımından rasyonellik iki farklı türde olabilir. Birincisi – maddi/somut rasyonellik – (substantive rationality), hukukun geçerli karakteristiklerin somut nitelikte, duyu verileriyle algılanabilir olmasıdır. Hukuki geçerliliğin belli ifadelerin söylenmesi ya da yazılmasına, imza atılması veya belli sembolik eylemlerin yapılmasına bağlanması bu türe örnek verilebilir. İkincisi – mantıksal rasyonellik – (logical rationality) ise hukuki olgulara ilişkin karakteristiklerin mantıksal analiz yoluyla üretilerek soyut kurallar biçiminde sabit hukuki kavramlar olarak formüle edilmesi ve uygulanmasıdır. Bu mantıksal şekilcilik sürecinin somut şekilciliğin katılığını yumuşatıcı işlevi vardır.²³

Diğer yandan Weber, hukukun rasyonel gelişimini ekonomi ile de ilişkilendirmiştir. Ancak bu ilişki bir nedensellik ilişkisi olmaktan uzaktır. Hukuk ve ekonomi, birbirine paralel ve birbirini destekleyen yapılarıdır. Ekonomiye nazaran siyasi örgütlenmeler ve devlet yapısı hukukun rasyonelleşmesine daha çok katkıda bulunur. Fakat ekonomik değişimlerin de hukukun rasyonelleşmesi üzerindeki etkisi göz ardı edilemez. Ticaret yoğunluğunun modern çağlardaki gibi ileri derecede artmış olmadığı zamanlarda kişisel güven ve sadakatin varlığı yeterli görülüyordu. Özellikle sözleşme özgürlüğü gibi bazı konularda karmaşıklaşan uyumsuzluklar ticaretin artışıyla birlikte iyice yükselişe geçmiştir. Güvenilir temelli işlemlere duyulan ihtiyaç hukukun ekonomik alana dahil olmasını sağlamıştır. Bu dahil olma sürecinde hukukun rasyonel temellere dayanması ise ayrıca önem arz etmiştir. Başta tacirler olmak üzere tüm gruplarda rasyonellik, keyfiliğin önlenmesi ve öznel kararlardan uzaklaşılması en büyük özgürlük ve güven ortamına işaret etmektedir.²⁴

Weber hukuk ve ekonominin birbirini etkilediği üzerinde dursa da aralarındaki temel farklılıklara da özellikle işaret etmiştir. Ona göre hukuk 'ideal' düzenle ilgilidir, ekonomi ise gerçek davranışların yer aldığı ayrı bir düzeydir. Birincisi olması gerekenle, diğeri halihazırda var olanla ilgilidir.²⁵ Hukuk ileri gelenleri olarak ifade ettiği üniversite hocaları veya bu konuda eğitilmiş olan yargıçlar ve avukatlar, ekonomik düzenin işleyişinden uzak olduğundan dolayı onlar tarafından konulan kurallar gerçek hayattan uzak olabilmektedir. Bu kişiler ticari hayat beklentilerine göre düzenlemeler yapmaktadırlar. Dolayısıyla hukukun rasyonelleşmesi bir taraftan hukuki öngörülebilirlik, keyfiliğin önlenmesi gibi olumlu etkiler yaratmaktayken bir taraftan da gerçek hayat ile olan arayışı açmaktadır. Bununla birlikte hukukçu sınıfın sadece ekonomik hayatın işleyişine ilişkin düzenlemeler yapmadığı hatırdan çıkarılmamalıdır. Hukukun formel hale getirilerek rasyonelleşmesi süreci, hayatın her alanında temel hak ve özgürlükleri korumak adına tüm hukuksal düzenin sistemli ve tutarlı hale getirilmesinin bir parçası olarak değerlendirilmelidir.²⁶

23 Weber, *Economy* (n 8) 657; Weber, *Ekonomi II* (3) 28.

24 Topuzkanamış, Max Weber (n 11) 257-259.

25 Max Weber, *Ekonomi ve Toplum I* (Latif Boyacı çev, 1. Bası, Yarınları 2012) 432.

26 Topuzkanamış, Max Weber (n 11) 259.

IV. HUKUKTA RASYONELLEŞMENİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Rasyonelleşme kavramı bir sürece işaret ettiği için tarihsel olarak gelişimi ortaya konulmalıdır. Bu çerçevede Weber, hukukun rasyonelleşmesini dört ideal-tip üzerinden iki tarihsel aşamada açıklamaya çalışır. Hukukun rasyonelleşmesine ilişkin tarihsel aşamaların ilki hukukun ahlâktan ayrılması iken, ikincisi hukukta formelleşmedir. Bu rasyonelleşme ise dört ideal tip etrafında şekillenir: (1) Hukukun irrasyonel ve formel olduğu aşama; (2) maddi ve irrasyonel hukukun görüldüğü geleneksel aşama; (3) maddi ve rasyonel tabii hukuk aşaması; (4) formel ve rasyonel modern hukuk aşaması.²⁷

İlk aşamada hukukun temeli büyüde ve kehanette yatar. Genelde yasa yapma ve yasa bulma arasında bir ayrım gözetilemez ve hukuk falcılara, büyücülere dayanmaktadır. Burada büyüsel olarak belirlenmiş formalizm ile kehanetle belirlenmiş irrasyonelliğin bileşiminden söz edilebilir. İkinci aşamada hukuk yapan 'karizmatik' kişiler empirik yasa yapımına yönelmişlerdir. Ancak karizmatiklik bu kişilere hukuki bilgeliği vermediğinden yasa bulma konusunda bilge kişiler/danışmanlar yetkilendirilmiştir. Bu aşamada çok belirgin olarak maddi irrasyonelliği görmekteyiz. Üçüncü aşamada teokratik güçler ve seküler güçlerin maddi rasyonel yasa koyması söz konusudur. Son olarak dördüncü aşamada hukuk eğitimi verilen alanında uzman kişilerin ortaya çıkması ve bu kişilerin yasa yapmayı daha sistematik hale getirmesi söz konusudur. Ayrıca yasa bulma konusunda da yine uzmanlaşmış hukukçular görev almaktadır. Bu son aşamada şekli rasyonelliği görmekle birlikte rasyonelliğin artışına paralel olarak yasa yapma ve yasa bulma kurumlarının birbirinden ayrıldığı görülmektedir.²⁸

Weber özünde, büyü'nün modern dünyadan rasyonelleşme yoluyla ile ayrılması gerektiği işaret eder.²⁹ Son aşamayı içine alan modern dönemde ise somut ve mantıksal rasyonelliğe ulaşan hukuk biliminin gelişiminde etkili olan beş önermeden bahsedilmelidir. Bunlardan ilki; hukuk kuralları soyut ve genel olmakla birlikte, verilen somut yargı kararları bu soyut kuralların gerçek duruma uygulanması şeklinde olmalıdır. İkincisi; her somut durumda, soyut kurallara bakılarak mantıken uygun karar çıkarılabilirdir. Üçüncüsü; bu soyut önermeler birbiri ardından aralıksız gelmeli, boşluksuz bir hukuk sistemi oluşturulmalıdır. Dördüncüsü; rasyonel olarak yorumlanamayan hiçbir şey hukuka dahil edilmemelidir. Beşincisi ise sosyal eylemlerin tümünün hukuk sisteminde her zaman karşılığı bulunmalı, bütün sosyal davranışlar boşluk olmaksızın hukuki düzenleme içine alınmalıdır.³⁰

Şimdi Weber'in, hukukun rasyonelleşmesine ilişkin tarihsel süreci tasnif ettiği ve evrimsel bir çizgiyi de andıran dört ideal tipi aşağıda biraz daha ayrıntılarıyla ele almak uygun olacaktır.

A. İLK ÇAĞ

Weber öncelikle yargının ilk izlerinin, hane yönetiminde mi akraba ilişkilerinde mi görüldüğünü inceler. Hane reisinin otoritesi sınırsızdır, otoritesine tabi olan kişilerin söz sahibi olması mümkün

27 ibid 266-267.

28 Weber, *Ekonomi II* (3) 249; Kavas, *Max Weber Sosyolojisi* (10) 63.

29 Sutcliffe, *The Imaginary Excess of Reason: Critical Reflections on Magic and Modernity in the Context of Post-Millennial Capitalism* (University of Queensland Press 2011) 44.

30 Weber, *Economy* (n 8) 257; Weber, *Ekonomi II* (3) 29.

değildir. Hane reisinin bu otoritesinin kaynağı teokratiktir ve otorite sınırları sadece dini kurallarla belirlenir. Akraba grupları arası uyuşmazlıklarda ise yerleşik formaliteleri, hak iddialarını, sınırlamaları görürüz. Dolayısıyla yargısal hukuki düzenlemelerin akraba grupları ile doğduğu ifade edilebilir.³¹

Akraba grupları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan yöntemler genelde kehanet, büyü, işkencedir. İlkel hukukun görüldüğü bu aşamada yargı düzeni usulen çok katı şekilde formeldir. Ancak uyuşmazlığın çözümü içeriksel olarak tamamen doğüstü güçlerde arandığından dolayı maddi açıdan irrasyoneldir.

İlkel toplumlarda her hukuki uyuşmazlığa karşılık gelen bir usul sistematiği vardı. Somut olaya göre hangi tekniğin uygulanacağına karar verilirdi. Tüm bu tekniklerin temel bir ortak özelliği vardı: tekniğin uygulandığı sırada yapılan herhangi bir yanlışlık tüm “törenselleşmiş formülün” geçerliliğini kaldırırdı. Weber burada örnek olarak “kanıt” kurumundan bahsediyor. Kanıt, davalarda şekilcilik en katı olduğu konuydu. Ancak kanıtın amacı iddiaları doğrulamak ya da yanlışlamak değildi. Amaç ruhani güçlere taraflardan hangisinin haklılığına dair soru sorulabilmesi hakkının tanınacağına ilişkindi.³² Görüldüğü gibi şekli açıdan formel oluş, maddi açıdan rasyonelliği sağlamaz. Rasyonelliğin kazanımı için önemli olan büyü ve kehanetin bir kenara bırakılmasıdır.³³

B. ORTA ÇAĞ

Orta Çağ'da bir tarafta karizmatik olmayan ve yasa bulmayı temsil eden yargıç, diğer tarafta karizmatik yasa yapıcılar bulunur. Yargıçların görevi mahkeme düzenini sağlamak, din kurallarına bağlı hareket etmek ve yasa yapıcı olan bilge ve karizmatik kişilerin sözünden çıkmamaktır. Bilge kişilerin karizması ilk başlarda yine doğüstü büyüsel güçlerden geliyordu. Görevleri ise kararları ilan etmektir. Zamanla buldukları konuma gelmeleri seçim ve atama yolları ile meşrulaştırıldı. Bunun sebebi toplum üzerindeki güçlerini arttırmak ve tepkileri önlemektir. Weber burada “meşru bilgelere” farklı ülkelerden veya topluluklardan örnekler vermiş olmakla birlikte özellikle Nordik kabilelerdeki *lag sagaları* örnek olarak kullanmıştır. Onuncu yüzyıldan itibaren Norveç'te tarihi izlerine ulaşılabilen lag sagalar, sahip oldukları karizmatik konumlarıyla yasaların “ilan edicileri” idiler. Yargıcin önüne gelen uyuşmazlıkta uygulayacağı kuralları bildiren lag sagalar yargıç olmadıkları gibi yargının somut uygulanmasında da rolleri bulunmamaktaydı. Bu kişilerin karizmatikliği genelde öne çıkmış ailelerin soyundan gelmelerinden kaynaklıydı. Önceleri, yargılamada uygulanacak yasa bulmak için bir davadan diğerine çağrılan lag sagalar, kanunun rasyonel hesaplanabilirliğine ve düzenliliğine zamanla artan ihtiyaçla birlikte periyodik şekilde seçilerek yasa ilan edicileri konumlarına atanır hale geldiler.³⁴

31 Weber, Ekonomi II (3) 17.

32 İbid 128.

33 İbid 179.

34 İbid 134-135.

Meşru bilgelerin yargıç gibi yasa bulma konusunda karar verme yetkisi veya zor kullanma yetkisi bulunmamaktaydı. Ancak zamanla görev kapsamı genişledi. Lag sagalar her davaya çağırılan sürekli çalışanlar haline geldiler. Bunun sebebi sistemli ve öngörülebilir nitelikte bir yasalar topluluğuna duyulan ihtiyaçtı. Lag sagaların yeni görevi gittikleri her davada yasaları oradaki topluluğa ilan etmekte. Bu ilanların bir amacı da yasaları sürekli lag saganın zihninde taze tutmaktı. Burada önem arz eden diğer bir husus ise lag sagaların yeni yasalar ortaya koyabilmesiydi. Halk meclisleri varsa onların görüşlerini dikkate alarak yasa koyması da mümkündü ancak sonuçta yasa yapma konusunda son söz meşru bilgilerdeydi. Weber'e göre gücünü kehanet ve büyü gibi doğaüstü kurumlardan alan karizmatik bilgi kişiler bu dönemde dünyanın hemen her yerinde görülmekteydi. Babil, Mısır, Atina, Roma ve Yahudi topluluklarında görüldüğünü Weber özellikle belirtmektedir. Geleneksel aşamada yasa yapma ve yasa bulma birbirinden ayrılmış ve rasyonelleşmeye bir adım yaklaşmış olsa bile maddi irrasyonellik belirgin şekilde göze çarpmaktadır. Zira maddi rasyonellikten bahsedilebilmesi için uzmanlaşma, profesyonelleşme ve sistematiklik gibi hususların bulunması gerekmekte olup, geleneksel aşamada bunların gerçek anlamıyla varlığından söz edemeyiz.³⁵

C. YENİ ÇAĞ

Weber sosyolojisinde bir geçiş aşaması olarak değerlendirilen Yeni Çağ'da, değişen hukuk yaratımının meşruiyet kazanımı konusu önem taşır. Doğal hukuk daha önceki çağlarda olduğu gibi Yeni Çağ'da da pozitif hukukun meşruiyet kaynağı işlevine sahipti. Ancak önceki dönemlerde Hristiyanlık tarafından Yunan felsefesinden alınan doğal hukuk, Hristiyan ahlakı ile dünyevi normlar arasında bir köprü olması amacıyla kullanılıyordu. Buradaysa doğal hukuk pozitif hukuktan bağımsız ve üstün olan, ayrıca değerlerini keyfi veya dini iradeye borçlu olmayan, bunun aksine pozitif hukuka meşruiyet sağlayan normların genel toplamıdır. Doğal hukuk, normların daha önceden dayandırıldığı doğaüstü güçlerin etkinliğinin kaybolması durumunda yeni normları meşru kılacak bir kurum olarak görülmektedir. Dolayısıyla bu aşamada doğal hukuk pozitif hukuk normlarının meşruiyet kaynağıdır; meşru olan hukuk yasalardan doğar, yasalar ise rasyonel uzlaşıya dayanır.³⁶

Weber'in bu aşamada rasyonelleşmeye geçişle ilgili ele aldığı basamaklardan bir diğeri de savaş olgusudur. Normların büyüsel temelden kurtulması için en etkili koşulu savaşlar sağlamıştır. Yerleşik barışçıl düzendeki toplumlarda hukukun temelini meşru bilgilerde kalmaya devam ettiği, ancak savaşçı sınıfın ağırlık gösterdiği toplumlarda ise yasa yapma ve yasa bulma süreçlerine etkin katılım gösterildiğini, böylece rasyonelleşmeye yakınlaştığını ileri sürer. Nitekim barış koşullarında yasa yapma ve yasa bulma yetkileri vahye, büyüye dayanıyordu. Ancak savaş dönemlerinde yeni fethedilmiş topraklar, elde edilmiş ganimetler söz konusu olunca yeni normlara ihtiyaç duyuldu. Savaşı yöneten lordlar düzeni korumak, disiplinsizliği önlemek için yasa yapma ve yasa bulma konusunda barış zamanındaki yetkililerden daha kapsamlı yetkilere sahip olmaya başladı. Keza savaş zamanında düşmana karşı alınacak önlem ve kararlar için ivediliğin oldukça gerekli olması da bu

35 İbid 135-136; Weber, *Economy* (n 8) 769-770.

36 Weber, *Ekonomi II* (3) 232-233.

konuda zikredilmelidir. Bu sebepler, hukuki süreçlerin altında yatan doğüstü güç temelini ortadan kaldırmış, hukuki açıdan maddi rasyonelleşmeye yol açmıştır.³⁷

D. MODERN ÇAĞ

Modern Çağ aşaması, rasyonel hukuk sisteminin son aşamasıdır. Bu aşamaya geçişte Weber'in uzmanlaşmaya (profesyonelleşme) bir etken olarak özel bir önem verdiği görülür. Aslında Weber, genel anlamıyla modern rasyonalitenin tümüne ilişkin gelişiminde profesyonelleşmeyi ve profesyonelleri başat etkenlerden biri olarak kabul eder. Din, ekonomi, siyaset, bürokrasi ve tabii ki hukuk gibi tüm kurumların rasyonelleşmesinde profesyoneller etkili olmuşlardır. Bununla birlikte Weber sosyolojisinde sözü edilen diğer nedensellik ilişkilerinde görüldüğü üzere, bu konudaki etkinin de karşılıklı olduğu, tek taraflı bir etkilemeden değil karşılıklı bir etkileşim halinden bahsetmenin daha doğru olduğu unutulmamalıdır. Yani profesyoneller bu kurumların rasyonelleşmesine katkıda bulunurken, rasyonelleşen kurumlar da karşılıklı olarak aynı biçimde profesyonelleşmenin gelişimine katkıda bulunmuşlardır.³⁸

Weber'e göre, hukukun son aşama olarak maddi ve şekli açılardan tam anlamıyla rasyonel bir sistem haline gelmesi profesyonelleşme ile tamamlanmıştır; zira eğitilmiş uzmanların nihai katkısı ve katılımı olmadan, somut olaylara bilinçli biçimde uygulanacak normlardan müteşekkil ve resmi olarak düzenlenmiş rasyonel hukukun ortaya çıkması mümkün değildir. Modern kapitalist çağda ticaretin ve ticaretle uğraşanların artan önemine koşut olarak uzmanlaşmış hukuk bilgisine yönelik artan ihtiyaç da rasyonel ve profesyonel hukuk eğitimini kaçınılmaz olarak gerektirmiştir. Bu noktada Weber, farklı türlerden hukuk eğitimini ve bu farklı türlerin hukukun gelişimi üzerindeki etkisini incelemiştir. Uzmanlaşma için gerekli eğitimin en eski ve en saf hali olan, hukukun lonca benzeri bir sistemde hukukçular tarafından öğretilmesiydi. Loncalardaki dört yıllık çıraklık eğitimi genelde pratik üzerineydi. Çıraklar tekrarlayan durumlarda sorun çözmeye yönelik yetiştirilirdi. Bu tip uzmanlaşmada rasyonel bir sistematik hedeflenmemiş olup daha çok şekilcilik ön plandadır. Bu türden eğitim, profesyoneldense zanaatkâr yetiştirmektedir. İkinci tür eğitim, "ileri gelenler" ya da seçkinler tarafından ve genellikle papaz okullarında verilen eğitimdir. Bu türde rasyonellik söz konusu olsa bile formellik bulunmamaktaydı. Ancak maddi rasyonellik söz konusuydu; hukuk eğitimi değişmez geleneksel kurallardan ya da değişmez kutsal kitaptan kaynaklanırdı. Böyle bir hukuk eğitiminin de profesyonel hukukçuları veya rasyonel hukuk sistemini doğurması mümkün görünmemektedir. Üçüncü ve son türde ise, odağına hukuk kuramı ve biliminin yerleştirildiği, hukuki olguların rasyonel ve sistematik bir şekilde incelendiği ve uzmanlaşmış okullarda verilen hukuk eğitimi söz konusudur. Bu türden hukuk eğitiminin ideal tipi, günümüz üniversitelerinde verilen modern hukuk eğitimidir.³⁹

37 İbid 137.

38 George Ritzer, 'Profesyonelleşme, Bürokratikleşme ve Rasyonelleşme: Max Weber'in Görüşleri' (Selin Atalay çev, 2016) Sosyoloji Dergisi Armağan Sayısı 190-191.

39 İbid 191-192.

Geçiş aşamasında meşru bilge kişilerin kehanetten uzaklaşarak geleneksel ihtiyaçlara göre kurallar koyduğunu, böylelikle maddi rasyonelleşmenin görüldüğünü ifade etmiştik. Bu aşamaya tekabül eden ve özellikle papaz okullarında verilen eğitimi de düşündüğümüzde, toplumun sürekli değişim ve gelişim göstermesi karşısında değişmezliğe sıkı sıkıya bağlı kalmak, öğretilen hukuk kurallarını uygulanamaz kılıyordu. Papaz okullarındaki hukuk eğitiminin modern hukuk eğitiminden temel farkı formellikten uzak oluşuydu. Konulan kurallar artarak kompleks hale geldiğinde hukuki eğitim almış uzman kişilere ihtiyaç duyuldu. Deneyimli uzman kişilere duyulan ihtiyaç, rasyonel uzmanlık eğitimi almış profesyonel yasa bulucuları ve uygulayıcıları ortaya çıkardı. Dolayısıyla modern hukukun formal ve rasyonel olması için gerekli koşullardan biri de sözünü ettiğimiz uzmanlaşma eğitimidir.⁴⁰

V. MODERN BÜROKRASI VE RASYONELLEŞME İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA HUKUK

Weber'e göre modernitenin başlıca göstergesi rasyonellik olup modern toplumun en tipik özelliklerinden birisi bürokrasidir.⁴¹ Aslında tüm egemenlik türlerinin bürokratik hale gelmesi rasyonalitenin ve uzman kişilerin gelişmesini etkiler.⁴² Weber bürokrasi kavramını tanımlamak yerine işbölümü, otoritenin hiyerarşisi, kontrol alanının sınırlandırılması, uzmanlaşma gibi kavramları ön plana çıkararak bu önemli hususları içeren karmaşık bir organizasyon olduğunu söyler.⁴³ Dolayısıyla Weberyen anlamda bürokrasi ile kastedilenin, alanında uzman olan fazla sayıda kişinin devamlı işbirliğine dayanan örgütlenme biçimi olduğu ifade edilebilir. Ancak bununla birlikte bürokrasinin her toplumda rasyonaliteyi doğurduğu söylenemez, çünkü Weber'e göre bürokrasi modern topluma özgü bir yapılanma değildir. Nitekim Mısır, Çin, Vatikan, Avrupa monarşileri gibi devletlerde de geniş ve etkili nitelikte bürokrasilerin var olduğunu biliyoruz. Fakat rasyonel bürokrasi modern topluma özgü olup, modern toplum ve kapitalizmin temel niteliği rasyonel bürokrasinin sürekliliğinin zorunluluk arz etmesidir.⁴⁴

Diğer yandan bürokrasiyi verimliliğin en rasyonel yolu⁴⁵ olarak gören Weber'e göre ekonomik gelişmelerin artması, ticaretin sürekli hale gelmesi ve alansal olarak çok yerde görülmesi, son olarak da haberleşmenin artması ile devletin toplum üzerinde tahakküm kurması görece zorlaşmıştır. Devlet, toplum üzerindeki tahakkümünü devam ettirmek için alanında uzman olan fazla kişinin devamlı işbirliğine dayanan bir örgütlenme biçimini ortaya çıkartmıştır. Dolayısıyla devlet yapısının tam bürokratik hale gelmesi, çok güçlü bir iktidar ilişkisi kurulmuş olduğu anlamına gelmektedir. Zira Weber'e göre, "*Bürokrasi, 'toplum eylem'i rasyonel düzenlilik kazanmış 'toplumsal eylem'e dönüştürmenin*

40 Weber, Ekonomi II (3) 141.

41 Işıktaç, Hukuk Sosyolojisi (7) 67-68.

42 Max Weber, Sosyoloji Yazıları (Taha Parla çev, 6. Bası, İletişim Yayınları 2004) 319.

43 Isah Abdulrouf, Ugwuanyi Chigozie Freda, 'Public Bureauc and National Development in Developing Countries: A Theoretical Analysis of The Characteristic, Roles and Factors Inhibiting It's Performance' (2023) 7(3) Irish International Journal of Law, Political Sciences and Administration, 32-33.

44 Aron, *Sosyolojik Düşünce* (4), 377.

45 Abdulrouf ve Freda, Public Bureauc and National Development (43) 35.

*başlıca aracıdır. Bu nedenle, güç ilişkilerini toplumsallaştırmaya yarayan bir araç olarak bürokrasi, bu aygıtı denetleyenler için birinci derecede önemli bir iktidar aracı olagelmıştır.*⁴⁶

Weber modern toplumlarda bürokrasinin kaçınılmaz olduğunu söylemekle birlikte bunun olumsuz taraflarına da değinmiştir. Nitekim bürokrasiyi rasyonellelikle, rasyonelleşmeyi kişilikten uzak tekdüze mekanikleşme ile ilişkilendirmiştir. Bu noktada rasyonellik kısıtlayıcı bir görünümdeydir.⁴⁷ Bürokrasi “insandan uzaklaştıkça” kusursuzlaşır.⁴⁸ Bürokrasinin doğasında kişilikten yoksunluk olduğundan bürokratların iş yaşamının geri kalan hayatlarından kopuk olduğunu, sadece önceden belirlenmiş soyut kurallara göre davrandıklarını ve memurların sadece var olan belirli kuralları uygulamak için disipline edildiğini, herhangi bir gelişim için eğitilmediklerini; bu sebeple iyi bir bakan olma ihtimallerinin bile düşük olduğunu ifade etmektedir.⁴⁹ Ayrıca rasyonelleşme ile şekilcilik arttığından bürokrasi aşırılışır, bu ise toplumda bıkkınlık yaratır ve yeniden karizmatik otorite arayışına dönülmesine sebebiyet verebilir. Karizmatik otorite ise beraberinde irrasyonelliği getirecektir.⁵⁰

Daha önce bahsedildiği üzere hukuk açısından rasyonelliğin gerçekleşmesi için büyü ve kehanetten uzak genel ve soyut kuralların ortaya konulması ve bunların sistematik olarak uygulanması gerekir. Nitekim yasa yapma ve yasa bulma süreçlerinde rasyonelliğe erişilebilmesi için eğitim almış uzman kişilerin varlığına ihtiyaç duyulduğunu yukarıda ifade etmiştik. Dolayısıyla rasyonel bir kurum olarak hukukun var olabilmesi için sistematik, düzenli ve sürekli bir yapının bulunması, yani bürokratik bir mekanizmanın var olması zorunludur. Aksi takdirde alanında uzmanlık eğitime ve bilgisine sahip olmayan kişilerden oluşan, düzensiz ve sistemsiz bir örgütlenmenin toplumun bütünü veya kurumları için rasyonelleşmeyi üretmesi beklenemez.

VI. KUTSAL HUKUKTA RASYONELLEŞME

Yukarıda değindiğimiz üzere kutsal hukukun (sacred law) rasyonelleşmesi, aslında genel olarak hukukun rasyonelleşmesi aşamalarından biriydi. İlk çağlarda söz konusu olan hısım gruplar arasındaki uzlaştırma işlemlerinden doğan eski adalet usullerinin ilkel şekilci irrasyonelliği, sonraki dönemlerde yöneticilerin otoritesi veya ruhban sınıfının etkisi altında yavaş yavaş terk edildi. Devlet veya kilise yönetimlerinin idari mekanizmaları genişleyip rasyonelleştikçe hukukun biçimsel ve içeriksel olarak rasyonelleşmesi imkanı da genişliyordu. Bu imkan genişledikçe de irrasyonel şekilcilik ortadan kalktı, böylece maddi hukuk sistemleştirilerek hukuk bir bütün halinde rasyonelleşti.⁵¹

Bununla birlikte, sözü edilen rasyonelleşme eğilimleri (rationalizing tendencies) seküler veya dini otoritelerin planladıkları ve uyguladıkları politikaların parçası değildi; genişleyen rasyonel idari

46 Weber, *Sosyoloji Yazıları* (42) 311.

47 İbid 94.

48 İbid 310.

49 Aron, *Sosyolojik Düşünce* (4), 377, 397.

50 Öktem, ‘Max Weber’ 380.

51 Weber, *Ekonomi II* (3) 175; Max Weber, *Max Weber on Law in Economy and Society* (Edward Shils ve Max Rheinstein çev, Harvard University Press 1954) 224.

mekanizmalarının tabii gerekleri tarafından kendi kendine veya bu rasyonelleşmenin kendilerine avantaj oluşturduğu çıkar gruplarının etkisiyle kısmen bilinçli biçimde geliyordu. Bu etkilerin bulunmadığı yerlerde hukukun sekülerleşmesi (secularization of the law) başlangıç aşamasında kalmış ve hatta engellenmiştir. Zira bu otoritelerin ve idari mekanizmalarının amacı hukukun rasyonelleşmesi değil, otoritelerin menfaatlerine ve etik hedeflerine uygun hukuk türünü bulmaktır. Ancak bir yandan hukuki düşüncenin diğer yandan toplumsal ilişki biçimlerinin rasyonelleşmesi, kutsal nitelikli bir hukuk öğretisinin hukuk dışı bileşenlerinden çok farklı sonuçlar oluşturabilir. Roma Hukuku bağlamında bu muhtemel sonuçlardan biri dini buyruk niteliğinde olan fas'ın, dini olmayan uzlaşmazlıkların çözümü için var olan ius'tan ayrılmasıydı.⁵² Roma'nın ilk devirlerinden beri var olduğu söylenen bu ayırım kapsamında ilahi emirler yekünü şeklinde de tanımlanan fas, insanların nasıl hareket etmeleri gerektiğini emreden tanrı buyrukları olarak anlaşılmaktaydı. Yine insanların nasıl hareket etmeleri gerektiğini düzenlemekle birlikte insan eseri olan ius ise kural koyucu ve düzenleyici insan faaliyeti niteliğindedir.⁵³

Weber, rasyonelleşme süreci karşısında kutsal hukukun girdiği duruma ilişkin iki imkandan bahseder. Birincisi, insan düşüncesi sekülerleştikçe pozitif hukukun yanında kısmen ideal bir postulat biçiminde kısmen de yasa yapma ve yasa bulma üzerinde fiili etkiye sahip bir doktrin biçiminde var olacak doğal hukuka rakip olması veya yerini ona bırakmasıdır. İkinci ise dini buyruklarla (religious prescriptions) seküler kuralların (secular rules) birbirlerinden ayrılmayarak; etik ve yasal yükümlülüklerin, ahlaki uyarıların ve dini emirlerin içinden çıkılmaz bir vaziyette birbirine karıştığı ve karakteristik olarak teokratik bir birleşim halinde devam etmesidir. Bunlardan hangisinin gerçekleştiği, söz konusu dinin karakteristik özelliklerine, hukuk sistemi ve devletle olan ilişkisini yöneten ilkelerine, rahip sınıfının devlet karşısındaki kuvvet durumuna ve devletin yapısına bağlıydı. Neredeyse bütün Asya medeniyetlerinde, kendi özel yönetim yapıları nedeniyle, bahsettiğimiz ikinci imkan ortaya çıkmış ve varlığını sürdürmüştür.⁵⁴

Yeri gelmişken belirtelim ki, özellikle bu başlıkta kutsal hukuk olmaları cihetiyle olsa da Weber'in belli başlı büyük dinlere, onların mahiyetlerine ve özelliklerine ilişkin görüşlerinde sürekli akılda tutulması icap eden önemli bir ayrıntı vardır. Weber dinleri veya dine ilişkin hususları değerlendirirken, çoğu bilim adamının yaptığı gibi dinlerin öğretilerinden ziyade gerçek yaşayan hallerini, pratik etki ve vaziyetlerini dikkate alır. Bunu, onun belki de en önemli eseri sayılan ve ilk baskısı 1905 yılında yapılan Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhı isimli ünlü kitabının 1920 tarihli baskısına ölmeden kısa bir süre önce yazdığı notta, çalışmasını oluştururken çok yararlandığını söylediği bir kaynağın yazarı üzerinden bizzat kendisi şöyle ifade ediyordu: *“Troeltsch dinin daha çok öğreti yanına önem verirken, benim için söz konusu olan, dinin pratikteki etkisidir.”*⁵⁵

52 Weber, Ekonomi II (3) 175-176; Weber, Max Weber on Law (51) 225.

53 Ziya Umur 'Eski Hukuklar Arasında Roma Hukukunun Bazı Özellikleri' (1990) 0(12) Anadolu Araştırmaları Dergisi, 152.

54 Weber, Ekonomi II (3) 176-177; Weber, Max Weber on Law (51) 226.

55 Max Weber, Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhı (Zeynep Gürata çev, Ayraç Yayınevi 1999) 12.

Weber kutsal hukukun içeriksel olarak rasyonelleşmesi konusunda ise yukarıda anılan nedenlerle kutsal hukukun ve kutsal kanun koyuculuğun farklı coğrafi bölgelerde ve farklı hukuk dallarında oldukça farklı biçimlerde ortaya çıktığını, kalıcılıklarının da aynı şekilde farklılık gösterdiğini öncelikle belirtir. Kamu hukuku alanlarını bu bağlamda genel olarak konu dışı bırakarak daha ziyade ana hatlarıyla özel hukuk alanlarını inceler. Bu kapsamda evliliğe izin verme ve nikaha ilişkin temel ilkeler, aile hukuku, miras hukuku, ticaret hukuku, sözleşmeler gibi konuları dikkate alır. Ona göre kutsal hukuk bu alanları maddi normlarıyla düzenlediği gibi yine maddi normlarıyla doğrudan veya dini etik niteliğindeki normlarıyla dolaylı biçimde seküler yasalara ve olgulara müdahalede bulunuyordu.⁵⁶

Bu müdahalenin alanı, diğer bir deyişle seküler hukukla kutsal hukuk arasındaki ilişki ve dolayısıyla kutsal hukukta rasyonelleşmenin mahiyeti ise o toplumda var olan dini etiğin karakteristiğiyle doğru orantılıdır. Büyüsel ve ayinsel şekilcilik aşamasında kalmaya devam edilmesi halinde, dini etik işlevsiz ve etkisiz hale gelebilir. Nitekim Roma Cumhuriyeti'nde fas'ın başına gelen bu oldu. Ruhban sınıfının, seküler yöneticilerin mutlak egemenliği altına alınmasının da etkisiyle, fas'ın müdahalelerinden güvence altına alınan ius tamamen sekülerleşmiş halde varlığını sürdürmüştür.⁵⁷

Hint medeniyetinde olduğu gibi, baskın bir din adamları sınıfının hayatın her alanını dinsel olarak düzenleyebildiği ve bu şekilde hukuk düzenini büyük oranda kontrol edebildiği yerlerdeyse durum tersiydi. Hakim Hindu anlayışına göre tüm hukuk, kutsal metinlerin içinde yer alır. Seküler hukuk ticari ve ekonomik hayatla sınırlıydı. Günlük hayatın sorunlarının neredeyse tümünü kapsayan bu alanın hukuk ve felsefe öğretisinin dışında tutulması ve bu alanda profesyonelleşmenin ve uzmanlık eğitiminin olmaması hukukun rasyonelleşmesini engellemiştir. Ancak bu durum, Hint hukukunda rasyonel unsurların hiç bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Kralın, yargıcın kararlarına bağlı olması ve mahkeme üyesi olarak hukukçularla birlikte ticaret erbabı gibi hukukçu olmayan kişilere de yer verilmesi zorunluluğu, rasyonelliğe işaret eden hususlardı. Yine usul hukuku açısından yazılı kurallara bağlılık ve tanık dinlenmesi de rasyonellik kapsamındadır. Ancak az sayıda da olsa işkencenin mevcudiyeti irrasyonellik kapsamında kalmaktadır. Rasyonel araçlar kullanılarak ispat edilememe durumu söz konusu olduğunda işkenceye başvurulabilirdi. Özellikle infaz konusunda kutsallık ve büyü önem arz etmekteydi. Bununla birlikte yine de dinin hukuk üzerindeki etkisinin yoğunluğundan dolayı Hint hukukunun uzmanlaşmadan ve dolayısıyla rasyonelleşmeden hep uzaklaşma seyriinde olduğu söylenilebilir.⁵⁸

Budizm'in hakim olduğu yerlerde Budist ahlakın hukuk yapımındaki etkisinin hiç de az olmadığı söylenebilir. Hem özel hukuk hem kamu hukuku alanlarını içerecek şekilde hukukun bütün alanlarında Budist ahlaki unsurlarının etkin olduğu görülmektedir. Budizm'in görece olarak dünyevi sayılabilecek ahlakı dahi inanç ve ibadetle öylesine iç içeydi ki, kutsal hukuk öğretisinde bile uzmanlaşma gerçekleşmemiştir. Buna rağmen Budizm'in hakim olduğu yerlerde Hinduizm etkisi

56 Weber, Ekonomi II (3) 181-182.

57 Weber, Ekonomi II (3) 182; Weber, Max Weber on Law (51) 233-234.

58 Weber, Ekonomi II (3) 182-183; Weber, Max Weber on Law (51) 234-236.

altında olan bir hukuk literatürünün geliştiğini ve 19. yüzyılda Hindu kökenli olsa da bir Budist hukukun oluşarak resmi hukuk olarak kabul edildiği yerlerin bulunduğunu söylemeliyiz.⁵⁹

Çin'de ise durum daha farklıydı. Yargı kurumunda var olan irrasyonel unsurlar teokratik etkenlerden çok patrimonyal etkilerden kaynaklanıyordu. Zira dinsel görevler iktidar tekeline sahip bürokrasi tarafından sırf dinsel alana hapsedilmişti. Ayrıca, en azından tarihi dönemlere ilişkin olarak söylenirse, genel anlamıyla peygamberlik de, hukuk peygamberleri de bilinmediği gibi özel bir hukukçular sınıfı ve uzmanlaşmış hukuk eğitimi de bulunmuyordu. Tüm bunlarsa resmi hukukun gelişmesine karşı çıkan siyasi birliğin patriyarkal karakteriyle uyusmaktadır.⁶⁰ Kaldı ki söz konusu patrimonyal bürokrasi sadece hukukun rasyonelleşmesi hususunda değil, Çin toplumunda genel itibarıyla toplumsal değişimin önünde politik bir engel ve kültürel etken olarak varlığını sürdürmüştür.⁶¹

İslam hukukuna gelince, seküler hukukun, hayatın hiçbir alanında kutsal normların etkisinden bağımsız olmadığına dair teorik olarak ileri sürülen İslami iddianın Weber'e göre tam anlamıyla doğru olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte Weber'e göre İslam'da kutsal hukukun (sacred law) durumu, gerçekten peygamberlik kurumu tarafından oluşturulmuş "kitabi din"de (book religion) kutsal hukukun nasıl işlediğine dair ideal bir örnektir. Kur'an ve sünnet, yargıçlar için sanılanın aksine tek başlarına kaynak değildir. Kaynaklar daha ziyade fıkıh derlemeleri, yani hukuk ekollerinin kuramsal çalışmaları ile büyük hukukçuların fikir birliği olarak tanımlanan icma derlemeleri idi. Bu itibarla ekoller arasında içtihat, kıyas ve rey gibi, hukukta söz konusu olabilecek rasyonel açılım enstrümanlarının niteliklerine ilişkin tartışmalar İslam hukuk tarihi boyunca sürmüş olsa da, "İslam'ın kutsal hukuku baştan sona özellikle bir "hukukçular hukuku"dur (jurists' law)." Serbest içtihat döneminde hukukçuların faaliyetleri hem hukuki danışmanlığı hem de öğrencilere eğitim vermeyi kapsıyordu. Ancak içtihat döneminin kapanmasıyla birlikte, hukuk ekollerinin kurucuları tarafından konulan sabit yorumlama yöntemlerine ve hakim görüşlere uyma zorunluluğu hukuk alanında yorum özgürlüğünü dışladı. Böylece eğitim, önceden belirlenmiş hükümlerin rutinleşmiş şekilde ezbere anlatımı haline geldi. Kutsal hukuk kaynaklarının doğrudan uygulanabilirliği ise maddi hukuk alanında bir kısım temel kurumlarla sınırlandı. Aynı zamanda kutsal hukukun iddia ettiği genelgeçerlik de, kaçınılmaz yeniliklerin ya bazen iyi niyetle bazense hileyle üretilen fetvalarla ya da birbiriyle rekabet halindeki ana hukuk okullarının tartışmalı içtihatlarıyla desteklenip kabullenilmesi gerçeğiyle yüzleşti. Tüm bunlar ve hukuk düşüncesindeki formel rasyonelitenin yetersizliği nedeniyle, yasal tekdüzeliği ve tutarlığı amaçlayan sistemli yasa yapıcılığının gelişmesi imkansızdı. Hukuk uygulamasında kutsal hukuk göz ardı edilemezdi, ancak hukuk ekollerindeki geniş uyarılma kapasitesine rağmen pratikte uygulanma imkanı pek bulamazdı. Resmi olarak geçerli kabul edilen hukukçuların görüşlerine kadılar veya taraflar başvurabilirdi. Bu görüşler uygulama yetkinliğine sahipti ama bir hukukçudan diğerine değişebilir, kahinler gibi rasyonel gerekçe belirtilmeksizin verilebilirdi. Böylece kutsal hukukun rasyonelleşmesine katkıda bulunmaktan ziyade onun irrasyonelliği artmış oldu.⁶² Ancak İslam hukukunun, daha doğrusu İslam hukukçularının, modern

59 Weber, Max Weber on Law (51) 236.

60 Weber, Ekonomi II (3) 184; Weber, Max Weber on Law (51) 237.

61 Ralph Schroeder, Max Weber ve Kültür Sosyolojisi (Mehmet Küçük çev, Bilim ve Sanat Yayınları 1996) 75.

62 Weber, Ekonomi II (3) 184-187; Weber, Max Weber on Law (51) 237-241.

öncesi İslam dünyasında rasyonelleşmeye engel olduklarına dair Weber'in iddiasını doğrulayacak bilgilerin tam olarak bulunmadığı, bu nedenle Weber'in iddiasına ciddiyetle eğilmenin zor olduğu da ileri sürülmektedir.⁶³

İslam hukukunda rasyonelleşme meselesi son olarak, İslam'ın kapitalizmle ilişkisi üzerinden de dile getirilebilir. Weber, kapitalizmin modern rasyonel hukuk sisteminin gelişmesi ve hatta oluşması üzerinde destekleyici ve zorlayıcı gücü olduğunu belirtir. Kapitalizmin gelişmesine uygun şartlar ise İslam toplumlarında en azından gerekli düzeyde bulunmadığından ötürü de bir kutsal hukuk olarak İslam hukukunda rasyonelleşmenin gerekli koşulları oluşmamıştır.⁶⁴ Bununla birlikte İslam'da rasyonel hukukun ve rasyonel kapitalizmin gelişmemesinin nedenin İslam'ın teorik tarafında ve Weber'in önem verdiği yönüyle pratikteki fiili etkilerinde mi, yoksa İslam tarihinin neredeyse tümünde hakim olan patrimonyal yönetim düzeninde mi aramak gerektiği tartışmalıdır.⁶⁵

İslam'ın Şii mezhebinin hakim olduğu İrand'a ise Weber'e göre, yazıya geçirilmiş olmaları ve hatta nasıl yorumlanacaklarına dair geniş uzlaşmaların (icma) değişmez biçimde sabitlenmesi nedeniyle Sünnet tarafından sağlanan nispeten sağlam temellere bile sahip olmadığından ötürü kutsal hukukun irrasyonelliği çok daha büyüktür. Resmi Şii teorisinde yanılmaz kabul edilen "Kayıp İmam" inancı ise sadece zayıf bir ikame sayılabilir. Zerdüştî etkilerin belirgin olduğu katı Şii mezhepçiliği, önceleri inanmayanlarla ekonomik ilişkiler içerisine girmeyi yasaklıyordu. Fakat bir dizi varsayımlar yoluyla kutsal hukukun ileri sürdüğü bu katı mezhepçilik neredeyse tamamen terk edilmiştir. Daha sonra ekonomik ve siyasi açıdan önem arz eden tüm alanlarda kutsal hukukun nüfuzu geniş biçimde geri çekilmiştir. Bu geri çekiliş, anayasacılığın fetvalar yoluyla Kur'an'dan yapılan alıntılarla meşrulaştırıldığı siyasi alanda da gerçekleşmiştir. Bununla birlikte gerek ekonomik hayatta gerekse yargıda teokratik unsurlar büyük önem taşımıştır ve taşımaya devam etmektedir.⁶⁶

Yahudilikte de İslam'dakine benzer biçimde kutsal kitap ile onu yorumlayan ve tamamlayan kutsal gelenek hayatın her alanında geçerliliğe sahip bir norm olma iddiasındaydı. Ama İslam'dakinden farklı olarak Yahudi hukukunun taşıyıcıları bir yönetici tabaka değil, toplumun aşağı seviyesine mahkum edilmiş bir halktı. Bu sebeple gündelik hayat ve özellikle ekonomiye ilişkin alanlar kendi kutsal hukukları dışından iktibas edilen normların etkisi altına girmeye başlamıştı.⁶⁷ Yahudilerin, dünyanın pek çok bölgesinde yerleşim kurmaları nedeniyle bu etkinin Yahudi hukukunu çok çeşitli ve karmaşık bir yapıya soktuğu söylenebilir. Bununla birlikte oldukça skolastik bir atmosferin ürünü olan Talmud hukukunun bile somut hukuki uygulamayla ilişkisinin genellikle zayıf olduğu ifade edilmelidir. Talmud Hukuku tamamen teorik olarak inşa edilmiş ve rasyonalist bir yorumun dar sınırları içinde gerçek bir sistem haline getirilememiş formlarıyla kutsal hukukun tipik özelliklerini

63 Patricia Crone, 'Weber, Islamic Law and the Rise of Capitalism' in Toby E.Huff and Wolfgang Schluchter (eds), *Max Weber and Islam* (Transaction Publishers 1999) 257.

64 Hüseyin Bal, *Hukuk Sosyolojisi* (Sentez Yayıncılık 2018) 150.

65 Bryan S. Turner, *Max Weber ve İslam* (Yasin Aktay çev, Vadi Yayınları 1991) 213.

66 Weber, *Ekonomi II* (3) 188-189; Weber, *Max Weber on Law* (51) 243-244.

67 Weber, *Max Weber on Law* (51) 244.

ortaya koymuştur. Yine de Yahudi hukukunda yaşayan hukukla ölü hukuk tamamen birbirine karışmış, hukuki normlar ile etik normlar arasında ayırım yapılmamıştır.⁶⁸

Weber'e göre Yahudilik, modern Batı medeniyetinin diğer tüm medeniyetlerden temel farkı olan “dünyanın büyüünün bozulması” sürecinin başlangıç noktası olan “büyüden arınma” safhasını oluşturduğu, yani çağdaş rasyonalizme ulaşan patikanın ortaya çıkmasını sağladığı için modern toplumu anlama ve açıklamada özel bir konuma sahiptir⁶⁹. Genel itibarıyla Yahudi kutsal hukuku, kazuistik yaklaşımla detaylandırılmış olsa da kusurlu biçimde düzenlenip rasyonalize edilen ve mantıksal açıdan tutarlığı bulunmayan özel bir hukuk bütünü olarak, kutsal normların ve bunların din adamları ile dini hukukçular tarafından yapılan ayrıntılı yorumlarının kontrolü altında gelişen bir hukuki yapının genel özelliklerine sahipti.⁷⁰

Weber, bu başlık altında incelediği son kutsal hukuk olarak Hristiyan aleminin Kanon hukukunun, diğer kutsal hukuk sistemlerine göre nispeten daha özel bir konuma sahip olduğunu belirtir. Zira Kanon hukuku diğer kutsal hukuklara kıyasla birçok alanda çok daha fazla rasyoneldi ve formel açıdan çok daha fazla gelişmişti. Ayrıca en başından beri seküler hukukla nispeten daha net biçimde düalist bir ilişki içerisindeydi ve diğer kutsal hukuklarda göremeyeceğimiz şekilde açık olarak yetki alanları birbirinden ayrılmıştı.⁷¹ Diğer yandan Hristiyanlığın temel kutsal metni çok az sayıda ayinsel veya yasal nitelikte bağlayıcı normlar içermekte olduğundan rasyonel kanunlaştırma için de yol tamamen açık durumdaydı. Kilise hukuku diğer kutsal hukuklardan daha güçlü biçimde katı şekilci hukuk tekniğine doğru yöneldi. Bu durum İslam veya Yahudi hukuk sistemlerinin aksine hukukçuların faaliyetleri sonucu ortaya çıkmadı. Her şey Papalığın merkezi bürokrasisinin gözetimi altındaydı ve bağlayıcı ahlaki kurallar sadece onların oldukça esnek kararlarıyla açıklanıyordu. Böylece kutsal ve seküler hukuk arasında, Kanon hukukunun seküler hukukun rasyonelleşme yolundaki rehberlerinden biri haline geldiği o eşsiz ilişki ortaya çıktı.⁷²

SONUÇ

Modern toplumu ve toplumsal kurumları karakterize eden temel olgunun rasyonelleşme olduğunu ifade eden Weber, temel toplumsal kurumlardan bir olan hukuku da rasyonelleşme bağlamında incelemiştir. Ona göre modern toplumda hukuk, öncelikle rasyonel bir kurum olarak temayüz etmektedir. Bununla birlikte hukukun rasyonel görünümü modern toplum öncesi veya dışı toplumlarda da görülebilmektedir. Ancak tam anlamıyla rasyonel bir kurum olarak var olması modern toplumlara özgü bir gelişmedir.

Hukuk normlarının ortaya çıkışını toplumsal davranış çerçevesinde ele alan Weber, hukuk normlarının ortaya çıkışının temelde psikolojik uyum ve alışkanlığa bağlı olduğunu, alışkanlığın

68 Weber, Ekonomi II (3) 192; Weber, Max Weber on Law (51) 247.

69 Schroeder, Kültür Sosyolojisi (61) 107.

70 Weber, Max Weber on Law (51) 250.

71 ibid 250.

72 Weber, Ekonomi II (3) 195; Weber, Max Weber on Law (51) 252.

zamanla toplumsal kabule dönüşerek hukuksal normlarda kendini gösterdiğini öne sürmüştür. Toplumsal kabuller ise çağlara ve toplumlara göre değiştiğinden dolayı bu değişimin hukuk normlarına yansımaları kaçınılmazdır. Bu bağlamda toplumsal-siyasal yapıya göre farklılık arz eden egemenlik türleri ortaya çıkmıştır. Bu egemenlik türleri rasyonel veya irrasyonel olabilmektedir. Bununla birlikte toplumdaki alışlagelmiş davranışların önce toplumun genel kabulü haline gelmesi, sonrasında hukuk normuna dönüşmesi, bu normlara uyulması için yeterli değildir. Normları güvence altına alan zorlayıcı bir sisteme ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bu halde hukuki güvenlik sağlanabilir.

Hukuk normlarını ikili tasnifler halinde inceleyen Weber, bu bağlamda kamu hukuku – özel hukuk, ceza hukuku – özel hukuk, maddi hukuk – usul hukuku ayrımlarına değinmiştir. Kamu hukuku – özel hukuk tasnifini devlet odaklı eylemleri merkeze alarak; ceza hukuku – özel hukuk tasnifini ahlak ve çıkar kaygısı ile kişisel hak ihlali kavramlarını merkeze alarak; maddi hukuk – usul hukuku tasnifini yasa yapma ve yasa bulma kavramlarını merkeze alarak açıklamıştır.

Weber sosyolojisinde, hukuk dahil olmak üzere toplumsal kurumlar rasyonelleşme bağlamında açıklandığından rasyonelliğin ne anlama geldiği önemlidir. Weber'e göre rasyonellik, en kısa ifadeyle, soyut ve genel kurallara bağlılıktır. Formel hukukun da maddi hukukun da temelinde soyutluk vardır. Soyut ve genel normların bulunmadığı sistemlerde hukukun rasyonel olması mümkün değildir. Formalizm kural olarak hukuk sistemini rasyonelleştirir, hukuki güvenlik ve istikrarı sağlar; ancak bunun yeterli olmadığı durumlar söz konusu olabilir.

Farklı hukuk sistemlerine hakim olan birbirinden farklı hukuki düşünce şekilleri bulunmaktadır. Weber tamamen rasyonel bir hukuki düşünce hakimiyetindeki hukuk sisteminde esas bakımından ve şekil bakımından rasyonellik aramaktadır. Esas bakımından rasyonellik, genel ve soyut normların varlığına bağlıdır. Hukuki normlar ahlaki, siyasal veya duygusal gerekçelere dayalı olduğunda esas bakımından irrasyonellik söz konusudur. Şekil bakımından ise rasyonellik, hem somut şekil bakımından hem de mantıksal şekil bakımından sağlanmalıdır. Yani sırasıyla, hem hukuka özgü şekil kurallarının somut şekilde duyu organları ile algılanması hem de hukuka özgü soyut kavramların sabit anlamlarının olacağı şekilde formüle edilmesi gerekmektedir.

Weber, modern toplumda hukukta rasyonelleşmeye giden yolu İlk Çağ, Orta Çağ, Yeni Çağ ve Modern Çağ şeklinde tarihi sıralama üzerinden giderek açıklamıştır. İlk Çağ'da, hukuki nitelikli uyumsuzluklara uygulanacak teknik, çok katı bir biçimsel sistematığe sahipti. Özellikle kanıt, şekilciliğin en katı olduğu husustu. En küçük hata törenselleşmiş formülü tamamen bozardı. Ancak bu şekli formellik maddi formelliği getirmemektedir. Nitekim bu dönemde hukukun temeli büyü ve kehanete dayanmaktaydı. Orta Çağ'da yasa yapma ve yasa bulma nispeten birbirinden ayrılmıştır. Yasa yapmayı temsil eden bilge kişilere yetki ilk başlarda büyüsel güçlerden gelirken zamanla konumları seçim ve atama yolları ile meşrulaştırıldı. Yasa bulmayı temsil eden yargıç sadece mahkeme düzenini sağlar ve bilge kişilerin sözünden çıkmazdı. Yasa yapma ve bulma birbirinden ayrılmaya başlasa dahi irrasyonel düzen devam etmekteydi. Yeni Çağ'ı bir geçiş aşaması olarak kabul eden Weber, bu dönemde doğal hukukun pozitif hukuku meşrulaştırıcı bir kaynak olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. Bu aşamada yasalar rasyonel uzlaşmaya dayanmaktadır. Savaşlar sonucu elde edilen ganimetler ve yeni

toprakların yaratabileceği düzensizliği önlemek için yeni normlara ihtiyaç duyulmasından dolayı savaşı toplumlarda hukuk sisteminin daha etkin biçimde rasyonelleşmeye başladığını ileri sürer.

Modern Çağ'a gelindiğinde ise öne çıkan kavramlar profesyonelleşme ve rasyonel bürokrasidir. Weber'e göre bürokrasi, alanında uzmanlaşmış kişilerin devamlı örgütlenmesidir. Modern kapitalist çağda ekonomik gelişmelerin hız kazanması, uzman hukuk bilgisine sahip uzman kişilerin varlığını gerektirmiştir. Uzmanlık eğitimi alan profesyonel kişiler ise hukuk kurumunun rasyonelleşmesine etki etmiştir. Uzmanlık eğitimi farklı dönemlerde farklı şekillerde ortaya çıkmış olsa da sözünü ettiğimiz etki, çağdaş üniversitelerde verilen, hukuk bilimi üzerine rasyonel ve sistematik incelemeyi merkezine alan uzmanlık eğitimiyle söz konusu olmuştur. Benzer şekilde modern toplum öncesi birçok toplumda bürokrasi de bulunmakta birlikte, rasyonel bürokrasi modern topluma özgüdür. Rasyonel bürokrasi için genel ve soyut hukuk normlarının konulması ve bunların alanında uzman kişiler tarafından devamlı olarak sistematik şekilde uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla düzenli, sistemli ve sürekli örgütlenme biçiminde tezahür eden modern bürokrasi, hukukun rasyonelleşmesini sağlamaktadır.

Hukukun rasyonelleşme sürecini kronolojik olarak tarihi çağlara göre inceleyen Weber, diğer yandan kutsal hukuk sistemlerinin her birini ayrı ayrı ele alarak değerlendirmiştir. Genel bilimsel metodu doğrultusunda olmak üzere bu değerlendirmelerinde dinlerin, akide ve ritüellerine dair teorik kabul ve iddialarından ziyade, gerçekte var olana ilişkin pratikteki etkilerini dikkate almıştır. Bu kapsamda Kilise hukukunun – Yahudi hukukunun da etkisiyle – rasyonelleşmesi üzerinde özellikle durarak, çağdaş Batı toplumunun oluşumu bağlamında, kutsal hukuk formundan rasyonel hukuka dönüşümünü ortaya koyar.

Bir sosyolog olarak öncelikle içinde yaşadığı toplumu ve çağı anlamak isteyen Weber, zamanının baş döndürücü bir hızla kendini gösteren değişim ve dönüşümünü incelerken modern Batı toplumunun biricikliğini ileri sürmüştür. Eleştirilerini ifade etmekten geri kalmasa da rasyonelliğin görece üstünlüğünü döneminin sıradan insanı gibi kabul ettiğini hissettirerek, ama daha ziyade nevi şahsına münhasırlığını kastederek söylediği bu biricikliğin en karakteristik özelliğinin ise rasyonellik olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda modern toplumda hukuku rasyonel bir kurum olarak değerlendirmiş, modern rasyonel hukukun da ilk ve yetkin biçimde modern Batı toplumunda ortaya çıktığını ifade etmiştir. Bu tezini ispatlamak için hukuki normların ilk ortaya çıkışlarından itibaren hukuk olgusunu farklı çağları, farklı toplumları ve farklı dinleri dikkate alarak araştırmıştır. Oldukça kapsamlı araştırmasında modern hukuk anlayışına doğru ilerleyen, yani rasyonelleşen hukuku hem Batı medeniyeti bağlamında tarihi gelişim seyri içinde hem de diğer medeniyet ve dinlerde hukuk sistemlerinin rasyonellik-irrasyonellik kapasitesini ve rasyonelleşme/rasyonelleşememe potansiyelini ortaya koyarak açıklamaya çalışmıştır. Weber'in bu geniş anlama ve açıklama çabası, her bilimsel çalışma gibi eleştirilecek yönler barındırabilirse de sosyal kurumlarıyla birlikte modern toplumu ve tabii ki modern rasyonel hukuk sistemini ve anlayışını anlama ve açıklama noktasında hala öne çıkan referans olarak toplum ve hukuk bilimlerindeki yerini ve güncelliğini korumaktadır.

KAYNAKÇA

- Aron R, *Sosyolojik Düşüncenin Evreleri* (1. Bası, Kırmızı Yayınları 2021).
- Abdulrouf I ve Freda U.C, 'Public Bureauc and National Development in Developing Countries: A Theoretical Analysis of The Characteristic, Roles and Factors Inhibiting It's Performance' (2023) 7(3) Irish International Journal of Law, Political Sciences and Administration 31-42.
- Bal H, *Hukuk Sosyolojisi* (Sentez Yayıncılık 2018).
- Crone P. 'Weber, Islamic Law and the Rise of Capitalism' in Toby E.Huff and Wolfgang Schluchter (eds), *Max Weber and Islam* (Transaction Publishers 1999) 247-272.
- Işıktaç Y, *Hukuk Sosyolojisi* (Filiz Kitabevi 2013).
- Işıktaç Y, 'Max Weber'in "Anlayış Sosyolojisi" Yönteminin Hukuka Uygulanması Üzerine Bir Deneme' (2011) 53(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 273-281.
- Işıktaç Y ve Koloş U, *Hukuk Sosyolojisi* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2020).
- Kavas DC, 'Max Weber Sosyolojisi Işığında Modern Hukukun Rasyonel Temeli' (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2007).
- Öktem N, 'Max Weber' (1994) 54(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 369-384.
- Özlem D, *Max Weber'de Bilim ve Sosyoloji* (Ara Yayınevi 1990).
- Ritzer G, 'Profesyonelleşme, Bürokratikleşme ve Rasyonelleşme: Max Weber'in Görüşleri' (Selin Atalay çev, 2016) Sosyoloji Dergisi Armağan Sayısı 189-202.
- Schroeder R, *Max Weber ve Kültür Sosyolojisi* (Mehmet Küçük çev, Bilim ve Sanat Yayınları 1996).
- Sutcliffe R, *The Imaginary Excess of Reason: Critical Reflections on Magic and Modernity in the Context of Post-Millennial Capitalism* (University of Queensland Press 2011) 30-58.
- Topçuoğlu H, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri* (Ajans-Türk Matbaası 1963).
- Topçuoğlu H, *Max Weber'e Göre Hukuki Düşüncenin Kategorileri ve Yeni Hukuk Normlarının Teşekkül Tarzları* (Ajans-Türk Matbaası 1964).
- Topuzkanamış E, 'Max Weber'de Ekonomi, Hukuk ve Rasyonelite' (2012) 14(1-4) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 253-274.
- Turner B, *Max Weber ve İslam* (Yasin Aktay çev, Vadi Yayınları 1991).
- Umur Z, 'Eski Hukuklar Arasında Roma Hukukunun Bazı Özellikleri' (1990) 0(12) Anadolu Araştırmaları Dergisi 145-156.
- Weber M, *Economy and Society*, vol 2 (University of California Press 1978).
- Weber M, *Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı* (Özer Ozankaya çev, İmge Kitabevi 1995).
- Weber M, *Ekonomi ve Toplum II* (Latif Boyacı çev, 1. Bası, Yarın Yayınları 2012).
- Weber M, *Ekonomi ve Toplum I* (Latif Boyacı çev, 1. Bası, Yarın Yayınları 2012).
- Weber M, *Max Weber on Law in Economy and Society* (Edward Shils ve Max Rheinstein çev, Harvard University Press 1954).
- Weber M, *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhunu* (Zeynep Gürata çev, Ayraç Yayınevi 1999).
- Weber M, *Sosyoloji Yazıları* (Taha Parla çev, 6. Bası, İletişim Yayınları 2004).

Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

The Crime of Sexual Abuse of Children

Elif ERGÜNE* 

ÖZ

Çocukların cinsel istismarı suçu, Türk Ceza Kanunu'nun "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı bölümünde 103. maddede düzenlenmektedir. Çalışmada öncelikle bu suç ile korunan hukuksal değer ardından suçun unsurları analiz edilmiş ve bu çerçevede maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru öğretideki tartışmalar ve yargı kararları ile birlikte incelenmiştir. Bundan sonra cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması ve suçun vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi ve diğer nitelikli unsurlarına değinilmiş, daha sonra kusurluluk ile ilgili önem arz eden hususlar irdelenmiştir. Ardından suçun temel ve nitelikli unsurlarına teşebbüs ve gönüllü vazgeçme, iştirak ve içtima konularına yer verilmiştir. Son olarak yaptırım, muhakeme, dava zamanaşımı ve infaza ilişkin özellik arz eden hususlar değerlendirme konusu yapılmıştır. Cinsel istismar suçuna ilişkin belirtilen bu hususlar doktrindeki tartışmalar ve yargı kararları ışığında, Alman hukukundaki benzer düzenlemelere değinilerek incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Cinsel Dokunulmazlık, Cinsel İstismar, Çocuk, Sarkıntılık, Nitelikli Cinsel istismar

ABSTRACT

The crime of sexual abuse of children is regulated in Article 103 of the Turkish Penal Code's section titled "Offences against sexual inviolability". First, in the study, the legal value protected by this crime, then the elements of the crime were analysed and, in this context, the actus reus, mens rea, and the element of unlawfulness were examined with the judicial decisions and discussions in the doctrine. After that, sexual behaviour remained at the level of molestation, the crime was committed by inserting an organ or other object into the body, and other qualified elements were mentioned and thereafter, the significant issues related to culpability were examined. Subsequently, the basic and qualified elements of the crime are attempt and voluntary renunciation, jointly committed offences and aggregation of offences. Finally, the specific issues regarding sanction, judgment, the statute of limitations and execution were evaluated. These issues related to the crime of sexual abuse have been examined in the light of the debates in the doctrine and judicial decisions by referring to similar regulations in German law.

Keywords: Sexual Inviolability, Sexual Abuse, Child, Molestation, Aggravated Sexual Abuse

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/İstanbul, ORCID: 0000-0001-6443-8392.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Elif ERGÜNE

E-posta/E-mail: elifbekar@istanbul.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 14.12.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 30.05.2023

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı bölümünde yer alan cinsel istismar suçu, m.102'de yer verilen cinsel saldırının devamında m.103'te düzenlenmektedir. İlk olarak kanun koyucu tarafından "istismar" kavramının tercih edilmesinin nedenleri ve bu suç ile korunan hukuki değer incelenmiştir. Korunan hukuki değer ile ilgili farklı görüşlere yer verildikten sonra suçun unsurları, temel unsurlar ve nitelikli unsurlar başlıkları altında değerlendirilmiştir. Bu kapsamda öncelikle temel unsurlar, maddi ve manevi unsurlar ve hukuk aykırılık unsuruna değinilmiştir. Maddi unsurlar başlığı altında cinsel istismar suçu bakımından özellik arz eden konu ve mağdur, hareket, fail inceleme konusu yapılmıştır. Cinsel istismar suçunda yaş gruplarına göre ayırım yapıldığı görülmektedir. Bu suçta mağdur, iki gruba ayrılmakta ve hareket unsuru da buna göre düzenlenmektedir. Birinci ve ikinci grup çocuklar bakımından tek bir cinsel davranışın yeterli olup olmayacağı, ikinci grup çocuklar bakımından "iradeyi etkileyen başka neden" kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğu, cinsel davranışın vücut dokunulmazlığının ihlalini gerektirip gerektirmediği değerlendirilmiştir. Manevi unsurlar başlığı altında bu suç tipi bakımından kastın dışında cinsel duyguları tatmin şeklinde amacın aranıp aranmayacağı, kastın kapsamı ve unsurlarda hata haline dair açıklamalara yer verilmiştir. Suçun temel unsurlarından son olarak hukuka aykırılık unsuru incelenmiş olup, bu bağlamda da rızanın hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar ve diğer hukuka uygunluk sebeplerine değinilmiştir.

Suçun temel unsurlarından sonra nitelikli unsurlara yer verilmiştir. Nitelikli unsurlar konu ve mağdur, hareket, netice ve fail sebebiyle nitelikli unsurlar şeklinde tasnif edilmiştir. Konu ve mağdur sebebiyle nitelikli unsurlar başlığında, mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması ve suçun üçüncü derece dâhil kan ve kayın hısımlığı olan kişiye karşı işlenmesi haline yer verilmiştir. Hareket sebebiyle nitelikli unsurlar kapsamında cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması, birinci grup çocuklara karşı cebir veya tehdit, ikinci grup çocuklara karşı silahla işleme, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma, zorunlu toplu yaşam ortamının sağladığı kolaylıktan faydalanma halleri değerlendirme konusu yapılmıştır. Netice sebebiyle nitelikli unsurlar kapsamında mülga düzenleme olan beden veya ruh sağlığının bozulması ve bitkisel hayata girme veya ölüm; fail sebebiyle nitelikli unsurlar kapsamında ise failin üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen olması, failin vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olması ve birden fazla kişi tarafından birlikte işleme halleri incelenmiştir.

Kusurluluk başlığı altında kusurluluğu etkileyen hallerden cinsel istismar suçu bakımından önem arz edenler değerlendirilmiştir. Bu bağlamda yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, cebir veya tehdit, haksız tahrik ve haksızlık hatası incelenmiştir. Ardından teşebbüs ve gönüllü vazgeçme, iştirak ve içtima konularına yer verilmiştir. Son olarak yaptırım, muhakeme, dava zamanaşımı ve infaza ilişkin özellik arz eden hususlar inceleme konusu yapılmıştır. Çalışmada belirtilen bu hususlar Alman hukukundaki benzer düzenlemelere değinilerek ele alınmış, doktrindeki tartışmalar ve yargı kararları ışığında incelenmiştir.

I. GENEL BİLGİLER

Çocukların cinsel istismarı suçu, Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 103'te yer almaktadır. TCK m. 103/1; “Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddenin devam eden fıkralarında ise cinsel istismar suçunun nitelikli unsurları ve netice sebebiyle ağırlaşmış halleri bulunmaktadır.

Cinsel istismar suçu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (ETCK) “Cebren ırza geçen, küçükleri baştan çıkaran ve iffete taarruz edenler” başlıklı sekizinci bap, birinci fasılda m. 414-418'de düzenlenmiştir.

Kanun koyucu yetişkinler için “cinsel saldırı” terimini kullanırken çocuklar hakkında “cinsel istismar” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Çocukların yetişkinlere göre daha fazla korunma ihtiyaçlarının olması nedeniyle kanun koyucunun “istismar” terimini tercih ettiği ve cinsel saldırı suçuna göre daha fazla ceza öngöröldüğü söylenebilir¹. Benzer şekilde cinsel istismar ifadesinin tercih edilmesinin nedeni olarak çocuğun yaşı veya içinde bulunduğu durum nedeniyle kendisine yönelik hareketin cinsel içerikli olup olmadığını anlayabilecek durumda olmaması hali², failin mağdur üzerindeki otoritesi ya da çocukların cinsel davranışlara gösterecekleri rızanın genel olarak geçerli olmayacağı³ gösterilmektedir. Failin konumu, bilgisi veya yaşı gibi sebeplerle sahip olduğu bu otorite “farazi cebir” olarak da adlandırılmaktadır⁴.

II. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

ETCK'da “Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler” başlıklı sekizinci bapta yer alan bu suç ile korunan hukuki değerin genel ahlak ve aile düzeni olduğu görölmektedir.

- 1 M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Aşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bası, Adalet 2021) 399; Murat Aydın, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (3. Bası, Seçkin 2018) 22; Bülent Kurt, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Adalet 2020) 21.
- 2 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. Bası, Seçkin 2020) 451; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2020) 355; Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C.1* (Vedat 2006) 395.; Sertaç Işık, *Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012) 80.
- 3 Mahmut Koca ve İlhan Üzölmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Bası, Adalet 2022) 413.
- 4 Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Bası, Yetkin 2020) 249.

Bunun yanı sıra TCK'da yer alan cinsel istismar suçu ile mağdur olan çocuğun yararının korunmak istendiği belirtilmektedir⁵. Ayrıca bu suç ile çocuğun cinsel özgürlüğünün⁶ ve sağlıklı biçimde cinsel gelişim ve sağlık hakkının⁷, bozulmamış cinsel gelişiminin⁸ ve istismar edilmeme hak ve özgürlüklerinin korunmasının amaçlandığı ifade edilmektedir⁹. Bununla birlikte cinsel ve vücutsal bütünlüğün korunduğu kabul edilmektedir¹⁰. Bunun yanı sıra cinsel istismar suçu ile çocuğun cinsel gelişiminin bozulmadan korunması için erken cinsel deneyimden uzak tutulması amaçlandığı belirtilmektedir¹¹.

Sonuç olarak TCK'da “*Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” başlıklı altıncı bölümde yer alan bu suç ile korunan hukuki değer, çocuğun cinsel dokunulmazlığı ile ruh ve beden bütünlüğü olduğu söylenebilecektir.

III. SUÇUN TEMEL UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

1. Konu ve Mağdur

Cinsel istismar suçunun konusu yaşayan bir çocuğun vücududur¹². Erkek ya da kadın olan çocuğun vücudu dışında, resmi, görüntüsü, videosu vb. bu kapsamda ele alınamayacaktır¹³. Bu suçun mağduru, istismara uğrayan on sekiz yaşını doldurmamış çocuktur. Çocuğun cinsiyeti ise önem taşımamaktadır¹⁴. Ölmüş insanlara karşı gerçekleştirilen fiiller, kişinin hatırasına hakaret suçunun

5 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 400; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 355; Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (2. Bası, Adalet 2019) 144.

6 Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Bası, Seçkin 2017) 289; Yener Ünver, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi incelenmesi”, iç Yener Ünver (edr) *II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”* (Seçkin 2014) 40.

7 Joachim Renzikowski, “Sexueller Mißbrauch von Kindern”, in Volker Erb and Jürgen Schäfer (eds) *Münchener Kommentar zum StGB (MüKoStGB)* (4th edn, C. H. Beck, 2021) § 176, N 3; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 451; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 355; Koca ve Üzülmöz (n 3) 403; Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der 2014) 144.

8 Jörg Eisele, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Strafgesetzbuch Kommentar (Schönke/Schröder StGB)* (30th edn, C. H. Beck 2019) § 176, N 1a. Ancak sadece cinsel gelişimin esas alınarak normun amacının belirlenmesi dar bir yaklaşım olacaktır (Tatjana Hörnle, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” in Heinrich Wilhelm Lauffhütte, Klaus Tiedemann and Ruth Rissing-van Saan (eds) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (12th edn, De Gruyter Recht 2009) § 176 N 1).

9 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 355; Yokuş Sevük (n 5) 144.

10 Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (6. Bası, Adalet 2021) 368.

11 Martin Heger, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” in Karl Lackner and Kristian Kühl (eds) *Strafgesetzbuch Kommentar (Lackner/Kühl StGB)* (29th edn, C. H. Beck 2018) § 176 N 1; Eduard Dreher and Herbert Tröndle, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Dreher/Tröndle StGB)* (46th, C. H. Beck 1993) § 176 N 1.

12 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 402; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 356; Koca ve Üzülmöz (n 3) 408; Aydın (n 1) 25; Hatice Kübra Demir, *Çocuğun Cinsel İstismarı Suçuna Özgü Yaptırımlar ve İnfaz Rejimi* (Adalet 2021) 28. “...Kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle...” Yargıtay 14 CD, E 2016/3127 K 2016/2435, 14.03.2016 (Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C.3* (Adalet 2021) 3886.

13 Krş. Müstehcenlik, çocuk pornografisi suçu (m 226/3).

14 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 401; Koca ve Üzülmöz (n 3) 406; Özen (n 10) 368. Suçun konusu ve mağdurunun “çocuk” olduğu görüşü ile ilgili olarak bkz. Gülşah Bostancı Bozbayındır, “Çocukların Cinsel İstismarı” *Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar C.II* (On İki Levha, 2017) 505.

düzenlendiği TCK m.130/2'ye; hayvanlara karşı gerçekleştirilen fiiller Hayvanları Koruma Kanunu yasaklar başlıklı m.14/1-j ve idari para cezalarının düzenlendiği m.28'e göre cezalandırılacaktır.

TCK'da cinsel istismar suçu bakımından yaş gruplarına göre ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre cinsel istismar suçunda mağdur, iki gruba ayırılmakta ve hareket unsurunu buna göre düzenlenmektedir (m.103/1-a ve b). Birinci grup, 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam¹⁵ ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklardan (mümeyyiz/sezgin olmayan, algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar) ¹⁶ oluşurken; ikinci grup, 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklardan (mümeyyiz/sezgin çocuklar) oluşmaktadır¹⁷. Alman hukukunda ise, cinsel istismar suçu bakımından 14 yaşından küçük çocukların rızasına geçerlilik tanınmadığı görülmektedir¹⁸.

TCK m.6 uyarınca çocuk, 18 yaşını dolduramamış kişidir. Evlenme ya da mahkeme kararı ile ergin kılınmış olsa dahi 18 yaşından küçükler bu suçun mağduru olabilecektir¹⁹. Nitekim TMK m.124-128 uyarınca, ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla en erken 16 yaşını dolduran kişi evlenebilir (kanuni çocuk evliliği)²⁰. Kanuni evlenme yaşının altındaki çocuk evliliklerinin ise herhangi bir etkisi yoktur²¹. Öte yandan doktrinde yapılan bir ayırma göre, cinsel davranış, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak yapılırsa çocuk erken yaşta ergin olsa dahi 18 yaşın altında olup, çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Ancak cinsel davranış, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın gerçekleştirilirse evlenmenin varlığı rıza anlamına gelerek hukuka uygunluk

15 Çocuk tarafından fiilin hukuki anlamının algılanamayacağı, cinsel nitelik ve amacının algılanabilir olduğu ve bunun da yetenek eksikliği nedeniyle algılanamayacağı yönündeki eleştiri için bkz. Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar* (5. Bası, Seçkin 2021) 126.

16 Mahkeme tarafından uzman kişiler vasıtasıyla tespit edilen bu yetenek, işlenen fiilin hangi suçu oluşturduğunun veya cezasının ne olduğunun bilinmesi ile ilgili değildir, bununla birlikte fiilin cinsel özgürlüğe müdahale içerdiğinin bilinmesi yeterlidir (Özen (n 10) 370; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 357). Algılama yeteneğinin gelişmemiş olmasına akıl zayıflığı, zekasal gelişim düzeyinin eksik olması, bilgi, görgü geriliği halleri örnek verilebilir (Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 357).

17 15 yaşını doldurmuş mağdur bakımından, failin sorumlu tutulabilmesi için "isnat yeteneği"nin aranmasının yerinde olmadığı görüşü hakkında bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 454.

18 StGB § 176; "Her kim 14 yaşın altındaki çocuğa karşı cinsel hareket gerçekleştirir veya kendi üzerinde çocuğa çocuğa gerçekleştirirse altı aydan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklindedir. Bu nedenle çocuğun 14. yaş gününde işlenen fiil bakımından bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır. Bunun aksine bir anlaşma geçerli olamayacaktır (Renzikowski (n 7) § 176 N 29). Mağdur olan çocuğun daha evvel cinsel deneyimi olup olmadığını bir önemi olmaksızın 14 yaşın altında olması yeterlidir (Dreher and Tröndle (n 11) § 176 N 2). 14 yaşın altındaki mağdur çocuğun cinsiyeti önem arz etmemekte olup, bu suç ölümlere karşı işlenemeyeceğinden mağdurun yaşayan bir çocuk olması gerekmektedir (Hörnle (n 8) § 176 N 8). Çocukların cinsel gelişimleri ve ergenlikleri dikkate alınarak Türk hukukunda da 15 yaş sınırının 14'e indirilmesine dair öneri hakkında bkz. Bilgehan Savaşçı, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Legal 2013) 62.

19 Gökcan ve Artuç (n 12) 3872. Aksi görüşe göre, evlilik kişiyi ergin kıldığı için bu kişilere yönelik cinsel davranışlar, TCK m.102 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kişilerin rızaları ile cinsel ilişkiye girmeleri halinde ise mevcut olan evlilik nedeniyle rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve suçun oluşmadığı ileri sürülmüştür. (Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Bası, Savaş 1999) 302.

20 Bir görüşe göre, evlilik ile ergin kılınmış çocuk, eşi dışındaki kişiler bakımından çocuk sayılacaktır. Bu görüşe göre evlilik ile ergin kılınan çocuk bakımından TCK m.102 uygulanmalıdır ve eşlerden biri diğerinin rızasına aykırı olarak vücuda organ sair cisim sokma şeklinde olmayan cinsel saldırı niteliğinde hareketler gerçekleştirirse, suç teşkil etmemelidir. Ancak vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı da hareket suç teşkil etmeli ve takibi şikâyete bağlı olmalıdır. Görüş hakkında bkz. Özen (n 10) 372; Gökcan ve Artuç (n 12) 3872.

21 Bkz. aşağıda kusurluluk-haksızlık hatası.

sebebi teşkil edecektir. Bu ihtimalde hem cinsel istismar hem de reşit olmayanla cinsel ilişki suçu söz konusu olmayacaktır²². Evliliğin varlığı halinde cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişkide rızanın varlığının bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınması yerine tipikliği kaldıran rıza kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenebilecektir. Çünkü burada tipik hareket, çocuğun rızasına aykırı bir şekilde gerçekleştirilen cinsel ilişkidir²³.

Sonuç olarak bu suçun mağduru olması bakımından çocuğun medeni halinin önem arz etmediği söylenebilecektir. Yargıtay'ın yaklaşımının da bu yönde olduğu görülmektedir²⁴.

Diğer bir tartışma konusu ise, eşler arasında bu suçun işlenmesi hali ile ilgilidir. Cinsel saldırının nitelikli şeklindeki gibi eşe dair şikâyet şartını arayan özel bir düzenleme yoktur. Ayrıca bu suçun temel şekli de bir istisna (çocuklar arası sarkıntılık) dışında şikâyete tabi değildir²⁵. Sonuç olarak cinsel saldırı suçunun nitelikli hali eşler arasında işlendiğinde suç şikâyete tabi iken, cinsel istismar suçunun eşler arasında işlenmesi halinde kovuşturma re'sen yapılacaktır.

Doktrinde bir görüş, 102/2'deki eş düzenlemesinin özel norm olarak evli çocuklar için de uygulanması gerektiğini savunmaktadır²⁶. Ancak bu görüş, evli olmanın çocuk olma vasfını (TCK m.6) kaldırmaması nedeniyle eleştiriye açıktır. Sonuç olarak çocuk, evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış olsa dahi cinsel istismar suçunun mağduru olabilecektir²⁷. Bu durumda cinsel ilişki örneğinin, cebir veya tehdit ile gerçekleşmişse evli olan çocuk, cinsel istismar suçundan cezalandırılacak olup, hakkında şikâyet aranmayacaktır.

Burada evli olan çocuklar hakkında özel bir düzenlemenin olması gerektiği resmi bir evlilik ilişkisinin varlığı halinde TCK m.102'nin uygulanmasının yerinde olacağı ileri sürülmektedir²⁸.

Diğer yandan bu konuda ikili ayırım yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre cinsel davranış cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmişse, çocukların cinsel istismar suçunun oluştuğu söylenebilecekken; cinsel davranış cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleşmemişse evlilik mevcut olduğundan cinsel istismar suçu oluşmayacaktır²⁹. 15 yaşını tamamlayan çocukla rızai cinsel ilişki reşit olmayanla

22 Bu görüş hakkında bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 358, 359.

23 Selman Dursun, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış" (2014) 24 Ceza Hukuku Dergisi 63. Ayrıca tipikliği kaldıran ve hukuka uygunluk nedeni olan rıza hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammed Demirel, "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza" (2020) 78(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 85.

24 "5237 sayılı TCK'nın 6 ve 5395 sayılı ÇKK'nın 3. maddeleri karşısında; suçun mağdurunun onsekiz yaşını bitirmemiş olması durumunda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca herhangi bir sebeple onsekiz yaşından önce ergin olsa dahi ceza hukuku bakımından çocuk olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple evlenmeye veya mahkeme kararıyla ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış mağdura karşı gerçekleştirilen eylemler çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır." Yargıtay 14 CD, E 2016/993, K 2019/13661, 26.12.2019 Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 20 Kasım 2022.

25 Ayrıca bkz. aşağıda nitelikli unsurlar.

26 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 457; Koca ve Üzülmöz (n 3) 407.

27 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 358; Yokuş Sevük (n 5) 147; Koca ve Üzülmöz (n 3) 407.

28 Ünver (n 6) 41.

29 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 359. Eşi tarafından 18 yaşın altındaki eşe karşı rızası dışında gerçekleştirdiği temel cinsel

cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır. Ancak burada evlilik söz konusudur ve TMK'ya göre 17 yaşını tamamlayan ya da olağanüstü hallerde hakim kararıyla 16 yaşını tamamlayanlar evlenebildikleri ve evlilik kişiyi ergin kaldığından için bu suç oluşmayacaktır³⁰.

2. Hareket

Cinsel istismar suçunda hareket, çocuğu cinsel yönden istismar edilmesidir. Cinsel istismar deyimi Kanunda, çocuğun yaşına göre farklı içerikte tanımlanmaktadır³¹. Birinci grup (15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş) çocuklar bakımından her türlü cinsel davranış; ikinci grup (15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş) çocuklar bakımından ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı cinsel davranışlar³² olarak ifade edilmiştir.

TCK m.103/1-a'da "...her türlü cinsel davranış", m.103/1-b'de "cinsel davranışlar" ibareleri yer almaktadır. Kanunun lafzı gereği, birinci grup çocuklara yönelik tek bir davranış yeterli iken, ikinci grup çocuklara yönelik ise, birden çok cinsel davranışın arandığı söylenebilir. Fakat kanun koyucunun, birinci ve ikinci grup çocuklar bakımından böyle bir ayırım yapma amacının olmadığı, her iki gruptaki çocuklar hakkında da tek bir cinsel davranışın suçun oluşması bakımından yeterli olduğu belirtilmelidir³³.

Birinci grup çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, çocuğun rızası ile gerçekleşmiş olsa dahi bu suç oluşacaktır. Cinsel istismarın, birinci grup çocuklara karşı cebir veya tehditle işlenmesi hali ise, nitelikli unsur teşkil etmektedir. İkinci grup çocuklar bakımından ise rıza geçerlidir, fakat işlenen fiil cebir, tehdit, hile³⁴ veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmiş olmamalıdır. Burada yer verilen "iradeyi etkileyen başka bir neden" ibaresinden anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir³⁵. İradeyi etkileyen başka bir neden olarak "geçici bir nedenle" ya da "alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle" mağdurun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması veya azalması durumunun ifade edildiği vurgulanmıştır³⁶. Mağdurun

istismar veya sarkıntılık niteliğindeki davranışların, cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği hakkındaki görüş için bkz. Gökcan ve Artuç (n 12) 3873.

30 Dursun (n 23) 66.

31 Kız çocuklarının daha erken ergenliğe girmesi ve erkek ve kız çocuklarının olgunlaşma yaşlarının farklılık arz etmesi nedeniyle aynı yaş gruplarına göre tasnif yapılması eleştirilmektedir. Renzikowski (n 7) § 182 N 4.

32 İkinci grup çocuklar bakımından rızaları dâhilinde yapılan kendilerine yönelik cinsel davranışlar bakımından cinsel istismar suçu oluşmayacaktır. Ayrıca burada yer verilen cinsel davranışlar, cinsel ilişkiye varmayan düzeydeki davranışlardır. Cinsel ilişkinin söz konusu olması halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m.104) değerlendirme konusu olacaktır (Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 358; Özen (n 10) 375).

33 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 457.

34 Hilenin mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta olması aranmaktadır (Yargıtay 14 CD, E 2014/1552 K 2015/5994, 30.04.2015) Gülsün A. Aygörmmez Uğurlubay, "Cinsel Suçlara İlişkin Güncel Maddi Hukuk Sorunları", iç Gülsün Ayhan Aygörmmez Uğurlubay (edr), *Alman ve Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Cinsel Suçları Önleme Stratejileri* (On İki Levha 2019) 33.

35 İfadenin belirli olmaması nedeniyle "kanunilik" ilkesine aykırılık teşkil edebileceği ile ilgili görüş için bkz. Gökcan ve Artuç (n 12) 3877; Şen (n 2) 397; Ahmet Ceylani Tuğrul ve Murat Ceylani Tuğrul, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar, Ensest İlişkiler* (Detamat 2018) 298.

36 Gökcan ve Artuç (n 12) 3878; Yokuş Sevük (n 5) 150; Taner (n 6) 303; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 455; Soyaslan (n 4) 251.

iradesini ortadan kaldırmaya yönelik bir etki değil; davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azaltılması aranmaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştır³⁷.

Bununla birlikte algılama yeteneği gelişmiş olan çocuğa cebir, tehdit veya hile uygulanmaksızın cinsel istismara yönelik davranışın gerçekleşmesi için (örneğin, para verilmesi suretiyle) ikna edilmesinin iradeyi etkileyen bir neden olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusudur. Bu gibi hallerin, iradeyi etkileyen neden kapsamında kabul edilmesi Kanun metninin uygulama alanını tehlikeli biçimde genişletecektir. Öte yandan iradeyi etkileyen hallere mutlaka fail tarafından sebebiyet verilmesinin gerekli olup olmadığı diğer bir tartışma konusudur. Uygulamada mağdurun özgür iradesiyle algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesi halinde rızanın varlığının kabul edildiği görülmektedir³⁸.

Diğer yandan çocuğa yönelik cinsel davranışın, vücut dokunulmazlığının ihlalini gerektirip gerektirmediği hususu değerlendirilmelidir. TCK m.102’de düzenlenen cinsel saldırı suçundan farklı olarak cinsel istismar suçunda, madde metninde vücut dokunulmazlığının ihlali aranmamaktadır. Bu nedenle baskın görüşe göre, cinsel istismar suçunun TCK m.105’te düzenlenen cinsel taciz suçundan ayrımı, cinsel istismarda bedensel temasın aranmasıdır³⁹. Yargıtay da bedensel temas içermeyen hareketleri cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirmemektedir⁴⁰. Azınlıkta kalan görüşe göre ise, çocuklara yönelik tüm cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Bu durumda çocuklara yönelik bedensel temas içermeyen cinsel davranışlar da cinsel taciz suçunu değil, cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için cinsel davranışın vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi zorunluluğu aranmamaktadır⁴¹. Bu görüş, ikinci grup çocuklara yönelik cebir, tehdit veya hile unsurlarının bedensel temas içermeyen davranışlar bakımından anlamlı olmaması noktasında eleştirilmektedir.

Bununla birlikte sadece birinci grup çocuklar için bedensel temas şartının aranmayacağı ileri sürülmektedir. Bu görüş, TCK m.103/1-a yer alan “*her türlü cinsel davranış*” ibaresi gereği birinci

37 “Suçun mağdurunun çocuk olması ve bu filler karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidilmiştir. Fıkranın (b) bendinde söz konusu edilen cinsel istismar bakımından çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, “iradeyi etkileyen neden” ifadesi kullanılmıştır”.

38 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 456.

39 Koca ve Üzülmüş (n 3) 409, 410; Dursun (n 23) 61; Yokuş Sevik (n 5) 151; Özen (n 10) 374.

40 “Okula gitmekte olan çocuk mağdurelere sokak üzerinde hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten ibaret eylemin TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanlıya düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkumiyetine karar verilmesi...” Yargıtay 5 CD, E 38/2008 K 2115/2008 18.03.2008 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022. “Samim oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen yönetimindeki araç ile okul sorma bahanesi ile mağdureye yaklaşip hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten ibaret eyleminin TCK.105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinden yanlıya düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkumiyetine karar verilmesi...” Yargıtay 5 CD, E 2007/3731 K 2007/4315, 02.02.2009. “Samim olay günü kendisinden uzaklaşmak isteyen mağdureyi ısrarla takip ederek sırnaşıkça sözler sarfetmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi nedeniyle cinsel istismar niteliğinde bulunmadığı gözetilmeden, kişilerin huzur ve sükununu bozma veya cinsel taciz suçunu oluşturup oluşturmayacağı da karar yerinde tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 5 CD, E 2011/2804 K 2011/3503 27.04.2011 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

41 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 364; Memiş Kartal (n 7) 164; İbrahim Dülger, “Çocukların Cinsel İstismarı” (2010) 2(6) Fasikül Hukuk Dergisi 41.

grup çocuklar hakkında bedensel temas içermeyen davranışların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴². Ancak Kanundaki bu ifade, ikinci grup çocuklardan farklı olarak ilk gruptakilerin rızasının geçerli olmadığını vurgulamaya yöneliktir.

Diğer yandan 6545 s. Kanun (m.61) ile m.105'te “*fiilin çocuğa karşı işlenmesi*” durumunda ceza artırımını öngören şekilde değişiklik yapılarak cinsel taciz suçunun çocuğa karşı da işlenebileceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca 6545 s. Kanun'un madde gerekçesinde cinsel istismar bakımından bedensel temasın gerekliliği belirtilmiştir. Buna rağmen cinsel taciz suçunun nitelikli halinin mağdurunun ancak ikinci grup çocuk olabileceği ileri sürülmektedir⁴³.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, baskın görüşün isabetli olduğu söylenebilir. ETCK dönemindeki ırza tasaddi, söz atma ve sarkıntılık fiilleri arasındaki fark da aynı şekildedir. Nitekim 18/06/2014 tarihli ekleme ile bedensel temas içeren ani ve kesiklik gösteren, süreklilik arz etmeyen davranışlar “sarkıntılık” fiili olarak madde metninde yer almaktadır. Diğer yandan cinsel taciz suçunda fiilin çocuğa karşı işlenmesi haline yer verilmesi de cinsel taciz ve cinsel istismar suçunun ayrımı konusunda bedensel temasın varlığına dair bir kriter oluşturmaktadır⁴⁴.

Sonuç olarak cinsel istismar, cinsel nitelik taşıyan ve fakat vücuda organ veya sair cisim sokma düzeyine varmayan ve vücut dokunulmazlığını süreklilik arz edecek şekilde ihlal eden birinci grup çocuklar bakımından her türlü cinsel davranış, ikinci grup çocuklar bakımından ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı cinsel davranıştır. Vücuda organ veya sair cisim sokma düzeyine varan davranış, suçun temel unsuru değil, nitelikli unsur olarak düzenlenmektedir. Vücut dokunulmazlığını süreklilik arz edecek şekilde ihlal etmeyen, ani ve kesiklik gösteren bedensel temas içeren fiillerde, cinsel istismardan değil, sarkıntılıktan söz edilmesi gerekmektedir. Nihayet cinsel taciz suçundan ayrımı vücut dokunulmazlığının ihlali noktasındadır. Bedensel temas içeren fiiller sarkıntılık veya cinsel istismar suçunu oluştururken bedensel temas içermeyen fiiller bakımından cinsel taciz suçu değerlendirilmelidir.

Alman hukukunda çocukların cinsel dokunulmazlığına karşı suçlar, himayesine verilenin cinsel istismarı (Alman CK § 174), çocukların cinsel istismarı (§ 176), çocukların cinsel istismarının ağır hali (§ 176a), çocuğun cinsel istismarının ölümle sonuçlanması (§ 176b), küçükleri cinsel davranışlara teşvik (§ 180) ve gençlerin cinsel istismarı (§ 182) suçu şeklinde düzenlenmiştir.

Cinsel istismarın düzenlendiği 176. maddenin ilk iki fıkrasında (§ 176 I ve II) bedensel temas içeren fiiller⁴⁵, 176 IV'de ise bedensel temas içermeyen fiiller düzenlenmiştir. Buradaki ilgili fiiller için bir

42 Kurt (n 1) 50.

43 Bu görüş hakkında bkz. İzzet Özgenç, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar” (2020) 24(1) Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi 262, 263 dn 2.

44 6545 s. Kanun ile cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinin eklenmesine gerek olmadığı, sarkıntılık fiilinin de TCK m.105 kapsamında değerlendirilebileceğine dair aksi görüş için bkz. Soyaşlan (n 4) 248.

45 Failin çocukla bedensel temas içeren önemli cinsel davranışlarda bulunması veya çocuğun kendi üzerinde gerçekleştirilmesini sağlaması gerekmektedir (Hörnle (n 8) § 176 N 4). Bu fiiller bakımından çocuğun temasın farkında olmasına, cinsel bir temas olduğunu anlamasına gerek olmadığı ifade edilmektedir. Monika Frommel, “Sexueller

çocuğu teklif eden, vaat eden ya da bir başkası ile anlaşılan kişi ise 176 V uyarınca cezalandırılacaktır⁴⁶. Alman CK § 176 I'e göre, failin 14 yaşını tamamlamamış bir çocuk üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirmiş olması veya kendi üzerinde çocuğa bu tür davranışlar gerçekleştirtmiş olması gerekmektedir. Alman CK § 176 II'de ise, çocuğun başka biri üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya veya başka birinin kendisi üzerinde cinsel davranışlarda bulunmasına karar verdirme fiili suç olarak düzenlenmiştir. Çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlendiği Alman CK § 176 IV'de bedensel temas içermeyen fiiller 4 bent halinde yer almaktadır. Bunlar; çocuğun önünde cinsel davranış gerçekleştirme (CK § 176 IV 1), çocuğu cinsel davranış gerçekleştirmeye karar verdirme (CK § 176 IV 2), yazı, bilişim veya iletişim teknolojisi kullanarak etkileme (CK § 176 IV 3), pornografi yoluyla etkilemedir (CK § 176 IV 4).

Alman CK § 176 I'de aranan gerçekleştirme fiilinde aktif bir hareketin olması gerektiği, gerçekleştirme şeklindeki fiil bakımından ise çocuk tarafından gerçekleşen fiile, failin hareketsiz kalmasının yeterli olmayacağı savunulmaktadır⁴⁷. Alman CK § 176 II'de ise çocuğa cinsel davranışa dair karar verdirme durumu söz konusudur. Burada üçüncü kişi olarak anılan kişinin ceza sorumluluğu ya da yaşı önem arz etmemektedir. Ayrıca buradaki karar verdirme fiili, somut bir fiile yönelik olmalıdır⁴⁸.

İcrai hareketle işlenebilen bu suçun ihmali hareketle de işlenebileceği ileri sürülmektedir. Buna failin cebir veya tehdit ile mağdur tarafından kendisine cinsel davranış içeren hareketleri gerçekleştirmesi örnek verilmektedir⁴⁹. Bununla birlikte çocuğu kendi bedeni üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya zorlayan cinsel istismar suçundan sorumlu tutulacaktır⁵⁰. Ayrıntılı açıklamalara aşağıda iştirak başlıklı bölümde yer verilmiştir.

Cinsel istismar suçu soyut tehlike suçu olup, somut tehlike veya zarar aranmamaktadır⁵¹. Öte yandan cinsel istismar suçu sırf hareket suçu olup, yukarıda değindiğimiz davranışın dışında ayrıca bir neticeye yer verilmemektedir.

3. Fail

Suçun faili bakımından özellik arz eden bir husus aranmadığından bu suçun faili kadın, erkek, çocuk veya yetişkin herkes olabilir⁵². Fail ve mağdur aynı ya da farklı cinsiyette olabilir⁵³.

Mißbrauch von Kindern" in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann and Hans-Ullrich Paeffgen Strafgesetzbuch (eds), *Nomos Kommentar (NK-StGB)* (5th edn, Nomos 2017) § 176 N 11; Hörnle (n 8) § 176 N 4; Renzikowski (n 7) § 176 N 32). Nitekim çocuğun uyuyor olması da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Heger (n 11) § 176 N 3.

46 StGB § 176.

47 Eisele (n 8) § 176 N 4.

48 Renzikowski (n 7) § 176 N 35.

49 Özen (n 10) 375.

50 Bu görüşe göre, cinsel istismar mutlaka çocuğun vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulmasına bağlı değildir ve çocuğu kendi vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya zorlayan da dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır (Koca ve Üzülmöz (n 3) 410). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VI. B. İştirak.

51 Eisele (n 8) § 176 N 1a.

52 Hörnle (n 8) § 176 N 24.

53 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 451; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 401; Koca ve Üzülmöz (n 3) 406; Yokuş Seviük

Failin kendisinin de çocuk olması failin kusurluluğu ile ilgili sonuç doğuracaktır. Ayrıca 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı kılınmıştır. Birinci grup çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak tanımlandığı için çocuk olan fail tarafından birinci grup çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranış, cinsel istismar kapsamında değerlendirilecektir⁵⁴.

Örneğin 17 yaşındaki çocuk, 14 yaşındakine veya 14 yaşındaki çocuk 13 veya 16 yaşındakine karşı cinsel istismar niteliğindeki hareketleri gerçekleştirebilir. Hem failin hem mağdurun 15 yaşından küçük olması halinde karşılıklı rıza ile yapılan cinsel davranışlardan sorumluluğun doğmayacağı ve failin bu suç kapsamında cezalandırılmayacağı ileri sürülmektedir. Buna göre, çocuk olan failin, mağduru zorlaması halinde cinsel istismar suçu söz konusu olacaktır⁵⁵. Oysa ki fail ve mağdurun her ikisinin de 15 yaşından küçük olması halinde suçun temel ve nitelikli unsurları gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda suçun temel şekli bakımından her ikisi de fail olacaktır. Mevcut durumda bu çocukların cezalandırılmalarını engelleyecek bir düzenleme yoktur. Bu nedenle kanun koyucunun aksi yönde bir düzenlemeye yer vermeyerek iradesinin cezasız kılmak olmadığı söylenebilir.

Ancak vücuda organ veya sair cisim sokma şeklindeki nitelikli unsur bakımından failin sokma suretiyle işlenebilmesi bakımından bu nitelikli unsurun gerçekleşmiş sayılabilmesi için erkek olanın fail olarak sorumluluğunun doğması söz konusu olacaktır.

Yargıtay, çocuk olan failin 15 yaşını tamamlamamış mağdur çocukla cebir, tehdit ya da iradeyi etkileyen başka bir neden bulunmaksızın cinsel ilişkiye girmesi halinde nitelikli cinsel istismar suçunun mevcut olacağı kanaatindedir⁵⁶.

(n 5) 145; Özen (n 10) 368; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 356; Memiş Kartal (n 7) 156; Tuğrul/Tuğrul (n 35) 290. Alman hukukunda da faile ilişkin özellik arz eden bir husus olmadığından herkes fail olabilecektir ve mağdur çocuğun cinsiyetinin de önemi yoktur. Eisele (n 8) § 176 N 2-4; Dreher and Tröndle, (n 11) § 176 N 2.

54 Yokuş Sevük (n 5) 145. 15 yaşını doldurmuş çocuk ile bu yaşın altındaki çocuk arasındaki cinsel davranışlarda, 15 yaşını doldurmuş olan çocuğun fail olarak kabul edilmesi hakkındaki eleştiriler için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 452.

55 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 452.

56 "...Mağdurenin aşamalarındaki anlatımları, savunma ile tüm dosya kapsamı nazara alındığında oluşa uygun kabule göre, 2011 yılı Ağustos ayı içerisinde kayden ondört yıl dokuz aylık olan mağdure ile suça sürüklenen çocuğun cebir veya tehdit olmaksızın cinsel ilişkiye girmelerinin ardından olayın duyulması nedeniyle birlikte kaçarak yaklaşık üç ay kadar suça sürüklenen çocuğun evinde yaşadıkdan sonra yaşanan tartışma sonucu suça sürüklenen çocuğun mağdureye vurup istemediğini belirtmesi nedeniyle mağdurenin ailesinin yanına dönüp şikâyet etmesi üzerine adli makamlara intikal eden olayda... her ikisi de olay tarihinde çocuk statüsünde olan suça sürüklenen çocuk ile mağdure arasında darp, cebir, tehdit veya iradeyi etkileyen başka bir neden bulunmaksızın cinsel istismar eyleminin gerçekleşmesi, ailesinin suça sürüklenen çocuk ile görüşmesine izin vermediği için onunla kaçıp birlikte yaşamaya başlayan mağdurenin yaklaşık üç ay sonra yaşanan tartışmada suça sürüklenen çocuğun kendisine vurup istemediğini söylemesi nedeniyle ailesinin yanına geri dönmek durumunda kaldığının anlaşılması karşısında; ruh sağlığındaki bozulmanın maruz kaldığı cinsel istismar olayına bağlı mı geliştiği, yoksa hile, şiddet veya zorlama olmaksızın erken yaşta cinsel deneyim yaşamayı veya olay sonrası gelişen psikososyal stres ve çatışmalar nedeniyle mi oluştuğu konusunda usulüne uygun heyetten rapor alındıktan sonra, 5237 sayılı TCK'nın 103/6. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması" Yargıtay 14 CD, E 2016/11387 K 2017/6507, 18.12.2017 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08.11.2022.

Fail üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişi ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen (TCK m.103/3-c), vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan (TCK m.103/3-d), kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanan kişi ise (TCK m.103/3-e) fail sebebiyle daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal söz konusu olacaktır.

B. MANEVİ UNSURLAR

Cinsel istismar suçu, kasten işlenebilen bir suç olup, doğrudan veya olası kast ile işlenebilir. Bu suç tipi bakımından kastın dışında amaç/saik aranmamaktadır⁵⁷. Aksi görüşe göre, failin cinsel duyguları tatmin amacıyla hareket etmesi gerekmektedir⁵⁸. TCK m.103/1 ve 2 arasında ayırım yapan bir görüş tarafından m.103 gerekçesinde bir açıklama olmadığından m.102/1'in madde gerekçesindeki açıklamaların burada da geçerli olacağı ve cinsel duyguları tatmin amacı ile hareket edilmesi gerektiği, 103/2 bakımından ise bu amacın aranmadığı ileri sürülmektedir⁵⁹. Diğer bir görüşe göre, failin kastının belirlenebilmesi için failin böyle bir amaç taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. Buna göre vücuda organ sair cisim sokma hali objektif olarak cinsel istismar olduğundan bu hallerde failin amacının araştırılması gerekli görülmemektedir⁶⁰.

Kast, suçun maddi unsurlarını, özellikle mağdurun yaşını⁶¹, cinsel davranış, iradeyi etkileyen bir nedenin olup olmadığı ve buna bağlı olarak hareketlerin niteliğini kapsamalıdır⁶². Uzun süredir devam eden arkadaşlık,

57 Renzikowski (n 7) § 176 N 37; Eisele (n 8) § 176 N 18; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (10 Bası, Savaş 2019) 68; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 463; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 373; Yokuş Sevük (n 5) 154; Bostancı Bozbayındır (n 14) 517; Ali Parlar ve Mustafa Öztürk, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (Aristo 2018) 103; Engin Turhan, *Türk ve Alman Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Seçkin 2021) 85.

58 Şen (n 2) 399; Remzi Demir, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar* (Adalet 2021) 107; Gökcan ve Artuç (n 12) 3952.

59 Özen (n 10) 380, 381. Suçun temel şekli ve daha az cezayı gerektiren sarkıntılık fiili bakımından "failin cinsel tatmin amacıyla yönelik" olması gerektiği, vücuda organ ve sair cisim sokma şeklindeki daha fazla ceza gerektiren nitelikli hali için "davranışın cinsel motifli olması gerektiği" hakkındaki görüş için bkz. Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır (n 1) 405.

60 Koca ve Üzülmöz (n 3) 413.

61 Renzikowski (n 7) § 176 N 37; Heger (n 11) § 176 N 7. Mağdurun ya da failin yaşı nüfus kayıtlarındaki farklı görünüyor olabilir. Bu gibi hallerde mahkeme, Nüfus Kanunu'ndaki usule göre yaş tespitinde bulunabilir. CMK m.218/2'ye göre; "Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılmaması halinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir".

62 "Mağdurenin 15.08.1991 doğumlu olup, lise birinci sınıf öğrencisi olduğu, sanık ve mağdurenin olaydan 6 ay kadar önce internet üzerinden tanıştıkları ve görüntülü olarak görüşmeye başladıkları, olay tarihinden bir ay kadar önce de yüz yüze gelerek konuştukları, Mağdurenin 08.02.2006 tarihinde evinden kaçarak sanığın okulunun bulunduğu ...ilçesine geldiği, telefon etmesi üzerine kendisini karşılayan sanığın öğrenci evinde 3 gün birlikte kaldıkları, bu süre içinde birden çok cinsel ilişki kurdukları, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporuna göre, hastane doğumlu olmayan mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını tamamlamadığı ve 15 yaşının içinde olduğu, Mağdurenin; sanıkla ilk tanıştığında 16 yaşında olduğunu söylediğini beyan ettiği, sanığın aşamalarda özetle, mağdurenin kendisine yaşını 17 olarak söylediğini savunduğu anlaşılmaktadır. ...Sanık ile mağdurenin internet üzerinden tanıştıkları ve yaklaşık 6 ay süreyle arkadaşlık yaptıkları sabit olan olayda, meslek yüksek okulu öğrencisi olan sanığın lise birinci sınıf öğrencisi olan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından, 5237 sayılı TCK'nın 30. Maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma koşulları mevcut değildir." Yargıtay CGK, E 2014/478 K 2014/34, 4.2.2014 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

mağdurun suçun işlendiği zamanki gelişimi, görüntüsü⁶³ dikkate alınarak kast tespit edilmektedir⁶⁴. Mağdurun yaşına veya ikinci grup çocuklarda rızanın varlığına dair olası kastın varlığı yeterli olacaktır⁶⁵. Aksi görüşe göre, “yaş konusundaki şüphe, bilmeye eşittir”⁶⁶.

Suç tipinde yer alan unsurlara ilişkin yanılma, kastı ortadan kaldıracaktır⁶⁷. Ancak taksirli hali düzenlenmeyen bu suç bakımından kastın varlığını engelleyen hata halleri de dâhil olmak üzere taksirli sorumluluk söz konusu olamayacaktır.

Bununla birlikte Yargıtay, mağdurun yaşı hakkındaki hatayı her ne kadar unsurlarda hata gibi zikretse de kusurluluğu kaldıran hata şeklinde değerlendirmekte olup, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesini gerektiğini belirtmektedir⁶⁸. Ayrıca çocukların ailelerin rızası ile evlenmelerinde anne ve

63 Renzikowski (n 7) § 176 N 37; Eisele (n 8) § 176 N 10; Hörnle (n 8) § 176 N 19.

64 “Kayden 05.06.1993 doğumlu olup suç tarihinde 14 yaş 11 ay 8 günlük olan mağdurenin sanık ile rızası ile ilişkiye girdikleri daha sonra anlaşarak resmi olarak evlenip iki çocuklarının olduğu ve halen evliliğin de devam ettiği olayda; sanığın duruşmadaki ifadesinde, suç tarihinde mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmediğini, yaşının küçük olduğunu kendisine söylemediğini ifade etmesi, Adli Tıp uygulamalarına göre de bazen kemik yaşının hormon veya beslenme gibi faktörlerin tesiriyle gerçek yaşa göre farklılık gösterebileceğinin de bilinmesi karşısında, TCK’nın 30. maddesi hükümleri yönünden hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak ve mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemine de tespit ederek, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir...Sanık ile lise öğrencisi olan mağdurenin bir yıldır devam eden duygusal arkadaşlıklarının bulunduğu hususunun sabit olduğu somut olayda, sanığın bir yıldır duygusal arkadaşlık yaptığı lise öğrencisi olan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, sanık da olaydan hemen sonra kollukta alınan savunmasında mağdurenin onbeş yaşından büyük olduğunu zannettiği veya mağdurenin kendisine böyle söylediği şeklinde bir savunma yapmadığından, mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus bulunmamaktadır. Dolayısıyla, somut olayda 5237 sayılı TCK’nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir. Yargıtay CGK, E 2013/790 K 2014/518, 25.11.2014 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022. Ayrıca bkz. “Sanığın mağdure ile ilköğretim 6. sınıf öğrencisi iken tanışması ve 3 yıldır süren bir arkadaşlıklarının bulunması karşısında, suç tarihi itibarıyla yirmi yaşının içerisinde olan sanığın, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından, 5237 sayılı TCK’nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir” Yargıtay CGK, E 2013/553 K 2014/14, 21.01.2014 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

65 Bu suçun belirli bir saikle işlenmesi gerektiğini kabul eden görüşe göre, cinsel istismar suçu hem özel bir maksatla hem de olası kast ile işlenebilen bir suçtur (Özen (n 10) 381).

66 Toroslu (n 57) 68.

67 Alman hukukunda verilen bir örneğe göre failin, mağdurun 13 yaşından büyük 16 yaşından küçük olduğunu düşündüğü olayda gençlerin cinsel istismarı suçundan sorumluluğun söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Heger (n 11) § 176 N 7. Bunun yanı sıra örneğin, failin mağduru 14 yaşından küçük zannetmesine rağmen mağdurun 14 yaşından büyük olması halinde, Alman hukukunda elverişsiz teşebbüsten sorumluluk söz konusu olabilecektir (Hörnle (n 8) § 176 N 20). Bu gibi hata hallerinde teşebbüsten sorumluluk için elverişlilik aranması nedeniyle teşebbüsten dolayı cezalandırılma Türk hukukunda mümkün olmayacaktır.

68 “Suç tarihi itibarıyla nüfus kaydına göre mağdure 15 yaşından küçük ise de; mağdurenin sanık ile isteği ile kaçıp sanığın ailesi ile birlikte yaşadığı eve gelerek rızasıyla birden fazla ilişkiye girdikleri, daha sonra aralarında düğün merasimi yapıldığı, çocuklarının olduğu ve halen evliliğin devam ettiği, sanığın aşamalarda savunmalarında mağdurenin, 17 yaşında olduğunu zannettiği, kendisine o şekilde söylendiğini beyan ettiği, Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun 28.11.2007 tarihli raporunda hastane doğumlu mağdurenin kayden 15 yaşından küçük ise de, bazen hormon gelişimi, beslenme gibi faktörlerle kemik yaşının doğum yaşından farklı olabileceği belirtilerek mağdurenin de kemik yaşının 16 yaş olduğunun bildirildiği, 18.07.2007 tarihli oturumda mağdurenin dinlenmesi sırasında hazır bulunan psikolog bilirkişininin 17

babalar bakımından kastın bulunmadığını kabul etmektedir⁶⁹. Bu karar, hata halleri tartışılmadan kastın yokluğundan beraat kararı verilmesi nedeniyle eleştirilmektedir⁷⁰.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

CMK m.75'te düzenlenen şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması kararının icrası, kanun hükmünü icra⁷¹ ve emrin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilebilir.

Ayrıca bu suç tipinde rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, cinsel istismar suçunda rıza, hukuka uygunluk sebebidir⁷². Oysaki buradaki rızanın tipikliği kaldıran rıza olduğu söylenebilecektir⁷³.

Birinci grup çocuklar bakımından cinsel istismar fiiline rıza verilmesine geçerlilik tanınmamıştır. İkinci grup çocuklar bakımından ise durum farklılık arz etmekte olup, rıza geçerlidir. Buradaki rıza, cinsel ilişkiye girme dışındaki cinsel hareketlere ilişkin rızadır. 15-18 yaş aralığındaki işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilen çocuklar bakımından rıza, vücuda temas şeklinde gerçekleştirilen cinsel davranışlara ilişkin olursa geçerlidir. Ancak rıza vücuda organ ve sair cisim sokma şeklinde gerçekleştirilen cinsel davranışlara yönelik ise, TCK m.103/2 ve m.104 değerlendirilmelidir. Eğer rıza cinsel ilişkiye ilişkinse ve mağdur reşit değilse TCK m.104'ten

yaşlarında gözüktüğünü söyleyip mahkemece de mağdurenin 16 yaşında olduğunun gözlemlendiği dinlenen tanıklar N.C. ve S.K.'nin bu tespitleri doğrular nitelikteki ifadeleri, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları ve dosyadaki tüm veriler dikkate alındığında, sanığın mağdurenin yaşı konusundaki yanlışlığını mümkün olduğu anlaşıldığından TCK'nın 30.maddesindeki hata halinin mevcut olduğu sonucuna varılarak, sanık hakkında atılı suçtan CMK'nın 223/3-d maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, kastı yokluğu nedeniyle beraat kararı verilmesi" (Yargıtay 14 CD, E 2011/7094 K 2013/487, 24.01.2013 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

69 Yokuş Sevük (n 5) 154. "Mağdurenin aşamalarda anlatımları, savunma ile diğer sanıkların ifadeleri nazara alındığında suç tarihinden önce mağdurenin, annesi sanık ... ile babası ...'ın bilgisi dışında görüştüğü diğer sanık ...'la evlenmek istediği, M.'nin karşı çıkması üzerine Y.'la evlenmek amacıyla kaçan mağdurenin geri döndükten sonra ailesine cinsel ilişkiye girdiğini söylemesinin ardından M.'nin şikayetçi olduğu Y. hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiği ve son olarak mağdurenin Y.'la evlenmelerine razı olmadıkları takdirde tekrar kaçacağını beyan etmesi karşısında M.'nin sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşadığı çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı mağdurenin Y.'la birlikte yaşamalarına onay vermek zorunda kaldığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanık ...'ın suç işleme kastıyla hareket etmediği hususu da göz önüne alınarak beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..." Yargıtay 14 CD, E 2014/12024 K 2018/645, 25.01.2018 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022. "Mağdurenin aşamalarda anlatımları, savunmalar ile diğer sanık ...'nin ifadeleri nazara alındığında suç tarihinden önce mağdurenin annesi sanık ... ile babası sanık ...'ın bilgisi dışında görüştüğü sanık ...'yle evlenmek istediği ve mağdure ile ...'nin evlenmelerine razı olmadıkları takdirde kaçacaklarını beyan etmeleri karşısında sanıklar ... ve ...'yle beraber yaşayan ...'nin sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşadığı çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı mağdurenin sanık ...'yle karı koca hayatı yaşamalarına onay vermek zorunda kaldıkları tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanıklar ... ve ...'ın suç işleme kastıyla hareket etmedikleri hususu da göz önüne alınarak atılı suçlardan beraatlerine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmedilmesi..." Yargıtay 14 CD, E 2012/11435 K 2014/9073, 2.7.2014. Benzer yönde bkz. Yargıtay 14 CD, E 2012/10503 K 2014/7525, 4.6.2014; Yargıtay 14 CD, E 2012/4941 K 2014/1996, 19.02.2014 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 2 Kasım 2022.

70 Kararın eleştirisi için bkz. Yokuş Sevük (n 5) 155.

71 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 372.

72 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 464; Özen (n 10) 382.

73 Dursun (n 23) 63; Demirel (n 23) 85.

sorumluluğun tayini söz konusu olacaktır. Ancak bunun dışında vücuda organ ve sair cisim sokmaya verilen rıza TCK m.103/2 kapsamında geçerli değildir⁷⁴.

IV. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

Nitelikli unsurlar, faile daha fazla ve daha az ceza verilmesini gerektiren hallerdir. Nitelikli unsurlar, suçun maddi unsurlarına ilişkin olup, kastın kapsamına dahildir. Ancak netice sebebiyle nitelikli hallerde daha ağır ya da başka netice bakımından taksirin varlığı yeterlidir. Nitelikli haller aşağıda konu ve mağdur sebebiyle nitelikli haller, hareket sebebiyle nitelikli haller, netice sebebiyle nitelikli haller, fail sebebiyle nitelikli haller başlıkları altında incelenecektir.

Alman hukukunda nitelikli haller ise, çok ağır hal, cinsel ilişki veya vücuda bir şey sokulması ile benzer cinsel davranış, fiilin birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi, mağdurun sağlığının ağır şekilde bozulma tehlikesi veya bedensel ya da ruhsal gelişiminin ciddi bir zarar tehlikesine maruz kalması, ağır bir şekilde kötü muamele veya ölüm tehlikesine maruz bırakma, fiilin yayılmak üzere hazırlanan pornografik bir yazının konusu yapmak amacıyla işlenmesi, hafif haller, çocuğun cinsel istismarının ölümle sonuçlanması ve daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli haller şeklindedir.

A. KONU VE MAĞDUR SEBEBİYLE NİTELİKLİ UNSURLAR

1. Mağdurun 12 Yaşını Tamamlamamış Olması

24/11/2016 tarih 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile 103/1-3. cümle, 103/2-2. cümle şu şekilde düzenlenmiştir: “Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz”, cinsel istismar suçunun vücuda organ ve sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde “mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz”⁷⁵.

Bu düzenleme yürürlüğe girmeden evvel basamaklandırmanın 12-15 yaş aralığındaki çocukların rızalarına geçerlilik tanınacağı sonucunu doğuracağı ileri sürülmüş olsa dahi çocukların rızasının fiili hukuka uygun hale getirmediği, düzenlemede rızaya yer verilmediği görülmektedir⁷⁶.

74 15-18 yaş arasındaki çocuk reşit kılınmış ise, TCK m.104'te yer alan suç oluşmayacak ve cinsel ilişki bakımından rızası geçerli kabul edilecektir. Cinsel ilişki dışındaki vücuda organ sair cisim sokma fiili bakımından açıklanan rızanın geçerliliği ise tartışmalıdır. Özen (n 10) 383, 384. Bu yaş grubundaki çocukların cinsel ilişki dışındaki vücuda organ sair cisim sokma fiiline dair rızalarının geçerli olduğu görüşü için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 464.

75 Nitekim Anayasa Mahkemesinin 12/11/2015 tarih ve E 2015/26 K 2015/100 sayılı kararı ile 26/05/2016 tarih ve E 2015/108 K 2016/46 sayılı kararı TCK m.103'te belirtilen çocuklardan farklı yaş gruplarındakilere cezada basamaklandırma yapılması gerektiği belirtilmiştir.

76 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 372.

2. Üçüncü Derece Dâhil Kan Ve Kayın Hısımlığı Olan Kişiye Karşı İşlenmesi (103/3-c)

Cinsel istismar suçunun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi⁷⁷ içinde bulunan bir kişiye karşı işlenmesi hali daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli haldir.

Maddenin önceki halinde üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısımlığı şeklinde düzenlenmekteydi. 6545 sayılı Kanun ile eklenen “kayın hısımlığı” ibaresi ile cinsel saldırı suçu ile uyumlu hale gelmiştir. Diğer yandan üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi yeterli olup, ayrıca nüfuz ilişkisi aranmamaktadır⁷⁸.

B. HAREKET SEBEBİYLE NİTELİKLİ UNSURLAR

1. Cinsel Davranışın Sarkıntılık Düzeyinde Kalması (103/1-2-4. cümle)

6545 sayılı Kanun’un 59. maddesi ile TCK m.103/1’e “*Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir*” ifadesi eklenmiştir. Kanun tasarısının ilk halinde sarkıntılık ibaresi suçun ani hareketle işlenmesi şeklindedir. Madde gerekçesinin ilgili kısmında şu açıklamaya yer verilmiştir: “*Maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketli dokunuşta suçun temel şekline daha az ceza verilmesinin sağlanmakta olduğu belirtilmekte ve bu düzenleme ile ilgili olarak TCK m.102’de yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalar dikkate alınmaktadır.*”

Cinsel istismar suçunda çocuğun vücuduna temasın gerekli olmadığını kabul eden görüş tarafından, cinsel istismar suçunda sarkıntılık fiilleri cinsel saldırı suçundaki yoğunlukta olmasına ve vücuda temasın olmasına gerek olmadığı ileri sürülmektedir⁷⁹. Ancak vücut dokunulmazlığını sürekli olmayan bir şekilde, kesintili olarak ihlal eden cinsel davranışlar sarkıntılık olarak kabul edilmelidir. İşlenen fiilin devamlılık arz etmesi halinde sarkıntılık değil, suçun temel şeklinden sorumluluk söz konusu olacaktır⁸⁰.

Bunun yanı sıra fiilin sarkıntılık olarak başlaması ve fakat sürekli bir hale gelmesi durumunda cinsel istismarın temel şeklinden sorumluluk doğacaktır. Bununla birlikte araya zaman girmesi halinde koşullarının mevcut olması durumunda zincirleme suç değerlendirilecektir⁸¹.

Diğer yandan mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Ayrıca sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.

77 Belirtilen kan ve kayın hısımlığı ilişkisinin belirlenmesi ile ilgili olarak bkz. Medeni Kanun m 17, 18.

78 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 369; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 460.

79 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 366.

80 Turhan (n 57) 93; Bostancı Bozbayındır (n 14) 521; Remzi Demir (n 58) 102; Gürol Herkesecan, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu TCK m. 103* (On İki Levha 2021) 13; Gökcan ve Artuç (n 12) 3899.

81 Kurt (n 1) 56.

2. Vücuda organ veya sair cisim sokulması (103/2)

Cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli haldir⁸². Mağdurun direnç göstermesi yahut başka bir sebepten vücuda organ veya sair cisim sokulması gerçekleşemediğinde nitelikli hale teşebbüsten dolayı ceza verilecektir⁸³. Ancak nitelikli hale teşebbüsten cezalandırmayı kabul etmeyen aksi görüşe göre suçun temel şeklienden cezalandırma söz konusu olacaktır⁸⁴.

Aksi görüşe göre burada cinsel istismarın nitelikli halinin değil, iki farklı suçun mevcut olduğu kabul edilmektedir. Suçun temel şeklini ve nitelikli şeklini ayrı iki suç olarak kabul eden görüşe göre vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen fiile göre belirlenecek olan cezada teşebbüs indirimi uygulanacaktır⁸⁵. Nitelikli hale teşebbüse ilişkin ceza indirimi yapılırken suçun temel şeklinin tamamlanmış halinden daha az ceza belirlenmemesine dikkat edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁸⁶.

Nitelikli halin gerçekleşmesi için organ (el, parmak vs.)⁸⁷ veya sair cisim (cop vs.) sokma fiili aranmaktadır⁸⁸. Her ne kadar gerekçede vajinal, anal ve oral yoldan vücuda organ veya sair cisim

82 Vücuda organ veya sair cismin girme ya da cinsel ilişkisi anının ne zaman başlamış sayılacağı konusu tartışmalıdır. Turhan (n 57) 252.

83 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 336; Taner (n 6) 234. Konuya ilişkin bkz. "...Saniğin başlangıçtan beri iradesinin katılan mağdura karşı cinsel taciz veya basit cinsel saldırı eylemlerine yönelik olmadığı, kimsenin olmadığı bir sırada evi göstermek bahanesiyle katılan mağduru eve davet ettiği, katılan mağdur evden çıkmak isteyince ona engel olup bıçak kullanması, saniğin elinden yaralanmasına rağmen katılan mağdurun üzerindeki kıyafetleri çıkarmaya çalışması, yatağa ittirip öpmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde saniğin organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçunu işleme kastıyla hareket edip eylemlerini gerçekleştirmesi, gerek katılan mağdurun direnmesi, gerek elinden yaralanması gerekse de katılan mağdurun mutfak camından yardım istemesi üzerine tanığin sanık ... katılan mağduru görmesi nedeniyle saniğin kendi iradesi dışında gerçekleşen engel haller nedeniyle eylemini tamamlayamadığı bu şekilde eyleminin organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu," gerekçesiyle bozmaya direnerek önceki hüküm gibi hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf istemin esastan reddine karar vermiştir." (Yargıtay CGK, E 2019/167 K 2020/11, 16.01.2020) "Oluş ve delillere göre; saniğin resmi nikahlı eşinin kardeşi olan mağdureyi telefon almak bahanesi ile tanık V'nin evine götürdüğü, tanığin bir bahaneyle evden ayrılmasını müteakip "... benim olacaksın, buradan ölüün çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme" diyerek kucaklayıp yatak odasına taşıdığı, bu sırada mağdurenin komşuların duymasını sağlamak için oda kapısının camını kırıp yüksek sesle yardım istediği saniğin mağdureyi yatağa yatırıp üzerine çıktığı ve kendi fermuarını açtığı, müştekinin ciddi olarak direnmesi ve kapıya gelen komşuların bağırması üzerine eylemini tamamlayamadan bırakmak zorunda kaldığı anlaşılan saniğin, söz ve davranışları ile açığa vurduğu kastına ve tıbbi raporlara göre; eyleminin vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna kalkışma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden basit cinsel saldırı suçu olarak kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 5 CD, E 2007/11586 K 2008/161 22.01.2008 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 2 Kasım 2022.

84 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 417.

85 ibid 417, 418.

86 Taner (n 6) 239.

87 Kişilerden birinin dilini diğerinin ağzının içinde sokması şeklinde Fransız öpücüğü olarak adlandırılan durumda önemlilik eşiği olarak nitelendirilen sınıırı aşmaları halinde vücuda organ sokma şeklinde nitelikli halin uygulanabileceği kabul edilmekte olup, hafif hal kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir (Frommel (n 45) § 176a N 11).

88 Cisimlerin sıvı ya da katı olması önem taşımamaktadır (Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 335). Bunun yanı sıra ağza penis dışında organ veya sair cisim sokulmasının cinsel ilişki bağlamında ele alınabilecek nitelikte bir fiil olmadığı kabul edilmektedir. Renzikowski (n 7) § 176a N 23.

sokulması ile sınırlandırılmış olsa dahi vücudun organ veya sair cisim sokmaya elverişli her boşluk fiilin cinsel nitelikli olması halinde bu nitelikli hal kapsamında ele alınmalıdır⁸⁹.

Fail ve mağdur herhangi bir kişi olabilir. Ancak failin kendisine mağdurun organını sokturması halinde mağdura bir organ veya sair cisim girmemiş olacaktır. Suçun nitelikli halinden değil, temel şeklinden sorumluluğun söz konusu olacağı, nitelikli halden sorumluluk için mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁰. Bununla birlikte dolaylı faillik yoluyla nitelikli halin gerçekleşmiş olduğu ileri sürülmektedir⁹¹.

Failin zorlaması ile mağdurun kendi kendine cisim sokmaya zorlanması durumunda dolaylı faillik söz konusu olup, suçun nitelikli şeklinden sorumluluk tayin edilecektir. Sonuç olarak tartışmaların önüne geçmek için vücuda organ veya sair cisim sokma yerine fiili “sokma veya sokturmak” şeklinde düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁹².

Öte yandan işlenen fiilin cinsel bir niteliğinin olması aranmaktadır. Örneğin, kulağa çubuk sokulmasında böyle bir nitelik yoktur. Mağdurenin vajinasına kalem sokulması örneğinde ise failin cinsel arzularını tatmin amacı olmasa dahi fiilin cinsel nitelikli bir fiil olduğu ileri sürülmektedir⁹³. Bu anlamda organ veya sair cisim ile sokulmaya çalışılan vücut bölgesi arasında cinsel bir bağ olması gerektiği vurgulanmaktadır.

Son olarak cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle eşe karşı işlendiği takdirde, cinsel saldırıdan farklı olarak şikâyetin öngörülmemiş olmasının eksiklik olduğu söylenebilecektir.

Alman hukukunda çocukların cinsel istismarının ağır hali başlıklı 176a II 1’de 19 yaşını tamamlamış olan kişinin bir çocukla cinsel ilişkide bulunması veya vücuda bir şey sokulması ile bağlantılı benzer

89 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 420.

90 Örneğin, bir kadının 15 yaşını tamamlamamış bir çocuğu ikna ederek vücuduna organ veya sair cisim sokturması halinde cinsel istismarın temel şeklinden sorumluluk doğacaktır. Bkz. konu hakkındaki Yargıtay’ın 21.12.2010 tarihli kararı: “Suçun mağduru Hasa’na organ sokulmadığı, sanığın kendiliğinden mağdurun cinsel organını ağzına aldığı ve mağdura yönelik tamamlanan eylemlerinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu halde, nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulması” Yargıtay 5 CD, 8989/9881, 21 Aralık 2010 (Koca ve Üzülmöz (n 3) 415 dn 122).

91 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 419.

92 ibid 419. Suçun temel şekli bakımından karşı. cinsel bir davranışı gerçekleştirme veya çocuğa kendi üzerinde gerçekleştirilmesi hakkında Alman hukukunda cinsel istismar suçu StGB § 176.

93 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 422. Örneğin, ağza parmak sokulması halinde nitelikli hal uygulanmamıştır. Mağdurenin zorla öpüldüğü esnada failin dilini mağdurenin ağzına sokmasında da yine nitelikli halin uygulanmadığı görülmektedir. Bu durumda suçun temel şeklinden cezalandırmanın olması gerektiği hakkında bkz. Özбек, Doğan ve Bacaksız (n 2) 336. Ayrıca bkz. “Failin mağdureyi zorla öperken dilini ağzına sokması vücuda organ sokulması niteliğinde olmadığından iddianamede anlatılan eylemin 5237 sayılı TCK’nun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturması mümkün değildir. Bu nedenle Özel Dairece yerel mahkeme hükmünün “müştekinin sanığın zorla dilini ağzına soktuğunu beyan etmesi karşısında eylemin TCK’nun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delillerin değerlendirilmesinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu” gerekçesiyle bozulmasında isabet bulunmamaktadır. Ancak, sanığın vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşıyan sarılma ve öpme biçimindeki cinsel davranışlarla gerçekleştirildiği iddia olunan eyleminin aynı kanununun 103/1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismar suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılıp değerlendirilmelidir”. Yargıtay CGK, E 2013/294 K.2013/615, 17.12.2013 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022.

bir cinsel davranışı çocuk üzerinde gerçekleştirmesi veya çocuğa kendi üzerinde yaptırması halinde iki yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacaktır⁹⁴. Çocukla cinsel ilişkide bulunan veya benzer bir cinsel davranışı çocuk üzerinde gerçekleştiren kişinin 19 yaşını tamamlamış olması gerektiğinden bu kararı verdiren kişi 19 yaşın üzerinde olsa da cinsel ilişkiye giren ya da benzer bir cinsel davranışı çocuk üzerinde gerçekleştiren kişinin 19 yaşını tamamlamaması halinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır⁹⁵.

3. Birinci Grup Çocuklara Karşı Cebir Veya Tehdit (103/4)

Birinci grup çocuklara karşı cinsel istismar suçunun gerçekleşmesi için cebir veya tehdit aranmamaktadır. Bu gruptaki çocuklara cebir veya tehdit uygulanması cinsel istismar suçunun unsuru değildir. Fakat cinsel istismar suçu cebir veya tehdit uygulanarak işlenmişse faile daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal mevcuttur. Bununla birlikte cebir veya tehdit ikinci grup çocuklar bakımından suçun unsurudur. İkinci grup çocuklara karşı gerçekleştirilen cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır⁹⁶. Bu nedenle cebir veya tehdit kullanılarak bu suçun işlenmesi sadece birinci grup çocuklar bakımından nitelikli hal oluşturmakta olup, bileşik suça (TCK m.42) örnek teşkil eder. Biri diğerinin ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç söz konusudur ve bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmayacaktır.

4. İkinci Grup Çocuklara Karşı Silahla İşleme (103/4)

İkinci grup çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Bu gruptaki çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçunun silah kullanılarak işlenmesi hali 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile faile daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Silah kavramı, TCK m.6/1-f'da tanımlanmıştır. Somut olayda silah kullanımı faile cesarete vererek fiilin icrası kolaylaştırmakta ve mağdurun direncini kırmaktadır. Silahın korkutucu etkisinden yararlanarak mağdurun fiile direnci azaltılmaktadır⁹⁷. Silah, cebir veya tehdit aracı olarak kullanılabilmesi gibi sadece gösterilerek mağdurun etki altına alınması mümkündür. Bu nedenle silahın ateşlenmesine veya mağdura doğrultulmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bu ihtimalde de nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır⁹⁸.

94 Buna rağmen genç failerin bu kapsamda değerlendirilmemesi ilke olarak makul bulunmuştur. Aksi takdirde karşılıklı biri 14 diğeri 13 yaşındaki iki kişinin oral ya da cinsel ilişkisi suç teşkil edecektir. Hörnle (n 8) § 176a N 24. Henüz 14 yaşını tamamlamayan çocukla cinsel ilişkiye giren gençlerin dışarıda tutulması, failin 18 yaşın üzerinde olması şeklinde sınırlandırılması ile mümkün olmuştur. Heger (n 11) § 176a N 2.

95 Hörnle (n 8) § 176a N 25.

96 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 371.

97 Dursun (n 23) 68.

98 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 341; Koca ve Üzülmüş (n 3) 391; Taner (n 6) 209; Yiğit İltaş ve Berfin Işık Yılmaz, *Çocuk İstismarı ve İhmalinde Çocukların Cinsel Dokunulmazlığına Karşı Suçlar* (Akademisyen 2021) 67. Ayrıca silah kavramı hakkında bkz. Selman Dursun and Sebastian Hoffmanns, "Der Waffenbegriff im deutschen und türkischen Strafrecht" *Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung* (Nomos 2014) 193, 228.

5. Kamu Görevinin Veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanma (103/3-e)

Cinsel istismarın kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi, 6545 sayılı Kanun ile 2014'te yapılan değişiklik sonrası madde metnine daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak eklenmiştir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kamu görevlisi olması ya da fail ile mağdur arasında hizmet ilişkisinin varlığı yeterli olmayıp, suçun nüfuzun kötüye kullanılmak suretiyle işlenmiş olması gerekmektedir⁹⁹. Burada cinsel saldırı suçunun nitelikli halinden farklı olarak vesayet ilişkisine değinilmemiştir. Bunun nedeni failin vasi olması halinin ayrıca bir başka bentte (TCK m.103/3-d) düzenlenmiş olmasıdır.

6. Zorunlu toplu yaşam ortamının sağladığı kolaylıktan faydalanma (103/3-b)

TCK m.103/3-b'de cinsel istismarın “İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle...” işlenmesi daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli haline yer verilmiştir. Bu nitelikli hal, toplu yaşam ortamında insanların güvende olduklarını düşünmeleri ve tedbir almamaları nedeniyle cinsel istismarın daha kolay işlenebilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nitelikli hal bakımından konser, maç, miting, festival yerleri ya da insanların kutlama yapmak için bir araya geldiği zamanlarda oluşan topluluk değil, toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortam aranmaktadır¹⁰⁰. Toplu olarak yaşama zorunluluğunun sürekli ve fiili bir arada yaşama şeklinde bir birlikteliğin olması anlamına geleceği kabul edilmektedir. Kışlalar, öğrenci yurtları, cezaevleri, hastaneler toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu ortamlara örnek teşkil etmektedir¹⁰¹.

Burada toplu olarak yaşama zorunluluğunun bulunduğu ortamın aranmasının isabetli olmadığı ve insanların toplu olarak bir arada buldukları ortamın sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesinin yeterli olacağı ileri sürülmektedir¹⁰².

99 “İş yerinde temizlik işlerinde yardımcı olması için babası tarafından kendisine teslim edilen mağdur üzerinde, hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle eylemi gerçekleştiren sanık hakkında TCK'nın 103/3 maddesinin uygulanmaması yasaya aykırıdır” Yargıtay 5 CD, E 2009/13328 K 2010/2515, 29.03.2010 (Aydın (n 1) 59).

100 Koca ve Üzülmöz (n 3) 392.

101 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 341; Koca ve Üzülmöz (n 3) 342; Remzi Demir (n 58) 133. Örnekler için bkz. Madde gerekçesi.

102 Koca ve Üzülmöz (n 3) 393; Taner (n 6) 215; İltaş ve Işık Yılmaz (n 98) 62.

C. NETİCE SEBEBİYLE NİTELİKLİ UNSURLAR

1. (Mülga) Beden Veya Ruh Sağlığının Bozulması (103/6)

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası cinsel istismar sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmuş olması¹⁰³ netice sebebiyle ağırlaşmış hali kaldırılmıştır¹⁰⁴. Her cinsel istismarın psikolojik travmaya sebep olacağı ancak buradaki ruh sağlığının bozulmasının kalıcı ve tedavi gerektirir bir bozukluk olması ve bir süre devam etmesi gerektiği ileri sürülmekteydi. Beden veya ruh sağlığının bozulduğuna dair rapor alma süreci, muayenelerin tekrarlanma olasılığı, mağdur bakımından tekrar bir mağduriyete sebebiyet verebilecektir. Diğer yandan kalıcı olduğu tespit edilen bozukluğun sonradan iyileşmesi ya da suç sebebiyle daha sonraki yıllarda sorunların çıkabilecek olması gibi durumlar nedeniyle bu nitelikli halin kaldırılması yerinde görülmektedir¹⁰⁵. Beden ve ruh sağlığının bozulması ile ilgili bu düzenlemenin yürürlükten kalkması ile bu durum artık temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır¹⁰⁶.

2. Bitkisel Hayata Girme Veya Ölüm (103/7)

Cinsel istismarın mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması netice sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmiştir¹⁰⁷. TCK m.23 gereği, failin ağır veya başka neticeden sorumlu tutulabilmesi için netice bakımından en az taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir¹⁰⁸. Ayrıca meydana gelen ölüm neticesinden sorumluluğun doğması, cinsel istismar sonucunda suça özgü tehlikenin ortaya çıkması ile ölümün gerçekleşmesi ve neticenin faile isnat edebiliyor olmasına bağlıdır¹⁰⁹. Birden fazla kişinin birlikte fiili işlemesi durumunda mağdura yönelik kötü muamele

103 Alman CK § 176a'da benzer bir düzenleme mevcut olsa dahi faile daha fazla ceza verilebilmesi "çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimi bakımından ağır bir zarar tehlikesine" maruz kalmasına bağlıdır. Burada zarar değil, zarardan önceki aşama olan "tehlike" durumuna yer verildiği görülmektedir.

104 6545 sayılı Kanun'un gerekçesinde bu fıkranın yürürlükten kaldırılma nedeni şu şekilde izah edilmiştir: "Maddenin beşinci fıkrasında yer alan "suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı"na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, bu suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır. Esasen, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır. Yapılan değişiklikte söz konusu artırım nedeninin kaldırılması, buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması amaçlanmaktadır".

105 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 429, 431; Aydın (n 1) 74.

106 Taner (n 6) 230.

107 Benzer yönde bkz. Alman CK § 176a ve 176b. Alman CK § 176a V'e göre, Alman CK § 176 I-III'teki hallerde fiil sırasında çocuğa bedensel olarak ağır derecede kötü muamele eden veya fiil nedeniyle ölüm tehlikesi ile karşı karşıya bırakan kişi cezalandırılmaktadır. Burada kastedilen ağır netice, cinsel fiili zorlayan bedensel şiddet ya da ağır derecedeki kötü muamele sonucu olabilir. Hayati tehlike, Alman CK § 176a II 1-3 ve V'e göre çocuğun hayatını tehdit eden her türlü cinsel fiile göre belirlenecektir (Frommel (n 45) 176b N 1).

108 Alman hukukunda da netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluğun tayinine dair Alm. CK § 18 "en az taksirin" varlığını aramaktadır. Buna göre daha ağır özel neticeden sorumluluk, o neticeye ilişkin en az taksirin varlığı halinde söz konusu olacaktır.

109 Eisele (n 8) § 176b N 2. Çocuğun ölümü psikolojik şoka ya da işlenemeyen suçtan kaynaklı intihara dayanıyorsa bu

suç işleme kararının bir parçası ve ölüm neticesine yönelik en az taksir mevcut ise netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlulukları söz konusu olabilecektir¹¹⁰. Failin bitkisel hayata girme veya ölüm neticelerine yönelik kastının olması halinde netice sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama ya da kasten öldürme suçu ve cinsel istismar suçunun temel şekliinden sorumluluk söz konusu olacaktır¹¹¹.

Cinsel istismar suçu tamamlandıktan sonra işlenen suçu gizlemek ya da suçu işleyememiş olmanın verdiği kızgınlık ve öfke ile mağdur öldürülmüş ise, artık bu nitelikli hal değil, nitelikli kasten öldürme suçu uygulanacaktır¹¹².

Öte yandan netice sebebiyle ağırlaşmış suça teşebbüste, kastın kapsamına rağmen ölüm neticesinin gerçekleşmemesi gerekmektedir. Netice sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs ise, temel suça teşebbüs edilmesi ve ağır neticeye en azından taksirle sebep olunması halinde mevcuttur¹¹³.

D. FAİL SEBEBİYLE NİTELİKLİ UNSURLAR

1. Failin Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen Olması (103/3-c)

Cinsel istismarın üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından gerçekleştirilmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Bu suç tipinde mağdur çocuk olduğu için cinsel saldırı suçundan farklı olarak “evlatlık” bu nitelikli hal kapsamında yer almamaktadır. Failin belirli kişiler olabileceği bu nitelikli halin özgü suç olduğu söylenebilecektir.

2. Failin Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile Veya Sağlık Hizmeti Veren Ya Da Koruma, Bakım Veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişi Olması (103/3-d)

Cinsel istismarın çocukla vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü ilişkisi bulunan kişiler tarafından işlenmesi durumunda verilecek cezada yarı oranında artırım uygulanacaktır. Bu nitelikli hal kapsamında fail ve çocuk arasında akrabalık dışında belirli bir hukuki ilişki içindeki bazı kişilere yer verilmiştir. Cinsel istismarın koruyucu aile tarafından işlenmesi 6545 sayılı Kanun ile bu bent kapsamına dâhil edilmiştir.

Ayrıca failin ancak belirli kişiler olabileceği bu nitelikli halin özgü suç olduğu söylenebilecektir. Öte yandan bu nitelikli halden sorumluluğun doğması bakımından nüfuzun kötüye kullanılması aranmamaktadır.

durumda ölüm neticesinin objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği incelenmelidir. Mağdurun maruz kaldığı ciddi psikolojik zarar, suçun tamamen atipik bir sonucu değildir. Bu nedenle mağdurun kendisine daha fazla zarar vermesi, kendi sorumluluğu olarak isnadiyet bağlantısını kaldırmaz. Frommel (n 45) 176b N 2.

110 Frommel (n 45) 176b N 4.

111 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 343. Öldürmeye yönelik taksirin değil; kastın varlığı halinde failin müebbet hapis cezası ile cezalandırılması söz konusu olacaktır (Frommel (n 45) 176b N 4).

112 Aydın (n 1) 75; İltaş ve Işık Yılmaz (n 98) 69.

113 Frommel (n 45) § 176b N 3.

3. Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşleme (103/3-A)

Cinsel istismarın birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir¹¹⁴. Böyle bir nitelikli hale yer verilmesinin amacı, fiilin mağdur açısından yarattığı tehlikenin artacak olması ve mağdurun savunma şansının azalmasıdır¹¹⁵. Birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, birden fazla kişinin müşterek fail olarak suça katılması anlamına gelmektedir¹¹⁶. Faillerin suçun işlendiği yerde aktif biçimde işbirliği içinde olmaları aranmakta olsa dahi, her birinin istismar niteliğindeki fiili gerçekleştirmesi aranmamaktadır. Bu nitelikli hal bakımından failin garantör olarak ihmali hareketi kabul edilmemekte, yaşı veya ceza sorumluluğunun olup olmadığı önem arz etmemektedir¹¹⁷.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için faillerin fiili aynı mağdura karşı işlemleri gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁸. Ancak aksi görüşe göre, mağdurların birden fazla olması halinde faillerin birden fazla kişi olması ve sayılarının mağdurlardan fazla olması ve böylece mağdurların iradelerini etki altına alıp, suçun işlenmesinde kolaylık sağlamaları halinde de bu nitelikli hal uygulanmalıdır¹¹⁹.

V. KUSURLULUK

Cinsel istismarı gerçekleştirenin çocuk olması halinde kusurluluğu etkileyen hallerden yaş küçüklüğünün dikkate alınması gerekmektedir. TCK m.31'e göre yaş küçüklüğünün 3 grupta ele alındığını görmekteyiz. Buna göre, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmamasına göre değerlendirme yapılacaktır. Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler bakımından da verilecek cezada indirim uygulanacaktır.

Yaş küçüklüğü dışında ileri yaştaki kişilerin cinsel suçları işleme kusurluluk bağlamında değerlendirilebilir. Yaşlılığın kusurluluğa etkisine dair normatif bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte Alman hukukunda yaşlı olan kişinin ilk kez suç işlediği hallerde kusurluluk değerlendirmesi yapılabileceği belirtilmektedir¹²⁰.

114 StGB § 176a II 2'de "...fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi" cinsel istismarın ağır hali olarak yer verilmiş olup, cezalandırmada alt sınır olarak 2 yıl belirlenmiştir.

115 Renzikowski (n 7) § 176 N 25; Hörnle (n 8) § 176a N 32. Birden fazla kişinin birlikte grup seks yapmak istemesi durumunda çocuk savunmada bulunmak istemese dahi nitelikli hal uygulanacaktır. Hörnle (n 8) 176a N 33.

116 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 402; Dursun (n 23) 68; Memiş Kartal (n 7) 227; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (US-A 2016) 164; Remzi Demir (n 58) 131; Herkesecan (n 80) 73; İltaş ve Yılmaz (n 98) 60; Parlar ve Öztürk (n 57) 107; Savaşçı (n 18) 93; Tuğrul ve Tuğrul (n 35) 326.

117 Renzikowski (n 7) § 176 N 25.

118 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 428; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 388; Gökcan ve Artuç (n 12) 3917.

119 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 342; Taner (n 6) 212.

120 Renzikowski (n 7) § 176 N 78. Failin yaşının ilerlemiş olması nedeniyle daha fazla ceza verilmesi ise çifte değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelecektir (Renzikowski (n 7) § 176 N 75).

Diğer yandan cinsel istismar içeren fiili akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan bir kişinin gerçekleştirmesi halinde TCK m.32 gereği ceza verilmeyecektir. Bununla birlikte fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan bir kişi tarafından cinsel istismar teşkil eden fiilin işlenmesi durumunda verilecek cezada TCK m.32/2'de belirtilen oranda indirim uygulanacaktır¹²¹.

Kusurluluğu etkileyen hallerden cebir veya tehdidin etkisi altında fiilin işlenmesi hali de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu cinsel istismar teşkil eden hareketleri gerçekleştiren kişi hakkında ceza verilmeyecektir. Bu durumda cebir veya tehdidi uygulayan arka plandaki şahsın dolaylı fail olarak sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Kusurluluğu azaltan bir hal olan haksız tahrikin cinsel istismar suçu bakımından uygulanabilirliği konusu tartışmalı olmakla birlikte istisnai hallerde mümkün olabileceği, somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapmak daha isabetli olacaktır¹²².

Öte yandan bu suç tipi bakımından önem arz eden bir diğer husus kanuni evlenme yaşının altındaki çocuklar tarafından yapılan evliliklerdir. Evlendirilen çocuklardan her ikisi ya da bir tanesi 15 yaşından küçük olabilir. Çocuğun doğum yapması veya ihbar edilmesi sonucu ortaya çıkan bu evliliklerde genellikle 15 yaşından büyük ve erkek olan eşin ve anne, babaların cezalandırıldığı görülmektedir. Çocuklarını evlendiren aileler arasında kız isteme, nişan, düğün gibi merasimlerin gerçekleştiği, kendi sosyal çevrelerinde kabul gören kurallara göre hareket ettikleri, ebeveyn olmanın gereğini yerine getirdiklerini düşündükleri görülmektedir. Diğer yandan çocukların ebeveynlerinin rıza göstermemesi halinde onları zorlamak için birlikte kaçmaları, cinsel ilişkiye girmeleri gibi durumlar söz konusu olabilmektedir¹²³.

Sonuç olarak bu gibi hallerde kusurluluğu etkileyen hallerden TCK m.30/4'de yer alan haksızlık hatası (yasak hatası/hukuki hata) değerlendirilmelidir. İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, kusurlu sayılmayacak ve cezalandırılmayacaktır. Bununla birlikte hatanın kaçınılabilir olması halinde kişi kusurlu sayıldığından cezalandırılacaktır, ancak hatası temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır. Hatanın kaçınılabilir olup olmadığının belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, eğitim seviyesi, bulunduğu sosyal ve kültürel çevre dikkate

121 Pedofili, istisnai hallerde artık bir davranış biçimi haline gelmişse ciddi bir biçimde zihinsel anormallik olarak değerlendirilebilir (Renzikowski (n 7) § 176 N 78). Alman hukukunda failin sadece pedofili olması nedeniyle akıl hastalığının varlığı ve kusur yeteneğinin yokluğu kabul edilmemektedir. Bununla birlikte böyle bir durumda kusur yeteneğinin yokluğunun tespiti halinde kişiye ceza verilmeyecek olup, tedavi edilmesine karar verilmektedir. Kusur yeteneğinde önemli ölçüde azalma tespit edilmesi halinde ise, cezada indirim uygulamaktadır. Alman hukukunda dair konu hakkındaki tespitler için bkz. Turhan (n 57) 263.

122 Taner (n 6) 231; Herkesecan (n 80) 87, 88. Yargıtay, cinsel saldırı ve yağma suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay 5 CD, E 2006/402 K 2006/2577, 29.03.2006; Yargıtay 5 CD, 4022/4722, 12.06.2007 (Taner (n 6) 231); Memiş Kartal (n 7) 219. Aksi görüş için bkz. Ünver (n 6) 36.

123 Koca ve Üzülmöz (n 3) 418, 420.

alınacaktır¹²⁴. Bu nedenle ülkemizde güncel tartışmaların yaşandığı bu konuda kanuni evlenme yaşının altındaki çocuklar tarafından yapılan ya da yaptırılan evliliklerde hatanın kaçınılmaz bir hata olduğu söylenemeyecektir.

VI. ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Cinsel istismar suçunun temel şekli, bedensel temas içeren cinsel nitelikli davranışın belirli bir süreklilik ve yoğunluk kazanması; sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar ise cinsel davranışın ani ve kesik bir hareketle gerçekleştirilmesi, bedensel temasın gerçekleşmesi ile tamamlanmış olacaktır. Diğer yandan daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli cinsel istismar suçu, organ veya başkaca bir cismin vücuda sokulması suretiyle tamamlanacaktır.

Failin elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamaması ve diğer unsurların da varlığı halinde teşebbüs hükmü uygulanacak ve cezada indirim yapılacaktır. Söz konusu indirim o ana kadar yapılan hareketlerin suçun konusu üzerinde meydana getirdiği tehlikenin dikkate alınması suretiyle belirlenecektir. Cinsel istismar suçunun sırf hareket suçu¹²⁵ olması sebebiyle teşebbüsün mümkün olmadığı ileri sürülmüştür¹²⁶. Bazı yazarlar ise bu suç tipine sonradan eklenen sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar bakımından teşebbüsün uygulama alanı bulamayacağını kabul etmektedir¹²⁷. Ancak sırf hareket suçu olan cinsel istismar suçunda da hareketin parçalara bölünebildiği hallerde teşebbüsten sorumluluk doğabilecektir¹²⁸.

Ayrıca cinsel istismarın netice sebebiyle ağırlaşmış hali TCK m.103/6'da düzenlenmiş olup, netice sebebiyle ağırlaşmış hale teşebbüsün mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Yargıtay netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara sonucun gerçekleşmiş olması nedeniyle teşebbüsün mümkün olmadığını ve bu sebeple TCK m.103/6'ya teşebbüsün söz konusu olamayacağı görüşünü benimsemiştir¹²⁹. Ancak netice sebebiyle ağırlaşan haller bakımından suçun teşebbüs aşamasında kalması ve fakat netice sebebiyle ağırlaşan halin meydana gelmesi söz konusu olabilir. Bu ihtimalde önce teşebbüs indirimi ardından da netice sebebiyle ağırlaşan hal sebebiyle artırım yapılacaktır. Ancak bu çözümün cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin düzenlendiği TCK m.61'e aykırı olduğu belirtilse dahi bu suç

124 Bkz. TCK m.30/4 Madde gerekçesi.

125 "Sonucu olmayan suç" ifadesi için bkz. Taner (n 6) 232 vd.

126 Hafizoğulları ve Özen (n 116) 160. Temel şekline teşebbüsün mümkün olmadığı; fakat vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli hale teşebbüsün mümkün olduğu görüşü hakkında bkz. Tuğrul/Tuğrul (n 35) 345.

127 Koca ve Üzülmöz (n 3) 396; Gökcan ve Artuç (n 12) 3959.

128 Taner (n 6) 234.

129 "Sonucun gerçekleşmiş olması nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüsün olanaklı bulunmadığı gözetilip 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinin aynı Yasa'nın 61/5 maddesindeki sıraya uygun olarak ancak 103/2. madde ile tayin edilen ceza üzerinden uygulanıp daha sonra 103/6. madde ile sonuç cezanın belirlenmesi gerekirken yazılı biçimde hüküm kurularak noksan cezaya hükmolunması" Yargıtay 5 CD, E 2008/13177 K 2008/9607, 11.11.2008 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022. Yokuş Sevik (n 5) 163; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 468.

tipindeki netice sebebiyle ağırlaşan hallerin müebbet hapis cezası ile cezalandırılması nedeniyle sonuçta değişikliğin olmayacağı ifade edilmektedir¹³⁰.

Cinsel istismar suçunun temel şekli bakımından teşebbüs ancak kastın süreklilik arz edecek bir davranışa yönelik olmasına rağmen failin elinde olmayan sebeplerle ani ve kesik bir düzeyde kalması halinde veya bedensel temasın gerçekleşmemiş olması durumunda olabilir. Bu gibi hallerde failin kastının davranışın sürekliliğine yönelik olduğu ispatlanmadığı takdirde cinsel istismar suçunun temel şekline teşebbüsten cezalandırma söz konusu olamayacaktır¹³¹. Sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçuna teşebbüs halinde de failin kastının süreklilik arz etmeyen, ani ve kesik bir düzeyde bedensel temas içeren fiile yönelik olması gerekmektedir. Daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüsten sorumluluk için vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik kastın ispatlanması gerekmektedir¹³².

Teşebbüsün bir diğer unsuru ise failin icra hareketlerine başlamış olmasıdır. Bunun için de cinsel istismarın hangi hali söz konusu ise, ona yönelik hareketlerin gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Burada özellik arz eden hususu, cebir veya tehdit uygulanması ancak cinsel istismarın gerçekleştirilememesi halidir. Cinsel davranışı gerçekleştirmek için çocuğa uygulanan cebir ile teşebbüsten sorumluluk söz konusu olabilecektir¹³³. Bununla birlikte tehdit için farklı bir yaklaşımda bulunarak cinsel istismara ilişkin bir davranış olmaksızın sadece tehdit uygulanması, cinsel dokunulmazlığa yönelik bir davranış gerçekleştireceğinden bahisle işlenen tehdit suçunu oluşturmuş olacak ve cinsel istismara teşebbüsten sorumluluk doğmayacaktır.

Son olarak vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli hale teşebbüsten cezalandırmada yapılacak indirim, suçun temel şekline yönelik tamamlanmış suçun cezasından

130 Taner (n 6) 236.

131 Bu gibi durumlarda sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırmanın gerekli olduğu görüşü hakkında bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 466.

132 “Mağdurenin anne ve babasının hastaneye gitmesi nedeniyle olay günü evde tek başına kaldığı sırada sanığın saat 13:30 civarında eve gelerek mağdureyi zorla yatak odasına götürdüğü, mağdurenin ve kendisinin alt kısmında bulunan elbiselerini çıkartıp üzerine abandığı esnada eve gelen mağdurenin kardeşi olan tanık O.’ın bağırma sesini duyup yatak odasına girdiğinde sanığın elinde olmayan nedenlerle eylemini tamamlamadan olay mahallinden uzaklaştığı; şeklinde gerçekleşen ve oluşu uygun olarak kabul edilen eylemin nitelikli cinsel istismara teşebbüs niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması” Yargıtay 5 CD, E 2008/335 K 2008/3507, 15.04.2008 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 8 Kasım. Diğer yandan vücuda organ veya sair cisim sokmaya ilişkin bu nitelikli halin gerçekleşmemesi faildeki iktidarsızlık veya sertleşme probleminin kaynaklı olabilir. Bu durumda Yargıtay, bu nitelikli hale teşebbüsten cezalandırmayı değil, suçun temel şeklinin cezalandırmayı kabul etmektedir. “...sanığın cinsel ilişki için organındaki gerekli sertleşmeyi sağlayamadığının iddia edilmesi karşısında; cinsel organındaki ereksiyonun gerçekleşmemesinin iktidarsızlıktan mı, yoksa olay anındaki heyecan, korku veya alkollü olma gibi nispi elverişsizlik hallerinden mi kaynaklandığı alınacak raporla belirlenip, teşebbüs hükümlerinin uygulanması için gerekli olan elverişli hareket ve failin elinde olmayan nedenle suçun tamamlanamaması koşullarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediği karar yerinde tartışıldıktan sonra karar verilmesi yerine eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır.” Yargıtay 5 CD, E 2010/4449, K 2010/6553, 20.09.2010 (Aydın n 1) 89; Taner (n 6) 239; Yargıtay 5 CD, E 2009/5545 K 2009/9592, 13.07.2009 (Özen (n 10) 388).

133 Cinsel istismarın unsuru olarak cebirin kabul edilebilmesi için failin kastının cinsel suçla ilişkin olması aranmaktadır. “Sanığın aynı apartmanda oturan müdahilin evine gece girdiği, uyanınca bir eliyle tutup diğer eliyle ensesini sıktığı, susturmaya çalıştığı, müdahilin kurtulmak için mücadele edip kapıya doğru gittiği, bağırıp komşulardan yardım istemesi üzerine bırakıp kaçtığı, ırza geçme kastını ortaya koyan herhangi bir söz veya davranışta bulunmadığı ve eve hangi amaçla girdiğinin de belirlenip anlaşılmadığı...” Yargıtay 5 CD, E 2007/3362 K 2009/13043, 23.11.2009 (Taner (n 6) 238).

az, suçun temel şekline teşebbüsten cezalandırma da tamamlanmış bir sarkıntılık suretiyle işlenen cinsel istismar suçunun cezasından az olmamalıdır¹³⁴. Ayrıca TCK m.103/4'te yer alan daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal söz konusu ise, teşebbüs düzenlemesinde yer alan indirim yapılmaksızın TCK m.61 çerçevesinde temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁵.

Diğer yandan cinsel istismara suçunun icra hareketlerine başladıktan sonra gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçen veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını engelleyen fail, suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmamaktadır. Ancak o ana kadar yapılan hareketler esasen bir suç oluşturuyorsa o suçtan cezalandırma söz konusu olacaktır. Örneğin TCK m.103/1'de yer alan suçtan gönüllü vazgeçen fail, bedensel temasta bulunmamışsa o ana kadar ki fiilinden dolayı TCK m.105'ten sorumluluğunun doğması söz konusu olabilecektir¹³⁶. Bununla birlikte TCK m.103/2'de yer alan nitelikli cinsel istismardan gönüllü vazgeçen failin TCK m.103/1'de düzenlenen cinsel istismar suçundan sorumlu olup olmayacağı, suçun temel şeklinden mi yoksa sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçundan mı sorumluluğun doğacağı değerlendirilmelidir¹³⁷.

Diğer yandan gönüllü vazgeçme halinde, organ veya başkaca bir cismin vücuda sokulması suretiyle işlenen nitelikli hale teşebbüsten cezalandırmanın mümkün olmadığı, vazgeçme anına kadar işlediği fiillerin cinsel istismarın temel şeklini oluşturduğu ve temel şeklinden cezalandırmanın söz konusu

134 Taner (n 6) 239; Tuğrul/Tuğrul (n 35) 350, 351.

135 Taner (n 6) 345.

136 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 467. Henüz cinsel bir davranış gerçekleşmeden failin düşüncesinden vazgeçmesi halinde, failin cezalandırılmaması sonucunu doğuran gönüllü vazgeçme olup olmadığı değerlendirilmelidir. Hörnlé (n 8) § 176 N 36.

137 "Suça sürüklenen çocuğun, olay günü altı yaş içerisinde bulunan mağdureyi yolda görerek para istediği, aldığı olumsuz yanıt üzerinde yakınlardaki ağaçlık alana zorla götürdüğü mağdureyi darp edip, bıçak gösterdiği, ellerini arkadan bağladığı, mağdurenin direncini bu şekilde kırdıktan sonra soyup cinsel organını mağdurenin cinsel organına sürüttüğü, bir süre sonra boşalması üzerine eylemini tamamlayarak olay yerinden ayrıldığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle eylemin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu, eylemin nitelikli boyuta ulaştırılma imkanı olmasına rağmen bu yönde hareket edilmemesi sebebiyle olayda teşebbüsten söz edilemeyeceği, bu sebeple suça sürüklenen çocuğun eylemine uyan TCK'nın 103/1, 103/4, 31/3. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması" Yargıtay 14 CD, E 2017/6641 K 2018/1268, 22.02.2018 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 10 Kasım 2022. "Tüm dosya kapsamına göre olay gecesi sanık ... yanında uzanmakta olan mağdureden cinsel organıyla oynamasını istediği, onun kabul etmemesi üzerine kollarından tutarak yapması yönünde isteğini tekrarladığı, ardından yatak üzerinde bulunan bacağı işaret ederek, tanık ... gözü önünde soyunup kendisiyle cinsel ilişkiye girmesini istediği ve tanığın ikna etmesi üzerine kendiliğinden eylemine son verdiği anlaşıldığından, mevcut haliyle olayda çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu yönünden teşebbüs hükümlerinin uygulanma koşulları bulunmayıp, mevcut haliyle sanığın o ana kadar gerçekleştirdiği eylemin 5237 Sayılı TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uyarınca sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde atılı suçtan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, Sanıklar ... suç tarihi dönemde on beş yaşından küçük olan mağdureyi değişik yerlere götürüp cinsel istismarda bulduklarının tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, yaşı itibarıyla hukukten geçerli olmayan rızasına istinaden mağdureyi cinsel maksatla alıkoyan sanıkların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan mahkumiyetleri yerine, delillerin takdirinde yanılıya düşülerek yazılı gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi..." Yargıtay 14 CD, E 2016/12465 K 2017/1869, 12.04.2017 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 10 Kasım 2022.

olacağı doktrinde¹³⁸ genellikle benimsenmekle birlikte uygulamada da kabul edilmektedir¹³⁹. Buna göre 15 yaşını tamamlamış bir çocuğa cebir uygulayarak cinsel ilişkide bulunmak isteyen fail, gönüllü vazgeçerse cinsel istismarın temel şeklinden ve cebir suçundan ayrı ayrı cezalandırılabilir. Bu uygulamanın cinsel istismarın nitelikli şeklinin ayrı bir suç olarak kabul edilmesinin sonucu olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁰.

Ancak mevcut düzenleme dikkate alındığında farklı suçların değil, suçun temel şekli ve nitelikli hallerinin mevcut olduğu görülmektedir. Burada önem arz eden husus, TCK m.36'da yer verilen gönüllü vazgeçme düzenlemesinde "tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde" ifadesine verilecek anlamdır. "Esasen bir suç" ifadesi ile kastedilenin farklı bir suç olduğu ileri sürülmektedir. Bu durumda bu ifadenin farklı suç anlamına geldiği kabul edilirse cinsel istismar suçunun temel ve nitelikli şekillerinin ayrı suçlar olarak kabul edilmesi durumunda örneğin gönüllü vazgeçme nedeniyle daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hale teşebbüsten cezalandırma söz konusu olmadığında temel şeklinden cezalandırma mümkün olacaktır. Ancak bu görüşe göre, mevcut düzenleme gereği cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinden gönüllü vazgeçen fail hakkında suçun temel şeklinden ceza verilmemelidir¹⁴¹. Bununla birlikte "esasen bir suç" ifadesi ile farklı suçların kastedilmediği söylenebilecek olup, bir suçun nitelikli şeklinden gönüllü vazgeçen failin o ana kadarki hareketleri ile suçun temel şeklinin tamamlanması halinde temel şeklinden sorumluluk doğacaktır. Kanun koyucunun "farklı bir suç" yerine "esasen bir suç" ifadesine yer vermesinden hareketle suçun nitelikli şeklinden gönüllü vazgeçilmesi durumunda sadece gönüllü vazgeçilen suça teşebbüsten cezalandırma olmayacak, tamamlanmış temel şekli bakımından sorumluluk doğacaktır.

138 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 406; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 373; Koca ve Üzülmöz (n 3) 421; Yokuş Sevik (n 5)162; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 466; Gökcan ve Artuç (n 12) 3963; Özen (n 10) 389; Memiş Kartal (n 7) 226; Aydın (n 1) 89.

139 "TCK'nın 35. maddesine göre sanıklar hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettikleri nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamamalarının gerektiği, dosya kapsamına ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim sokmayı engelleyen mağdurenin aşılabilir mukavemeti dışında harici engel bulunmadığından sanıkların suçun icra hareketinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, bu durumda sabit ve tamam olan eylemlerinin TCK'nın 36. Maddesi karşısında 5237 sayılı TCK'nın 103/1. Maddesine uyan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı gözetilmeden, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten cezalandırılmalarına karar verilmesi" Yargıtay 14 CD, E 2011/1625 K 2012/2596, 05.03.2012 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022. "Mağdur Sefa'nın anüsüne krem sürüp penisini içine sokmaya çalışan sanığın herhangi bir ciddi ve harici engel olmaksızın mağdurun "acıyor" demesi üzerine eyleminden kendiliğinden vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında; o aşamaya kadar tamamlanan eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi..." Yargıtay 5 CD, E 2009/7179 K 2009/8841, 02.07.2009 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022. Benzer yönde bkz. Yargıtay 5 CD, E 2009/13575 K 2010/747, 09.02.2010; Yargıtay 5 CD, E 2008/6925 K 2010/3157, 29.04.2010 (Aydın (n 1) 89, 90 dn 159).

140 Koca ve Üzülmöz (n 3) 421.

141 Taner (n 6) 241.

B. İŞTİRAK

Cinsel istismar niteliğindeki fiili gerçekleştiren kişi suçun failidir. Bu suçun faili bakımından özellik arz eden bir durum aranmamakta olup, herkes suçun faili olabilecektir¹⁴². Cinsel istismarın birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Birden fazla kişinin birlikte suçu işlemesi halinde ise, müşterek faillik söz konusudur. Bu durumda cinsel istismar suçunu işlemek isteyenlerden birinin mağdura cebir veya tehdit kullanması diğerinin istismar fiilini gerçekleştirmesi halinde suçun işlenişe ortak hâkimiyet kurulması durumu söz konusu olup, müşterek faillik kapsamında değerlendirme yapmak gerekmektedir¹⁴³.

Dolaylı fail olarak suça katılma hususu tartışmalıdır. Örneğin kadın failin, mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak dolaylı faillik yoluyla ilişkinin aktif süjesi haline getirmesi ve mağdurun kendisine organ veya sair cisim sokmasını sağlaması halinde fail hakkında istismarın temel şeklinden sorumluluk söz konusu olacaktır¹⁴⁴. Diğer yandan failin mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak erkek mağduru kadının kendi vücuduna organ sokmaya yönlendirmesi veya sokturması halinde suçun temel şeklinden, erkek mağdurun kendi vücuduna sair cisim sokmasında suçun nitelikli halinden ceza verilmesi eleştirilmekte olup, her iki durumda da dolaylı fail hakkında cinsel istismarın nitelikli halinden sorumluluğun doğması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁵. Bununla birlikte “fiilin vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi” nitelikli halinde “sokulması” fiilinin kullanılmasından hareketle nitelikli halin uygulanamayacağı tespit edilmelidir. Gerek kanun metninde gerekse madde gerekçesinde kanun koyucunun amacının aksi yönde olduğuna dair bir bilgiye rastlanmamaktadır. Aksi yorum, kanunilik ilkesinin ihlali sonucunu doğurabilecektir. Bu bağlamda fiilin, “çocuk üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirme, kendi veya üçüncü kişi üzerinde çocuğa gerçekleştirtme veya kendi üzerinde çocuğun cinsel davranış gerçekleştirtmesine izin verme” şeklinde olması gerektiği önerilmektedir¹⁴⁶.

Sonuç olarak cinsel istismar suçu bizzat işlenebilen suçlardan olduğundan dolaylı faillik ile sorumluluk bu suç tipi bakımından belirlenemeyecektir. Dolaylı fail olarak sorumluluğu düşünülen kişinin ilgili suçun aynı zamanda mağduru olamayacağı, fail ile mağdurun sıfatının aynı kişide birleşmesinin mümkün olmadığı söylenebilir.

142 Renzikowski (n 7) § 176 N 64.

143 Gökcan ve Artuç (n 12) 3915. “Sanığım, hakkındaki evrak tefrik edilerek TCK’nın 31/1 maddesi gereğince kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilen M.A. ile aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirirlerken mağduru tutmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı oldukları, bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğerinin eylemine TCK’nın 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı hakkında bu suçun nitelikli unsuru olan TCK’nın 103/3. maddesi ile birlikte aynı yasanın 43/1 maddesinin de uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarından ve bu suça yardım etmekten ayrı ayrı hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini...” Yargıtay 5 CD, E 2008/16058 K 2009/2686, 04.03.2009 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022.

144 Yargıtay 14 CD, E 2013/6245 K 2015/2305, 02.03.2015 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022; Yargıtay 14 CD, E 2013/7470 K 2015/10266, 08.10.2013 (İltaş/Işık Yılmaz (n 98) 60). Hamza Küskü, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali* (Adalet 2020) 127. Aksi görüşe göre, bu durumda nitelikli cinsel istismar suçu oluşmaktadır. Renzikowski (n 7) § 176 N 64; Parlar ve Öztürk (n 57) 102.

145 Küskü (n 144) 128; Gökcan ve Artuç (n 12) 3909.

146 Öneri için bkz. Turhan (n 57) 76, 77.

Alman CK § 176 I'e göre, failin çocuk üzerinde cinsel fiil gerçekleştirmiş olması veya kendi üzerinde çocuğa gerçekleştirtmesi, cinsel davranış yapturtması gerekmektedir. Ayrıca CK § 176 I bakımından dolaylı faillikten sorumluluk kabul edilmemektedir¹⁴⁷.

Öte yandan şeriklik türleri diğer bir ifade ile azmettiren ya da yardım eden olarak suça katılma mümkündür¹⁴⁸. Küçük yaştaki çocukların dini nikah ile evlendirilmesi ve dini nikah yapıldığı kişi ile cinsel ilişkiye girmeleri TCK m.103/2 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu durumda yetişkin olan eş, cinsel istismar suçunun faili, mağdur çocuğun evlendirilmesine rıza gösteren anne ve babasının da azmettiren ya da yardım eden olarak sorumluluğu değerlendirilmelidir¹⁴⁹. Burada ebeveynin failin suç kararını kuvvetlendirme, onu teşvik etme veya ona suçun işlenmesinden sonra yardım vaadinde bulunma gibi katkıları yoksa yardım eden olarak sorumlulukları doğmayacaktır¹⁵⁰.

Öte yandan örneğin 15 yaşından büyük erkek ile 15 yaşını henüz doldurmamış olan kız çocuğunun ailelerinin rızası ile evlenmeleri halinde bu evlenmenin buldukları sosyal çevredeki yerleşik geleneklere uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi halinde TCK m.30/4 dikkate alınmalıdır¹⁵¹. Elbette

147 StGB § 176 I bakımından aynı durumun geçerli olduğu, failin çocuk üzerinde cinsel fiil gerçekleştiren ya da kendi üzerinde çocuğa gerçekleştiren kişi olması gerektiği söylenebilir. Hörnle (n 8) § 176 N 24; Dreher/Tröndle (n 11) § 176 N 2; Renzikowski (n 7) § 176 N 64. Bununla birlikte CK § 176 II bağlamında koşulları mevcut ise dolaylı fail olarak sorumluluk mümkündür. Alman CK § 176 II ve IV 2'ye göre, 3. kişinin dâhil edilerek mağdurun kararına sebep olan kişinin, fail olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Ancak böyle bir "karar verdirmenin" tipik hareket tanımına uymadığı kabul edilmektedir. Tipikliğin gerçekleşmesinde nedenselliğin her türünü kapsaymayan sınırlayıcı fail kavramı, bahsedilen bu belirleme için geçerlidir. Alman CK § 176 II, bizzat işlenebilen suç olmadığından 3. kişinin fiili, dolaylı faillik kurallarına göre değerlendirilebilecektir (Renzikowski (n 7) § 176 N 64.).

148 Memiş Kartal (n 7) 227; Remzi Demir (n 58) 125; İltaş/Işık Yılmaz (n 98) 73; Parlar/Öztürk (n 57) 111.

149 Yokuş Sevük (n 5) 164. Burada evlilik kararına destek vermenin yardım etme, başlık parası karşılığında onay vermenin de azmettirme kapsamında değerlendirildiğine dair Yargıtay uygulaması hakkında bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 471. Bazı hallerde ebeveyn suça olan katkısı dikkate alınarak müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Örnek karar için bkz. "...sank L'nin kollukta müdafii huzurunda alınan "...bu şahsın kızım ile birlikte kalıp sadece sevip okşamasına ve kendini tatmin etmesine bir nevi göz yumdum. Bunun sebebi de bizim paraya ihtiyacımız olması ve H'in de bize maddi yönden destekte bulunmasıdır..." şeklinde tevilli ikrarı içeren beyanları, yine sank H'in müdafii huzurunda alınan kolluk beyanında geçen "...Küçük kızın annesi L. mağdureyi sürekli bana itmiştir... Telefon görüşmelerinde küçük B'nun sürekli beni arzuladığını, kendi kendini tatmin etmeye çalıştığını bana söylemekteydi..." şeklindeki açıklaması ve tüm dosya kapsamına göre; sank L'nin diğer sank H'in mağdureye yönelik cinsel içerikli davranışlar sergilediğini ve bunu da bir süredir devam ettirdiğini bildiği halde, mağdureyle birlikte sanığın evine gittikten sonra mağdureyi diğer sanıkla önceden vardıkları fikir ve eylem birlikteliği çerçevesinde, bankamatikten para çekme bahanesiyle dışarı çıkıp sank H. ile mağdureyi yalnız bıraktığı ve en son olayda da bu ikisini çay bahçesinde beklediği, diğer sank H. ile birlikte suçu baştan itibaren bilerek ve isteyerek tertipleyip, planladıkları, bu suretle sank L'nin suçun icrasındaki rolü ve suçun işlenişindeki katkısının arz ettiği önemi gözönünde bulundurulduğunda, sank L'nin de diğer sank gibi mağdurenin beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit istismarı suçunun müşterek faili olduğu gözetilip TCK'nun 37/1. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilerek bu suçtan mahkumiyeti yerine isabetsiz gerekçelerle beraatine karar verilmesi..." Yargıtay 14 CD, E 2011/14142 K 2012/6775, 14.06.2012 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022.

150 Taner (n 6) 242.

151 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 472. "Mağdurenin aşamalarındaki anlatımları, savunma ile diğer sanıkların ifadeleri nazara alındığında suç tarihinden önce mağdurenin, annesi sank ... ile babası sank ...nın bilgisi dışında görüştüğü diğer sank ...la evlenmek istediği, M'nin karşı çıkması üzerine Y'la evlenmek amacıyla kaçan mağdurenin geri döndükten sonra ailesine cinsel ilişkiye girdiğini söylemesinin ardından M'nin şikayetçi olduğu Y. hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği ve son olarak mağdurenin Y'la evlenmelerine razı olmadıkları takdirde tekrar kaçacağını beyan etmesi karşısında M'nin sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşanan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı mağdurenin Y'la birlikte yaşamalarına onay vermek zorunda kaldığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sank ...nın suç işleme kastıyla hareket etmediği hususu da göz önüne alınarak beraati yerine yazılı şekilde

bu durumda kaçınılabilirlik değerlendirmesi yapılacak olup, kaçınılabilir bir hatanın mevcut olması halinde kişi hatasından yararlanacaktır. Ancak son derece güncel tartışmaların yaşandığı bu noktada hala 15 yaşını doldurmamış olan çocukların cinsel davranışlara dair rızalarına geçerlilik tanınacağına veya evlenebileceklerine yönelik hatanın kaçınılabilir bir hata olduğunu söylemek artık çok güçtür.

İhmali hareketle suça katılmanın mümkün olduğu söylenebilecektir. Suça yardım eden kişinin garantör olması ve önleme yükümlülüğünü kasten yerine getirmemesi halinde ihmali hareketi ile cinsel istismar suçuna yardım eden olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁵². Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, koşulları mevcutsa müşterek fail olarak sorumluluğunun söz konusu olabileceği hallerde müşterek faillikten sorumluluk doğmalıdır.

C. İÇTİMA

Cinsel istismarın temel şekli ve nitelikli halleri arasında görünüşte içtima ilkelerinden genel norm-özel norm ilişkisi söz konusudur ve bu durumda sadece özel norm uygulama alanı bulacaktır¹⁵³.

Failin mağdura karşı önce cinsel taciz suçunu işlediği ardından da cinsel istismarda bulunduğu ihtimalde cinsel istismar suçundan cezalandırılacak olup, ayrıca cinsel taciz suçundan cezalandırılmayacaktır. Bu örnekte görünüşte içtima ilkelerinden tüketen-tüketilen norm ilişkisine örnek teşkil eden cezalandırılmayan önceki hareket mevcuttur. Farklı suç tiplerinin ihlali ve birden fazla hareketin bulunduğu örnekte fail yalnızca sonraki daha ağır nitelikteki cinsel istismar suçundan cezalandırılacak cezalandırılmayan önceki hareket niteliğinde olan cinsel taciz suçundan ise cezalandırılmayacaktır¹⁵⁴.

Sarkıntılık ile başlayan davranışın sonrasında yoğunluk kazanarak süreklilik arz etmesi halinde de cinsel istismar suçunun temel şeklinin varlığından söz edilebilecektir¹⁵⁵.

Aynı kişiye karşı farklı zamanlarda aynı suç işleme kararına bağlı cinsel istismar suçunun işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulabilecektir¹⁵⁶. Farklı zamanlarda gerçekleşen

mahkûmiyetine karar verilmesi...” Yargıtay 14 CD, E 20114/12024 K 2018/645, 25.01.2018 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Kasım 2022.

152 Heger (n 11) § 176 N 8; Ünver (n 6) 30.

153 Aksi yönde bkz. “*Sanığın eylemine uyan TCK’nın 103/1, 103/6 maddeleri ile sırası ile ve ayrı ayrı ceza tayin edilerek cezalandırılması gerekirken doğrudan 103/6 maddesi ile hüküm kurulması...*” (Yargıtay 5 CD, 2476/3868, 22.05.2007). Bu şekilde failin hem 103/1 hem de 103/6’dan cezalandırılmasının failin aynı fiilden bir kez cezalandırılacağı şeklindeki “evrensel ilke”ye aykırılık teşkil edeceği hakkında bkz. Koca ve Üzülmöz (n 3) 422.

154 “*Cinsel taciz suçu ile çocuğun cinsel istismarı (veya cinsel saldırı) suçu arasında geçitli suç ilişkisi bulunmamaktadır. Zira bu suçlardan birisinin işlenmesi için diğer suç normunun ihlalinde zorunluluk yoktur. Ancak çocuğun cinsel istismar suçunun hemen öncesinde, suç sırasında veya hemen sonrasında cinsel taciz olarak nitelendirilebilecek sözler sarf edilmesi veya davranışlarda bulunulması hâlinde aynı hukuki menfaate yönelik daha ağır bir saldırı söz konusu olduğundan yalnızca çocuğun cinsel istismarı suçundan ceza verilmesi gerekir. Cinsel saldırı ve cinsel taciz ile çocuğun cinsel istismarı ve cinsel taciz suçları arasında içtima ilişkisi bakımından farklı bir durumun bulunmadığı gözetildiğinde bu husus doktrinde; cinsel taciz suçunun, cezalandırılmayan önceki fiil durumunda olduğu...*” Yargıtay CGK, 208/666, 26/11/2019 (Erkan Sarıtaş, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler” 80 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 640 dn 123).

155 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 468.

156 29.06.2005 tarih ve 5377 s. Kanun ile yapılan değişiklikten evvel TCK m.43/3 gereği cinsel istismar fiilleri hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması istisna kapsamında yer almaktaydı. Ancak uygulamada karşılaşılan güçlükler nedeniyle bu hüküm kaldırılmış olup, şartlarının mevcut olması halinde cinsel istismar fiilleri hakkında da zincirleme

cinsel davranışların süreklilik arz ettiğinden yola çıkarak tek suçun oluştuğunu söylemek doğru olmayacaktır. Diğer yandan aynı mağdura karşı aynı ya da farklı yollarla art arda cinsel istismar suçunun işlenmesi hali değerlendirilmelidir¹⁵⁷.

Cinsel istismar oluşturan fiil araya zaman aralığı girmeden peş peşe gerçekleşirse aynı kast ile aynı zamanda gerçekleşen birden fazla cinsel davranışın bulunması halinde tek suç vardır. Suç teklifi ya da çokluğu konusunda hareketler arasındaki zaman, yer ve amaç birliği dikkate alınarak karar verilmelidir¹⁵⁸. Yargıtay'ın aksi yöndeki kararlarının¹⁵⁹ mevcut olmasına rağmen artık aralıksız gerçekleştirilen bu tür hareketlerin tek bir eylem içinde değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁶⁰.

Nitekim zincirleme suçun varlığı halinde de suçlar birden fazla olup, cezalandırmada tek suçun cezası esas alınarak artırım uygulanmaktadır. Diğer yandan fail aynı mağdura karşı farklı zamanlarda aynı suç işleme kararının icrası kapsamında cinsel istismar suçunun temel ve nitelikli şeklini işlerse, zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu ihtimalde cezalandırma nitelikli hal esas alınarak zincirleme suça dair maddede belirtilen oranda artırım yapılması suretiyle belirlenecektir¹⁶¹.

Zincirleme suçun tespitine dair mesele, kastın ne zaman yenilenmiş olduğunun kabul edileceğine ilişkindir. Kastın yenilenmesinin tespit edilememesi halinde birden fazla suç olduğu söylenemeyecektir. Kanun'da cinsel davranışlar şeklindeki çoğul ifadenin kullanımının da aynı şekilde yorumlandığı da görülmektedir¹⁶².

Diğer yandan birden fazla kişinin fail olarak aynı zaman ve yerde aynı mağdura karşı cinsel istismar suçunu işlemesi halinde bizzat işledikleri cinsel istismar fiilinin yanı sıra birbirlerinin fiillerine de fail olarak katıldıkları için haklarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri

suç hükümleri uygulanabilir olmuştur.

157 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 468, 469.

158 Bu noktada cinsel yünden tatminin de ölçü olması gerektiği hakkında bkz. Özen (n 10) 390.

159 "Mağdurenin anüsüne cinsel organını sokmaya çalışan, oral yoldan cinsel istismarı gerçekleştiren sanığın ayrıca kendisine mastürbasyon yaptırdığı anlaşıldığından cezasının 5237 sayılı Yasanın 43. maddesi gereğince artırılmaması bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 5 CD, E 2007/7481 K 2007/6548, 20.09.2007 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022.

160 "Sanığın cinsel istismar eylemlerini bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı zamanda işlediğinden zincirleme suç hükümleri şartlarının bulunmadığı halde verilen cezanın aynı Kanununun 43. maddesi ile artırılması" Yargıtay 5 CD, E 2009/12606 K 2010/93, 18.01.2010 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022. "Olay günü evine çağırıldığı mağdureyle sanığın akşam saat 21.00 sularına kadar oturdukları, mağdurenin gitmek istemesi üzerine sanığın engel olarak mağdureyi yaraladığı ve evde bulunan yatağa zincirlediği, devamında mağdureye cinsel saldırıda bulunduğu, bir müddet sonra mağdurenin kurtulabilmek için sanıktan yemek istediği, bunun üzerine sanığın mağdureyi çözdüğü ve yiyecek bir şeyler almak için evden ayrılmakta olduğu sırada mağdurenin "kapıyı kilitleme" demesi üzerine sanığın evden ayrılmaktan vazgeçtiği ve tekrar mağdureyi yatağa zincirleyip ikinci defa cinsel saldırıda bulunduğu, daha sonra yatağın kenarında 1-2 saat kadar uyuya kaldığı ve uyandıktan sonra bağlı olan mağdureye karşı üçüncü defa cinsel saldırıda bulunduğu olayda, sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı mağdura karşı, değişik zamanlarda, aynı suçu, birden fazla kez işlediğinin anlaşılması karşısında, mahkemenin TCK.nın 43/1. maddesinin uygulamasında bir isabetsizlik bulunmadığından, bu hususta tebliğnamede bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir." Yargıtay 14 CD, E 2013/7469 K 2013/10638, 25.10.2013 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022.

161 Koca ve Üzülmöz (n 3) 371; Hafizoğulları ve Özen (n 116)167.

162 Taner (n 6) 249; Koca ve Üzülmöz (n 3) 401.

sürülmektedir¹⁶³. Ancak faillerin doğal anlamda birden fazla olan fiili, hukuki anlamda tek bir fiil olarak kabul edilebiliyorsa haklarında zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır¹⁶⁴.

Burada farklı olanın suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi nitelikli halinin zincirleme şekilde gerçekleşmesinde farklı zamanlarda işlenmesi şartının tek başına faillerdeki kadar sıkı bir biçimde uygulanmaması olduğu ileri sürülmektedir¹⁶⁵.

Ayrıca cinsel istismar suçunun 15 yaşını doldurmamış bir kişiye yönelik birden fazla işlenmesinin ardından bu kişinin 15 yaşını doldurmasından sonra da istismarın devam etmesi ihtimali değerlendirilmelidir. Mağdurun 15 yaşını doldurması ancak yine de 18 yaşından küçük olması ve fiile devam edilmesi durumunda rıza yoksa zincirleme cinsel istismar suçunun varlığı söz konusu olacaktır. Ancak mağdurun rızasının varlığı halinde cinsel istismar değil, reşit olmayanla cinsel ilişki söz konusu olabilecektir. Bu ihtimalde zincirleme işlenen cinsel istismar ve zincirleme işlenen reşit olmayanla cinsel ilişkiden cezalandırma olacaktır¹⁶⁶.

Ayrıca cinsel istismar suçu ile birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m.109) da işlenmiş olabilir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “cinsel amaçla” işlenmesi bu suçun nitelikli hali olarak TCK mm.109/5’de düzenlenmiştir. Bu nitelikli halde, sadece failin amacının yer alması nedeniyle cinsel istismarın gerçekleşmesi halinde hem kişi hürriyetinden yoksun kılma

163 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 470. “...Sanıkların akıl hastası olan mağduru askerlik görevlerinin yaptıkları birlikte bulunan çok amaçlı spor salonuna götürdükten sonra aynı zaman ve mekanda ayrı ayrı oral ve anal yoldan vücuda organ sokmak suretiyle birlikte nitelikli cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirdikleri, bizzat işledikleri eylemden ayrı olarak diğerlerinin eylemlerine TCK.nun 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmalarından dolayı haklarında bu suçun nitelikli hali olan TCK.nun 103/3. maddesi ile birlikte aynı Yasanın 43/1. maddesinin de uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır”. Yargıtay 5 CD, E 2009/11417 K 2009/183187, 01.12.2009 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022. Ayrıca bkz. “Çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve bu suça yardım etmekten kurulan mahkûmiyet hükümlerinin temyiz incelemesine gelince; yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, Ancak; sanığın, hakkındaki evrak tefrik edilerek TCK.nun 31/1. maddesi gereğince kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilen M. A. ile aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirenlerken mağduru tutmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı oldukları, bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğerinin eylemine TCK.nun 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı hakkında bu suçun nitelikli unsuru olan TCK.nun 103/3. maddesi ile birlikte aynı Yasanın 43/1. maddesinin de uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarından ve bu suça yardım etmekten ayrı ayrı hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini...” Yargıtay 5 CD, E 2008/16058 K 2009/2686, 04.03.2009 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

164 Koca ve Üzülmöz (n 3) 422.

165 Taner (n 6) 245.

166 Örnek kararlar için bkz. Yargıtay 14 CD, 4180/6082, 20.06.2016; Yargıtay 14 CD, 3663/7846, 15.11.2016; Yargıtay 14 CD, 8128/7655, 08.11.2016 (Gökcan ve Artuç (n 12) 3974). Bu ihtimalde aşırı cezalandırmanın ortaya çıkacağına dair eleştiriler ve sadece zincirleme şekilde işlenen cinsel istismar suçundan dolayı hüküm kurulmasının daha isabetli olacağı hakkındaki görüş için bkz. Özgenç (n 43) 270-271; Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 469, 471.

suçunun nitelikli halinden hem de cinsel istismar suçundan cezalandırma söz konusu olacaktır¹⁶⁷. Aralarında bileşik suç ilişkisi mevcut olmayıp, gerçek içtima uygulanmalıdır¹⁶⁸.

Bu noktada önem arz eden hürriyetten yoksun bırakmanın cinsel istismarın doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmamış olması¹⁶⁹, amaç suç olan cinsel istismarın gerçekleştirilebilmesi için araç suç niteliğinde olmasıdır¹⁷⁰.

Doktrinde TCK m.109/5'te yer alan bu nitelikli halin varlığının isabetli olmadığı ve Kanun'da mevcut olmamasının bir boşluk yaratmayacağı da ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre fail mağdurun özgürlüğünü sınırlandırır ve cinsel istismarı gerçekleştirilmeden yakalanırsa bir boşluk oluşmayacağı gibi aksi halde failin aklından geçenlerin mağdur ve tanık beyanları ile cezanın artırılmasına sebep olması masumiyet ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu durum ancak TCK m.61-1-g uyarınca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır¹⁷¹.

Mağdurun bir yerde bulunma özgürlüğüne dair rızasının geçerli olması nedeniyle cinsel istismar suçunun işlenmesinden sonra da failin yanında kalması halinde fail, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmayacaktır.

Bununla birlikte Yargıtay 15 yaşından küçük olanlar bakımından aksi kanaattir¹⁷² ¹⁷³. Diğer yandan cinsel istismar suçu ile işkence suçunun tek davranışla işlenmesi halinde TCK m.94/3'ün uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmelidir. Bu düzenleme işkence suçunun "cinsel yönden

167 Yokuş Sevük (n 5) 165. "Mağdure M'nin cinsel istismarına yönelik amaçla eylemine başlayan sanığın, bu eylemini gerçekleştirmek amacıyla rızaları hukuken geçerli kabul edilemeyen mağdurlar R. ve A.ü evlerinden 7,5 km. ve en yakın yerleşim yerinden 5 km. uzaklıktaki ormanlık alana götürmekten ibaret eylemlerinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden suçun oluşumu için özel kasıt arayan isabetsiz gerekçeyle yazılı şekilde beraat hükümleri kurulması..." Yargıtay 5 CD, E 2009/9355 K 2009/11128, 06.10.2009 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022. "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.03.2008 gün ve 2007/5-253 Esas, 2008/52 sayılı kararında açıklandığı üzere, suç tarihinde kayden 15 yaşını ikmal etmeyen mağdureye karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eyleminde mağdurenin rızasının 5237 sayılı TCK.nun 26/2. maddesi kapsamında fiili suç olmaktan çıkarmaması nedeniyle tebliğnamedeki sanığın beraeti yönünde bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir..." Yargıtay 5 CD, E 2006/10600 K 2009/6684, 1.6.2009. Ayrıca atf yapılan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı için bkz. Yargıtay CGK, E 2007/5-253 K 2008/52, 11.03.2008 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022.

168 Aralarında bileşik suç ilişkisinin mevcut olduğu hakkındaki aksi görüş için bkz. Özen (n 10) 389.

169 Özen (n 10) 391; Gökcan ve Artuç (n 12) 3970; Aygörmüş Uğurlubay (n 34) 29.

170 Koca ve Üzülmüş (n 3) 372.

171 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 375, 349.

172 "Kovuşturma aşamasında 18 yaşını doldurmamış olan mağdurun, sanık Muhammed hakkında şikayetçi olup davaya katılmak istemediği, diğer sanık hakkında da duruşmada şikayetçi olmadığı anlaşılmakta ise de, Ceza Genel Kurulu'nun dairemizde de benimsenen 03.06.2008 gün 2008/5-56-156 sayılı kararında belirtildiği üzere; çocuğun cinsel istismarı suçundan açılan kamu davasında suç tarihinde 15 yaşını doldurmamış mağdura, CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca atanan zorunlu vekilin iradesine üstünlük tanınması gerektiği gözetilmeden, duruşma esnasında sanıkların cezalandırılmasını talep eden mağdur vekiline, CMK'nun 238/2. maddesi gereğince davaya katılmak isteyip istemediği sorulmadan hüküm kurulması..." Yargıtay 5 CD, E 2009/11951 K 20009/15015, 28.12.2009 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022.

173 Ancak çocuğun rızasının varlığına rağmen kanuni temsilcisinin rızasının yokluğunda diğer şartların da gerçekleşmesi halinde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda yer alan TCK m.234/3 bağlamında sorumluluğun doğması söz konusu olabilecektir. Taner (n 6) 348.

taciz” şeklinde işlenmesi haline yer vermektedir. İşkence suçunda yer alan bu fıkranın sadece cinsel taciz suçu bakımından uygulanabilir olduğunu kabul etmek kanunilik ilkesine uygun bir yaklaşım olacaktır. Ancak bu ihtimalde cezalandırma adil olmayan bir sonuca sebebiyet verebilecektir. Ayrıca cinsel yönden taciz şeklinde bir düzenlemenin olmaması da cinsel dokunulmazlığa karşı gerçekleştirilen davranışlar şeklinde anlaşılması gerektiği, tüm cinsel suçları kapsadığı düşüncesini kuvvetlendirmektedir¹⁷⁴.

Ayrıca cinsel istismar suçunun aleni şekilde işlenmesi halinde cinsel istismar suçu ile TCK m.225’de yer alan alenen hayasızca hareketler suçu arasında farklı neviden fikri içtima uygulanacaktır¹⁷⁵.

Cinsel istismar suçunun aile bireyleri arasında gerçekleşmesi halinde kötü muamele suçunun (TCK m.232/1) aynı anda tek fiile işlenmesi halinde de farklı neviden fikri içtima uygulama alanı bulacaktır¹⁷⁶. Bununla birlikte cinsel istismarın işlenmesine bilerek ve isteyerek göz yuman anne ve baba bakımından iştirak ilişkisinin mevcut olduğu¹⁷⁷ ve TCK m.233’de yer alan aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali suçu ile cinsel saldırı suçunun tek fiile işlendiğinin kabulü halinde de benzer şekilde farklı neviden fikri içtima uygulanacaktır¹⁷⁸.

Diğer yandan cinsel istismar suçunun pornografik malzemenin üretimi amacıyla işlenmesi halinde cinsel istismar ve müstehcenlik (TCK m.226/3) suçundan gerçek içtima gereği ayrı ayrı cezalandırma söz konusu olmalıdır¹⁷⁹. Ayrıca vajinal veya anal bölgede hukuka aykırı muayene yapan kişinin fiili genital muayene veya cinsel istismar suçları kapsamında değerlendirilmelidir. Soruşturma veya kovuşturma kapsamında gerçekleştirilen fiiller bakımından genital muayene suçu söz konusu olabilecektir¹⁸⁰. Bununla birlikte genital muayene suçu bakımından failin kastının davranışın cinselliğine ilişkin olması halinde cinsel istismar suçunun uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁸¹. Çocuğun cinsel istismarından sonra bu suçu gizlemek için çocuğun öldürülmesi durumunda nitelikli kasten öldürme ve cinsel istismar suçundan ayrı ayrı cezalandırma söz konusu olacaktır¹⁸².

174 Taner (n 6) 247; Hafizoğulları ve Özen (n 116) 125.

175 Taner (n 6) 248. Ayrıca bkz. Hazal Algan Canseven, “Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225)” (2022) 10(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 235, 279.

176 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 469, 470; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 375.

177 İhmal suretiyle yardım etme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. Heger (n 11) § 176 N 8.

178 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 375.

179 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 469, 471.

180 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 336.

181 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 469, 471.

182 Yokuş Sevük (n 5) 165; Bostancı Bozbayındır (n 14) 532. “Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın 23/02/2004 doğumlu maktulü köpek tasması alacağından bahisle kandırarak şehir merkezinden uzaktaki tarlaya götürdüğü, burada cebir kullanarak livata yoluyla cinsel istismarda bulunduğu, işlediği suçların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla öldürdüğü olayda; suçların işleniş biçimi, zamanı ve yeri, sanığın suç işleme amaç ve saikleri ile kastının yoğunluğu nazara alınıp hakkaniyet ve orantılılık ilkesi de gözetilerek TCK’nın 61/1 maddesi uyarınca her iki suç yönünden makul bir ceza tayin edilmesi yerine, temel cezaların alt sınırdan belirlenmesi ve uygulamanın devamının da buna göre yapılması suretiyle sanığa eksik cezalar tayin edilmesi” Yargıtay 1 CD, E 2016/2696 K 2017/3935, 14.11.2017 HukukTürk <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

TCK m.103/5 gereğince, cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu düzenlemeye göre gerçek içtima hükümleri uygulanarak cinsel istismar ve kasten yaralamadan ayrı ayrı cezalandırma söz konusu olacaktır. İkinci grup çocuklar bakımından cebir veya şiddet suçun unsuru iken, birinci grup çocuklar bakımından cebir veya şiddet uygulanması cinsel istismar suçunun nitelikli halidir. Ancak ikinci grup çocuklar bakımından suçun unsuru olarak kabul edilen cebir veya şiddet, kasten yaralama suçunun temel şeklini aşmamalıdır. Ancak eğer kasten yaralamanın ağır neticelerine neden olunursa özel gerçek içtima hükmü olarak yer alan TCK m.103/5'e göre ayrıca bu suçtan cezalandırma söz konusu olacaktır¹⁸³. Mağdura uygulanan cebrin, TCK m.86'da düzenlenen kasten yaralamanın kapsamını aşmayıp, ağır neticelere sebebiyet vermemesi halinde cinsel istismarın cezası belirlenirken TCK m.61 uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸⁴. Doktrinde bir görüşe tarafından buradaki düzenlemenin cebir veya şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması şeklinde değil, kasten yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek (TCK m.86/2) halinin kapsamını aşması şeklinde olmasının daha isabetli olacağı savunulmaktadır¹⁸⁵.

Cinsel istismar suçunun vücuda organ sair cisim sokulması şeklinde daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halinin kendine özel bir fikri içtima örneği oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre bu fıkra hükmünün ihlali ile aynı zamanda kasten yaralama, hakaret ve fail kamu görevlisi ise işkence, kamu görevlisi değilse eziyet suçunun da oluştuğu ve bu durumun kanuni veya zorunlu fikri içtima olarak adlandırılabilmesine yer verilmiştir¹⁸⁶.

VII. YAPTIRIM

Cinsel istismar suçunun düzenlendiği TCK m. 103'te 6763 S. Kanun'un 13. maddesi ile değişiklik yapılmasından sonra¹⁸⁷ istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde üç yıldan sekiz yıla, suçun temel şeklinin işlenmesi halinde sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılma öngörülmüştür. Bununla birlikte istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacaktır. Faile daha fazla ceza verilmesinin gerektiren bu nitelikli halde üst sınır belirtilmediği için TCK m. 49 esas alınarak bu süre 20 yıl olarak değerlendirilecektir.

Cinsel istismar suçunun TCK m.103/3 ve 4'te düzenlenen daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri söz konusu olduğunda verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Cinsel istismarın mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması halinde ise, ağırlaştırılmış müebbet

183 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 469, 470.

184 Taner (n 6) 347.

185 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 374.

186 Özen (n 10) 390, 391.

187 Anayasa Mahkemesi TCK m.103 ile ilgili 12.11.2015 ve 26.05.2016 tarihli iki iptal kararı vermiştir. Bu kararlarda ölçülü kabul edilemeyecek yaptırım öngörülmesine değinilerek düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu ifade edilmiştir. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 375, 376.

hapis cezasına hükmolunacaktır. Cinsel istismar suçunda özellik arz eden bir husus da mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlindeki cezalandırmadır. Mağdur on iki yaşını tamamlamamış ise cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması ihtimalinde verilecek ceza beş yıldan, istismarın temel şeklinin gerçekleşmesi durumunda on yıldan, istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde ise on sekiz yıldan az olamayacaktır.

CGTİHK m.108/9'a göre, TCK m.103'te tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilecektir: a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak, b) Tedavi amaçlı programlara katılmak, c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak, e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak.

CGTİHK m.108/11'de dokuzuncu fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esasların, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir. CGTİHK m.108/9'da yer verilen yükümlülüklerden özellikle "a)" bendinde mevcut "Tıbbi tedaviye tabi tutulmak" yükümlülüğüne dair düzenlemenin yönetmelikle belirlenmesinin yerinde olmadığı ileri sürülmektedir¹⁸⁸. Kişinin bedeni üzerinde gerçekleştirilecek böyle bir müdahalenin rızasına aykırı şekilde yapılamayacağı¹⁸⁹ ve buna sair esasların yönetmelikle düzenlenmesinin hukuka aykırılık teşkil edeceği dikkate alınmalıdır.

Ayrıca cinsel istismar suçunun faillerine uygulanabilecek kimyasal kastrasyonun hukuki niteliği tartışma konusu yapılmıştır. Kimyasal kastrasyonun bir yaptırım türü olarak ceza olduğunu ileri sürenler olsa dahi, faile toplumda arz ettiği tehlikelilik ve tekrar suç işleme olasılığının yüksekliği nedeniyle uygulanabilecek bir tedbir olmasından hareketle güvenlik tedbiri niteliğinde olduğu söylenebilecektir¹⁹⁰. Diğer yandan Almanya'da bir diğer güvenlik tedbiri olarak cezalarının infazı sonrasında tehlikelilikleri devam ettiği sürece eğitim, tedavi gördükleri yüksek güvenli terapi merkezlerinin var olduğu ve Türkiye'de de benzer merkezlerin uygulanabilirliğinin tartışılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹¹.

VIII. MUHAKEME

Cinsel istismar suçu, şikâyete tabi olmayıp, resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Diğer yandan sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçu da resen soruşturulan ve kovuşturulan

188 Taner (n 6) 358.

189 Konu hakkında bkz. Caner Yenidünya ve Yusuf Yaşar, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?" (2013) 4(14) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 171, 189.

190 Taner (n 6) 358, 359. Cerrahi kastrasyon ise, cerrahi bir müdahale ile erkeğin testislerinin alınmasıdır. Çok farklı sebeplerle karşı çıkılıyor olsa dahi cerrahi kastrasyon ile amaçlanan, failin geri kalan yaşamında tekrar suç işlemesine engel olmaktır. İsteğe bağlı uygulanması ya da ikinci kez suç işleyenlere zorunlu tutulması şeklinde uygulamalar tartışılmış, birçok ülke tarafından insancıl görülmeyerek eleştirilere konu olmuştur. Savaşçı (n 18) 51, 54.

191 Aygörmez Uğurlubay (n 34) 47.

bir suç olmakla birlikte suçun failinin çocuk olması durumu özellik arz etmektedir. Bu durumda soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı kılınmıştır. Şikâyet hakkı sahibinin failin yaşını bilip bilmemesi ya da cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalıp kalmadığını tespit edebilmesi ise zorluk içermektedir.

Şikâyet hakkının birden fazla kişiye tanınması nedeniyle şikâyetten vazgeçme ve geri alma halinde iradelerin çelişmesi tartışmalı bir durum yaratmaktadır. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikâyet hakkının kullanımında mağdur ile veli ya da vasinin iradesinin çelişmesi söz konusu olabilecektir.¹⁹² Bu gibi hallerde sezgin olan mağdur çocuğun iradesine üstünlük tanınması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁹³ Diğer bir görüşe göre, şikâyet hakkı olan kişilerden herhangi birinin şikâyeti yeterlidir, fakat şikâyet hakkından feragat veya vazgeçme halinde şikâyet hakkına sahip olan herkesin bu yönde irade göstermesi gerekmektedir.¹⁹⁴ Ancak şikâyet hakkını kullanmamış, kullanmamayı tercih etmiş kişinin başka biri tarafından yapılan şikâyetten vazgeçmede iradesinin aranmasına gerek olmamalıdır. Sonuç olarak burada şikâyet hakkı sahibi olanlardan herhangi birinin şikâyeti suçun takibi bakımından yeterlidir. Mağdur olan çocuğun veya veli ya da vasinin şikâyet etmesi yeterlidir. Mağdur çocuk şikâyet hakkını kullanmış, veli ya da vasi bu hakkını kullanmamışsa, o halde mağdur olan çocuk şikâyet hakkından vazgeçebilecektir, diğerlerinin bu yöndeki iradesinin varlığı aranmamalıdır.

Diğer yandan istismara uğrayan çocuk ile velayet veya vesayet hakkı sahibinin şikâyet konusunda iradeleri çeliştiği takdirde mağdur çocuğun mu yoksa velayet veya vesayet hakkı sahibi olan kişinin mi iradesine üstünlük tanınacağı hususu değerlendirilmelidir. Böyle bir ihtimalde fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneğine sahip olan çocuğun iradesine üstünlük tanınmalıdır.

Diğer yandan mağdur çocuk 15-18 yaş aralığında ise ve veli ya da vasi ile görüşü çelişirse ve mağdurun yaşı 12-15 yaş aralığında olup işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş ise, mağdurun görüşüne üstünlük tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre, mağdur 0-12 yaş aralığında veya 12-15 yaş aralığında olup işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş ise veli ya da vasinin görüşü esas alınmalıdır.¹⁹⁵

192 “Vidani kanunun oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede; katılma talebi üzerine iki kez katılma kararı verilen Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın karar başlığında gösterilmemesi, kayden 10/10..72005 doğumlu olup suç tarihinde on yaşı içerisinde bulunan mağdure M.D’nin ve velayet hakkına sahip annesi müşteki E.D. ve babası müşteki C.D.’in duruşma sırasında sanıktan şikâyetçi olmadıklarını beyan etmeleri karşısında, mağdureye yaşı nedeniyle tayin edilen vekilin davaya katılma ve hükmü istinaf hakkı bulunmadığı halde mağdurenin katılmasına karar verilmiş ise de, suç tarihi itibarıyla on yaşı içerisinde bulunan mağdurenin yaş küçüklüğü nedeniyle şikâyet iradesinin geçerli olmaması ve sanığın, müştekilerin çocuğu olmasından dolayı şikâyet hususunda mağdure ile müştekiler arasında menfaat çatışması bulunması nedeniyle dosyada mağdureyi temsil etmesi için Sulh Hukuk Mahkemesinden usulünce temsil kayyımı tayin edilmesinden sonra tayin edilen temsil kayyımının şikâyet hakkını kullanıp kullanmayacağıının belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi” (İstanbul 20 BAM, E 2017/888 K 2017/819, 11.04.2017 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Kasım 2022.

193 Yokuş Sevik (n 5)166.

194 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 377.

195 Özen (n 10) 296.

Sonuç olarak şikayeti geri alma şikâyet hakkını kullanan kişi tarafından yapılabilmelidir. Ancak mağdurla birlikte veli ya da vasisi de şikâyette bulunmuş ise, yalnızca birinin şikâyetini geri alması yeterli olmayacak, geri alma diğerlerinin şikâyetini etkileyemeyecektir¹⁹⁶.

Cinsel istismarın çocuk tarafından yetişkinlerle iştirak halinde işlenmesi durumunda ise, sarkıntılık düzeyinde kalan ve iştirak halinde işlenen bu fiil hakkında ayrıca değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, failin çocuk, azmettiren ya da yardım edenin yetişkin olduğu durumda fiil hakkında failin ve fiilin kim olduğunun öğrenilmesinden itibaren 6 ay içinde şikâyette bulunulmazsa azmettiren veya yardım eden olarak fiile katılan yetişkinler hakkında da dava açılmayacaktır. Failin yetişkin, azmettiren ya da yardım edenin çocuk olduğu hallerde söz konusu fiil şikâyete tabi olmayıp, resen soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır. Dolayısıyla failin yetişkin, şeriğin çocuk olması durumunda şikâyet şartı aranmaksızın hem fail hem şerik hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabileceği belirtilmektedir¹⁹⁷.

Bununla birlikte çocuk ve yetişkinin müşterek fail olarak işlendiği sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunda ortada tek bir fiil bulunmasından hareketle çocuklar hakkında da şikâyet aranmaksızın resen soruşturma ve kovuşturma yapılmalıdır¹⁹⁸.

Ayrıca cinsel istismar suçu, CMK m.100'de katalog suçlar arasında yer almaktadır. Bu nedenle ilgili olaylarda diğer şartların da bulunması halinde tutuklama sebebinin mevcut olduğu kabul edilecektir.

Diğer yandan cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi iken, suçun temel şekli ve daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli şekilleri bakımından ağır ceza mahkemesidir. Yetkili yargı mercii ise, suçun işlendiği yerdir. Cinsel istismar suçunun hürriyeti tahdit suçu ile birlikte işlenmesi halinde ise temadinin sona erdiği yer mahkemesinin yetkili olduğu söylenebilecektir¹⁹⁹.

IX. DAVA ZAMANAŞIMI

Dava zamanaşımı süresi, suçun temel şekli bakımından TCK m.66/1-e uyarınca 8 yıldır. TCK m.66/3'e göre, cinsel istismarın daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu nedenle somut olayda cinsel istismarın daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali mevcut ise dava zamanaşımı süresi 15 yıl olacaktır.

Bununla birlikte TCK m.66/6'ya göre, zamanaşımı çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bunun yanı sıra cinsel istismar suçunun, TCK m.103/3'te üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti

196 Koca ve Üzülmöz (n 3) 425.

197 Tezcan, Erdem ve Önok (n 2) 452.

198 Koca ve Üzülmöz (n 3) 424.

199 Gökcan ve Artuç (n 12) 3984; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 377.

veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal söz konusudur. Bu hükmeye göre, fail ile çocuk arasında nüfuz ilişkisi aranmamaktadır. Ancak TCK m.66/6'ya benzer nitelikte düzenlemeler, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Çocukların Cinsel Suistimali ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde de mevcut olup, dava zamanaşımı süresinin çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği gündenden itibaren işlemeye başlaması sözleşme hükümlerine uygun olacaktır²⁰⁰. Ancak şikayet süresi içinde şikayet şartının yerine getirilmesi gerekir. Zira şikayet süresi, dava zamanaşımı süresinden farklı olup, hak düşürücü süredir²⁰¹.

Alman hukukunda cinsel istismar suçunun zamanaşımı süresi 10 yıldır. Ağır istismarda 20 yıl, ölüm ile sonuçlanan istismarda 30 yıldır. Düzenlemenin önceki halinde zamanaşımı süresi mağdurun 18 yaşını doldurması ile başlarken bu süre önce 21'e çıkarılmış, ardından da mağdurun 30 yaşını doldurmasına kadar duracağı belirtilmiştir.²⁰² Nitekim Alman CK § 78b İ'de, zamanaşımının cinsel istismar suçunda mağdurun 30 yaşını doldurmasına kadar duracağı açıkça ifade edilmiştir.

X. İNFAZ

Son olarak cinsel istismar suçunun infazı aşamasında özellik arz eden husus, koşullu salıverme müessesesi ile ilgilidir. Cinsel istismar suçundan mahkûmiyet halinde kişi hakkında mükerrirlere özgü koşullu salıverme uygulanacaktır. 7242 s. Kanun'un 49. maddesi ile yapılan değişiklikle cinsel istismar suçundan mahkûm olanlar hakkında süreli hapis cezaları bakımından koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak uygulanacaktır.

Alman CK § 176a/1'de tekrerrür haline ilişkin özellik arz eden bir husus mevcuttur. Son 5 yıl içinde 176/1 ve 2'deki bir suçtan kesinleşmiş hüküm ile mahkûm olmuş ise, 176/1 ve 2'de düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçundan 1 yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Suçun iştirak halinde işlenmesinde sadece mükerrir olan kişi ağır halden sorumlu olacak ve suça katılan diğer kişiler bakımından bu hüküm uygulanmayacaktır²⁰³.

SONUÇ

İnceleme konumuz olan cinsel istismar suçu, TCK'nın "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı bölümünde m 103'te düzenlenmiştir. Cinsel istismar suçu ile korunan hukuki değer, çocuğun cinsel dokunulmazlığı ile ruh ve beden bütünlüğüdür. Cinsel istismar suçunun maddi unsurlarından konu,

200 Taner (n 6) 360, 361.

201 Taner (n 6) 395.

202 Alman Ceza Kanunu'nda bu şekilde değişiklik yapılmasının istismar suçlarında uzun zaman geçtikten sonra olayların ortaya çıkmasından kaynaklı olduğu ileri sürülmektedir. Yaprak Şamhal, "Alman Ceza Kanunu'nda Cinsel İstismar Suçu" iç Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay (edr), Alman ve Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Cinsel Suçları Önleme Stratejileri (On İki Levha 2019) 79.

203 Renzikowski (n 7) § 176a N 39.

yaşayan bir çocuğun vücudu olup, mağdur istismara uğrayan çocuktur. Çocuğun cinsiyeti önem taşımamaktadır. Maddi unsurlardan hareket, çocuğun cinsel yönden istismar edilmesidir. Birinci ve ikinci grup çocuklar bakımından tek bir cinsel davranış suçun oluşması bakımından yeterlidir. İkinci grup çocuklar bakımından iradeyi etkileyen başka neden olarak geçici neden ya da alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle mağdurun davranışlarının ortadan kalkması ya da azaltılması durumu değerlendirilecektir. Ayrıca çocuğa yönelik cinsel davranışın vücut dokunulmazlığının ihlali gerektirip gerektirmediği tartışmalı olmakla birlikte bedensel temas içeren fiiller sarkıntılık veya cinsel istismar suçunu oluştururken bedensel temas içermeyen fiiller bakımından cinsel taciz suçu değerlendirilmelidir. Cinsel taciz suçunda fiilin çocuğa karşı işlenmesi haline yer verilmesi de cinsel taciz ve cinsel istismar suçunun ayrımı konusunda bedensel temasın varlığına dair bir kriter oluşturmaktadır. Bu suçun faili kadın, erkek, çocuk veya yetişkin herkes olabilir. Fail ve mağdur aynı ya da farklı cinsiyette olabilir.

Cinsel istismar suçu, kasten işlenebilen bir suç olup, doğrudan veya olası kast ile işlenebilir. Bu suç tipi bakımından kastın dışında amaç/saik aranmamaktadır. Kast, suçun maddi unsurlarını, özellikle mağdurun yaşını, cinsel davranış, iradeyi etkileyen bir nedenin olup olmadığı ve buna bağlı olarak hareketlerin niteliğini kapsmalıdır. Suç tipinde yer alan unsurlara ilişkin yanılma, kastı ortadan kaldıracaktır. Ancak taksirli hali düzenlenmeyen bu suç bakımından kastın varlığını engelleyen hata halleri de dâhil olmak üzere taksirli sorumluluk söz konusu olamayacaktır. Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, koşullarına uygun bir biçimde yapıldığı takdirde hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilecektir. Hukuka aykırılık unsuru bağlamında önem arz eden diğer bir husus, ilgilinin rızasıdır. Bu suç tipi bakımından rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Cinsel istismar suçunda rızayı, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul eden görüşün aksine buradaki rızanın tipikliği kaldıran rıza olduğu söylenebilecektir.

Suçun temel unsurlarından sonra nitelikli unsurlara yer verilmiştir. Nitelikli unsurlar konu ve mağdur, hareket, netice ve fail sebebiyle nitelikli unsurlar şeklinde tasnif edilmiştir. Konu ve mağdur sebebiyle nitelikli unsurlar başlığında, mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması ve suçun üçüncü derece dâhil kan ve kayın hısımlığı olan kişiye karşı işlenmesi haline yer verilmiştir. Hareket sebebiyle nitelikli unsurlar kapsamında cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması, birinci grup çocuklara karşı cebir veya tehdit, ikinci grup çocuklara karşı silahla işleme, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma, zorunlu toplu yaşam ortamının sağladığı kolaylıktan faydalanma halleri değerlendirme konusu yapılmıştır.

Bunlardan cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması vücut dokunulmazlığını sürekli olmayan bir şekilde, kesintili olarak ihlal eden cinsel davranışların gerçekleşmiş olması anlamına gelmektedir. İşlenen fiilin devamlılık arz etmesi halinde sarkıntılık değil, suçun temel şekli gerçekleşmiş olacaktır. Vücuda organ veya sair bir cisim sokulması ise gerekçede vajinal, anal ve oral yoldan organ veya sair cisim sokulması ile sınırlandırılmış olsa dahi vücudun organ veya sair cisim sokmaya elverişli her boşluk fiilin cinsel nitelikli olması halinde bu nitelikli hal kapsamında ele alınmalıdır. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle eşe karşı işlendiği takdirde, cinsel saldırıdan farklı olarak şikâyetin öngörülmemiş olmasının eksiklik olduğu söylenebilecektir.

Netice sebebiyle nitelikli unsurlar kapsamında mülga düzenleme olan beden veya ruh sağlığının bozulması ve bitkisel hayata girme veya ölüm neticesinin gerçekleşmesi incelenmiştir. Meydana gelen ölüm neticesinden sorumluluğun doğması, cinsel istismar sonucunda, suça özgü tehlikenin gerçekleşmesi ile ortaya çıkmış ve ölümün faile isnat edebiliyor olması ile failin netice bakımından en az taksirle hareket etmiş olmasına bağlıdır. Fail sebebiyle nitelikli unsurlar kapsamında ise failin üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen olması, failin vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olması ve birden fazla kişi tarafından birlikte işleme halleri incelenmiştir.

Cinsel istismar suçu bakımından önem arz edenler kusurluluğu etkileyen hallerden yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, cebir veya tehdit, haksız tahrik ve haksızlık hatası değerlendirme konusu yapılmıştır. Haksız tahrikin uygulanabilmesi somut olayın koşullarına göre değerlendirilerek istisnai hallerde mümkün olabilecektir. Diğer yandan kanuni evlenme yaşının altındaki çocuklar tarafından yapılan evliliklerde evlendirilen çocuklardan her ikisinin ya da bir tanesi 15 yaşından küçük olduğu bu hallerde haksızlık hatası ve bu bağlamda “kaçınılabilirlik” değerlendirilmelidir.

Sırf hareket suçu olan cinsel istismar suçunda hareketin parçalara bölünebildiği hallerde teşebbüsten sorumluluk doğabilecektir. Cinsel istismar suçunun temel şekli bakımından teşebbüs ancak kastın süreklilik arz edecek bir davranışa yönelik olmasına rağmen failin elinde olmayan sebeplerle ani ve kesik bir düzeyde kalması halinde veya bedensel temasın gerçekleşmemiş olması durumunda olabilir. Bu gibi hallerde failin kastının davranışın sürekliliğine yönelik olduğu ispatlanmadığı takdirde cinsel istismar suçunun temel şekline teşebbüsten cezalandırma söz konusu olamayacaktır. Sarkıntılı düzeyinde kalan cinsel istismar suçuna teşebbüs halinde de failin kastının süreklilik arz etmeyen, ani ve kesik bir düzeyde bedensel temas içeren fiile yönelik olması gerekmektedir. Daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüsten sorumluluk için vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik kastın ispatlanması gerekmektedir.

Gönüllü vazgeçmede “tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde” ifadesine yer verilmiş olup, “esasen bir suç” ifadesi ile kastedilenin ne olduğu tartışılmış, cinsel istismar suçunun nitelikli halinden gönüllü vazgeçen fail hakkında suçun temel şeklinden ceza verilebileceği belirtilmiştir.

Diğer yandan cinsel istismar suçu bizzat işlenebilen suçlardan olduğundan dolayı faillik ile sorumluluk bu suç tipi bakımından belirlenemeyecektir. Failin, mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak dolaylı faillik yoluyla mağdurun kendisine organ veya sair cisim sokmasını sağlaması halinde fail hakkında istismarın temel şeklinden sorumluluk söz konusu olacaktır. “Fiilin vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi” nitelikli halinde “sokulması” fiilinin kullanılmasından hareketle failin, mağdurun kendisine organ veya sair cisim sokmasını sağlaması halinde nitelikli halin uygulanamayacağı söylenebilecektir.

Cinsel istismar suçu bağlamında içtima konusu ile ilgili olarak öncelikle görünüşte içtimaya ardından zincirleme suça değinilmiş olup, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, işkence, alenen hayâsızca hareketler, kötü muamele, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali, müstehcenlik, genital muayene suçu ve nitelikli kasten öldürme suçlarına dair açıklamalara yer verilmiştir. Ardından

cinsel istismar suçunda düzenlenen özel gerçek içtima hükmü incelenmiştir. Son olarak yaptırım, muhakeme, dava zaman aşımı ve infaz başlığı altında cinsel istismar suçu bakımından özellik arz eden hususlar değerlendirilmiştir.

BİBLİYOGRAFYA/BIBLIOGRAPHY

- Algan Canseven H, “Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225)” (2022) 10(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 235, 279.
- Artuk ME, Gökcen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bası, Adalet 2021).
- Aydın M, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (3. Bası, Seçkin 2018).
- Aygörmez Uğurlubay GA, “Cinsel Suçlara İlişkin Güncel Maddi Hukuk Sorunları”, iç Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay (ed), *Alman ve Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Cinsel Suçları Önleme Stratejileri*, (On İki Levha 2019).
- Bostancı Bozbayındır G, “Çocukların Cinsel İstismarı”, *Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar C.II* (On İki Levha 2017).
- Demir HK, *Çocuğun Cinsel İstismarı Suçuna Özgü Yaptırımlar ve İnfaz Rejimi* (Adalet 2021).
- Demir R, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar* (Adalet 2021).
- Demirel M, “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza” (2020) 78(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1469, 1523.
- Dreher E and Herbert T, “Sexueller Mißbrauch von Kindern”, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Dreher/Tröndle StGB)* (46th edn, C. H. Beck, 1993).
- Dursun S, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış” (2014) (24) Ceza Hukuku Dergisi 57, 73.
- Dursun S and Sebastian H, “Der Waffenbegriff im deutschen und türkischen Strafrecht”, Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer and Liane Wörner (edr), *Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung* (Nomos 2014) 193, 224.
- Dülger İ, “Çocukların Cinsel İstismarı” (2010) 2(6) Fasikül Hukuk Dergisi 41, 42.
- Eisele J, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Strafgesetzbuch Kommentar (Schönke/Schröder StGB)*, (30th edn, C. H. Beck 2019).
- Frommel M, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar (NK-StGB)* (5th edn, Nomos 2017).
- Gökcan HT ve Artuç M, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C.3* (Adalet 2021).
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (US-A 2016).
- Heger M, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Strafgesetzbuch Kommentar (Lackner/Kühl StGB)* (29th edn, München 2018).
- Herkeseçan G, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu TCK m. 103* (On İki Levha 2021).
- Hörnle T, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (12th edn, De Gruyter Recht 2009).
- Işıka S, Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012).
- İltaş Y ve Işık Yılmaz B, *Çocuk İstismarı ve İhmalî Kapsamında Çocukların Cinsel Dokunulmazlığına Karşı Suçlar* (Akademisyen 2021).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Bası, Adalet 2022).
- Kurt B, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Adalet 2020).

- Küskü H, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali* (Adalet 2020).
- Memiş Kartal P, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der 2014).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2020).
- Özgenç İ, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar” (2020) 24(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257, 283.
- Özen M, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (6. Bası, Adalet 2021).
- Parlar A ve Öztürk M, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, (Aristo 2018).
- Renzikowski J, “Sexueller Mißbrauch von Kindern” *Münchener Kommentar zum StGB (MüKoStGB)* (4th, C. H. Beck 2021).
- Sarıtaş E, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler” 80 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 615, 654.
- Savaşçı B, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Legal 2013).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Bası, Yetkin 2020).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Bası, Savaş 1999).
- Şamhal Y, “Alman Ceza Kanunu’nda Cinsel İstismar Suçu”, iç Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay (ed), *Alman ve Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Cinsel Suçları Önleme Stratejileri* (On İki Levha 2019).
- Şen E, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C.1* (Vedat 2006).
- Taner FG, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Bası, Seçkin 2017).
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. Bası, Seçkin 2020).
- Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (10. Bası, Savaş 2019).
- Tuğrul AC ve Tuğrul MC, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar, Enstet İlişkiler* (Detamat 2018).
- Turhan E, *Türk ve Alman Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Seçkin 2021).
- Ünver Y, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi incelenmesi”, Yener Ünver (edr), II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, 16/17.05.2013 (Seçkin, 2014).
- Yenidünya C ve Yaşar Y, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?” (2013) (4)4 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 171, 189.
- Yokuş Sevik H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (2. Bası, Adalet 2019).
- Yurtcan E, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar* (5. Bası, Seçkin 2021).
- İnternet kaynakları:
 HukukTürk <www.hukukturk.com>
 Kazancı Hukuk Otomasyon <www.kazanci.com.tr>
 Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <www.lexpera.com.tr>

Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Rızanın Hukuki Niteliği

The Legal Nature of Consent in Crimes Against Sexual Freedom

Hasan İBA* 

ÖZ

Rızaya dayalı olarak gerçekleştirildikleri için haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre rıza hukuka uygunluk nedeni iken diğer bir görüşe göre tipiklikle ilgilidir. İki görüş arasında; rızanın geçerlilik koşulları, akıl hastalarının cinsel haklarının sınırları, hukuka uygunluk nedenlerinde subjektif unsur sorunu, suça iştirak ve hata konuları bakımından önemli farklılıklar vardır.

Anahtar Kelimeler: Rıza, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Akıl Hastalığı, Hata

ABSTRACT

The legal nature of consent is controversial in terms of sexual behaviors which are not wrongful due to consent. According to one view, consent is a justificatory reason while according to another view, it is related to the definition of crime. Between the two views; there are significant differences in terms of the validity conditions of consent, the limits of the sexual rights of the mentally disorder people, the problem of the subjective element of justificatory reasons, participation in crime and mistake.

Keywords: Consent, Crimes Against Sexual Freedom, Mental Disorder, Error

* Dr. Öğretim Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana bilim Dalı, ORCID: 0000-0002-2330-7190.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hasan İBA

E-posta/E-mail: hiba@erzincan.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 29.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 23.06.2023

GİRİŞ

Rıza, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) “Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası” başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*”.

Kişinin cinsel hayatı ile ilgili hakları, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklardandır. Ancak her hakkın kendi niteliğinden ve kanundan kaynaklanan sınırlarının olması dolayısıyla kişinin cinselliği ile ilgili hakları da sınırsız değildir. Kişilerin cinsellikleri ilgili haklarına getirilen en temel ve genel sınırlamalar TCK’da yer almaktadır.

TCK’da cinsellik ile ilgili olan suçların bir kısmı, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlıklı bölümde (m. 102-105)¹; diğer bir kısmı ise, “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” başlıklı bölümde (m. 225-227) düzenlenmiştir. “Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, TCK’nın “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmında yer almaktadır. Topluma karşı suçlarda, kural olarak, ilgilinin rızası fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olmaz.²

TCK’nın “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmında yer alan “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”da ise, rıza bazı durumlarda fiilin haksızlık³ teşkil etmesine engel olmaktadır. Bu tür durumlarda fiilin tipik olmadığı için mi yoksa hukuka uygun olduğu için mi haksız olmadığı tartışmalıdır. Tipik olmadığı için haksız olmayan fiille, tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil arasında hukuki sonuçları itibarıyla çok önemli farklılıklar vardır.

Bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, “*rızanın varlığı nedeniyle suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar hangileridir*” sorusuna yanıt aranacaktır; zira rızanın hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu davranışlar bu davranışlardır. İkinci bölümde, tipiklik unsuru olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza ayırımı üzerinde durulacaktır. Üçüncü bölümde, rıza nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızayı hukuka uygunluk nedeni

- 1 Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, bu tür fiiller ahlak ve adaba aykırılıktan ziyade kişilerin cinsel özgürlüğü ile ilgilidir. Evlilik öncesi ve sonrası cinselliğe ilişkin toplumun değer yargılarındaki dönüşüm, kadının özgürleşmesi, kişi otonomisinin anayasal güvence altında olması, meselenin genel ahlak ve adaptan ziyade bireysel özgürlüklerle ilgili olduğunu ortaya koymaktadır. Bu yüzden bölüm başlığının “cinsel özgürlüğe karşı suçlar” şeklinde olması gerekirdi. Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar* (5. Baskı, Seçkin 2021) 9-10; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Baskı, Seçkin 2017) 67-68; Nur Centel, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi’ (2012) 25(99) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 269, 271-272. Aksi yönde bkz. İzzet Özgenç, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi’ (2020) 24(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251, 287-288.
- 2 Asiye Merve Turanlı Özcan, ‘Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018) 146; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler* (15. Baskı, Seçkin 2022) 295.
- 3 Fiil, rıza nedeniyle, suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmese de hukuka aykırı olabilir. Özgenç (n 1) 25. Örneğin, eşlerin üçüncü kişilerle rızaya dayalı cinsel birliktelikleri suç niteliğinde bir haksızlık olmasa da boşanma nedeni olan ve tazminat sorumluluğu gerektiren hukuki bir haksızlıktır. Biz bu çalışmada *haksızlık* kavramını tek başına kullandığımız yerlerde suç niteliğindeki haksızlıkları kast edeceğiz.

olarak kabul eden görüşle, rızayı tipiklik unsuru olarak kabul eden görüş hukuki sonuçları itibarıyla karşılaştırılacaktır. Dördüncü bölümde, bu iki görüşe ilişkin değerlendirmemize yer verilecektir.

I. RIZANIN VARLIĞI NEDENİYLE SUÇ NİTELİĞİNDE HAKSIZLIK TEŞKİL ETMEYEN CİNSEL DAVRANIŞLAR

TCK'nın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı bölümünde; *cinsel saldırı suçu* (TCK m. 102), *çocukların cinsel istismarı suçu* (TCK m. 103), *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu* (TCK m. 104) ve *cinsel taciz suçu* (TCK m. 105) düzenlenmiştir. Rıza, bu dört suç tipine konu olabilecek davranışların bazıları bakımından haksızlığı engelleme fonksiyonuna haizdir. Örneğin, *reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda* rıza bazı durumlarda haksızlığı engellerken bazı durumlarda engellememektedir.

Rıza bağlamında cinsel davranışlar ikiye ayrılır:

(1) Rızanın varlığı nedeniyle suç niteliğinde haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar: Bu davranışların üç kategorisi vardır:

- on sekiz yaşını tamamlamış kişilere yönelen cinsel davranışlar⁴,
- on beş yaşını tamamlamış, algılama ve irade yeteneği⁵ bulunan çocuklara yönelen cinsel ilişki boyutuna ulaşmamış cinsel davranışlar,
- evlenmeyle reşit olan çocukla⁶ cinsel ilişki⁷.

Çocukların kendi aralarındaki rızaya dayalı cinsel davranışların (örneğin, ikisi de on beş yaşını tamamlamamış, ikisi de on beş yaşını tamamlamış ya da biri on beş yaşını tamamlamamış diğeri

4 On sekiz yaşını tamamlamış akıl hastalarının durumu rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmada kabul edilecek görüşe göre farklılık arz etmektedir. Aşağıda "Rızanın Geçerliliği Bakımından" başlığı altında detaylı olarak bu tartışma üzerinde duracağız. Keza evli kişiler bakımından bu suçun oluşup oluşmadığı, başka bir ifadeyle evli kişiler bakımından rızanın varlığının ya da yokluğunun bir öneminin olup olmadığı meselesi de tartışmalıdır. Bu tartışmaya da aşağıda, "On Sekiz Yaşını Tamamlamış Kişilere Yönelen Cinsel Davranışlar" başlığı altında detaylı olarak yer vereceğiz.

5 Algılama ve irade yeteneği suç tiplerine göre değişkenlik gösterebilir. Örneğin, *hırsızlık suçu* (TCK m. 141) bakımından algılama ve irade yeteneğine sahip olan çocuk, cinsel suç bakımından bu yeteneğe sahip olmayabilir. Bu yüzden bizim burada algılama ve irade yeteneğinden kastımız, çocuğun kendisine yönelen cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını buna göre yönlendirme yeteneğidir. TCK m. 103/1-b'de on beş yaşını tamamlamış çocuklarla ilgili olarak algılama yeteneğinden söz edilmiş ancak irade yeteneğinden söz edilmemiştir. Kanaatimizce, düzenleme bu yönüyle yerinde değildir. Çocuk cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılasa da örneğin *nemfomani* hastası ise iradesini yönlendiremeyebilir. TCK m. 103'de akıl hastalığından söz edilmemiştir. Cinsel davranışın mağdurunun akıl hastası olması, TCK m. 102'de cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edilmiştir. TCK m. 103'de irade yeteneğinden söz edilmemesi, kanaatimizce, örnekteki *nemfomani* hastası çocuk bakımından kanunun hangi maddesinin (TCK m. 102, 103 veya 104) uygulanacağı sorunu gündeme getirmektedir.

6 Bir kimsenin ya reşit ya da çocuk olabileceği dolayısıyla *reşit olan çocuk* ifadesinin terminolojik olarak sorunlu olduğu düşünülebilir. Ancak, ÇKK m. 3/1-a'ya göre çocuk, "*daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi*" olarak tanımlandığı için, terminolojik olarak, *reşit olan çocuk* kavramının ceza hukuku bakımından sorunlu olmadığını düşünüyoruz.

7 Öğretide *reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu* düzenleyen TCK m. 104'ün içeriğinde reşit olmaktan söz edilmediği için reşit çocukla rızaya dayalı cinsel ilişkisinin suç teşkil ettiğini ileri süren bir görüş olduğu gibi, düzenlemenin amacından hareketle *evlilikle reşit olma ve mahkeme kararı ile reşit olma* arasında ayırım yapan bir görüş de vardır. Aşağıda "Reşit Çocukla Cinsel İlişki" başlığı altında detaylı olarak bu tartışma üzerinde duracağız.

on beş yaşını tamamlamış iki çocuk arasındaki cinsel ilişkinin) suç teşkil edip etmediği meselesi tartışmalıdır.⁸ Ancak bu tartışma rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmadan bağımsız olduğu için çocukların kendi aralarındaki cinsel davranışlara, rıza nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranış kategorileri arasında yer vermedik. Zira bu tartışmada fiilin suç teşkil etmediğini ileri süren görüş kabul edilse dahi bu görüşü savunan yazarlara göre, fiilin suç teşkil etmemesinin yegâne nedeni rızanın varlığı değildir. Söz konusu yazarlar, yaşa ve ilgili suç tiplerinin formülasyonuna dayanan çeşitli argümanlarla fiilin suç teşkil etmediği sonucuna ulaşmaktadırlar.

(2) Rızaya rağmen haksızlık teşkil eden cinsel davranışlar: Yukarıda yer verilen üç kategorinin dışında kalan cinsel davranışlar bakımından rızanın varlığı ya da yokluğu fiilin haksızlık niteliğini etkilemez.

Çalışmanın devamında rızanın varlığı nedeniyle suç niteliğinde haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranış kategorilerini ele alacağız. Gayemiz, rızanın hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu cinsel davranış kategorilerini ortaya koymak olduğu için cinsel suçları tek tek; fail, mağdur, fiil vb. yönleri itibariyle incelemeyeceğiz. Keza, hangi davranışların söz konusu üç kategoriye dâhil olduğunu da kazuistik olarak ortaya koymayacağız. Zira bu mümkün değildir; çünkü “cinsel davranış” kavramı başka bir ifadeyle neyin cinsellikle ilgili olduğu, toplumdaki değer yargılarına göre değişkenlik gösterdiği gibi, bu değer yargılarının kendisi de zamanla değişebilmektedir; bu yüzden hangi davranışların cinsel suçlara vücut verdiği önceden kesin bir şekilde belirlenemez.⁹

8 Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre, çocukların ikisi de on beş yaşını tamamlamamışsa her biri kendi fiili dolayısıyla faildir; aynı durum reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m. 104) bakımından da geçerlidir; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022) 385.

Malkoç'a göre, ikna eden suçun failidir. İsmail Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları* (1. Baskı, Malkoç Kitabevi 2005) 156. Bu görüş ispat güçlüğüne yol açacağı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bkz. Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı* (1. Baskı, DR Yayınları 2014) 158.

Tezcan/Erdem/Önok'a göre, çocukların cinsel istismarı suçunda (TCK m. 103) çocuklardan ikisi de on beş yaşın altında ise veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda (TCK m. 104) çocukların ikisi de on beş yaşını tamamlamış, algılama ve irade yeteneğine sahip çocuklarsa fiil suç teşkil etmez; çocuklardan biri on beş yaşını tamamlamışsa ve diğeri on beş yaşın altında ise on beş yaşını tamamlamış çocuk faildir. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Baskı, Seçkin 2022) 458-459; Farklı gerekçelerle aynı yönde bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzümler, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Adalet 2022) 426; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Gazi Şerhi* (3. Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı 2006) 806; Nurullah Kantarcı, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (1. Baskı, Adalet 2016) 116-117; Sinan Kocaoğlu, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105)* (1. Baskı, Yetkin 2016) 405; Mahmut Koca, Özge Bozkurt ve İbrahim Acar, 'Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu' iç Mahmut Koca (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan* (Seçkin, 2020) 664-665.

9 “Cinsel davranış” kavramı çok boyutlu dinamik bir kavramdır. Bu kavramın, psikolojik ve antropolojik boyutu olduğu gibi, cinsellik kültürel bir fenomen olduğu için aynı zamanda sosyolojik bir boyutu da vardır. Taner (n 1) 94.

“Cinsel davranış” kavramının dinamik yapısı, sosyolojik bir kavram olmasından kaynaklanmaktadır. Bir toplum açısından cinsel anlamı olan bir davranış başka bir toplum bakımından cinsel kabul edilmeyebilir. Bununla birlikte belirlilik ilkesi dolayısıyla öğretilerde “cinsel davranış” kavramına yönelik çeşitli ölçütler ileri sürülmektedir.

Objektif ölçüte göre, fail cinsel saikle hareket etmese dahi davranış objektif olarak cinselse bu suç oluşur. Taner (n 1) 107; Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 419; Yener Ünver, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi” iç *II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu* (2013) 37-38.

Sübjektif ölçüte göre, cinsel davranıştan söz edilebilmesi için failin cinsel amaçla hareket etmesi gerekir. Yurtcan (n 1) 12; Nur Centel ve Hamide Zafer, ‘Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)’ iç Mahmut Koca (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a*

A. ON SEKİZ YAŞINI TAMAMLAMIŞ KİŞİLERE YÖNELEN CİNSEL DAVRANIŞLAR

Cinsel davranışlar, temas içeren ve temas içermeyen cinsel davranışlar şeklinde iki genel kategoriye ayrılır. Yetişkinlere yönelen ve bedensel temas içermeyen cinsel davranışlar, koşulları oluşmuşsa, TCK m. 105'in birinci cümlesinde yer verilen *cinsel taciz suçuna* vücut verir.¹⁰

Yetişkinlere yönelen bedeni temas şeklindeki cinsel davranışlar ise, koşulları oluşmuşsa, TCK m. 102'de düzenlenen *cinsel saldırı suçuna* vücut verir. Bedeni temas şeklindeki cinsel davranış, aniye ve belli bir yoğunluğa ulaşmamışsa *sarkıntılıktan* söz edilir.¹¹ *Sarkıntılık*, *cinsel saldırı suçunun* daha hafif cezayı gerektiren şeklidir. TCK m. 102/2'de yer verilen "*vücuda organ veya cisim sokma*" şeklindeki cinsel davranış ise, bizim de katıldığımız görüşe¹² göre, *cinsel saldırı suçunun* daha fazla cezayı gerektiren nitelikli şeklidir.¹³ Anlaşılacağı üzere, TCK m. 102'de, *sarkıntılık* (cinsel saldırı

Armağan (Seçkin 2020) 242; Muhammet Emre Tulay, 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi' (2020) 8(16) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 507, 510.

Madde gerekçesine göre, birinci fıkra bakımından sübjektif ölçüt, ikinci fıkra bakımından ise, objektif ölçüt esas alınmalıdır: "*Maddenin birinci fıkrasında, cinsel saldırı suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuların tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi gerekir. (...) Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır.bu fıkra da tanımlanan nitelikli hâlin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.*" Öğretide bazı yazarlar gerekçede olduğu gibi ilk fıkra bakımından failde cinsel arzuların tatmin amacının olması gerektiğini, ikinci fıkra bakımından ise, *objektif ölçütün* esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 385.

10 Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 433; Selman Dursun, 'Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış' (2014) 9(24) Ceza Hukuku Dergisi 57, 61; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (20. Baskı, Adalet 2022) 381; Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 423.

11 Sarkıntılığa; belinden tutarak sarılma, yanaktan makas alma, mağdura sürtünerek geçme, kalçaya dokunma gibi fiiller örnek verilebilir. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 383; Handan Yokuş Sevil, '6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar da Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2015) 3(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 120, 126.

Sarkıntılık, cinsel tacizden ağır, cinsel saldırı suçunun temel halinden hafif olan cinsel davranışları kapsar. Sarkıntılığın cinsel tacizden ayırarak objektif olarak kolaydır. Zira *cinsel taciz suçunda* temas yokken *sarkıntılıktan* temas vardır. Sarkıntılığın *cinsel saldırı suçunun* temel halinden ayırarak ise zordur. Zira *sarkıntılık* kavramını tanımlamak için başvurulana, "ani", "yoğunluk derecesi az", "kesintili" gibi ifadeler muğlak ifadelerdir. Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 423. *Yurtcan'a* göre, *sarkıntılıktan* ne anlaşılması gerektiği yeterince açık olmadığı için TCK m. 102/1'deki düzenleme yerinde değildir. Yurtcan (n 1) 11. *Özbek/Doğan/Bacaksız'a* göre de düzenleme yerinde değildir; bu tip fiillerin cinsel taciz olarak değerlendirilmesi gerekirdi. *Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler* (n 8) 338.

12 *Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler* (n 8) 339; Taner (n 1) 162; Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 387; Sevil (n 11) 122; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 385; Centel ve Zafer (n 9) 227; Mehmet Emin Alşahin, 'Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)' iç Mahmut Koca (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan* ed. Mahmut Koca (Seçkin 2020) 857.

Yargıtay da bu görüştedir: "*cinsel saldırı ayrı bir suç olmayıp basit cinsel saldırı suçunun nitelikli halidir*" Yargıtay 14 CD, E 2019/313 K 2019/10951 K, 19.09.2019.

TCK m. 102/2'de "*fiilin vücuda organ ve sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi*" denmektedir. "Fiilin" ifadesi, TCK m. 102/1'e gönderme yapmaktadır. Yani TCK m. 102/1'de tanımlanan suç tipine ilave bir unsur (vücuda organ veya sair bir cisim sokulması) eklenmiştir. Madde gerekçesine göre de, "*maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır.*"

13 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 424; Centel (n 1) 275; Ünver (n 9) 39-40; Kocaoğlu (n 8) 166. Zeki Hafizoğulları, 'Beşeri Cinsellik ve Yeni Ceza Kanunu' <<http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2023.

Tezcan/Erdem/Önok'a göre, vücuda organ veya cisim sokma bağımsız bir suç tipi olarak kabul edilmezse bu suçta teşebbüste sorunla karşılaşır. Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 424.

suçunun hafif hali), *sarkıntılığı aşan fakat vücuda organ veya cisim sokma boyutuna ulaşmayan cinsel davranışlar* (cinsel saldırı suçunun temel hali) ve *vücuda organ veya cisim sokma* (cinsel saldırı suçunun ağır hali) şeklinde üç grup cinsel davranış yer almaktadır.¹⁴

On sekiz yaşını tamamlamış kişilere yönelen cinsel davranışlarda rıza, hem TCK m. 105'te yer verilen *cinsel taciz suçu* bakımından hem de TCK m. 102'de yer verilen *cinsel saldırı suçunun* hafif, temel ve nitelikli şekli bakımından haksızlığın oluşmasını engeller.

Rızanın hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu cinsel davranışların kategorisini tespit bakımından, “eş”¹⁵ durumu önem arz etmektedir. Zira *cinsel saldırı suçu*, eşe karşı işleniyorsa eşe yönelen cinsel davranışlar bakımından rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın bir önemi yoktur; bu ihtimalde eşe yönelen cinsel davranışlar ceza hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır.

TCK m. 102/1'de eşe ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. TCK m. 102/2'ye göre; “*Bu fiilin [vücuda organ veya sair cisim sokma] eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağduru şikâyetine bağlıdır*”. TCK m. 102/2'deki düzenlemeye rağmen eşin *cinsel saldırı suçunun* mağduru olup olamayacağı meselesi öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, cinsel davranış “normal”¹⁶ ise, eşin rızası olsun ya da olmasın fiil *cinsel saldırı suçuna* vücut vermez; fail koşulları oluşmuşsa *yaralama* (TCK m. 86) veya *kötü muamele* (TCK m. 232) gibi

TCK m. 102/2'yi cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hal olarak niteleyen bazı yazarlar, fail TCK m. 102/2'deki fiili hedeflemiş olsa dahi vücuda kısmen ya da tamamen organ ya da cisim sokmamışsa failin TCK m. 102/2'ye teşebbüsten değil, TCK m. 102/1'in tamamlanmış şeklinden sorumlu olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Taner (n 1) 236; Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 397; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 388; Soner Demirtaş, ‘Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs’ (2021) 25(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 381, 399.

TCK m. 102/2'yi cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hal olarak niteleyen ve bu nitelikli hale teşebbüs edilebileceğini ileri süren yazarlar için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 350; Centel ve Zafer (n 9) 240-241.

14 Centel ve Zafer (n 9) 225.

15 “Eş” kavramından medeni hukuk hükümlerine göre, aralarında evlenme akti kurulan kişileri anlamak gerekir. Taner (n 1) 92; Kocaoğlu (n 8) 136; Centel ve Zafer (n 9) 233.

Yargıtay da bu görüştedir: “*Maddede geçen eş tabiri Medeni Kanun hükümlerine göre kurulan evlilik birliği içindeki erkek ve kadın olarak anlaşılmalıdır*”. Yargıtay CGK, E 2017/938 K 2018/119, 27.03.2018.

Koca/Üzülmöz'e göre, dini nikâhlı ya da nikâhsız karı-koca ilişkisi içerisinde olanları da bu kapsama dâhil etmek gerekir. Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 378.

16 Bu görüşü savunan yazarlar, “normal ilişki” ifadesinden neyi anlamak gerektiği sorusunu açık bir şekilde yanıtlamamaktadırlar. Söz konusu yazarlar, madde gerekçesinde yer verilen “tıbbi ve hukuki sınırlar” ifadesine dayanmaktadırlar. Bkz. Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 379. Madde gerekçesinden hareketle yazarların kullandığı “normal ilişki” kavramını, *tıbbi ve hukuki sınırlar içerisinde kalan cinsel davranışlar* şeklinde tanımlayabiliriz. Fakat, bu tanım da deskriptif değildir; dolayısıyla “*hangi cinsel davranışlar normaldir*” sorusunu her cinsel davranış bakımından yanıtlamaktan uzaktır. “Normal” kavramı, toplumsal değer yargılarına bağlı olarak zamanla değişkenlik gösterebilir. Bu gün “anormal” olarak görülen bir cinsel davranış gelecekte “normal” görülebilir. Bu yüzden kavramın kendi doğası gereği deskriptif olmadığı açıktır. Bununla birlikte söz konusu yazarların en azından eserlerini kaleme aldıkları zaman için geçerli olan “normal” den hareketle “normal ilişki” ifadesini daha net bir şekilde ortaya koymalarında yarar vardır. Fakat bunun da zor olduğunu *her cinsel davranış bakımından* kesin ve objektif bir şekilde “normal” kavramının tanımlanamayabileceğini göz önünde bulundurmak gerekir. Örneğin, kocanın karısının cinsel organına kendi cinsel organını sokması elbette “normal ilişki” olarak nitelenebilir. Keza anal ilişki de, kolaylıkla, “anormal ilişki” olarak nitelenebilir. Ancak, cinsel davranışlar vajinal ya da anal birleşmelerden ibaret değildir. Oral seksin ya da cinsel objelerin kullanılmasının “normal ilişki” kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususundaki toplumsal uzlaş,

diğer suçlardan sorumlu olur.¹⁷ Bu görüşün dayanak noktaları, evlilik kurumunun doğası ve cinsel saldırı suçunun gerekçesinde yer verilen “*fiili ve hukuki sınırlar*” ifadesidir.¹⁸

Diğer bir görüşe göre, TCK m. 102'nin lafzı dolayısıyla eşin *cinsel saldırı suçunun* hem basit hem de nitelikli şeklinin mağduru olabileceğini kabul etmek gerekir.¹⁹

Üçüncü görüşe göre ise, eşin rızasının olmaması, *cinsel saldırı suçunun* TCK m. 102/1'deki temel şekline vücut vermez; ancak vücuda organ veya sair cisim sokulmuşsa fiil suç teşkil eder.²⁰ Yargıtay, bu görüşü kabul etmektedir.²¹

Bize göre de eş *cinsel saldırı suçunun* hem basit hem de nitelikli şeklinin mağduru olabilir. Kişinin cinselliği üzerindeki haklarının önem derecesi ve TCK m. 102'nin lafzı dolayısıyla cinsel davranış *sarkıntılık* düzeyinde dahi olsa, *cinsel saldırı suçu* eşe karşı işlenebilir. TCK m. 102/1'de eş durumuna değinilmemesinin nedeni, maddenin formülasyonu ile ilgilidir. TCK m. 102/1'de şikâyet koşuluna yer verildiği için ayrıca eşin şikâyetinden söz edilmemiştir.²² *Cinsel saldırı suçunun* TCK m. 102/2'de yer verilen nitelikli şekli ise resen kovuşturulabilmektedir. Eş durumundan bu fıkrada bahsedilmesinin nedeni, fiilin resen kovuşturulabilir olmasına istisna getirmektir.²³ Dolayısıyla, TCK m. 102/2'de eşten söz edilirken TCK m. 102/1'de eşten söz edilmemiş olması, eşin *cinsel saldırı suçunun* TCK m. 102/1'de yer verilen temel ve hafif şeklinin mağduru olamayacağını göstermez. Ancak bu durum, evlilik kurumunun doğasının cinsel özgürlüğe karşı suçlarda hiçbir öneminin olmadığı anlamına da gelmez. Mağdurun eş olması, TCK m. 30'da düzenlenen hata

kanaatimizce, vajinal ve anal ilişkinin aksine yeterince net değildir.

17 Koca ve Üzülmüş, *Ceza Özel* (n 8) 379. Normal-anormal ilişki ayrımı yapmamakla birlikte eşin rızasının bulunmadığı durumlarda cinsel saldırı suçunun oluşmayacağı hakkında ayrıca bkz. Tulay (n 9) 517-518. Koca/Üzülmüş'e göre bu fiil, kanunun “Aile Düzenine Karşı Suçlar” bölümünde ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmelidir. Koca ve Üzülmüş, *Ceza Özel* (n 8) 379.

18 Madde gerekçesine göre; “evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır”.

19 Ünver (n 9) 30-31; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 357; Yurtcan (n 1) 12; Taner (n 1) 90; Dursun (n 10) 65; Kantarcı (n 8) 58; Sevük (n 11) 129.

20 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 375; Kocaoğlu (n 8) 122 ve 139; Centel ve Zafer (n 9) 233; Alşahin (n 12) 862; Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 402-403.

21 “...resmî nikahlı eşinin, kendisiyle rızasına aykırı olarak, 2008 yılında zincirleme biçimde cinsel ilişkiye girdiğini belirttiği, 03.04.2015 tarihinde ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Erişkin Adli Kurulunca düzenlenen heyet raporunda katılan mağdurenin ruh sağlığının bozulduğunun, var olan bozulmanın kalıcı olduğunun ve sanığın 2008 yılında gerçekleştirmiş olduğu eylemler neticesinde bozulmanın gerçekleştiğinin mütalaa edildiği anlaşılan olayda; 2008 yılındaki eylemler nedeniyle katılan mağdurenin ruh sağlığında bozulma meydana gelmiş olması, söz konusu suçun takibinin resen yapılması, bu nedenle 05.05.2013 tarihinde katılan mağdurenin sanığa yönelik şikâyetinin ihbar mahiyetinde bulunması ve söz konusu ihbardan sonra suçun Cumhuriyet savcısı tarafından resen soruşturulmasının gerekmesi, 28.06.2014 tarihli ve 29044 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun'un 58. maddesiyle yapılan değişiklik sonucu 5237 sayılı TCK'nın 102/5. maddesinde düzenlenen beden veya ruh sağlığının bozulmasına ilişkin fıkraya madde metninde yer verilmemiş ise de söz konusu fıkranın yürürlükte bulunduğu tarihte adli mercilere dava zaman aşımı süresi içerisinde intikal etmiş olması hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde mağdurenin sanık hakkındaki şikâyetinin ihbar niteliğinde ve bu nedenle süresinde olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır”. Yargıtay CGK, E 2017/1193 K 2022/392, 26.05.2022.

22 Taner (n 1) 91; Dursun (n 10) 65; Kantarcı (n 8) 158.

23 Taner (n 1) 91; Dursun (n 10) 65; Kantarcı (n 8) 158.

kurumu bakımından önemlidir. Evlilik kurumunun doğasında cinsellik vardır. Bir eş ötekinin rızası olduğu hususunda kolaylıkla yanılabilir. Rızanın tipiklikle ilgili olduğunu ileri süren görüşe göre, bu durumda hata kaçınılabılır olsa dahi, cinsel özgürlüğe karşı suçların taksirli hali suç olarak düzenlenmediği için hataya düşen eşin fiili suç teşkil etmez. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olması ihtimalinde ise, TCK m. 30/3'e göre, failin hatasından yararlanabilmesi için hatanın kaçınılmaz olması gerekir.²⁴ Evlilik kurumunun doğası hatanın kaçınılmaz olup olmadığına ilişkin değerlendirmede şüphesiz büyük önem arz eder.²⁵

Evli çocukların durumu da üzerinde durulması gereken bir diğer meseledir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) 124. maddesine göre; *“Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir”*. Evli çocuk üçüncü bir kişinin cinsel davranışına rıza göstermiyorsa, *çocukların cinsel istismarı suçu* (TCK m. 103) oluşur.²⁶

Tartışmalı olan, evli çocuğun rıza göstermediği cinsel davranışın çocuğun eşinden sadır olmasıdır. Bu ihtimalde bir görüşe göre²⁷, eş durumu TCK m. 102/2'de düzenlendiği için TCK m. 102; diğer bir görüşe göre²⁸, kanunun açık lafzı dolayısıyla, TCK m. 103 esas alınmalıdır. Üçüncü bir görüşe göre ise, bu konuda bir ayırım yapmak gerekir; cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebep varsa çocuk eşe yönelen cinsel davranış, TCK m. 103'te yer verilen *çocukların cinsel istismarı suçuna* vücut verir. Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebep yoksa fiil suç teşkil etmez.²⁹ Yargıtay³⁰ ve Anayasa Mahkemesi³¹, TCK m. 102'nin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.

24 Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasının hukuki niteliği tartışmalıdır; bazı yazarlara göre, hata kaçınılabılır olsa dahi cinsel suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için fiil suç teşkil etmez. Aşağıda “Hata Bakımından” başlığı altında detaylı olarak bu mesele üzerinde duracağız.

25 Hatanın kaçınılabılır olup olmaması değerlendirmesinde somut olaydaki koşullar nazara alınır. Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 372. Eşlerden biri ötekinin cinsel davranışlarda bulunmasını istemediğini önceden bildirmişse ya da eşler arasında ayrılık, kavga vs. varsa hatanın kaçınılabılır olduğu söylenebilir.

26 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 463-464; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 362; Kartal (n 8) 148. Yargıtay da bu görüştedir: *“Bu sebeple onsekiz yaşını bitirmeksizin ergin olan mağdurlara karşı;Eşi dışında başka bir kişi tarafından vücuduna organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanunun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturacağı...”* Yargıtay 14. CD, E 2014/582 K 2014/14622, 22.12.2014.

27 Taner (n 1) 293; Ünver (n 9) 41; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (2. Baskı, Adalet 2017) 290-293.

28 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 464; Kartal (n 8) 148; Doğan Soysalan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Yetkin 2016) 245; Mustafa Artuç, *Kişilere Karşı Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2008) 640-641; Kocaoğlu (n 8) 284; Dursun (n 10) 66.

29 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 362-363.

30 *“On sekiz yaşını bitirmeksizin ergin olanlara karşı; a) Eşi tarafından vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanunun 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırısuçunun oluşacağı...”* Yargıtay 14. CD, E 2014/582 K 2014/14622, 22.12.2014.

31 *“Türk Medeni Kanunu'nda, erkek veya kadının onyediyedi yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceği, ancak olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine hâkimin izin verebileceği belirtilmiştir. Bu anlamda, kişinin onsekiz yaşını doldurmadan önce evlenebilmesinin koşullarının Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiği ve buna uygun olarak gerçekleşen evlilikler yönünden itiraz konusu kuralda öngörülen suçun işlenebilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Kaldı ki evli kişilerin cinsel davranışlarla eşlerinin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmesi, Türk Ceza Kanununun 102. maddesinde, takibi şikayete bağlı olan ayrı bir suç olarak öngörülmüştür”*. Anayasa Mahkemesi, E 2015/43 K 2015/101, 12.11.2015.

Mesele, TCK m. 102'ye göre ele alındığında, *cinsel saldırı suçunun* eşe karşı işlenip işlenemeyeceğine ilişkin bir önceki paragrafta üzerinde durduğumuz tartışma evli çocuklar için de önemli hale gelmektedir. Yani sorun, TCK m. 102'ye göre çözümlenirse ve TCK m. 102'deki suçun mağdurunun eş olamayacağını ileri süren görüş kabul edilirse evli çocuk bakımından rızanın varlığının ya da yokluğunun (*dolayısıyla rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın*) bir önemi olmamaktadır.

Kanaatimizce, evli çocuğun rıza göstermediği cinsel davranış, TCK m. 103'te düzenlenen *çocukların cinsel istismarı suçuna* vücut verir. TCK m. 6'ya göre, “*çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” anlaşılmalıdır. Konu ile ilgili çok daha açık bir düzenleme, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda (ÇKK) yer almaktadır. ÇKK m. 3/1-a' ya göre; “*çocuk: daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi*” ifade eder. İlgili düzenlemeler karşısında, “*olması gereken*” açısından sorunlu olsa da “*olan*”; evli çocuğun rıza göstermediği cinsel davranışın TCK m. 103'te düzenlenen *çocukların cinsel istismarı suçuna* vücut vermesidir. Üstelik, TCK m. 102/2'nin aksine TCK m. 103'te şikâyet koşuluna yer verilmediği için evli çocuğun rıza göstermediği cinsel davranışın resen kovuşturulabilir olduğunu kabul etmek gerekir.³²

B. ON BEŞ YAŞINI TAMAMLAMIŞ, ALGILAMA VE İRADE YETENEĞİ BULUNAN ÇOCUĞA YÖNELEN CİNSEL İLİŞKİ DIŞINDAKİ CİNSEL DAVRANIŞLAR

Çocuklara yönelen cinsel davranışlar da yetişkinlerde olduğu gibi, temas içeren ve temas içermeyen cinsel davranışlar şeklinde iki genel kategoriye ayrılır:

Çocuklara yönelen bedensel temas içermeyen cinsel davranışlar, TCK m. 105'e göre, *cinsel taciz suçuna* vücut verir. Çocuk, on beş yaşını tamamlamamışsa veya on beş yaşını tamamlamakla birlikte maruz kaldığı fiili algılama yeteneği gelişmemişse çocuğun rızası olsun ya da olmasın fiil TCK m. 105'te düzenlenen *cinsel taciz suçuna* vücut verir.³³ On beş yaşını tamamlamış, maruz kaldığı fiili algılama yeteneğine sahip olan çocuk bedeni temas içermeyen cinsel davranışa rıza göstermişse fiil suç teşkil etmez; bu durumda rızanın haksızlığı engelleme fonksiyonu vardır.

On beş yaşını tamamlayan, maruz kaldığı fiil bakımından algılama ve irade yeteneği gelişmiş olan çocuğa yönelen cinsel davranış bedene temas etme şeklinde de olabilir. Bu çocuklar bakımından bedensel temas içeren cinsel davranışları, cinsel ilişki boyutuna ulaşan ve ulaşmayan cinsel davranışlar şeklinde ikiye ayırmak gerekir.

32 Aynı yönde bkz. Soyaslan (n 28) 245.

33 Özgenç'e göre, TCK m.105/1 hükmü karşısında “orta bir yol” izlemek gerekir; cinsel taciz suçunun çocuk mağduru, on beş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmiş çocuklardır. Diğer çocuklara yönelik cinsel davranışlar sözlü de olsa, *çocukların cinsel istismarı suçu* (TCK m. 103) kapsamında değerlendirilmelidir. İzzet Özgenç, 'Cinsel Suçlar' (2020) 24(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257, 262-263.

TCK m.105/1'deki düzenlemede “çocuk” terimi kullanılmıştır. TCK m. 6'ya göre çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişidir. Kanaatimizce, kanunilik ilkesi gereği, TCK m.105/1'in fail aleyhine sonuç doğuracak şekilde dar yorumlanmaması gerekir. Kanun koyucu yaş grupları arasında bir ayırım yapmak isteseydi çocukların cinsel istismarı suçunda yaptığı gibi çocuğun mağdur olduğu cinsel taciz suçunda da çocuklar arasında yaş kategorilerine göre bir ayırım yapabirdi.

Cinsel davranış, cinsel ilişki boyutuna ulaşmışsa TCK m. 104'te yer verilen *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu* oluşur.³⁴ *Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda* mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermesi, fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olmaz. Bu suçta rızanın fonksiyonu, haksızlığı engellemek değil, haksızlığın niteliğini değiştirmektedir. *Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda* çocuğun rızası, normalde *cinsel istismar suçuna* vücut veren fiilin hukuki niteliğini değiştirerek kovuşturulması şikâyet koşuluna bağlanmış başka bir haksızlığa (*reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna*) vücut verir.³⁵

On beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği olan çocuğun rıza gösterdiği davranış cinsel ilişki boyutuna ulaşmamışsa rızanın varlığı fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olur.³⁶

Sonuç olarak çocuklara yönelik ve bedensel temas içeren cinsel davranışlarda kural, rıza olsa dahi fiilin haksızlığını engellememesidir. Ancak bu kuralın iki istisnası vardır:

(1) On beş yaşını tamamlamış, fiil bakımından algılama ve irade yeteneği olan çocuğa yönelik cinsel davranış cinsel ilişki boyutuna ulaşmamışsa çocuğun rızası fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olur.³⁷

(2) Evlenmeyle reşit olan çocuk cinsel ilişkiye rıza göstermişse fiil haksız değildir (*İlk istisnaya ilişkin olarak öğretide bir tartışma yoktur. İkinci istisnaya konu davranışların haksızlık teşkil edip etmediği hususu ise tartışmalıdır. Kuralın istisnası olarak kabul etmemizden de anlaşılacağı üzere, bize göre, evlenmeyle reşit olan çocukla cinsel ilişki haksız değildir. Bu konuya ilişkin tartışmalara ve görüşümüzün dayanaklarına aşağıda "Reşit Çocukla Cinsel İlişki" başlığı altında detaylı olarak yer vereceğiz*).

Birinci istisna bakımından rızanın haksızlığı engelleme fonksiyonunda belirleyici olan kavram, "cinsel ilişki" kavramıdır. TCK m. 102/2'de ve TCK m. 103/2'de, "vücuda organ veya cisim sokmak" ifadesi kullanılmasına rağmen TCK m. 104'te "cinsel ilişki" ifadesi kullanılmıştır. Erkeğin tenasül organının anüse ya da vajinaya sokulması suretiyle gerçekleşen birleşmenin cinsel ilişki olduğu hususunda tereddüt yoktur. Ancak, örneğin, cinsel organın ağza sokulması veyahut anüse ya da vajinaya obje, parmak vs. sokulması, TCK m. 104'te yer verilen "cinsel ilişki" kavramına dâhil midir? Dâhil değilse, bu tür cinsel davranışlar bakımından rıza haksızlığı engelleme işlevine sahiptir. Dâhilse, rızanın varlığı bu tür cinsel davranışların haksızlığını engellemez. Örneğin, Yargıtay'a göre cinsel ilişki, erkek cinsel organının bir kadına anal veya vajinal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan sokulmasıdır³⁸;

34 On beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte algılama ve irade yeteneği gelişmemiş olan veya gelişmiş olmakla birlikte iradesi tehdit, cebir, hile vb. nedenlerle fesada uğratılmış çocuklar üzerinde gerçekleşen cinsel davranışlar ise cinsel ilişki boyutuna ulaşmamış olsalar dahi TCK m. 103'te düzenlenen *çocukların cinsel istismarı suçuna* vücut verilir. *Çocukların cinsel istismarı suçunda* (TCK m. 103) rızanın haksızlığı engelleme fonksiyonu yoktur. Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 471.

35 TCK m. 104'ün ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen hallerde şikâyet koşulu aranmaz. İlgili düzenlemeler şu şekildedir: "(2) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. (3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükümlenir".

36 Aynı yönde bkz. Taner (n 1) 322; İlhan Üzülmöz, 'Çocukların Cinsel İstismarı Suçu' (2009) 4(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25, 34.

37 Taner (n 1) 322; Üzülmöz (n 36) 34.

38 "Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK'nın 104. maddesinde belirtilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak anlaşılması karşısında..." Yargıtay 14. CD, E 2018/7624 K 2019/7727, 28.02.2019.

yani Yargıtay’a göre, ağza cinsel organ sokmak, *reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna* vücut vermez.³⁹ Öğretide, ağza cinsel organ sokulmasının bu suça vücut vereceğini kabul eden yazarlar⁴⁰ olduğu gibi aksi görüşte olan yazarlar⁴¹ da vardır. Keza Yargıtay’ın *cinsel ilişki* tanımından taraflardan en azından birinin erkek olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Taraflar kadınsa, örneğin on sekiz yaşını tamamlamış bir kadın, on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği olan bir çocuğun vajinasına ya da anüsüne çocuğun rızasıyla cisim sokarsa bu suç oluşmaz. Bu mesele öğretide de tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴² taraflar kadınsa *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu* oluşmazken diğer bir görüşe göre⁴³ oluşur.

Biz, “cinsel ilişki” kavramının anlamı konusunda, *Ünver*’in görüşüne katılıyoruz. *Ünver*’e göre düzenlemedeki “cinsel ilişki” kavramını, “*vücuda organ ve ya sair cisim ‘dühulu’ olarak*” anlamak gerekir.⁴⁴ Kanaatimizce, kanun koyucunun TCK m. 102’de yer verdiği “*organ veya sair cisim sokma*” teriminden TCK m. 104’te ayrılmasının nedeni çocuğun rızasıdır. TCK m. 102/2’deki suçta mağdurun rızası yoktur. “İlişki” ifadesi karşılıklı irade uyuşmasını ifade etmektedir. TCK m. 104’te “cinsel ilişki” kavramının kullanılmasının nedeni, “organ veya sair cisim sokma” fiilinin TCK m. 102/2 ve 103/2’ten farklı olarak rızaya dayalı olarak gerçekleşmesidir. “Cinsel ilişki” kavramının bu şekilde anlaşılması, TCK m. 102/2 ve 103/2 ile TCK m. 104 arasında terim birliği sağlaması bakımından yerinde olacağı gibi, yetişkin bir kadının on beş yaşını tamamlamış çocuğa yapay cinsel organ ya da parmak sokması örneğinde olduğu gibi bu suç tipiyle korunmak istenen hukuki değeri ihlal sonucunu doğurabilecek nitelikteki fiilleri kapsamı bakımından da yerinde olacaktır.

C. REŞİT ÇOCUKLA CİNSEL İLİŞKİ

Bir üst başlıkta, çocuklara yönelen cinsel davranışlarda kural olarak rızanın haksızlığı engelleme fonksiyonunun olmadığını; ancak bu kuralın on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneğine sahip çocuklar bakımından iki istisnasının olduğunu belirterek ilk istisna üzerinde durduk. İkinci istisnaya (evlenmeyle reşit olan çocukla cinsel ilişki) müstakil olarak bu başlık altında yer vermemizin nedeni, bu konunun ilk istisnaya nazaran öğretide çok daha tartışmalı olmasıdır.

Bir görüşe göre, on beş yaşını tamamlamış maruz kaldığı fiil bakımından algılama ve irade yeteneğine sahip olan çocuk, mahkeme kararıyla ya da evlenmeyle reşit olmuşsa davranış cinsel ilişki boyutuna ulaşsa dahi rıza davranışın haksız olmasını engellemez.⁴⁵

39 “Rızasıyla mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eylemlerin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı” Yargıtay 14. CD, E 2018/6208 K 2020/2863, 1.7.2020.

40 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 403; Kocaoğlu (n 8) 414.

41 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 487; Taner (n 1) 373.

42 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 482; Taner (n 1) 368; Kocaoğlu (n 8) 408.

43 Ünver (n 9) 43; Kantarcı (n 8) 140. *Özbek/Doğan/Bacaksız*, bu suçun failinin kadından erkeğe yönelik olarak işlenebileceğini belirtmiş, kadından kadına yönelen fiiller açısından net bir açıklama yapmamıştır. *Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler* (n 8) 384.

44 Ünver (n 9) 48.

45 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 486; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 404; Kartal (n 8) 131; Kocaoğlu (n 8) 413.

Diğer bir görüşe göre, ister mahkeme kararıyla ister evlenmeyle reşit olsun çocukla cinsel ilişki suçtur.⁴⁶ Bu görüş Ünver tarafından savunulmaktadır. Ünver'e göre, TCK m. 104'ün madde başlığında yer verilen "reşit olmayan" ifadesine madde metninde yer verilmemesi nedeniyle çocuk reşit olsa dahi çocukla cinsel ilişki, *reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna* vücut verir.⁴⁷ Çocuğun evli olması ve eşiyle rızayla cinsel ilişkiye girmesi dahi Ünver'e göre bu suça vücut verir.⁴⁸ Bu durumun sorun teşkil ettiğini belirten Ünver'e göre düzenlemede değişiklik yapılması gerekir.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre, bir ayırım yapmak gerekir: Cinsel ilişkiye rıza gösteren çocuk evlenmeyle reşit olmuşsa fiil suç teşkil etmez; çocuk mahkeme kararı ile reşit olmuşsa *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu* oluşur.⁴⁹ TCK m. 104'te mağdur, "reşit olmayan çocuk" olarak değil, "on beş yaşını bitirmiş çocuk" olarak tanımlanmıştır. Madde başlığı metne dâhil olmadığından, Ünver'in de haklı olarak belirttiği gibi, on beş yaşını bitirmiş olan çocuğun reşit olması mağdur olmasını engellemektedir. Ancak evlilikle reşit olan çocuğun durumu bakımından Ünver'in görüşüne katılmıyoruz. Evlilik ilişkisinin doğasında cinsellik vardır. Kanun koyucu koşulları oluşturduğunda çocuğun evlenmesine izin vermek suretiyle bu çocuğun cinsel özgürlüğü üzerinde tasarruf edebileceğini de kabul etmiş olmaktadır. Evlilikle reşit olan çocuğun değil üçüncü kişiler, eşiyle dahi rızayla cinsel ilişkiye girmesini suç olarak nitelemek, evlilik kurumunun hukuki niteliğiyle bağdaşmadığı gibi başka sorunlara da yol açabilir. Örneğin, evli çocuk eşiyle çeşitli sağlık sorunları nedeniyle (erekte olamama, vajinismus vb.) cinsel ilişkiye giremiyorsa evli çifti tedavi ederek cinsel ilişki kurmalarını sağlayan doktorun fiili de (eşle rızayla cinsel ilişki *reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna* vücut veriyorsa) iştirak hükümleri gereği haksızlık teşkil eder.

II. GENEL OLARAK RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ceza hukukunda rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre (monist teori), rıza tipikliğin bir unsuru iken diğer bir görüşe göre (düalist teori), rıza kural olarak hukuka uygunluk nedeni olmakla birlikte TCK m. 141/1'de düzenlenen *hırsızlık* ya da TCK m. 116/1'de düzenlenen *konut dokunulmazlığının ihlali suçlarında* olduğu gibi bazı suçlarda suç tipinin bir unsurudur.⁵⁰

Monist Teorinin temel dayanak noktası, rızanın diğer hukuka uygunluk nedenlerinden nitelik olarak farklı olmasıdır. Diğer hukuka uygunluk nedenlerinde ihlal edilen hukuki değerle korunan hukuki değer arasında çatışma vardır.⁵¹ Hukuka uygunluk nedenini düzenleyen norm bakımından tipik olan fiil, zorunlu olarak ceza normu bakımından da tipik olmaktadır. Örneğin, meşru savunma halinde

46 Ünver (n 9) 46.

47 Ünver (n 9) 46.

48 Ünver (n 9) 46.

49 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 388; Taner (n 1) 368-369. *Koca/Üzülmez*, mahkeme kararı ile ergin kılınmaya değinmemiş, evlilikle reşit olanlar bakımından ise suçun oluşmayacağını kabul etmiştir. *Koca ve Üzülmez, Ceza Özel* (n 8) 427.

50 Meral Ekici Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza* (1. Baskı, On İki Levha 2012) 70 vd.; Özcan (n 2) 36 vd.

51 Şahin (n 50) 79; Özcan (n 2) 38-39; Muhammed Demirel, 'Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza' (2020) 28(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1469, 1490; Özcan (n 2) 38-39.

insan öldürmede, fiil hem kasten öldürmeyi düzenleyen normun (TCK m. 81), hem de somut olayda meşru savunmanın unsurları gerçekleştiği için meşru savunmayı düzenleyen normun (TCK m. 25/1) tipine uygun olmaktadır.⁵² Suç tiplerini düzenleyen ceza normları ve hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen izin normları davranış normlarının kategorileridir.⁵³ Davranış normlarının ortak gayesi, bir takım hukuki değerleri korumak suretiyle düzenin tesisi ve sürekliliğini sağlamaktır.⁵⁴ Somut olaydaki bir hukuka uygunluk nedeni bakımından tipik olan fiil, bir yandan söz konusu hukuka uygunluk nedeni ile korunmak istenen hukuki değeri korurken öte yandan ceza normu bakımından da tipik olduğu için ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri de ihlal eder. Örneğin meşru savunma halinde öldürmede, saldıranın hayat hakkıyla savunanın/savunulananın hayat hakkı arasında çatışma vardır.

Monist Teoriye göre, rızada ilgili, fiilin yöneldiği hakka ilişkin olarak hukuk düzeni tarafından kendisine verilen tasarruf serbestisini kullanmaktadır; burada bir ihlal yoktur; aksine hakkın kullanılması söz konusudur.⁵⁵ Örneğin, burnuna estetik yaptıran kişinin bir hakkı ihlal edilmemekte aksine kişi mutlu kılınmakta, kendi imajını başka bir deyişle kişiliğini gerçekleştirmektedir.⁵⁶

Monist Teori taraftarlarının hukuka uygunluk nedenlerini karakterize eden menfaat çatışmasının rızada söz konusu olmadığı, bu yüzden rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilemeyeceği şeklindeki argümanına, öğretilerde rızada da menfaat çatışması olduğu ancak diğer hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olarak rızadaki menfaat çatışmasının dışsal değil, içsel olduğu şeklinde karşıt bir argümanla yanıt verilmektedir.⁵⁷ Karşıt argümana göre, rızanın haksızlığı engellediği suçlarda, hangi menfaatinin ötekenden üstün olduğu konusunda değerlendirme yapma yetkisi, rıza açıklama yetkisine sahip olana bırakılmıştır; ilgili, menfaatleri arasındaki çatışmayı içsel olarak değerlendirmekte, fayda-maliyet analizi yapmakta ve ihlal edilen menfaatten feragat etmektedir.⁵⁸ Örneğin, bacağı kesilmediğinde hayatını kaybedecek kişinin rızası üzerinde gerçekleşen tıbbi müdahale haksız değildir. Örnekte, hastanın vücut bütünlüğüne ilişkin hakkı ile yaşama hakkı arasında çatışma olmuş ve hasta yaşama hakkı karşısında vücut bütünlüğüne ilişkin hakkından feragat etmiştir.

Öğretilerde *varsayılan rıza* olarak adlandırılan hukuka uygunluk nedeninde de aynı durum söz konusudur. Varsayılan rıza, ilgilinin iradesinin öğrenilemediği durumlarda, *yanıt verebilseydi fiile rıza gösterirdi* şeklindeki bir tahmine dayanmaktadır.⁵⁹ Varsayılan rızanın tipik örneği, kaza geçirdiği

52 Hasan İba, 'Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022) 101-102.

53 İba, 'Hukuka Uygunluk' (n 52) 248; Kazimierz Opalek, 'Norm and Conduct, the Problem of the 'Fulfillment' of the Norm', (1971) 14(53-54) *Logique et Analyse* 111, 111.

54 İzzet Özgenç, 'Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)' (1996) 5(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan) 443, 447-448.

55 Şahin (n 50) 80; Özcan (n 2) 39; Koca ve Üzülmez, *Ceza Genel* (n 2) 292; Markus D Dubber and Tatjana Hörnle, *Criminal Law-A Comparative Approach* (Oxford University Press 2014) 468; Kai Ambos, Stefanie Bock, 'Germany' in Alan Reed and Michael Bohlander (eds), *Consent (Domestic and Comparative Perspectives)* (Routledge 2016) 262.

56 Alman hukukunda *Roxin*'in başını çektiği bir grup yazar tarafından monist teorinin savunulduğu hakkında bkz. Şahin (n 50) 78 vd.

57 Özcan (n 2) 44; Şahin (n 50) 44 vd.; Neslihan Göktürk, 'Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon' (2016) 7(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407, 438-439.

58 Özcan (n 2) 44; Demirel (n 51) 1493.

59 Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler* (17. Baskı, Seçkin 2022) 345; Zeynel Temel Kangal, 'Ceza Hukukunda

için bilinci yerinde olmayan hastanın derhal ameliyat edilmezse hayatını kaybedecek olmasıdır.⁶⁰ Bu örnekte, ameliyatın yapılmasının hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Örnekte dikkat edilecek olursa hastanın yaşama hakkı ve vücut dokunulmazlığı üzerindeki hakkı arasında bir çatışma vardır. Yaşama hakkı daha üstün olduğu için hastanın fiile rıza göstereceği varsayılmaktadır.⁶¹

Rızanın suç tipinin bir unsuru olduğunu ileri süren bir diğer Teori, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisidir. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin Monist Teoriden farkı, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin yalnızca rızayı değil; meşru savunma, görevin ifası gibi fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olan diğer tüm hukuka uygunluk nedenlerini tipikliğe dâhil etmesidir.⁶² Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, haksızlığın tipiklik ve hukuka aykırılık şeklinde iki unsuru yoktur; fiil tipikse aynı zamanda haksızdır.⁶³ Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi, cezalandırılabilir fiilin tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklindeki üç basamaklı yapısını, tipiklik ve kusurluluk şeklinde iki basamaklı bir yapıya indirgemektedir. Cezalandırılabilir fiilin yapısına ilişkin bu kabulün en önemli sonucu, failin kastının hukuka uygunluk nedenlerini de kapsayacak şekilde genişlemesidir.⁶⁴ Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini savunan yazarlar üç temel gerekçeye dayanmaktadır:

(I) Davranışa ölçü olmayan önermeler norm olarak nitelenemezler; hukuka uygunluk nedenlerinde örneğin, meşru savunmada muhatap kendini savunup savunmama, rızada maruz kaldığı fiile onay verip vermeme, hakkın icrasında hakkını kullanıp kullanmama serbestisine sahiptir.⁶⁵ İlgilinin serbestisini kullanıp kullanmaması sorumluluğuna yol açmamaktadır. Davranış normları, davranışları yönlendirme kabiliyetine sahip önermeleridir. Bu tür önermeler, “yap” ya da “yapma” uyarısı içerirler. Hukuka uygunluk nedenlerinde davranışın yönü belli olmadığından hukuka uygunluk nedenleri ayrı bir norm kategorisi teşkil etmezler; hukuka uygunluk nedenleri ceza normlarının çerçevesini çizen; yani ceza normlarının içeriğine dâhil olan unsurlardır.⁶⁶

Varsayılan Rıza' (2011) 15(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 223, 223-251. Kungal'a göre, varsayılan rızanın ayırıcı özelliği şudur: rıza suç tipinde bir unsur olarak yer alsada dahi, varsayılan rıza fiilin tipik olmasını engellemez; yani varsayılan rıza her durumda bir hukuka uygunluk nedenidir. Kungal, 225.

Öğretide varsayılan rıza kavramını “uydurma” bir kavram olarak niteleyen yazarlar da vardır. Söz konusu yazarlara göre, öğretilde varsayılan rıza olarak nitelenen durumlar ekseriyetle görevin ifası ya da hakkın icrasındır. Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 299. Aynı yönde bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2022) 382 vd.

60 Kungal (n 59) 224-225; Demirbaş (n 59) 345; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2022) 353.

61 İlhan Gülel, *Tıbbi Müdahaleye Rıza* (1. Baskı, Seçkin 2018) 165. Varsayılan rıza olarak adlandırılan hukuka uygunluk nedeninin üstün menfaatin korunması esasına dayandırıldığı hakkında bkz. Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 298.

62 Şahin (n 50) 65-66.

63 Ragıp Barış Erman, ‘Yanılganın Ceza Sorumluluğuna Etkisi’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006) 324; Buket Abanoz ‘Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021) 127; İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 261.

64 Selahattin Keyman, ‘Tipiklik ve Ceza Hukuku’ (1980) 37 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 90; İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 253.

65 Ali Şahin Kılıç, ‘Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020) 177; İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 5; Alf Ross, *Directives and Norms* (Routledge and Kegan Paul 1968) 120; Audun Stolpe, ‘A Theory of Permission Based on the Notion of Derogation’ (2010) 8(1) *Journal of Applied Logic* 97, 99.

66 Ross (n 65) 120; Stolpe (n 65) 99.

(2) Her *hak* muhatabı bakımından bir yükümlülük yaratır.⁶⁷ Örneğin, yaşama hakkı dolayısıyla herkes başkasının yaşama hakkını ihlal edecek fiillerden kaçınmakla yükümlüdür. Hukuka uygunluk nedenlerinde ise, muhatabın böyle bir yükümlülüğü yoktur (*örneğin, meşru savunmanın koşulları oluşmuşsa başkasının yaşama hakkını ihlal etmeme yükümlülüğü yoktur*); yükümlülük olmadığı için ihlal de yoktur.⁶⁸ Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerine ceza normları dışında bağımsız bir norm statüsü tanıyan ve buna gerekçe olarak da biri ihlal edilen, diğeri korunan iki menfaat arasında çatışma olduğunu ileri süren görüş yanlıştır.

(3) “*Fiil hukuka uygundur*” önermesi ile “*fiil hukuki bir değeri ihlal etmiştir*” önermeleri birbirleri ile bağdaşmaz; hukuka uygun olan bir fiilin bir hukuki değeri ihlal ettiğinden söz edilemez.⁶⁹

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi çeşitli nedenlerle eleştirilmektedir:

(1) Tipik olmadığı için haksız olmayan fiille, tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil arasında değer farkı vardır.⁷⁰ İlkinde, ceza normuyla korunmak istenen bir hukuki değer ihlali yoktur; ikincisinde ise, bir hukuki değer ihlali vardır; ancak ihlal haksız değildir. Örneğin, bir sineğin öldürülmesi ile meşru savunma halinde bir insanın öldürülmesi aynı şey değildir; iki durumda da fiil haksız değildir; ancak iki fiil arasında bir değer farkı vardır; bu değer farkı, ikinci durumda – *meşru savunma nedeniyle haksız olmasa da* – fiilin yaşama hakkını ihlal etmesidir.⁷¹

(2) Hukuka uygunluk nedenleri suç tipine dâhil edilirse, *kanunilik ilkesi* gereği hukuka uygunluk nedenlerinin de yazılı hukukta yer alması gerekir.⁷² Ancak öğretilerde birçok yazar, yazılı hukuk dışında da hukuka uygunluk nedenlerinin olabileceğini kabul etmektedir.⁷³ Örneğin, 765 sayılı Kanun döneminde rıza, hem öğreti hem de uygulama tarafından, kanunda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir.⁷⁴ Keza yürürlükteki 5237 sayılı Kanun döneminde *yükümlülükler çatışmasında* üstün olan menfaati koruyan yükümlülüğün yerine getirilmesi öğretilerdeki bazı yazarlar tarafından kanun üstü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir.⁷⁵

67 Wesley Newcomb Hohfeld ‘Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning’ (1913) 23 (1) The Yale Law Journal, 16, 31-32

68 Robert Mullins ‘Moral Conflict and the Logic of Rights’ (2020) 17 (3) Philosophical Studies 633, 637; Russ Shafer-Landau, ‘Specifying Absolute Rights’ (1995) 37 (4) Arizona Law Review 209, 222.

69 Mullins (n 68) 637; Shafer-Landau (n 68) 222.

70 Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights* (1st edition, Harvard University Press 1990) 84; Joel Feinberg, ‘Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life’ (1978) 7(2) Philosophy and Public Affairs 93, 102.

71 Hans Welzel, ‘Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als Legislatorisches Problem’ (1955) 67(2) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 196, 211.

72 George P. Fletcher, ‘The Nature of Justification’ in Stephen Shute et. al. (eds), *Action and Values in Criminal Law* (Clarendon Press, 2003) 175, 181.

73 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 284; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Baskı, Seçkin 2022) 257-258; Göktürk, ‘Yasal Tanımında’ (n 57) 423. Aksi yönde bkz. Nurullah Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları* (Köksal bayraktar v.d.) (2. Baskı, Der Yayınları 2022), 149.

74 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım* (2. Cilt) (12. Baskı, Beta 1999) 28 vd.

75 Sami Selçuk, ‘Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Görevlerin/Yükümlülüklerin Çatışması ve Yargıtay Kararları’ (2010) 5(45) Terazi Hukuk Dergisi 87, 87; Pınar Bacaksız, ‘Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması’, (2013) 8(21) Ceza Hukuku Dergisi 119, 137; Ziya Koç, ‘Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği ve Görünüş şekilleri’ 2021) 25(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 573, 578.

(3) Hukuka uygunluk nedenleri niteliğine uygun düştükleri her suç tipi bakımından sonuç doğururlar. Örneğin, meşru savunma hukuka uygunluk nedeni; öldürme, hırsızlık, yaralama vs. gibi niteliği itibarıyla uygun olduğu her suç tipi bakımından sonuç doğurur. Bu nitelikleri dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri, geniş ve soyut kavramlarla tanımlanırlar. Hukuka uygunluk nedenleri suç tipine dâhil edilirse *belirlilik ilkesi* gereği bu durum sorun teşkil eder.⁷⁶

Türk öğretisinde, bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla, ne Monist Teoriyi ne de Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini savunan bir yazar vardır. Türk öğretilerine göre, kural olarak, rıza bir hukuka uygunluk nedeni olmakla birlikte bazı suçlar bakımından tipikliğin bir unsuru olabilmektedir (Dualist görüş).⁷⁷ İstisnai bir görüş Ünver tarafından ileri sürülmektedir. Ünver'e göre, rızanın tipte mi ilişkili olduğu yoksa bir hukuka uygunluk nedeni mi olduğu sorusunun yanıtı, kabul edilecek hareket teorisine göre değişkenlik gösterir; Gai Hareket Teorisi kabul edilecek olursa subjektif unsurlar suçun tipine dâhil olacağından rıza da suç tipinin bir bileşeni olur; Gai Hareket Teorisi kabul edilmez ve failin subjektif gerçekliği kusurluluk içerisinde konumlandırılırsa rıza hukuka aykırılıkla ilgili olmaktadır.⁷⁸

Biz de düalist görüşe katılıyoruz. TCK'da rıza, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı bölümün 26. maddesinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde "*maddenin ikinci fıkrasında hukuka uygunluk nedeni olarak rıza düzenlenmiştir*" demek suretiyle rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu açıkça ifade edilmiştir. Rızanın varlığı nedeniyle haksız olmayan davranışlar bakımından rıza, kural olarak, bir hukuka uygunluk nedenidir. Bununla birlikte bazı suç tiplerinde "rızası olmaksızın" (TCK m.101/1), "rızası olmak koşuluyla" (TCK m.99/5), "rızasına aykırı olarak" (TCK m.116/1) gibi ifadelerle yer verilmektedir. Bu tip suçlarda rıza tipiklik unsurudur. Tipiklik unsuru olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza ayırımının aşağıda detaylı olarak üzerinde duracağımız üzere, rızanın geçerlilik koşulları ve hata konuları başta olmak üzere önemli sonuçları vardır.

III. RIZANIN VARLIĞI NEDENİYLE HAKSIZLIK TEŞKİL ETMEYEN CİNSEL DAVRANIŞLAR BAKIMINDAN RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

A. ÖĞRETİDEKİ DURUM

1. Rızanın Hukuka Uygunluk Nedeni Olduğunu İleri Süren Görüş

Hukuka uygunluk nedeni olan rıza iki öncüle dayanır:

(1) Rıza tipte yer almıyorsa ve

(2) İlgili, fiilin yöneldiği hak üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisine sahipse; *rıza bir hukuka uygunluk nedenidir*.

76 Fletcher, "The Nature" (n 72) 181; Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses Vol. 1* (1st edition, West Publishing 1984) 159-60.

77 Özgenç, (n 59) 364; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 292; Demirel (n 51) 1475.

78 Yener Ünver, 'Türk Tıp Hukukunda Rıza' (2006) 3(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 227, 227-228.

Türk öğretisindeki hâkim görüşe göre, rıza nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedenidir.⁷⁹ Bu görüşü kabul eden yazarların ekseriyeti neden bu görüşü kabul ettiklerine ilişkin detaylı açıklamalara çalışmalarında yer vermemektedir. Kanaatimizce, yazarların görüşlerini gerekçelendirmeye ihtiyaç duymamalarının nedeni, söz konusu davranışlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olan rızanın yukarıda aktarılan iki öncülünün de gerçekleşiyor olmasıdır:

(1) Rızanın varlığı halinde haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışların konu olduğu suç tiplerinde rızanın yokluğuna bir unsur olarak yer verilmemiştir.⁸⁰ Kanunilik ilkesi gereği suç tipinde yer almayan bir unsur suçun tipine dâhil edilemez.

(2) Söz konusu davranışlar bakımından ilgilinin cinsel özgürlüğü üzerinde tasarruf yetkisi vardır.

İstisnaen, *Tezcan/Erdem/Önok*, hakim görüşü kabul etme nedeni olarak ilave bir argüman ileri sürmektedir. Yazarlara göre, suç tipinin maddi unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m. 30/1 dolayısıyla rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek gerekir; aksi halde, cinsel suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için kaçınılabilir hatada cezalandırma boşlukları ile karşılaşılır.⁸¹

79 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 442; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 347; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (5. Baskı, Us-a Yayıncılık 2016) 160; Centel ve Zafer (n 9) 244; Centel (n 1) 276; Özcan (n 2) 133; Ünver (n 9) 38; Ali Parlar ve Meltem Banko, *Cinsel Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2014) 9; 120; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* 3. Cilt (2. Baskı, Adalet 2014) 3339; Mustafa Arslantürk, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar* (5. Baskı, Seçkin 2019) 124; Çetin Akkaya, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2018) 91; Yusuf Pakır, *Cinsel Saldırı Suçu* (1. Baskı, Adalet 2018) 120; Erdal Baytemir, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2019) 101; Ziya Koç 'Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi' (2020) 15(42) Ceza Hukuku Dergisi 229, 256-257; Remzi Gündüz, *Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (2. Baskı, Bilge Yayınevi 2017) 41.

80 On beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği gelişmiş çocuklara ilişkin olarak TCK m. 103/1-bde "cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden", TCK m. 104'te ise "cebir, tehdit ve hile olmaksızın" ifadelerine yer verilerek suretiyle dolaylı olarak rızadan söz edilmiştir. Ancak bu ifadeler rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızanın hukuki niteliğine ilişkin sorunu çözümlenmemektedir. Zira TCK m. 104'ye yer verilen ifade esasen haksızlığı engellemekte haksızlığın niteliğini değiştirmektedir. TCK m. 104, cinsel ilişki şeklindeki haksızlığa özgü olduğundan cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan cinsel davranışlar TCK m. 103 ve TCK m. 104'teki düzenlemeler dolayısıyla haksızlık teşkil etmez. TCK m. 103 ve 104, TCK m. 102'ye göre özel niteliktedir. TCK m. 102'de yaşa ilişkin düzenleme yoktur. TCK m. 103 ve 104 olmasa fail hakkında TCK m. 102 uygulanırdı. Bu yüzden on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği olan çocuğun rıza gösterdiği cinsel ilişki boyutuna ulaşmamış davranışlar haksızlık teşkil etmese de bu davranışlar bakımından rızanın hukuki niteliği sorunu varlığını korur. Kanaatimizce, bu davranışları TCK m. 102 bağlamında değerlendirmek gerekir ve TCK m. 102 bakımından rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır.

81 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 442.

2. Rızanın Tipiklik Unsuru Olduğunu İleri Süren Görüş

Bu görüş, şuan itibariyle azınlıkta görünse de öğretilerde hâkim görüş olma eğilimindedir.⁸² Örneğin, Koca/Üzülmez eserlerinin önceki baskılarında⁸³ *cinsel saldırı suçunda* rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmekteyken, söz konusu eserlerinin son baskısında⁸⁴ rızayı tipiklik unsuru olarak kabul etmişlerdir.

Öğretilerde cinsel özgürlüğe karşı suçlarda rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar TCK m. 102'de düzenlenen *cinsel saldırı suçu* ekseninde yapılmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TCK m. 102'nin lafzında rızanın yokluğuna bir unsur olarak yer verilmemesi dolayısıyla, rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri süren yazarlar (*Tezcan/Erdem/Önok* hariç) ilave argümanlarla görüşlerini temellendirmeye ihtiyaç duymamışlardır. Bu durum, rızayı tipiklikle ilişkilendiren yazarlar bakımından ise, ters yönde bir etki yaratmıştır. Kanunilik ilkesinin ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisi olması ve TCK m. 102'nin lafzında rızadan açıkça söz edilmemesi dolayısıyla, rızanın tipiklikle ilişkili olduğunu ileri süren yazarlar, TCK m. 102'nin lafzını rızayı da kapsayacak şekilde genişleten argümanlar ileri sürmektedir. Söz konusu yazarların çeşitli gerekçelerle rızayı TCK m. 102'nin lafzına dâhil etme çabalarının nedeni, kanaatimizce, rızanın tipiklik unsuru olarak kabul edilmesini gerektiren çok güçlü teorik gerekçelerin olmasıdır. Bu yüzden rızanın tipiklik unsuru olduğunu ileri süren yazarların dayandıkları gerekçeleri, kanuni gerekçeler ve teorik gerekçeler şeklinde iki gruba ayırmak gerekir.

Rızanın tipiklik unsuru olduğunu ileri süren yazarların ileri sürdüğü kanuni gerekçeler:

(1) TCK m. 102'de rızaya yer verilmemesinin nedeni, suç tipini iradeyi sakatlayan nedenlere yer vermek suretiyle sınırlamamak ve bu sayede cinsel özgürlükleri daha etkin bir şekilde korumaktır: *“Her ne kadar TCK'nın 102. maddesinde mağdurun rızasından söz edilmiyorsa da, rızanın varlığı halinde suçun oluşması düşünülemeyeceğinden, bunun önemli bir eksiklik olarak nitelendirilemeyeceği düşüncesindeyiz. Zira hükümde mağdurun rızası konusuna değinilmeyerek, iradeyi sakatlayan hangi durumlarda cinsel saldırı suçunun oluşacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamış ve bu şekilde bireyin cinsel özgürlüğü üzerinde geniş bir koruma alanı oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu yüzden kanımızca cinsel saldırı suçu açısından cebir, hile, tehdit veya iradeyi etkileyen diğer nedenlerin varlığı, suçun oluşumu bakımından zorunlu görülmemelidir. Önemli olan failin cinsel davranışının mağdurun rızasına aykırı olarak gerçekleşmesidir”*⁸⁵

82 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 387; Koca ve Üzülmez, *Ceza Özel* (n 8) 386; Taner (n 1) 120; Şahin (n 50) 87; Dursun (n 10) 63; Kantarcı (n 8) 148; Demirel (n 51) 1518; Tulay (n 9) 511; Berrin Akbulut, 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği' (2019) 14(40) *Ceza Hukuku Dergisi* 265, 269; Ersin Şare, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası' (2019) 21(2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 977, 993; Kocaoğlu (n 8) 117. Ancak Kocaoğlu aynı çalışmasının başka bir yerinde “*mağdurun rızaya ehil olmadığı yahut rızası var olmakla birlikte rızanın kasten aşıldığı hallerde fail bir hukuka uygunluk nedeni olarak rızadan faydalanamayacaktır*” demektedir. Kocaoğlu (n 8) 160.

83 Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019) 33.

84 Koca ve Üzülmez, *Ceza Özel* (n 8) 386.

85 Taner (n 1) 120.

(2) TCK m. 102/1'de “kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi” ifadesinde yer alan “ihlal” kelimesi *rızasızlık* anlamına gelir.⁸⁶

(3) TCK m.102/4'teki düzenleme, rızanın tipiklikle ilgili olduğunu göstermektedir: “*Biz biliyoruz ki suçun nitelikli şeklinde cebir ve şiddet varsa ayrıca temel şeklinde cebir ve şiddet olmaz. Zira suçun oluşması için cebir ve şiddete unsur olarak yer verilip ayrıca bunun suçun nitelikli hali olarak cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir neden olarak düzenlenmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla TCK m.102'nin temel şekli açısından fiilin rıza dışı gerçekleştirilmesinin arandığını, dolayısıyla da rızanın tipikliğe ait bir unsur olduğunu anlıyoruz*”.⁸⁷

(4) TCK m. 103'teki düzenleme rızanın tipiklikle ilgili olduğunu göstermektedir: “*On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın suç teşkil ettiğinin özel olarak düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuş olması da esasen bu çerçevede muhtemel mağdur konumunda olabilecek çocukların belirli bir kısmının belirli türdeki cinsel davranışlara karşı rızalarının kural olarak kabul edilebilir nitelik arz etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum, cinsel suçlar açısından rızanın hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğe engel olucu bir nitelik arz ettiğini ortaya koymaktadır. Nitekim rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş olsaydı on dört yaşında bir çocuğun kendisinin yirmi yaşında biri tarafından öpülmesi hareketine yönelik olarak rızasının geçersiz olduğu ve cezalandırılması gerektiği yönündeki TCK md. 103 hükmüne gerek kalmaz, çocuğun rıza ehliyetine sahip olmadığından bahisle TCK md. 102 hükmüne binaen yirmi yaşındaki kişinin cezalandırılması yoluna gidilebilirdi*”.⁸⁸

Rızanın tipiklik unsuru olduğunu ileri süren yazarların dayandığı teorik gerekçeler ise şu şekildedir:

(1) Rızaya dayalı cinsel davranışlar korunmak istenen hukuki değeri ihlal kabiliyetinde olmadığı için tipik değildir.⁸⁹ Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda haksızlığı engelleyen rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse evli çiftlerin bile normalde (*prima facie*) bir haksızlık gerçekleştirdiği; ancak somut olayda bir hukuka uygunluk bulunduğu için tipik fiilin hukuka aykırı olmadığı kabul edilmiş olur.⁹⁰

(2) Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ilgilinin rıza açıklama ehliyetine sahip olması koşulu arandığı için cinsel davranışın hukuki anlam ve önemini algılama yeteneği bulunmayan akıl hastalarına yönelen cinsel davranışlar her durumda haksız olacaktır; başka bir ifadeyle hukuk bizatihi akıl hastası tarafından istenen ve başlatılan cinsel münasebetleri bile yasaklamış olacaktır; bu durum hakkın özüne müdahale anlamına gelir.⁹¹

(3) Rızayı bu suçta hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek, hukuka uygunluk nedenleri, fiili, bütün hukuk düzeni bakımından meşrulaştırdığı için evli kişilerin başkaları ile yaşadığı her türlü

86 Kantarcı (n 8) 148.

87 Akbulut ‘Cinsel Dokunulmazlığa’ (n 82) 269.

88 Demirel (n 51) 1506-1507.

89 Şahin (n 50) 87; Demirel (n 51) 1518; Tulay (n 9) 511; Şare (n 82) 993.

90 Robin Antony Duff, *Answering For Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law* (1 st edition, Hart Publishing 2007) 143.

91 Demirel (n 51) 1518.

cinsel münasebetin de hukuka uygun olduğunu kabul etmek çelişkesine yol açar; oysa evli kişinin zinası boşanma sebebidir (TMK m. 161).⁹²

B. YARGITAYA GÖRE CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yargıtay'a göre, rızanın varlığı halinde haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedenidir: “İlgilinin rızası çerçevesinde işlenen eylemden dolayı kimseye ceza verilememesinin nedeni, ilgulinin rızasının işlenen fiili hukuka uygun hale getirmesidir. (...) Akıl ve ruh hastalıkları ile akıl zayıflığı nedenlerinden dolayı akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olan 18 yaşından büyüklerin cinsel dokunulmazlıkları ...ile ilgili açıkladıkları rızalarının geçerli olmadığı, buna bağlı olarak da rızalarının hukuka uygunluk nedeni olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır”.⁹³

Yargıtay, bazı kararlarında ise, rızanın hukuki niteliğini açıkça belirtmemekte ancak kullandığı ifadelerle rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğini ortaya koymaktadır. Örneğin, Yargıtay, 04.12.2018 tarihli bir kararında, *cinsel taciz suçunun* hukuka aykırı olabilmesi için mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁴ Haksızlık, tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarından oluşur. Haksızlığın hukuka aykırılık unsurunun içeriğini hukuka uygunluk nedenleri oluşturur. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil hukuka aykırı değildir. Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi için hukuka uygunluk nedeni olması gerekir. Dolayısıyla, Yargıtay'ın fiilin hukuka aykırı olabilmesi için mağdurun rızasının hilafına gerçekleştirilmiş olması koşulunu araması, rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğini göstermektedir. Keza, Yargıtay aynı kararında rızanın *ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden* olarak nitelemiştir. Hukuka uygunluk nedenleri, 5237 sayılı Kanunun “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan*” nedenler başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. Söz konusu kararda kullanılan terminoloji, 5237 sayılı Kanunun lafzi nazara alındığında, Yargıtay'ın rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğini göstermektedir.

Tezcan/Erdem/Önok'un aktardığına göre, Yargıtay'ın ilgili ihtisas dairesinin kendilerine verdiği bilgi, daire üyelerinin eğiliminin rızanın tipikliği ilgilendirdiği yönünde olduğudur.⁹⁵

92 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 387; Koca ve Üzülmez, *Ceza Özel* (n 8) 386.

93 Yargıtay CGK, E 2011/230 K 2011/273, 20.12.2011.

Aynı yönde bazı kararlar için bkz: “TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun konusu mağdurun rızası ve iradesi dışındaki eylemler olup, TCK'nın 26/2. maddesinde de ‘Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez’ hükmü düzenlenmiştir”. Yargıtay 14. CD, E 2016/8681 K 2017/2375, 03.05.2017. “TCK'nun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu, ‘mağdurun cinsel dokunulmazlığına haksız bir müdahale oluşturan, onun rıza ve iradesi dışında meydana gelen bir tecavüz’ olarak tanımlanmaktadır. TCK'nun 26/2.maddesi de ‘Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez’ hükmünü içermektedir. Suçun tanımı ve anılan düzenleme gereğince geçerli bir rızanın varlığı hâlinde cinsel saldırı suçunun basit ve nitelikli hâlinin her ikisi de oluşmamaktadır” Yargıtay CGK, E 2017/785 K 2019/404, 09.05.2019.

94 “Cinsel taciz eylemlerinin suç olarak kabul edilebilmesi için bu eylemlerin hukuka aykırı olarak, başka bir ifadeyle mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Rıza açıklama ehliyetine sahip bulunan bir kişinin, cinsel taciz eylemlerine TCK'nun 26. maddesi kapsamında göstereceği rıza ceza sorumluluğunu kaldıracaktır” Yargıtay CGK, E 2017/244 K 2018/601, 04.12.2018.

95 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 442.

Biz, 2023 yılının Nisan ayı itibarıyla rızanın tipikliği ilgilendirdiğini belirten bir Yargıtay kararı tespit edemedik. Ancak meselenin Yargıtay üyeleri arasında da tartışmalı olduğu 14. Ceza Dairesinin verdiği birçok kararın karşı oyunda yer alan şu ifadeden anlaşılmaktadır: “*ilgilinin rızası tipik bir cinsel saldırının varlığından bahsedilmesi için bulunmaması gereken (tipikliğin olumsuz unsuru) bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır (tipikliği kaldıran rıza)*”.⁹⁶

Anlaşılabileceği üzere, Yargıtay’daki durumda öğretilerdeki durumla paraleldir. Öğretilerdeki hâkim görüşe göre, rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedenidir. Yargıtay da bu görüştedir. Öğretilerde gittikçe ağırlık kazanmaya başlayan görüşe göre ise, rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza tipiklik unsurudur. Yargıtay da, *Tezcan/Erdem/Önok*’un aktardığına göre, rızayı tipiklik unsuru olarak kabul eden görüşü benimsemiştir.

Rıza, ister tipiklik unsuru ister hukuka uygunluk nedeni olsun, iki durumda da fiil haksız değildir. Fiilin haksızlığını engelleme bakımından rızayı tipiklikle ya da hukuka aykırılıkla ilişkilendirmenin bir önemi olmadığı akla gelebilir; rızayı tipiklik unsuru olarak kabul etmekle hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek arasında, hukuki sonuçları itibarıyla, çok önemli farklılıklar vardır. Bu yüzden rızayı tipiklik unsuru olarak kabul eden görüşle, Yargıtay’ın da *-en azından şimdilik -* benimsediği rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüşe ilişkin değerlendirmemize ve görüşümüze yer vermeden önce, bu iki görüşü hukuki sonuçları itibarıyla karşılaştırmamız gerekir.

IV. RIZANIN TİPİKLİKLE İLGİLİ OLDUĞUNU İLERİ SÜREN GÖRÜŞLE RIZAYI HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞÜN HUKUKİ SONUÇLARI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

A. RIZANIN GEÇERLİLİĞİ BAKIMINDAN

Rızanın geçerliliği bakımından tipiklik unsuru olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza arasında önemli farklılıklar vardır. Farklılığın nedeni, tipiklik unsuru olan rızanın ontolojik bir kavram olarak, hukuka uygunluk nedeni olan rızanın ise normatif bir kavram olarak cezalandırılabilir fiilin yapısını etkilemesidir.

Tipiklik unsuru olan rızada, ilgilinin fiili doğal olarak onaması yeterlidir; ilgilinin rıza açıklama ehliyetine sahip olup olmamasının bir önemi yoktur.⁹⁷ Örneğin, rızanın yokluğu *hırsızlık suçunda* (TCK m. 141) suç tipinin bir unsurudur. Bu yüzden küçük bir çocuk başka bir çocuğa oyuncaklarını verirse, tipiklik unsuru olan rızada ilgilinin fiili doğal olarak onaması yeterli olduğundan *hırsızlık suçunun* tipi oluşmaz. Tipiklik unsuru olan rızada ehliyet koşulu aranmadığından cinsel suçlarda rıza suç tipinin unsuru olarak kabul edilirse; on sekiz yaşını tamamlamış bir akıl hastasının cinsel davranışa rıza göstermesi (fiili doğal olarak onaması), fiilin suç teşkil etmesine engel olur.⁹⁸

96 Yargıtay 14. CD, E 2020/8315 K 2021/3627, 26.05.2021; Yargıtay 14. CD, E 2017/561 K 2021/2719, 05.04.2021; Yargıtay 14. CD, E 2020/6186 K 2021/2623, 31.03.2021; Yargıtay 14. CD, E 2016/6961 K 2020/5525, 01.12.2020; Yargıtay 14. CD, E 2020/486 K 2020/5064, 17.11.2020 .

97 Şahin (n 50) 73; Demirel (n 51) 1497; Öztürk ve Erdem (n 73) 295.

98 Demirel (n 51) 1518.

Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise, fiilin doğal olarak onanması yeterli değildir; rızanın geçerli olabilmesi belli koşulların varlığına bağlıdır. Her şeyden önce ilgilinin rıza açıklamaya ehil olması gerekir.⁹⁹ Ceza hukukunda rıza açıklama ehliyeti, özel hukuktaki hukuki işlem ehliyetinden farklıdır.¹⁰⁰ Hukuka uygunluk nedeni olan rıza, kişinin kendi geleceğini serbestçe belirleme hakkına dayanır. Hâkim, somut olayda zarar verilen ya da tehlikeye maruz bırakılan hukuki değerlerin önemi ve rıza açıklama yetkisine sahip olan kişinin zihinsel ve fiziksel gelişimini de dikkate alarak rıza açıklama ehliyeti hakkında belirleme yapar.¹⁰¹

Rıza açıklaması, kural olarak, hak sahibinin kendisi ya da temsilin mümkün olduğu durumlarda temsilcisi tarafından yapılmalıdır.¹⁰² Kişinin cinselliği üzerindeki hakkı, şahsına sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan kanuni temsilci hak sahibi yerine rıza açıklamasında bulunamaz.¹⁰³

Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın fiilden önce ya da en geç fiil anında açıklanmış olması gerekir. Fiil tamamlandıktan sonra geriye etkili olacak şekilde rıza açıklamasında bulunulamaz.¹⁰⁴ Rıza, fiil devam ederken geri alınırsa fail fiile son vermemelidir.¹⁰⁵ Rızanın geri alınmasında, hak sahibi herhangi bir sebep göstermek zorunda değildir.¹⁰⁶ Başlangıçta verilen rıza, faille – kural olarak – fiili tamamlama yetkisi vermez. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada rızanın varlığını gösterir dışsal bir emare olmalıdır. Nitekim, TCK m. 26/2’de “açıkladığı rızası çerçevesinde” demek suretiyle bu koşula açıkça yer vermiştir. Rıza açıklaması, yazılı ya da sözlü, açık ya da örtülü (kafa sallamak suretiyle onay verme, sarılma, öpme, kıyafetlerini çıkarma gibi) olabilir.¹⁰⁷ Önemli olan, rızanın varlığının dış dünyada açıkça anlaşılabilir olmasıdır.¹⁰⁸ Sessiz kalmak ya da faille direnmemek tek başına rızanın var olduğu ve açıklandığı anlamına gelmez.¹⁰⁹

Sonuç olarak, hukuka uygunluk nedeni olan rızada, ilgili rıza gösterdiği fiilin anlam ve sonuçlarını anlayabilecek olgunluğa ulaşmış olmalı, açık ya da örtülü bir şekilde iradesini açığa vurmali ve rıza fiil anında var olmalıdır. Dolayısıyla, hukuka uygunluk nedeni olan rızada, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayamayacak düzeyde akıl hastası olan bir kişi, cinsel ilişkiden haz almış olsa ve hatta ilişki teklifinde kendisi bulunmuş olsa dahi rıza açıklamaya ehil olmadığı için akıl hastası ile cinsel münasebet kuran kişi suç işlemiş olur.

B. HATA BAKIMINDAN

Hata, dış âleme ait gerçeklik hakkındaki yanlış inanıştır.¹¹⁰ Rızaya ilişkin hata, olgusal gerçekliğe ya da normatif gerçekliğe ilişkin olabilir. Hata, normatif gerçekliğe ilişkinse fail hakkında haksızlık

99 Rıza ehliyetinin üç unsuru vardır: (1) Mağdur maruz kaldığı fiili algılayabilmedir. (2) Mağdur fiili anlam ve sonuçları itibariyle anlayabilmelidir. (3) Mağdur algıladığı ve anladığı fiil karşısında kendi davranışlarını yönlendirebilmelidir. Şahin (n 50) 151.

100 Şahin (n 50) 150; Özcan (n 2) 174; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 351; Öztürk ve Erdem (n 73) 297.

101 Şahin (n 50) 148 vd.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 351.

102 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 351-352; Öztürk, Erdem (n 68) 297-298.

103 Şahin (n 50) 163; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 352.

104 Şahin (n 50) 178; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 352; Öztürk ve Erdem (n 73) 298.

105 Şahin (n 50) 177-178; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 352; Öztürk, Erdem (n 73) 298.

106 Şahin (n 50) 181.

107 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 352; Öztürk ve Erdem (n 73) 298.

108 Şahin (n 50) 171.

109 Şahin (n 50) 171.

110 İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 141.

hatasına¹¹¹ ilişkin hükümler (TCK m. 30/4) uygulanır.¹¹² Örneğin, cinsel ilişkiye eşinin rıza göstermediğini bilen koca olguyu doğru algılamıştır; zira dış dünyadaki objektif gerçeklik, eşin fiile rıza göstermemesidir ve koca bunu bilmektedir. Bu örnekte koca, evlilik hukukundan doğan bir hakkı icra ettiğinden bahisle eşiyile zorla ilişkiye girerse – bizim katıldığımız görüşe göre *cinsel saldırı suçu* eşe karşı işlenebildiğinden – *haksızlık hatasından* söz edilir. Rıza, ister tipiklikle ilişkilendirilsin ister hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilsin, haksızlık hatası kusuru etkiler; dolayısıyla haksızlık hatası bakımından rızanın tipiklikle ilişkilendirilmesi ya da hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi arasında bir farklılık yoktur. Farklılık, rızaya ilişkin olgusal gerçeklikte hatada ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden bu başlığın devamında rızaya ilişkin olgusal gerçeklikte hatayı esas alarak rızanın tipiklikle ilgili olduğunu ileri süren görüşle rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş arasındaki farklılık üzerinde duracağız.

Olguya ilişkin hatada, algılama sürecindeki bir aksama dolayısıyla maddi gerçeklik ile failin iradesi arasında uyumsuzluk olmaktadır. TCK m. 30/1’de, *suç tipinin maddi unsurlarında hata*; TCK m. 30/3’te ise, *hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata* düzenlenmiştir.¹¹³ Tipikliğin maddi unsurlarında hata, TCK m. 30/1’de düzenlendiği için rızanın tipiklikle ilgili olduğu kabul edilirse rızaya ilişkin maddi/olgusal unsurlarda hatada TCK m. 30/1 uygulanır. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunun kabul edilmesi halinde ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata TCK m. 30/3’te düzenlendiği için rızaya ilişkin maddi/olgusal unsurlarda hatada TCK m. 30/3 uygulanacaktır.

TCK m. 30/1’e göre; “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır*”. Dolayısıyla, rızanın tipiklik unsuru olduğu kabul edilirse rızaya ilişkin olgusal gerçeklikte hata kastı engeller. Cinsel suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için hata kaçınılmaz olsa dahi fiil suç teşkil etmez.

TCK m. 30/3’e göre; “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*”. Rıza nedeniyle haksızlık teşkil

111 Haksızlık hatasının biri *yasak hatası*, diğeri *izin hatası* olmak üzere iki türü vardır. *Yasak hatasında* fail fiilinin belli bir şekilde davranmayı ya da davranmamayı yasaklayan normla çeliştiğini ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğunu bilmez. *İzin hatasında* ise, fail davranışının normalde hukuka aykırı olduğunu bilir; ancak normatif gerçeklikte hataya düşerek hukuk düzeninde var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin fiilini hukuka uygun hale getirdiğini zanneder. Detaylı bilgi için bkz. İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 121 vd.

112 Öğretide katılmadığımız bir görüşe göre hata, normatif unsurun sosyal uzlaşısı ile genelleşmiş sosyal anlamına ilişkinse kastı engeller; hata normatif unsurun sosyal anlamını aşan hukuki anlamına ilişkinse kusuru etkiler (*uzman olmayan kişilerin paralel muhakemesi*). Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 163; Fatih Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (2. Baskı, Beta 2021) 704; Gökhan Ölmez, ‘Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisans Üstü Eğitim Merkezi 2020) 158.

Bu görüşe katılmıyoruz. Bu görüş, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının geçerli olduğu hukuk sistemlerinde kuralın katılığını yumuşatmada işlevsel olabilmektedir. Sosyal anlamdan kastın ne olduğu yeterince açık olmadığı gibi normatif unsurun sosyal anlamında hata kastı engellediği için bağlılık kuralı (TCK m. 40) dolayısıyla bu görüşün cezalandırma boşluklarına yol açma tehlikesi de vardır. İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 191 vd.

113 Öğretide bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada TCK m. 30/3 değil, TCK m. 30/1 uygulanır. Bu görüşe göre, TCK m. 30/3, kusuru etkileyen nedenlerin maddi unsurlarında hatayı düzenlemektedir. Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 303.

etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse fail hakkında TCK m. 30/3 uygulanacak; fail kaçınılmaz hatadan yararlanacaktır. Hatanın kaçınılabılır olması durumu kanunda düzenlenmemiştir. Düzenlemede yer verilen “*hatasından yararlanır*”¹¹⁴ ifadesinin muğlaklığı ve kaçınılabılır hataya düzenlemede yer verilmemesi, düzenlemenin hukuki niteliğini tartışmalı hale getirmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasına ilişkin olarak öğretide birçok teori ileri sürülmüştür. Biz aşağıda Türk öğretisinde karşılığı olan teorilere yer vereceğiz.

Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, suç tipinin maddi unsurlarında hata ile aynı sonucu doğurur; yani kastı engeller; hata kaçınılabılırsa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur.¹¹⁵ Sınırlı Kusur Teorisi haksızlıkla ilgili olan tüm olguları kastın kapsamına dâhil etmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri haksızlığın *hukuka aykırılık* unsurunun içeriğini oluşturur; bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olgular haksızlıkla ilgilidir.¹¹⁶ Sınırlı Kusur Teorisine göre, kendi paltosu olduğu zannıyla başkasının paltosunu alan kişi ile partneri olduğu zannıyla başka bir kadının kalçasını sıkan kişi arasında bu bağlamda bir farklılık yoktur. İki durumda da fail olgusal gerçekliği bilmemektedir ve gerçek failin inandığı gibi olsa fiil haksız olmamaktadır.

Saf Sübjektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmazsa, fiil tipiktir; fakat, hukuka aykırı değildir.¹¹⁷ Bu görüşe göre, normun uyarısı faile davranış anında ulaşır. Adil olan, *ex-ante* bir değerlendirme yapmaktır.¹¹⁸ *Hâkimin bizatihi kendisi bile failin yerinde olsaydı failin inandığına inanırdı* denebilen durumlarda fiilin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda, *ex-post* yorumla failin fiilini haksız olarak nitelemenin bizatihi kendisi haksızdır.¹¹⁹ Bu

114 Cezalandırılabilir fiil, haksızlık ve kusurluluk unsurlarından oluşur. Hatanın ceza hukukunda sonuç doğurabilmesi için ya haksızlığı ya da kusuru etkilemesi gerekir. Hata haksızlığı ya da kusurluluğu engellense fail ceza almamakta, kusuru etkilemekle birlikte kusurluluğu engellemiyorsa failin cezası azalmaktadır. Bu yüzden hata haksızlığı da etkilese kusuru da etkilese fail lehinedir. *Hatasından yararlanır* ifadesi iki hata türünü de kapsayacak nitelikte olduğundan kanunda bu ifadeye yer verilmesi hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasının hukuki sonucunun ne olduğu meselesini tartışmalı hale getirmektedir. İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 234.

115 Özgenç, *Ceza Genel* (n 59) 538; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 302; Mahmutoğlu ve Karadeniz (n 112) 735; Şahin (n 50) 227; Ahu Karakurt, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Hata’ (2009) 4(10) *Ceza Hukuku Dergisi* 109, 130-131; Olgun Değirmenci, ‘Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma’ (2014) 110 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 129, 176-177; Neslihan Göktürk, ‘Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılığın Hukuki Niteliği’ (2014) 9(26) *Ceza Hukuku Dergisi* 7, 22 vd.

116 Özgenç, *Ceza Genel* (n 59) 538.

117 Kunter (n 73) 3137-139; Dönmez ve Erman (n 74) 26-27; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları* (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1970) 86; Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa* (1. Baskı, Seçkin, 1995) 148 vd.; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Us-A Yayıncılık 2021) 293-294; Demirbaş (n 59) 298; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Baskı, Beta 2020) 304-306; Kübra Tunç, *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata* (1. Baskı, Adalet 2020) 268.

118 Douglas Husak, ‘Justifications and the Criminal Liability of Accessories’ (1989) 89(2) *The Journal of Criminal Law and Criminology* 491, 516; Marcia Baron, ‘Justifications and Excuses’ (2005) 2(2) *Ohio State Journal of Criminal Law* 387, 402.

119 Husak (n 118) 508; Baron (n 118) 399; Hamish Stewart, ‘The Role of Reasonableness in Self-Defence’ (2003) 16(2) *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 317, 336; Kent Greenawalt, ‘The Perplexing Borders of Justification and Excuse’ (1987) 84(8) *Columbia Law Review* 1897, 1908-09.

görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini dikkate almamakta kaçınılmaz hata bakımından hukuka uygunluk nedenlerini salt failin zihin dünyasına indirgemektedir.¹²⁰ Bu görüşün en önemli sonucu, kaçınılmaz hatada fiilin hukuka uygun olduğu kabul edildiği için fail aleyhine özel hukukta bir tazminata hükmedilemeyecek olmasıdır. Zira bir fiilin yalnızca belli bir hukuk dalında hukuka uygun olduğundan söz edilemez. Hatanın kaçınılabılır olması durumu ise, Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar arasında tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hata kaçınılabılırsa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olmalıdır.¹²¹ Diğer bir görüşe göre, hata kaçınılabılırsa fail kasıtlı suçtan kusuru oranında sorumlu olmalıdır.¹²² Üçüncü bir görüşe göre ise, fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmiş olsa dahi fail cezalandırılmaz.¹²³

Türk öğretisinde kastın biri haksızlık, diğeri kusur içerisinde fonksiyonu olduğunu ileri süren görüşü (kastın fonksiyonu) kabul eden yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisini kabul etmektedir.¹²⁴ Söz konusu yazarlara göre, bu tip bir hatada fail haksızlık tipinin olgusal unsurlarını bilmektedir; bu yüzden failde *haksızlık kastı* vardır; failin bilmediği, fiilin hukuk düzeni ile çeliştiğidir; fail fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmediği için failde *kusur kastı* yoktur; sonuç olarak, bu tür bir hata haksızlığı değil, kusuru etkiler.¹²⁵ Bu görüşe göre, fiilin taksirli hali kanunda cezalandırılıyorsa fail kasıtlı suçtan taksirli haksızlığın cezasına göre sorumlu olur; fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, failin fiili yine kasıtlı bir haksızlık olmakla birlikte fail cezalandırılmaz.¹²⁶

Kast Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata münhasıran kusurun bir türü/unsuru olan kastı engeller; fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur.¹²⁷ Bu görüşe göre kast, haksızlığın bir unsuru olmadığı için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığın varlığını etkilemez (objektif haksızlık anlayışı). Bu görüşü Türk öğretisinde Klasik Suç Teorisini kabul eden bazı yazarlar savunmaktadır. 5237 sayılı Kanunla birlikte Klasik Suç Teorisi Türk hukukundaki hâkimiyetini kaybettiği ve Klasik Suç Teorisini kabul eden yazarların ekseriyeti Saf Sübjektif Teoriyi savunduğu için bu görüşün Türk hukukundaki en azınlıkta olan görüş olduğunu söyleyebiliriz.¹²⁸

120 İba, 'Hukuka Uygunluk' (n 52) 243.

121 Demirbaş (n 110) 299; Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler* (n 117) 212.

122 Kunter (n 73) 138-139; Alacakaptan (n 117) 86; Centel, Zafer ve Çakmut (n 117) 304-306; Tunç (n 117) 268.

123 Dönmezer ve Erman (n 74) 26-27; Özen (n 117) 148 vd.

Bu görüşün hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasına ilişkin bir düzenleme içermeyen 765 sayılı TCK dönemi için geçerli olduğunu vurgulamamız gerekir.

124 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 449; Erman (n 63) 353; Abanoz (n 63) 151.

125 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 449; Erman (n 63) 353; Abanoz (n 63) 151.

126 Selim Erdin, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sübjektif Unsur Sorunu* (1. Baskı, Adalet 2021) 343; Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (1. Baskı, Seçkin 2017) 189-190; Abanoz (n 63) 153.

127 Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri* (Filiz Kitabevi, 1992) 226; Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (1. Cilt)* (Seçkin, 1993) 327; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (26. Baskı, Savaş Yayınevi 2021) 269-270; Cemil Halit Bengü, *Ceza Hukukunda Hata* (Sakarya Kitabevi 1948) 75.

128 5237 sayılı TCK döneminde Türk öğretisinde Kast Teorisini savunan yazarlar için bkz. Toroslu ve Toroslu (n 127) 270-271; Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata* (1. Baskı, Yetkin 2007) 70-71.

Bizim de katıldığımız Katı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığın subjektif bileşeni olan kastı etkilemez; fail hataya düştüğü için fiilin hukuka uygun olduğunu zannediyorsa hata kusuru etkiler.¹²⁹ Hata kaçınılmaz ise, fail kastı olmadığı için değil, kusuru olmadığı için cezalandırılmaz. Hatanın kaçınılabılır olması sonuçlarını kusur üzerinde gösterir. Hatadan kaçınma ne kadar kolaysa failin kusuru o nispette artar.¹³⁰

Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasına ilişkin öğretideki görüş ayrılıkları Yargıtay kararlarında da görülmektedir. Yargıtay, bazı kararlarında hata kaçınılmazsa fiilin hukuka uygun olduğunu (Saf Subjektif Teori)¹³¹, bazı kararlarında ise, hatanın kastı engellediğini (Sınırlı Kusur Teorisi)¹³² kabul etmektedir. Hatanın kaçınılabılır olduğu durumlarda ise, Yargıtay'ın verdiği kararlar, Katı Kusur Teorisi ile uyumludur.¹³³

Sonuç olarak, cinsel özgürlüğe karşı suçlarda rızanın tipiklikle mi ilgili olduğu yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğu sorunu hata kurumu bakımından önem arz eder. Suç tipinin maddi unsurlarında hatanın suçun subjektif unsuru olan kastı engellediği hususunda bir tartışma yoktur. Dolayısıyla rıza tipine ilişkilendirilirse, rızaya ilişkin maddi gerçeklikte hatanın hukuki sonucu tartışmadan varestedir: bu tür bir hata kastı engeller ve cinsel özgürlüğe karşı suçların taksirli hali cezalandırılmadığı için failin hatası kolayca kaçınılabılır bir hata olsa dahi fiil suç teşkil etmez. Rıza, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse, rızaya ilişkin maddi gerçeklikte hatanın hukuki sonucu tartışmalı hale gelmektedir. Zira hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası, öğretide tartışmalı olduğu gibi Yargıtay kararları arasında da uyumsuzluk vardır. Sınırlı Kusur Teorisi, Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi ve Kast Teorisi esas alınır, cinsel özgürlüğe karşı suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için hata kaçınılabılır olsun ya da olmasın failin cezai sorumluluğundan söz edilemez. Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası haksızlığın subjektif unsuru olan kastı engellemediği için şeriklerin cezai sorumluluğuna

129 Erdin (n 126) 325-326; Muhammed Emre Tulay, *Ceza Hukukunda Şahista veya Konuda Hata* (1. Baskı, Adalet 2022) 175; İba, 'Hukuka Uygunluk' (n 52) 309.

130 Katı Kusur Teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. İba, 'Hukuka Uygunluk' (n 52) 309 vd.

131 "Sanıkların eylemlerini meşru savunma unsurlarının oluştuğuna ilişkin kaçınılmaz bir hataya düşerek işledikleri anlaşılmalı, TCK. nun 30/3. maddesi delaletiyle TCK.nun 25/1 maddesi uyarınca meşru savunma nedeniyle beraatlerine karar verilmesi [gerekir]". Yargıtay 1. CD, E 2010/6130 K 2012/4937, 14.06.2012.

132 "Sanığın görev ve sorumluluğunun kendisine verilen talimatlar doğrultusunda iş makinasını kullanmakla sınırlı olması, yol genişletme çalışmasını kendisine verilen etüt çalışma planı doğrultusunda gerçekleştirilmesi ve bu etüt planında katılanın arazisinin çalışma alanı içerisinde gösterilmesi karşısında; çalışma sınırlarına dâhil edilen arazilerin sahiplerinin müdahaleye rızalarının olup olmadığını ayrıca araştırma ve sorgulama yükümlülüğü bulunmayan sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre unsurları da nazara alındığında; sanığın katılanın arazisinde çalışma yapılması konusunda rızası bulunduğu dair TCK'nun 30/3. maddesi anlamında kaçınılmaz bir hataya düştüğü ve bu kaçınılmaz hatanın atılı mala zarar verme suçuna yönelik kastını ortadan kaldırdığı anlaşıldığından, hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği kabul edilmelidir". Yargıtay CGK, E 2014/259 K 2017/449, 31.10.2017.

133 "Uyuşmazlık konusu ile bağlantılı olarak, 18 yaşını tamamlamış ancak rıza açıklama ehliyetine sahip bulunmayan bir kişinin, cinsel davranışlar ile bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlükleri yönünden açıkladığı rızasının eylemi hukuka uygun hale getirdiğinden söz edilemeyeceğinden, eylemi gerçekleştiren kişinin mağdurun rıza açıklama ehliyetinin bulunmadığını bilip bilmediğinin ve bu konuda 5237 sayılı TCY'nın 30/3. maddesi uyarınca hataya düşüp düşmediğinin belirlenmesi gerekecektir. Sanık, mağdurun rıza ehliyeti olmadığını bilememesi nedeniyle hukuken geçerli bir rızanın bulunduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünde bu yanılgıdan yararlanacaktır. Buna karşılık hatanın kaçınılabılır olduğu hallerde cezai sorumluluğun varlığı kabul edilecektir". Yargıtay CGK, E 2011/230 K 2011/273, 20.12.2011.

gidilebilir. Sınırlı Kusur Teorisi ve Kast Teorisine göre, bu tür bir hata kastı engellediği için bağluluk kuralı gereği, şeriklerin sorumluluğuna da gidilemez. Katı Kusur Teorisi ve Saf Sübjektif Teorinin¹³⁴ kabul edilmesi halinde ise, kaçınılabılır hatada fiil kasıtlı bir haksızlık teşkil etmeye devam ettiği için fail ve şeriklerin sorumluluğuna gidilebilmektedir.

C. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE SÜBJEKTİF UNSUR SORUNU BAKIMINDAN

Ceza hukukunda haksızlığın sübjektif unsurlarının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. 765 sayılı TCK dönemindeki hâkim suç teorisi ile yürürlükteki 5237 sayılı TCK döneminde hâkim olan suç teorisi arasındaki en belirgin farklılık, haksızlığın sübjektif unsurlarının olup olmadığına ilişkindir. 765 sayılı Kanun döneminde hâkim olan Klasik Suç Teorisine göre, haksızlık objektif niteliktedir; sübjektif unsurlardan izoledir.¹³⁵ 5237 sayılı Kanun döneminde öğretilde ağırlık kazanan görüşe göre, haksızlığın sübjektif unsurları da vardır.¹³⁶ Haksızlığın sübjektif unsurunun olup olmadığı iki yaklaşım arasında tartışmalı olsa da haksızlığın objektif unsurlarının olduğu hususunda bir tartışma yoktur.

Haksızlığın tipiklik unsurunun objektif bileşenlerinde bir eksiklik varsa fiil tipik olmaz. Türk hukukunda *elverişsiz teşebbüs* cezalandırılmadığı için suç tipinin objektif unsurlarında bir eksiklik varsa fiil ceza hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır. Rızanın varlığı halinde haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza tipiklik unsuru olarak kabul edilirse, rızanın varlığı halinde fail fiilinin suç teşkil ettiğini zannetse (*tersine tipiklik hatası*) dahi, fiil tipik olmadığından ceza hukukunun kapsamı dışında kalır.

Cinsel saldırı suçunda rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse; rızanın objektif koşulları itibariyle var olduğu ve fakat fail tarafından bilinmediği durumlarda ilgilinin rızası, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurları sorununda kabul edilecek görüşe göre farklı sonuçlara yol açmaktadır. Bu konuda üç görüş vardır. Saf Sübjektif Teoriye göre, fail fiilinin hukuka uygun olduğuna inanıyorsa ve bu inancı makulse fiil hukuka uygundur.¹³⁷ Objektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları gerçekleşmişse fail bu durumu bilsin ya da bilmesin fiil

134 Bu önermede, kaçınılabılır hatada hatanın kastı engellemediğini kusuru etkilediğini ileri yazarların görüşünü kast ediyoruz. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar arasında kaçınılabılır hatanın hukuki niteliği tartışmalıdır.

135 Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (Ahmet Sait Matbaası 1949) 315 vd.; Alacakaptan (n 117) 139; Dönmez ve Erman, (n 74) 205; Hafızoğulları ve Özen, *Genel Hükümler* (n 117) 243, Toroslu ve Toroslu (n 127) 204.

136 Özgenç, *Ceza Genel* (n 59) 233-234; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 152; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet 2018) 509; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 256; Öztürk ve Erdem (n 73) 237-238; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Adalet 2017) 351; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Adalet 2017) 225; Neslihan Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi* (1. Baskı, Seçkin 2016) 67; Meraklı (n 126) 48.

137 Türk hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında – yukarıda değindiğimiz üzere – Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar olmakla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazar – bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla – yoktur. Amerikan hukukunda Saf Sübjektif Teoriyi savunan bazı yazarlar için bkz. Baron (n 118) 398; Husak (n 118) 508; Greenawalt (n 118) 1907-1909.

hukuka uygundur.¹³⁸ Çifte Gereklilik Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif ve subjektif unsurları vardır; fiilin hukuka uygun olabilmesi için objektif unsurların varlığı tek başına yeterli değildir; subjektif unsurun da gerçekleşmesi gerekir.¹³⁹

Türk hukukunda her ne kadar hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında Saf Subjektif Teoriyi savunan yazarlar¹⁴⁰ olsa da, hukuka uygunluk nedenlerinde subjektif unsur meselesinde bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla Saf Subjektif Teoriyi savunan yazar yoktur.¹⁴¹ Hukuka uygunluk nedenlerinde subjektif unsur meselesinde Türk öğretisindeki yazarlar, Çifte Gereklilik Teorisi¹⁴² ve Objektif Teori altında kümeleşmektedir.

Çifte Gereklilik Teorisini savunan yazarlara göre, suç tipinin objektif ve subjektif unsurları vardır. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa haksızlık tipinin objektif unsurlarının haksızlığı somut olaydaki hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları ile; haksızlık tipinin subjektif unsurunun haksızlığı ise, somut olaydaki hukuka uygunluk nedeninin subjektif unsuru ile denkleştir (denkleştirme/telafi tezi).¹⁴³ Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmesine rağmen fail bu durumu bilmiyorsa bir görüşe göre¹⁴⁴, fail tamamlanmış suçtan; başka bir görüşe¹⁴⁵ göre ise, suça teşebbüsten sorumlu olmalıdır. Bu tür durumlarda failin suça teşebbüsten sorumlu olması gerektiğini ileri süren görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi tipik fiilin neden olduğu neticenin haksızlığını kaldırır ve geriye hukuka uygunluk nedeninin varlığından haberdar olmadığı için suç işlediğini zanneden failin iradesinin karakterize ettiği haksızlık kalır; bu da suça teşebbüsün haksızlığına karşılık gelir.¹⁴⁶

Bizim de katıldığımız objektif görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri somut olayda objektif olarak vardır ya da yoktur. Tipikliğin objektif unsurundaki eksiklik fiilin suç niteliğinde bir haksızlık teşkil

138 Dönmezer ve Erman, (n 74) 21; Alacakaptan (n 117) 84; Önder (n 127) 223; Taner (n 135) 395; Toroslu ve Toroslu (n 127) 160; Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler* (n 117) 212; Şahin (n 50) 175; Demirbaş (n 110) 297; Erdin (n 126) 427; Tunç (n 117) 288; Selman Dursun ve Ali Emrah Bozbayındır 'Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi' (2015) 73(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 63, 86-87; Hasan İba, 'Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılmasının Hukuki Niteliği' (2022) 26(2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 619, 659.

139 Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 272; Özgenç, *Ceza Genel* (n 59) 238; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 446; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, (n 136) 595; Akbulut, *Genel Hükümler* (n 136) 421; Hakeri (n 12) 342; Öztürk ve Erdem (n 73) 261; Meraklı (n 126) 418; Karakurt (115) 128-129; Neslihan Göktürk 'Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?' (2015) 10(27) Ceza Hukuku Dergisi 7, 16.

140 Kunter (n 73) 137-139; Dönmezer ve Erman (n 74) 26-27; Alacakaptan (n 117) 86; Özen (n 117) 148 vd.; Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler* (n 117) 293-294; Centel, Zafer ve Çakmut (n 117) 304-306; Tunç (n 117) 268.

141 Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında Saf Subjektif Teoriyi kabul eden yazarların ekseriyeti hukuka uygunluk nedenlerinde subjektif unsur sorununda Objektif Teoriyi savunmaktadır. Bu iki teori birbirinin zıttı olduğu için bu yaklaşım kanaatimizce yerinde değildir.

142 Bu görüş Türk öğretisinde Subjektif Teori olarak adlandırılmaktadır. Biz bu görüşü daha doğru ifade ettiğini düşündüğümüz için Anglo-Amerikan hukukundaki "Dual Requirement Theory" (Çifte Gereklilik Teorisi) şeklindeki adlandırmayı tercih ettik.

143 Göktürk, 'Objektif Nitelikte' (n 139) 17 vd.; Erdin (n 126) 211 vd.

144 Öztürk ve Erdem (n 73) 262.

145 Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 273; Göktürk, 'Objektif Nitelikte' (n 139) 27; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler* (n 136) 595.

146 Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 273; Göktürk, 'Objektif Nitelikte' (n 139) 27.

etmesini engelliyorsa hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarındaki tamlık da fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olur. Örneğin, (A), çiftçi (B)'ye ateş ettiği zannıyla tarladaki korkuluğa ateş eder. Örnekte dikkat edilecek olursa failde suç işleme kastı vardır; ancak fiil objektif olarak tipik olmadığı ve Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs cezalandırılmadığı için faildeki suç işleme kastının bir önemi yoktur. Hukuka uygunluk nedenleri bakımından da bu esastan hareket edilmesi gerekir; fail suç işlediğini zannetse dahi fiil objektif olarak hukuka uygunsuz suç değildir.¹⁴⁷ Çiftçi zannıyla korkuluğa ateş eden fail ile, kadın ilişkiye rıza göstermesine rağmen kadının alkolün etkisiyle kendinde olmadığını ve dolayısıyla *cinsel saldırı suçunu* işlediğini zanneden fail arasında bir fark yoktur. İlkinde tipikliğin şartları objektif olarak oluşmamışken, ikinci örnekte rızanın koşulları objektif olarak oluşmuştur. İki örnekte de faillerin suç işleme iradesi ile hareket etmesi, Türk hukukunda *elverişsiz teşebbüs* kurumuna yer verilmediği için haksız değildir. Ceza hukuku niyetleri değil, fiilleri cezalandırır; niyetler ahlaki ilgilendirir.¹⁴⁸ Ceza hukukunda önemli olan, suç işlenmemesidir; failin cezalandırılmaktan korktuğu için mi, hasta olduğu için mi, mağdurun direnmesi nedeniyle başarısız olacağına inandığı için mi vs. suç işlememesi önemli değildir. Çifte Gereklilik Teorisine göre ise, kadının rızasının olduğu örnekte fail hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Çifte Gereklilik Teorisini savunan yazarlardan bazılarının göre¹⁴⁹, bu örnekte fail tamamlanmış nitelikli cinsel saldırı suçundan, diğer bazılarının göre¹⁵⁰ ise, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten sorumlu olmalıdır.

Sonuç olarak, rızanın tipiklikle ilgili olduğu kabul edilirse rızanın objektif olarak var olduğu ve fakat fail tarafından bilinmediği durumlarda fiil, objektif olarak tipik olmadığından haksız değildir. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilirse rızanın objektif olarak var olduğu ve fakat fail tarafından bilinmediği durumlarda fiilin haksız olup olmadığı kabul edilecek görüşe göre farklılık arz etmektedir. Objektif görüş kabul edilirse fiil haksız değildir; Çifte Gereklilik Teorisi kabul edilirse fiil haksızdır.

D. DİĞER HUKUK DALLARINA ETKİSİ BAKIMINDAN

Hukuka uygunluk nedenleri fiili yalnızca belli bir hukuk dalı bakımından değil, hukukun bütünü bakımından meşrulaştırır. Bir fiilin yalnızca ceza hukukuna, idare hukukuna ya da medeni hukuka uygun olduğundan söz edilemez. Ceza hukuku bakımından hukuka uygun olan fiil, diğer tüm hukuk dalları bakımından da hukuka uygundur. Örneğin, somut olayda meşru savunma varsa savunmada bulunanın ceza hukuku bakımından bir sorumluluğu söz konusu olmadığı gibi, bu kişinin tazminat sorumluluğu da yoktur.

Fiilin tipik olmaması ise, ceza hukuku bakımından suç teşkil etmediği manasına gelir. Ancak fiilin ceza hukuku bakımından suç teşkil etmemesi, bu fiilin başka hukuk dalları bakımından hukuka

147 Elverişsiz teşebbüsün hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorunu ile ilişkisi hakkında bkz. Dursun ve Bozbayındır (n 138) 71 vd.

148 Şahin (n 50) 363; Dursun ve Bozbayındır (n 138) 86-87; İba, 'Sınırın Aşılması' (n 137) 659.

149 Öztürk ve Erdem (n 73) 262.

150 Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 273; Göktürk, 'Objektif Nitelikte' (n 139) 27; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler* (n 136) 595.

aykırı olmadığı anlamına gelmez.¹⁵¹ Örneğin, özensizliği nedeniyle başkasının aracına çarpan sürücünün fiili *mala zarar verme suçuna* (TCK m. 151) vücut vermez; zira *mala zarar verme suçu* taksirle işlenemez. Ancak sürücünün fiili suç teşkil etmese de bu fiil tazminat sorumluluğu gerektiren bir özel hukuk haksızlığıdır.

Sonuç olarak, rızanın varlığı halinde haksızlık teşkil etmeye cinsel davranışlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse bu davranış bütün bir hukuk düzeni bakımından meşrulaşır. Rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edilirse rızanın varlığı halinde bu tür davranışlar tipik olmadıkları için suç teşkil etmezler; ancak bu durum bu tür davranışların diğer hukuk dalları bakımından hukuka aykırı olmasını engellemez. Tipiklik unsuru olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza arasındaki bu farklılık, “Değerlendirme” başlığı altında üzerinde duracağımız üzere evli kişilerin zinası (TMK m. 161) bakımından önem arz eder.

V. DEĞERLENDİRME

Cinsel saldırı suçunu düzenleyen TCK m. 102'nin ve *cinsel taciz suçunu* düzenleyen TCK m. 105'nin lafzında rızanın yokluğundan söz edilmemiştir. On beş yaşını tamamlamış maruz kaldığı fiil bakımından algılama ve irade yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik cinsel davranışlara ilişkin olarak TCK m. 103/1-b'de “*cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden*”, TCK m. 104' ise, “*tehdit, cebir ve hile olmaksızın*” ifadelerine yer verilmiş dolaylı olarak rızaya gönderme yapılmıştır. Ancak TCK m. 103 ve m. 104'te yer ver verilen bu ifadeler, *çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki* suçlarının çerçevesini çizmekle birlikte, on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği olan çocuğa yönelik ve rıza nedeniyle haksız olmayan cinsel davranışlar bakımından rızanın hukuki niteliğine ilişkin sorununu çözümlenmemektedir. On beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği olan çocuğun rıza gösterdiği davranış cinsel ilişki ise, haksızlığın niteliği değişmekte ve diğer koşulları da gerçekleşmişse *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu* oluşmaktadır; yani bu durumda rıza haksızlığı engellemektedir.¹⁵²

151 Öğretide bir görüşe göre, bir fiilin yalnızca belli bir hukuk dalında hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez; bir hukuk dalında hukuka aykırı olan fiil, diğer hukuk dalları bakımından da hukuka aykırıdır. Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoglu ve Yener Ünver, *Suç Teorisi* (2) (3. Baskı, Beta 2003) 101.

Bir hukuk dalında hukuka aykırı olan fiile başka bir hukuk dalı kayıtsız kalmış olabilir. Örneğin, bir memurun işe bir gün mazeretsiz olarak gitmemesi idare hukukuna özgü bir hukuka aykırılıktır. Bu fiilin ceza hukukuna da aykırı olduğu söylendiğinde akla bu fiilin hangi suça vücut verdiği gelmektedir. Ceza hukukunun bu fiile kayıtsız kalması, fiilin idare hukukuna özgü bir hukuka aykırılık teşkil etmesine engel olmaz. Yani davranışın normatif statüsü değişmemekte dolayısıyla hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesi ile çelişmemektedir. Hasan İba, “Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır” *Önermesinin Doğruluk Değeri* (2022) 5(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 776-778.

152 Ancak bu haksızlık (*reşit olmayanla cinsel ilişki suçu*) dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi şikâyet koşuluna bağlanmıştır. Cinsellik, kişinin şahsına sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu*nda şikâyetle bulunma yetkisi çocuğa aittir. Şikâyet konusunda kanuni temsilcisi ile çocuğun iradesi çeliştiğinde çocuğun iradesine üstünlük verilmelidir. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 394; Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 492. *Ünver'e* göre, TCK m. 105'in lafzında şikâyetle bulunma yetkisinin mağdura ait olduğundan söz edilmemiştir. Çocuğu cinsel ilişkiye ikna eden kişi hakkında çocuğun çoğunlukla şikâyetle bulunmayacağı açıktır; bu durum suiistimallere yol açabilir. Belirtilen nedenlerle *Ünver'e* göre, *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu*nda şikâyetle bulunma yetkisi kanuni temsilciye aittir. Ünver (n 9) 50.

On beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği olan çocuğun rıza gösterdiği davranış cinsel ilişki boyutuna ulaşmamışsa bu durumda TCK m. 102'ye göre değerlendirme yapmak gerekir. Çünkü, kanaatimizce, temas içeren cinsel davranışlar bakımından TCK m. 102 şemsiye norm niteliğindedir; diğer normların tipine uymayan ve temas içeren cinsel davranışları TCK m. 102 bağlamında değerlendirmek gerekir. Bu yorum, özellikle rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş açısından önemlidir. Aksini kabul, rızaya dayalı olarak öpüşen iki yetişkinin fiilinin *cinsel saldırı suçu* bakımından tipik olduğunu, algılama ve irade yeteneğine sahip on beş yaşını tamamlamış çocukla öpüşen bir başka yetişkinin fiilinin ise, tipik olmadığını (cinsel özgürlüğe karşı olan hiçbir suç bakımından) kabul etmek çelişkisine yol açar. TCK m. 104'e göre, *reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun* tipi cinsel ilişki ile sınırlıdır. Bu yüzden on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği bulunan çocukla öpüşme, çocuğun rızası varsa TCK m. 104 bakımından tipik değildir. Keza, örnekteki fiile rıza gösteren çocuk, on beş yaşını tamamladığı, algılama ve irade yeteneğine sahip olduğu için fiil, *çocukların cinsel istismarı suçu* (TCK m. 103) bakımından da tipik değildir. Tipik olmadığı için haksız olmayan fiil ile tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için haksız olmayan fiil arasında değer farkı vardır.¹⁵³ Tipik olmadığı için haksız olmayan fiilin haksızlık belirtisi yoktur. Tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiilin ise, haksızlık belirtisi vardır. TCK m. 102, temas içeren cinsel davranışlar bakımından şemsiye norm olarak kabul edilmezse – rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş esas alındığında – rızaya dayalı olarak öpüşen yetişkinlerin fiilinin haksızlık belirtisinin olduğu, on beş yaşında olan çocukla öpüşen yetişkinin davranışının ise, haksızlık belirtisinin olmadığı kabul edilmiş olur.¹⁵⁴

Sonuç olarak, cinsel saldırı (TCK m. 102) ve cinsel taciz suçlarında (TCK m. 105) rızaya tipiklikte yer verilmemiş, çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103/1-bde) ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarında (TCK m. 105/1) ise, cebir, tehdit ve hileden söz etmek suretiyle dolaylı olarak rızaya tipiklikte yer verilmiştir. Ancak, TCK m. 102, temas içeren, TCK m. 105 ise, temas içermeyen cinsel davranışlar bakımından genel nitelikli normlardır. Bu yüzden TCK m. 103 ve 104'te dolaylı olarak rızadan söz edilmesi, son tahlilde, rıza nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızanın tipiklik unsuru mu yoksa hukuka uygun nedeni mi olduğu sorununun çözümlenmemektedir.

TCK m. 102 ve TCK m. 105'te yer verilen haksızlıkların kanuni tarifinde rızaya yer verilmemesi, rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri süren görüş açısından önemli bir dayanaktır. Zira *kanunilik ilkesi* gereği, suç tiplerinden unsur eksiltilemeyeceği gibi, suç tiplerine yeni unsurlar da eklenemez. Bu yüzden öğretide rızayı tipiklikle ilişkilendiren yazarlar görüşlerini yalnızca teorik gerekçelerle değil, kanunun lafzına dayanan bir takım gerekçelerle de temellendirmeye çalışmaktadırlar.

¹⁵³ Welzel (n 71) 196.

¹⁵⁴ Rızanın TCK m. 102 bakımından tipiklik unsuru olarak kabul edilmesi halinde ise, TCK m. 102'yi temas içeren cinsel davranışlar bakımından şemsiye norm olarak nitelemenin bir önemi olmamaktadır. Zira bu durumda hem rızayla öpüşen yetişkinlerin hem de on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği bulunan çocukla çocuğun rızasıyla öpüşen yetişkinin fiili tipik olmamaktadır. İki durumda da fiiller tipik olmadığından tipik olmadığı için haksız olmayan fiille tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil arasındaki değer farkına ilişkin çelişkiyle karşılaşılmamaktadır.

Taner'e göre, cinsel saldırı suçunda (TCK m. 102) rızadan söz edilmemesinin nedeni, iradeyi sakatlayan hangi durumlarda *cinsel saldırı suçunun* oluşacağına ilişkin bir düzenleme yapmamak suretiyle cinsel özgürlükleri etkin bir şekilde korumaktır.¹⁵⁵ *Taner'e göre*, rızaya yer verilmemesi nedeniyle, cebir, hile, tehdit veya iradeyi etkileyen diğer nedenlerin varlığı suçun oluşması bakımından zorunlu değildir.¹⁵⁶ Kanaatimizce, *Taner'in* ileri sürdüğü gerekçe, rızanın yokluğunu suç tipinin bir unsuru olarak kabul etmek bakımından yeterince ikna edici değildir. Rızasızlığı ifade etmek için kanun koyucunun suç tipinde, cebir, tehdit, hile gibi nedenlerden söz etmesi bir zaruret değildir. Zira, kanun koyucu, “rıza hilafına”, “rıza olmaksızın”, “rızası olmaksızın” gibi ifadelerle suç tipinde pekâlâ yer verebilir ve böylece rızasızlığı iradeyi sakatlayan belli durumlarla sınırlamayabilirdi. Bu durumda *Taner'in* üzerinde durduğu sakınca ile karşılaşmazdı.

Kantar'a göre, TCK m. 102/1'nin lafzında yer verilen “*kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi*” ifadesindeki “*ihlal*” kelimesi rızasızlık anlamına gelir.¹⁵⁷ Kanaatimizce, “*ihlal*” kelimesi “*rızasızlık*” kelimesini ikame edecek nitelikte değildir. Örneğin, *mala zarar verme suçunda* (TCK m. 151) ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedenidir. *Mala zarar verme suçunun* tipinde “*mülkiyet hakkının ihlal edilmesi*” ifadesi yer alsaydı bu ifade *mala zarar verme suçunda* rızanın tipikliğin bir unsuru olduğu anlamına gelmezdi.

Akbulut'a göre, cinsel saldırı suçunda cebir ve şiddete suçun nitelikli hallerinde değil de neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinde (TCK m. 102/4) yer verilmesi, cebir ve şiddetin suçun temel halinin unsuru olduğunu başka bir ifadeyle rızanın yokluğunun suç tipinin bir unsuru olduğunu gösterir.¹⁵⁸ TCK m. 102/4'ye göre; “*Cinsel saldırı için başvurulacak cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*”. *Akbulut'un* görüşü, suç tipinin basit halinin cebir ve şiddetle de işlenebileceğini ortaya koymaktadır; bu konuda bir tartışma yoktur; rızayı cinsel saldırı suçunda hukuka uygunluk nedeni olarak gören görüşteki yazarlara göre de suç şiddet ya da cebirle işlenebilir; çünkü bu suç serbest hareketli bir suçtur. Suçun şiddet, cebir veya iradeyi etkileyen başka bir sebeple işlenmesi suç tipinin unsuru olarak kabul edilirse bu tür durumların olmadığı hallerde fiilin suç teşkil etmemesi gerekir. Bu durumda cinsel özgürlüğe karşı suçların koruma alanı daraltılmış olur. Örneğin, alkol nedeniyle kendinde olmayan bir kadının odasına gizlice giren ve bu kadına yönelik cinsel davranışlarda bulunan otel personelinin fiili şüphesiz cinsel saldırı teşkil eder. Örnekte, kadının bilinci yerinde olmadığı için iradesi zorlanmamış ya da etkilenmemiştir; bu kadın ertesi gün hiçbir şeyin farkına varmadan hayatına devam etse dahi, fiilin suç teşkil etmediği ileri sürülemez.

Demirele'e göre, TCK m. 103'ün lafzı, cinsel suçlarda rızanın tipiklikle ilgili olduğunu göstermektedir. *Demirele'e göre*, rıza bir hukuka uygunluk nedeni olsaydı, çocuklarla ilgili TCK m. 103'teki düzenlemeye gerek duyulmazdı; zira, hukuka uygunluk nedeni olan rıza bakımından ehliyet koşulu aranmaktadır ve çocuklarda rıza açıklama ehliyeti olmadığından fiil suç teşkil etmektedir; yani rıza

155 *Taner* (n 1) 120.

156 *Taner* (n 1) 120.

157 *Kantar* (n 8) 148.

158 *Akbulut*, ‘Cinsel Dokunulmazlığa’ (n 82) 269.

bir hukuka uygunluk nedeni olsaydı TCK m. 103 olmasaydı dahi çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar suç teşkil ederdi; TCK m. 103'ün varlığı rızanın tipiklikle ilgili olduğunu gösterir.¹⁵⁹ Kanaatimizce, ceza hukukundaki rızaya ehliyetin özel hukuktaki fiil ehliyetinden farklı olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir. Ceza hukukunda rıza ehliyeti bakımından bir yaş sınırı yoktur. Ceza hukukunda önemli olan ilgilinin maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmesi ve davranışlarını bu çerçevede yönlendirebilmesidir. Ceza hukukunda rıza ehliyetinde yaş sınırı olmadığı için TCK m. 103'teki düzenleme olmasa doğal olarak üreme dönemine giren çocukların (örneğin, kız çocukları için *menarş*) cinsel ilişki kurabilme ehliyetine sahip olup olmadıkları tartışması yapılabilirdi. Kanaatimizce, kanun koyucu bu tartışmaları önlemek ve çocukları korumak için TCK m. 103'teki düzenlemeyi yapmıştır. TCK m. 103'ün madde gerekçesine göre; “*Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından rızanın varlığı, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Buna karşılık, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır*”. Gereçede dikkat edileceği üzere “*ceza sorumluluğunu kaldırma*” ifadesine yer verilmiştir. Hukuka uygunluk nedeni olan rıza, 5237 sayılı TCK'nın “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde kullanılan ifade, hukuka uygunluk nedeni olan rıza (TCK m. 26/1) ile terminolojik olarak örtüşmektedir.

Anlaşılabacağı üzere, rızanın varlığı halinde haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızanın tipiklik unsuru olduğunu ileri süren yazarların kanunun lafzına dayanarak ileri sürdükleri gerekçeler, kanaatimizce, yeterince ikna edici değildir. Söz konusu yazarların dayandıkları teorik gerekçeler ise oldukça kuvvetlidir.

Rızayı tipiklikle ilişkilendiren yazarların dayandığı teorik gerekçelerden biri, tipik olmadığı için suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmeyen fiille, tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için haksız olmayan fiil arasındaki değer farkıdır.¹⁶⁰ Bu değer farkı, tipik olmadığı için suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmeyen fiilin ilgili ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri ihlal etmemesidir. Tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için hukuka uygun olan fiil ise, ilgili suç tipiyle korunmak istenen hukuki değeri ihlal eder; ancak ihlale hukuk düzeni izin verdiği için ihlal haksız değildir. Örneğin, meşru savunma bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için koşulları gerçekleşmişse meşru savunma halinde bir insanı öldürme hukuka uygundur. Ancak, fiilin hukuka uygun olması, yaşama hakkının ihlal edilmediği anlamına gelmez. Meseleye bu açıdan bakılacak olursa rıza nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlarda rıza tipiklikle ilgilidir. Zira, fiilin tipik ama hukuka uygun olması, normalde fiilin haksız olduğu (tipikliğin haksızlık belirtisi) ancak hukuk fiile izin verdiği için fiilin haksız olmadığı anlamına gelir. Rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmek, söz konusu cinsel davranışların ilgili suç tipleriyle korunan hukuki değerleri ihlal ettiği fakat hukuk izin verdiği için ihlalin haksız olmadığı

159 Demirel (n 51) 1506-1507.

160 Şahin (n 50) 87; Demirel (n 51) 1518; Tulay (n 9) 511; Şare (n 82) 993.

anlamında gelir. Bu durumda eşler arasındaki rızaya dayanan cinsel ilişkinin normalde hukuki bir haksızlık teşkil ettiği ancak rıza hukuka uygunluk nedeni olduğu için fiilin hukuka uygun hale geldiği sonucuna ulaşılır.¹⁶¹

Rızayı tipiklikle ilişkilendiren yazarların dayandığı teorik gerekçelerden ikincisi, akıl hastalarının cinsel haklarıdır.¹⁶² Tipiklik unsuru olan rızada ilgilinin rıza açıklamaya ehil olması gerekmez, ilgilinin fiile tabii olarak onay vermesi fiilin tipik olmadığı anlamına gelir. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise, ilgilinin rıza açıklamaya ehil olması gerekir. İlgili, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip değilse rıza açıklaması geçersizdir. Akıl hastalarının şahıs varlıkları ve malvarlıkları itibarıyla bir zarara uğramadıkları, doğal olarak istedikleri ve haz aldıkları cinsel davranışlarda rızanın geçersiz olduğundan bahisle fiilin her durumda suç teşkil ettiğini ileri sürmek, akıl hastalarının cinsellikleri üzerindeki haklarının özüne dokunmaktadır. Bu durum, 1982 Anayasası'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesi bakımından sorun teşkil eder. Anayasa m. 13'e göre; "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*". Küçüklerde de üreme içgüdüğü vardır. Kanun koyucunun küçüklerin menfaatini korumak için getirdiği yaş sınırlaması küçüklerin cinsellikleri üzerindeki haklarının özüne dokunmaz. Çünkü, kanunda öngörülen yaş sınırı aşıldığında küçükler cinselliklerini yaşayabilmektedirler. Akıl hastalığı ise, hastalıktan muzdarip olanların hayatı boyunca devam edebilir. Karşı tarafın rızası varsa akıl hastasının cinsel ilişki yaşamasının akıl hastasının kendisi bakımından suç teşkil etmediği ve bu yüzden hakkın özüne dokunulmadığı ileri sürülebilir. Ancak cinsel birliktelik iki taraflıdır; diğer kişilerin akıl hastası ile cinsel münasabet kurmasının yasaklanması, dolaylı olarak akıl hastasının da bu kimselerle cinsel münasabet kurmasının yasaklanması anlamına gelir. Fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak derece akıl hastası olan kişilerin rıza açıklaması her ihtimalde geçersiz sayıldığı için adeta kanunda yazılı olmayan bir suç yaratılmış olmaktadır. Bu yüzden on sekiz yaşını geçkin akıl hastalarının durumu on beş yaşından küçük olan küçüklere benzemektedir.

Ayrıca, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak derecede akıl hastası olan kişilerin rızası geçersiz sayıldığı için fiilin her durumda suç sayılması, ceza adaleti bakımından da problemlidir. *Cinsel saldırı suçunun* (TCK m. 102) nitelikli hallerinden birisi de, suçun beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı gerçekleştirilmesidir (TCK m.102/3-a). İlgili düzenlemeye göre, *cinsel saldırı suçu* fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan akıl hastasına karşı işlenirse ceza yarı oranında arttırılır. *Cinsel saldırı suçunun* vücuda organ ve sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşmesi halinde faile verilecek ceza, 12 yıldan az olamaz (TCK m.102/2). Fiilin, cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak derece akıl hastası olan kişiye karşı işlenmesi halinde ceza yarı oranında arttırılacağı için bakıcısına dokunmaya başlayan ve bakıcısının da karşılık vermesi sonucu bakıcısıyla cinsel ilişki yaşayan akıl hastası örneğinde bakıcının cezası 18 yıldan az olamaz. *Çocukların cinsel istismarı suçunda* fiilin on iki yaşını tamamlamış çocuklara karşı vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde faile verilecek hapis cezası

161 Duff (n 90) 209.

162 Demirel (n 51) 1518.

16 yıldan aşağı olamaz (TCK m.103/2). Akıl hastası ile cinsel ilişki yaşayan bakıcının cezası 18 yıldan az olamazken, on iki yaşını tamamlamış bir çocuğu istismar eden faile verilecek ceza 16 yıldan aşağı olmamaktadır. Bu durumun adil olmadığı ortadadır.

Rızayı tipiklikle ilişkilendiren yazarların dayandığı üçüncü teorik gerekçe, hukuka uygunluk nedenlerinin fiili bütün bir hukuk düzeni bakımından meşrulaştırma etkisidir.¹⁶³ Rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlarda rıza bir hukuka uygunluk nedeni ise, rızanın fiili yalnız ceza hukuku bakımından değil, hukukun diğer tüm dalları bakımından da hukuka uygun hale getirmesi gerekir. Ancak evli eşin üçüncü bir kimseyle rızaya dayalı cinsel birlikteliği (zina), TMK m. 161'e göre bir hukuka aykırılıktır. Bu durum, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını rızanın tiple ilgili olduğunu gösterir.¹⁶⁴

Rızanın tipiklikle ilgili olduğunu ileri süren görüşün dayandığı bu üç gerekçe oldukça kuvvetlidir. Ancak bu durum rızanın tipiklikle ilgili olduğunu kabul eden görüşün her anlamda tatmin edici olduğu anlamına gelmez. Rızanın tipiklikle ilgili olduğunu ileri süren görüş, *Tezcan/Erdem/Önok*'un da belirttiği üzere, rızaya ilişkin olgusal gerçeklikte hatada cezalandırma boşluklarına yol açabilmektedir.¹⁶⁵ Örneğin, Birleşik Krallık'ta yaşanmış bir olayda (*Morgan davası*), karısıyla tartışan bir koca, alkol aldığı üç arkadaşına karısının kendileri ile cinsel ilişkiye girmek istediğini, karısının tecavüze uğrama fantezisi olduğunu ve fantezisini gerçekleştirmek için direneceğini söyler. Bu üç kişi kadınla zorla ilişkiye girerler.¹⁶⁶ Rıza, *cinsel saldırı suçunda* tipikliğin bir unsuru olarak kabul edilirse bu olayda hata kaçınılabilir olmasına rağmen fiil cinsel saldırı suçuna vücut vermez. Nitekim mahkeme de rızayı tipiklik unsuru olarak kabul ettiği için bu olayda suçun oluşmadığına kanaat getirmiştir.

Cinsel davranışlar çoğunlukla sözlü ya da yazılı bir teklif ve kabule dayanmaz. Kanada'da yapılan bir çalışmada çalışmaya katılan erkeklerin %93'ü, cinsel birlikteliklerinin sözlü bir teklif ve onay içermediğini belirtmiştir.¹⁶⁷ Bu istatistik, – *ilk temas ya da söze mağdur karşı çıktığında artık hatadan söz edilemeyecekse de* – en azından ilk temas ya da cinsel söz bakımından failin yanılıya düşmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu göstermektedir. Örneğin, mağdurun karşılık vereceği zannıyla ilk buluşmada sinemada mağdurun göğsüne dokunan ya da yine ilk buluşmada konserde mağdurun boynunu öpen kişinin fiili, cinsel saldırı suçunda rıza tipiklik unsuru olarak kabul edilirse suç teşkil etmeyecektir. Zira, tipikliğin maddi unsurlarında hata ne kadar basit olursa olsun kastı engeller ve cinsel özgürlüğe karşı suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için hata ne kadar basit olursa olsun fiil suç teşkil etmez.

163 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 387; Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 386.

164 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 387; Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 386.

165 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 442.

166 DPP v Morgan [1976] AC 182, nakleden George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford University Press 2000) 699. Morgan davasının, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasına ilişkin teoriler çerçevesinde detaylı bir değerlendirmesi için bkz. İba, 'Hukuka Uygunluk' (52) 355 vd.

167 Douglas Husak and Thomas C. George, 'Date Rape, Social Convention, and Reasonable Mistakes' (1992) 11 (1/2) *Law and Philosophy* 95, 93-94.

Rıza, tipiklikle ilişkilendirildiğinde olgusal gerçeklikte hatada mahkeme topluma kaçınılabılır hata halinde dahi fiilin haksız olmadığı mesajını verir. Basit hatalarda dahi fiilin suç teşkil etmemesi, suçla korunan hukuki değerin yeterince korunamaması sakıncası yaratır. Rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi halinde ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda kabul edilecek teoriye göre farklı sonuçlara ulaşılır. Örneğin, Sınırlı Kusur Teorisi kabul edilecek olursa, bu teori hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası ile suç tipinin maddi unsurlarında hatayı özdeş gördüğü için bahse konu cezalandırma boşluklarıyla yine karşılaşılır. Ancak Katı Kusur Teorisi kabul edilirse, bu teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası haksızlığı değil, kusuru etkilediği için kaçınılabılır hatada fail cezalandırılabilir.

SONUÇ

Rızaya dayalı olarak gerçekleştirildikleri için haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışların üç kategorisi vardır:

- (1) on sekiz yaşını tamamlamış kişilere yönelen cinsel davranışlar,
- (2) on beş yaşını tamamlamış, algılama ve irade yeteneği bulunan çocuklara yönelen cinsel ilişki boyutuna ulaşmamış cinsel davranışlar,
- (3) evlenmeyle reşit olan çocukla cinsel ilişki.

Bu üç kategori bakımından rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre rıza hukuka uygunluk nedeni iken diğer bir görüşe göre tipiklik unsurudur. Hukuki sonuçları itibarıyla iki görüş arasında önemli farklılıklar vardır:

(1) Tipiklik unsuru olan rızada ilgilinin fiili tabii olarak onaması yeterlidir. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise, ilgilinin rıza açıklama ehliyetine sahip olması gerekir. Bu farklılık, akıl hastaları bakımından önem arz eder. Rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse on sekiz yaşını tamamlamış akıl hastasının bizatihi kendisinin başlattığı ve haz aldığı cinsel münasebetler dahi karşı taraf açısından suç teşkil eder. Rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edilirse bu örnekte fiil suç teşkil etmez.

(2) Rızaya ilişkin olgusal gerçeklikte hatada rızanın tipiklik unsuru olduğu kabul edilirse hata kaçınılabılır olsun ya da olmasın kastı engeller. Cinsel özgürlüğe karşı suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için bu ihtimalde fiil suç teşkil etmez. Rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası tartışmalı olduğu için rızaya ilişkin olgusal gerçeklikte hatanın hukuki sonucu kabul edilecek teoriye göre değişkenlik gösterir. Örneğin, Katı Kusur Teorisi kabul edilirse hatanın kaçınılabılır olduğu durumlarda fail sorumlu olacaktır.

(3) İlgilinin fiile rıza gösterdiğinin bilinmediği durumlarda rıza tipiklik unsuru olarak kabul edilirse fiil objektif olarak tipik olmaz ve dolayısıyla suç teşkil etmez. Rıza, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda kabul edilecek görüşe

göre rızanın objektif olarak var olduğu ve fakat bu durumun fail tarafından bilinmediği olaylarda farklı sonuçlara ulaşılır. Örneğin, hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsurunun olduğu kabul edilirse fail mağdurun fiile rıza gösterdiğini bilmiyorsa fiil suç teşkil eder.

(4) Rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse davranış bütün hukuk düzeni tarafından meşrulaşır. Rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edilirse rıza dolayısıyla fiil ceza hukuku bakımından haksızlık teşkil etmese de failin diğer hukuk dallarına ilişkin sorumluluğu devam eder. Bu farklılık, özellikle eşin zinası bakımından önem arz eder.

Türk öğretisinde hâkim görüşe ve Yargıtay'a göre, rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak son zamanlarda rızanın tipiklik unsuru olduğunu ileri süren görüş öğretide ağırlık kazanmaya başlamıştır; *Tezcan/Erdem/Önok*'un aktardığına göre, Yargıtay'ın ilgili ihtisas dairesinin kendilerine verdiği bilgi, daire üyelerinin eğilimin de rızanın tipikliği ilgilendirdiği yönünde olduğudur.

Türk hukukunda cinsel özgürlüğe karşı suçlarda rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar TCK m. 102 bağlamında yapılmaktadır. İki görüşün de güçlü gerekçeleri vardır.

Rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş iki temel gerekçeye dayanmaktadır:

(1) TCK m. 102'de rızaya tipiklikte yer verilmemesi ve TCK m. 26'da rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi, rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu göstermektedir. Kanunilik ilkesi gereği, suçun kanuni tarifinde yer almayan bir unsur tipikliğe dâhil edilemez.

(2) Rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edilirse rızaya ilişkin maddi gerçeklikte hatada hata kaçınılabilir olsa dahi fiil suç teşkil etmeyecektir. Cinsel suçların haksızlık yoğunluğu dolayısıyla bu durum toplumun tahammül edemeyeceği cezalandırma boşluklarına yol açabilir.

Rızayı tipiklik unsuru olarak kabul eden yazarların dayandıkları gerekçeleri teorik gerekçeler ve kanunun lafzına dayanan gerekçeler şeklinde ikiye ayırabiliriz. Yukarıda izah ettiğimiz üzere kanunun lafzına dayanan gerekçeler kanaatimizce yeterince ikna edici değildir. Teorik gerekçeler ise oldukça kuvvetlidir:

(1) Rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse rıza nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışların normalde haksızlık teşkil ettiği ancak kanun koyucu izin verdiği için bu fiillerin suç teşkil etmediği kabul edilmiş olur. Yani bu durumda evli kişilerin öpüşmelerinin dahi haksızlık belirtisi vardır.

(2) Rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse rıza açıklama ehliyeti olmayan akıl hastalarının bizatihi kendilerinin istediği ve başlattığı cinsel davranışlar dahi karşı taraf açısından suç teşkil eder. Bu durumda akıl hastalarının cinsel haklarının özüne dokunulmuş olur.

(3) Hukuk düzeninin birliği ve bütünlüğü ilkesi gereği, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil bütün hukuk dalları bakımından hukuka uygun olur. Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda rıza hukuka uygunluk nedeni olsaydı zina bir boşanma nedeni (TMK m. 161) olmazdı.

Kanaatimizce, rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş pragmatik açıdan, rızayı tipiklik unsuru olarak kabul eden görüş ise teorik açıdan üstündür. Rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinde hâkimin hareket alanı genişlemektedir. Örneğin Yargıtay'ın, yukarıda değindiğimiz üzere, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında farklı suç teorilerini esas aldığı birçok kararı vardır. Keza, rızanın objektif olarak var olduğu ve fakat fail tarafından bilinmediği durumlarda da hâkim teorik tartışmalardan yararlanarak cezai uyumsuzluğu çözümleyebilir. Her somut olayın kendine özgü koşullarının olması dolayısıyla bahse konu meselelerdeki teorik zenginlik, hâkime adil olana hükmetme konusunda olanak sağlayabilir. Rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edildiğinde ise hâkimin hareket alanı daralmaktadır. Rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edilirse rızaya ilişkin maddi gerçeklikte hata kaçınılabilir olsa dahi cinsel suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için TCK m. 30/1 gereği fiil suç teşkil etmez. Bu konuda herhangi bir tartışma yoktur. Keza rıza tipiklik unsuru olarak kabul edilirse rızanın objektif olarak var olduğu fakat bu durumun fail tarafından bilinmediği durumlarda fiil objektif olarak tipik olmaz. Bu konuda da bir tartışma yoktur.

Biz, meseleye pragmatik açıdan değil, teorik açıdan yaklaşıyoruz. Bize göre, rızaya dayalı olarak gerçekleştirildikleri için haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza tipiklik unsurudur.

KAYNAKÇA

- Abanoz B, 'Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021).
- Akbulut B, 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği' (2019) 14(40) Ceza Hukuku Dergisi 265-288.
- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Adalet 2017).
- Akkaya Ç, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2018).
- Alacakaptan U, *Suçun Unsurları* (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1970).
- Alşahin ME, 'Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)' iç Mahmut Koca (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan* (Seçkin 2020) 857-881.
- Ambos K and Bock S, 'Germany' in Alan Reed and Michael Bohlander (eds), *Consent (Domestic and Comparative Perspectives)* (Routledge 2016).
- Arslantürk M, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar* (5. Baskı, Seçkin 2019).
- Artuç M, *Kişilere Karşı Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2008).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet 2018).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (20. Baskı, Adalet 2022).
- Bacaksız P, 'Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması', (2013) 8(21) Ceza Hukuku Dergisi 119-138.
- Baron M, 'Justifications and Excuses' (2005) 2(2) Ohio State Journal of Criminal Law 387-406.
- Baytemir E, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2019).
- Bengü CH, *Ceza Hukukunda Hata* (Sakarya Kitabevi 1948).
- Centel N ve Zafer H, 'Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)' iç Mahmut Koca (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan* (Seçkin 2020) 225-265.

- Centel N, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi' (2012) 25(99) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 269-290.
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Baskı, Beta 2020).
- Değirmenci O, 'Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma' (2014) 110 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 129-188.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022).
- Demirel M, 'Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza' (2020) 28(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1469 – 1523.
- Demirtaş S, 'Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs' (2021) 25(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 381-429.
- Douglas Husak and Thomas C. George, 'Date Rape, Social Convention, and Reasonable Mistakes' (1992) 11 (1/2) Law and Philosophy 95-126.
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım (2. Cilt)* (12. Baskı, Beta 1999).
- Dubber MD and Hörnle T, *Criminal Law-A Comparative Approach* (Oxford University Press 2014).
- Duff A, *Answering For Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law* (1st edition, Hart Publishing, 2007).
- Dursun S ve Bozbayındır AE, 'Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi' (2015) 73(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 63-90.
- Dursun S, 'Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış' (2014) 9(24) Ceza Hukuku Dergisi 57-73.
- Erdin S, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sübjektif Unsurlar Sorunu* (1. Baskı, Adalet 2021).
- Erem F, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (1. Cilt)* (Seçkin, 1993).
- Erman RB, 'Yanılgının Ceza Sorumluluğuna Etkisi' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006).
- Feinberg J, 'Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life' (1978) 7(2) Philosophy and Public Affairs 93-123.
- Fletcher GP, 'The Nature of Justification' in Stephen Shute et. al. (eds), *Action and Values in Criminal Law* (Clarendon Press, 2003) 175-186.
- Fletcher GP, *Rethinking Criminal Law* (Oxford University Press 2000).
- Göktürk N, 'Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?' (2015) 10(27) Ceza Hukuku Dergisi 7-28.
- Göktürk N, 'Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği' (2014) 9(26) Ceza Hukuku Dergisi 7-30.
- Göktürk N, 'Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon' (2016) 7(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407-450..
- Göktürk N, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi* (1. Baskı, Seçkin 2016).
- Greenawalt K, 'The Perplexing Borders of Justification and Excuse' (1987) 84(8) Columbia Law Review 1897-1927.
- Günel İ, *Tıbbi Müdahaleye Rıza* (1. Baskı, Seçkin 2018).
- Gündüz R, *Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (2. Baskı, Bilge Yayınevi 2017).
- Güngör D, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata* (1. Baskı, Yetkin 2007).
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (5. Baskı, Us-a Yayıncılık 2016)
- Hafizoğulları Z, 'Beşeri Cinsellik ve Yeni Ceza Kanunu' <<http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2023.

- Hafizoğulları Z, Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Us-A Yayıncılık 2021).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Adalet 2017).
- Hohfeld WN, 'Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning' (1913) 23(1) *The Yale Law Journal*, 16-59.
- Husak D, 'Justifications and the Criminal Liability of Accessories' (1989) 89(2) *The Journal of Criminal Law and Criminology* 491-520.
- İba H, "'Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır" Önermesinin Doğruluk Değeri' (2022) 5(2) *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 762-787.
- İba H, 'Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022).
- İba H, 'Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılmasının Hukuki Niteliği' (2022) 26(2) *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 619-671.
- Kangal ZT, 'Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza' (2011) 15(4) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 223-251.
- Kantarci N, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (1. Baskı, Adalet 2016).
- Karakurt A, 'Türk Ceza Kanunu'nda Hata' (2009) 4(10) *Ceza Hukuku Dergisi* 109-155.
- Kartal PM, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı* (1. Baskı, DR Yayınları 2014).
- Kayhan İ, Sokullu Akıncı F, Özgenç İ, Sözüer A, Mahmutoğlu FS ve Ünver Y, *Suç Teorisi* (2) (3. Baskı, Beta 2003).
- Keyman S, 'Tipiklik ve Ceza Hukuku' (1980) 37(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59-105.
- Kılıç AŞ, 'Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin 2022).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Adalet 2022).
- Koca M, Bozkurt Ö, Acar İ, 'Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu' iç Mahmut Koca (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan* (Seçkin, 2020) 633-669.
- Kocaoğlu S, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105)* (1. Baskı, Yetkin 2016).
- Koç Z, 'Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği ve Görünüş Şekilleri' 2021) 25(4) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 573-612.
- Koç Z, 'Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi' (2020) 15(42) *Ceza Hukuku Dergisi* 229-273.
- Kunter N, *Suçun Kanuni Unsurları* (Köksal Bayraktar v.d.) (2. Baskı, Der Yayınları 2022).
- Mahmutoğlu FS ve Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (2. Baskı, Beta 2021).
- Malkoç İ, *Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları* (1. Baskı, Malkoç Kitabevi 2005).
- Meraklı S, *Ceza Hukukunda Kusur* (1. Baskı, Seçkin 2017).
- Mullins R, 'Moral Conflict and the Logic of Rights' (2020) 17(3) *Philosophical Studies* 633-651.
- Opalek K, 'Norm and Conduct, the Problem of the 'Fulfillment' of the Norm', (1971) 14(53-54) *Logique et Analyse* 111-119.
- Ölmez G, 'Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisans Üstü Eğitim Merkezi 2020).
- Önder A, *Ceza Hukuku Dersleri* (Filiz Kitabevi, 1992).

- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2022).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022).
- Özcan AMT, 'Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018).
- Özen M, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (2. Baskı, Adalet 2017).
- Özen M, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa* (1. Baskı, Seçkin 1995).
- Özgenç İ, 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi' (2020) 24(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251-288.
- Özgenç İ, 'Cinsel Suçlar' (2020) 24(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257-283.
- Özgenç İ, 'Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)' (1996) 5(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan) 443-454.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Gazi Şerhi* (3. Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2006).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2022).
- Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Baskı, Seçkin 2022).
- Pakır Y, *Cinsel Saldırı Suçu* (1. Baskı, Adalet 2018).
- Parlar A ve Banko M, *Cinsel Suçlar* (1. Baskı, Adalet, 2014).
- Robinson PH, *Criminal Law Defenses Vol. 1* (West Publishing, 1984).
- Ross A, *Directives and Norms* (1st edition, Routledge and Kegan Paul 1968).
- Selçuk S, 'Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Görevlerin/Yükümlülüklerin Çatışması ve Yargıtay Kararları' (2010) 5(45) Terazi Hukuk Dergisi 87-104.
- Sevük HY, '6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2015) 3(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 120-145.
- Shafer-Landau R, 'Specifying Absolute Rights' (1995) 37(4) Arizona Law Review 209-225.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Yetkin 2016).
- Stewart H, 'The Role of Reasonableness in Self-Defence' (2003) 16(2) Canadian Journal of Law and Jurisprudence 317-336.
- Stolpe A, 'A Theory of Permission Based on the Notion of Derogation' (2010) 8(1) Journal of Applied Logic 97-113.
- Şahin ME, *Ceza Hukukunda Rıza* (1. Baskı, On İki Levha 2012).
- Şare E, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası' (2019) 21(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 977-1023.
- Tahir T, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (Ahmet Sait Matbaası 1949).
- Taner FG, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Baskı, Seçkin 2017).
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Baskı, Seçkin 2022).
- Thomson JJ, *The Realm of Rights* (1st edition, Harvard University Press 1990).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım*. (26. Baskı, Savaş Yayınevi 2021).
- Tulay ME, 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi' (2020) 8(16) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 507-524.
- Tulay ME, *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata* (1. Baskı, Adalet 2022).
- Tunç K, *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata* (1. Baskı, Adalet 2020).

- Ünver Y, 'Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi' iç *II. Türkiye - Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu* (Seçkin 2013).
- Ünver Y, 'Türk Tıp Hukukunda Rıza' (2006) 3(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 227-288.
- Üzülmez İ, 'Çocukların Cinsel İstismarı Suçu' (2009) 4(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25-42.
- Welzel H, 'Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als Legislatisches Problem' (1955) 67 (2) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 196-228.
- Yaşar O, Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* 3. Cilt (2. Baskı, Adalet 2014).
- Yurtcan E, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar* (5. Baskı, Seçkin 2021).

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013/9-104 Esas, 2014/216 Karar ve 29.4.2014 Tarihli Kararı Çerçevesinde Türk Ceza Kanununun 85'inci Maddesinin İkinci Fıkrası Özelinde Ortaya Çıkan Hukuki Sorunların Değerlendirilmesi

Evaluation of Legal Problems Emerging in Terms of Second Paragraph of the Article 85 of the Turkish Criminal Code in the Framework of the Decision of General Assembly for Criminal Chambers of the Court of Cassation Numbered 2013/9-104 and 2014/216 Dated 29.4.2014

Sercan TOKDEMİR* 

ÖZ

Taksirle öldürme suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) md 85/2'de taksirli bir fiille birden fazla kişinin ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olan failin birinci fıkraya nazaran daha fazla ceza ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Doktrinde söz konusu hükmün hukuki niteliği tartışılmıştır. Yargıtay CGK, 2013/9-104 Esas, 2014/216 Karar ve 29.4.2014 tarihli kararda oy çokluğu ile TCK md 85/2'de bahsi geçen suçların (taksirle öldürme ve taksirle yaralama) neticelerinin ikiye bölünerek TCK md 22/6'daki şahsi cezasızlık sebebinin bunlardan yalnızca biri hakkında uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Aksi görüşte olan kurul üyeleri ise taksirli hareketi neticesinde eşinin ölümüne ve altı kişinin yaralanmasına neden olan failin taksirle öldürme suçu bakımından şahsi cezasızlık sebebinin uygulanarak cezalandırılmaması ve şikâyetin gerçekleştiği yaralama suçundan cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

TCK md 85/2'de kanun koyucu bileşik suç benzeri bir duruma yer vermiştir. Hükümde bahsi geçen suçların yeniden bağımsız suç tipleri olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığından hükmün bir bütün olarak uygulanması gerekir. Aksi yönde bir uygulama hem kanun koyucunun hükmü koyma amacına aykırı olur hem de adaletsiz sonuçların doğmasına neden olur. Bu nedenle şahsi cezasızlık sebebine ilişkin hükmün taksirle yaralama suçu bakımından şikâyet şartı gerçekleşmediğinden bahisle sadece taksirle öldürme bakımından uygulanmasının yerinde bir uygulama olmadığı düşüncesindeyiz. Çalışmada mezkûr karar tahlil edilerek karardaki ve doktrindeki tartışmalar ışığında TCK md 85/2'nin hukuki niteliğinin ortaya konulması ve bu bağlamda TCK md 85/2'nin taksirle işlenen suçlarda şahsi cezasızlık sebebi bakımından uygulanabilir olup olmadığı sorununun çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Taksirle öldürme, taksirle yaralama, şahsi cezasızlık sebebi, şikâyet, bileşik suç benzeri hüküm

* Dr. Öğr. Üyesi, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-9749-688X.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Sercan TOKDEMİR

E-posta/E-mail: sercan.tokdemir@gop.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 09.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 01.06.2023

ABSTRACT

The perpetrator who causes the death of more than one person, or the injury of more than one person together with the death of one or more persons by an act of negligence shall be punished more than that in the first paragraph according to the article 85/2 of the Turkish Criminal Code numbered 5237, in which the crime of killing by negligence is regulated. The legal nature of the aforementioned provision has been discussed in the doctrine. General Assembly for Criminal Chambers of the Court of Cassation has concluded in its majority decision numbered 2013/9-104 and 2014/216 dated 29.4.2014 that it is not possible to consider these crimes separate and apply personal impunity regulated in art 22/6 for only negligent homicide or negligent injury. However, the defendant, whose negligent act caused his wife's death and six people to be injured, should not be punished by applying personal impunity for the crime of negligent homicide and should be punished for the crime of injury on which the complaint was made. The legislator has included a compound crime-like situation within article 85/2. It is not possible to re-evaluate the crimes in the aforesaid provision as independent crimes, and the provision must be applied as a whole. A reverse practice will both be against the purpose of the legislator to make legislation and cause unfair results. Therefore, our thought is that it is not an appropriate practice to apply the provision regarding personal impunity only in terms of negligent homicide, mentioning that the complaint is not met for the crime of negligent injury.

In the paper, it is aimed to analyse the aforementioned decision, to reveal the legal nature of art 85/2 in the light of the debates on the decision in the doctrine, and to resolve the issue of whether art 85/2 is applicable in terms of personal impunity in negligent crimes.

Keywords: Negligent homicide, negligent injury, personal impunity, complaint, compound crime-like provision.

GİRİŞ

Taksirle öldürme suçu TCK'nin "Taksirle Öldürme" kenar başlıklı 85'nci maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi iki yıldan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İkinci fıkrada kanun koyucu, işlediği taksirli fiille birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olan failin iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını öngörmüştür. Hükümden anlaşılacağı üzere taksirli bir fiille ölüm ve/veya yaralama şeklinde birden fazla netice gerçekleşebilir. Bunun tipik örneğini trafik kazaları oluşturmaktadır. Örneğin trafikte seyir halinde olan bir aracın şoförü dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmek suretiyle sebep olduğu bir trafik kazasında birden fazla kişinin ölümüne ve/veya yaralanmasına neden olabilir. Ölen ve/veya yaralananlar arasında failin bir yakını olabileceği gibi tanımadığı kişiler de olabilir. Bu durumda, şahsi cezasızlık sebebine ilişkin TCK md 22/6'nın, TCK md 85/2 bakımından uygulanabilir olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Gerek doktrinde gerekse uygulamada bu husus tartışma konusu olmuştur.

TCK md 85'in uygulanması ile ilgili sadece TCK md 22/6'da düzenlenen şahsi cezasızlık sebebi bakımından sorun çıkmamaktadır. Şikâyet, uzlaştırma, madde bakımından görevli mahkemenin belirlenmesi gibi çeşitli sorunlar da gündeme gelmektedir. Bahsi geçen bu sorunların hükmün hukuki niteliği ile ilgili olduğunu belirtmek gerekir. Doktrinde özellikle şikâyet kurumu bakımından düzenlemenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar yapılmaktadır. Bundan dolayı şikâyet kurumu

bakımından sorunun ayrıca ele alınması önem arz etmektedir. Doktrinde TCK md 85/2'nin hukuki niteliğine dair çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Birinci görüş, maddenin ikinci fıkrasındaki durumun birinci fıkrasındaki taksirle öldürmenin nitelikli hali olduğu görüşüdür. Soruna ilişkin ileri sürülen ikinci görüş, ikinci fıkradaki durumun birinci fıkradaki taksirle öldürmenin taksirli suçun neticesi sebebiyle ağırlanmış hali olduğu görüşüdür. Üçüncü görüş, ikinci fıkradaki durumun kendine özgü bir bileşik suç olduğunu ileri sürerken dördüncü görüş, ikinci fıkradaki durumun taksirle öldürme suçuna ilişkin özel bir içtima hali olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca TCK md 85/2'nin taksirle öldürme suçunun hem nitelikli hali hem de özel bir içtima düzenlemesi olduğu şeklinde karma bir görüş de bulunmaktadır.

Çalışmada Yargıtay kararına konu somut olay, çözümlenmesi gereken hukuki sorunlar ve merci kararları başlıkları altında kararın tahlili yapılacaktır. Karara ilişkin yapılacak değerlendirmeler kapsamında öncelikle taksire ilişkin genel bilgiler verilecektir. Bu çerçevede taksirli suçlarda kusur ve şahsi cezasızlık sebebine ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Daha sonra, TCK md 85/2'de düzenlenen hükümün hukuki niteliğine ilişkin doktrindeki tartışmalara yer verilecektir. TCK md 22/6'da düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu hüküm bağlamında uygulanabilirliği sorunu ele alınacaktır. Tahlil ettiğimiz Yargıtay CGK kararı bağlamında 85'inci maddede düzenlenen taksirle öldürme ve yaralama suçlarının ayrıca düzenledikleri suç tipleri bakımından bağımsız olarak tekrardan değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve 22'nci maddedeki şahsi cezasızlık sebebine ilişkin hükmün her birisi için ayrı ayrı uygulanabilir olup olmadığı sorularının cevapları aranacaktır. Kararın içeriğinden hareketle, somut olay eski kanun döneminde meydana geldiği için çalışmanın konusu bağlamında ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasına dair açıklamalar yapılacaktır.

I. KARARA KONU SOMUT OLAY

Yargıtay CGK'nin, 2013/9-104 Esas ve 2014/216 Karar, 29.4.2014 tarihli kararına konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir: E sınıfı sürücü belgesine sahip ve olay günü alkolsüz olan fail, üzerinde eşi ile birlikte on kişinin bulunduğu halk arasında patpat olarak tabir edilen ve trafiğe elverişli olmayan motorlu araçla, iki yönlü, yedi metre genişliğinde, görüşün açık olduğu yolda seyir halinde yoluna devam ederken arkasından gelmekte olan minibüse yol vermek amacıyla sağa yanaşmıştır. Fail sağa yanaşırken aracının tekerlerinin yol kenarında bulunan bir taşa çarpması nedeniyle direksiyon hâkimiyetini kaybetmiş ve şarampole yuvarlanmıştır. Kaza sonucu failin eşi ölmüş, kendisi basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte yaralanmıştır. Mağdurlardan H. A., R. A., T. A., S. T. isimli kişiler üçer gün, F. A. hayati tehlike geçirecek şekilde kırk beş gün işe gitmesine engel teşkil edecek şekilde yaralanmışlardır. Fakat hiçbirisi sanıktan şikâyetçi olmamıştır. A. T. ise altı ay mutad iştigaline engel olacak şekilde ayak bileğinde açık kırık meydana gelmiş, on sekiz ayda iyileşecek ve uzuv tatiline sebebiyet verecek nitelikte yaralanmıştır. Sanıktan şikâyetçi olan A. T. sanıktan şikâyetçi olmuş ve kamu davasına katılmıştır.

II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUNLAR

Yargıtay CGK'nin kararında çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, trafik kazası neticesinde eşinin ölümü ile biri şikâyetçi olmak üzere altı kişinin yaralanmasına neden olan fail hakkında TCK md 22/6'nın uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir. Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Yargıtay CGK tarafından çözümlenmesi gereken söz konusu uyuşmazlık bağlamında kararda tartışılması gereken iki sorun bulunmaktadır. Birincisi, TCK md 85/2'de düzenlenen suçun "taksirle yaralama" ve "taksirle öldürme" şeklinde bölünüp bölünemeyeceği sorundur. Bu bağlamda, hükmün (TCK md 85/2) hukuki niteliğinin belirlenmesi önemlidir. Kararda asıl tartışılan ve çözüme kavuşturulması gereken ikinci sorun ise, hükmün bölünüp bölünemeyeceğine bağlı olarak TCK md 22/6'da düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin uygulanıp uygulanamayacağına tespit edilmesine ilişkindir.

III. MERCİ KARARLARI

A. ALAPLI ASLİYE CEZA MAHKEMESİ VE YARGITAY 2. CEZA DAİRESİ KARARLARI

Alaplı Asliye Ceza Mahkemesi, 1.3.2001 tarih ve 142-29 sayılı kararıyla 765 sayılı TCK md 455/2 ve md 59 uyarınca sanığın taksirle yaralama ve ölüme neden olma suçlarından 3 yıl 4 ay hapis ve 50 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına ve 2918 sayılı Kanun'un 119. maddesi uyarınca sürücü belgesinin bir yıl süreyle geri alınmasına hükmetmiştir.

Alaplı Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararının sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 1.4.2002 tarih ve 37740-5385 sayılı kararı ile *"...sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir, ancak; yolcu taşımaya müsait bulunmayan patpat denilen araca binen ölen ve mağdurların da kusurlu olabilecekleri nazara alınarak Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesinden rapor alınıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi..."* gerekçesinden hareketle kararı bozmuştur.

Alaplı Asliye Ceza Mahkemesi, 29.11.2002 tarih ve 69-189 sayılı kararı ile bozmaya uymuş ve eski TCK md 455/2¹, md 455/3² ve md 59/2³ uyarınca sanığın 2 yıl 6 ay hapis ve 37,50 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, 2918 sayılı Kanunu md 119/2 gereğince sürücü belgesinin bir yıl süreyle geri alınmasına hükmetmiştir. Sanığın kararı temyiz etmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 8.6.2005 tarih ve 22284-11105 sayılı kararı ile *"...hüküm tarihinden sonra*

- 1 765 sayılı TCK md 455/2: *"Eğer fiil bir kaç kişinin ölümünü mucib olmuş veya bir kişinin ölümüyle beraber bir veya bir kaç kişinde mecruhyetine sebebiyet vermiş ve bu yaralanma 456 ncı maddenin ikinci fıkrasında beyan olunan derecede bulunmuş ise iki nedenden sekiz seneye kadar hapis ve iki yüz liradan aşağı olmamak üzere ağır cezayı nakdiye mahkûm olur."*
- 2 765 sayılı TCK md 455/3: *"Her kim katil kastıyla olmaksızın bir kimseye cismen eza verir veya sıhhatini ihlale yahut akli meleklerinde teşevvüş husulüne sebep olursa bir aydan bir seneye kadar hapsolünür."*
- 3 765 sayılı TCK md 59/2: *"Bir kimse işlemeği kast ettiği cürmün icrasına taallük eden bütün fiilleri ikmal etmiş fakat ihtiyarında olmayan bir sebepten dolayı o cürüm meydana gelmemiş ise kanunda yazılı olmayan yerlerde fiil, idam ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde müteşebbis hakkında on seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis ve müebbet sürgün cezasını müstelzim olursa beş sene ağır hapis cezası hükümlenir. Sair hallerde o cürüm için verilecek cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükümlenir."*

yürürlüğe giren TCK md 7 ve 5252 Sayılı Kanun md 9 uyarınca sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması..." gerekçesinden hareketle hükmün, yeni kanuna göre yeniden değerlendirilmek üzere, bozulmasına karar vermiştir.

Sanığın üzerine atılı suçun (TCK md 85/2) ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar kapsamına alınması sebebiyle Alaplı Asliye Ceza Mahkemesi, 8.11.2005 tarih ve 230-191 sayılı kararı ile görevsizlik kararı vermiş ve dosyayı Zonguldak 1. Ağır Ceza Mahkemesi'ne göndermiştir.

B. ZONGULDAK 1. AĞIR CEZA MAHKEMESİ VE YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ KARARLARI

Zonguldak 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 25.7.2008 tarih ve 20-126 sayılı kararı ile sanığın TCK md 89/1, 2-b, md 62 ve 51 uyarınca taksirle yaralama suçundan cezalandırılmasına ve cezanın ertelenmesine karar vermiştir. Söz konusu kararın sanık müdafii ile katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2.7.2009 tarih ve 1899-7709 sayılı kararı ile "...yerinde görülmeyen sair itirazların reddine, ancak; 1 -) 5237 Sayılı TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanabilmesi için taksirli hareket sonucu neden olunan neticenin, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması gerekmekte olup sanığın eylemi sonunda eşinin öldüğü, yaralananlardan katılanın şikâyetçi olduğu, bu itibarla maddede öngörülen koşulların oluşmaması sebebiyle uygulanamayacağı, sanığın eyleminin 765 Sayılı TCK'nın 455/2 ve 5237 Sayılı TCK'nın 85/2. maddelerinde tanımlanan suçu oluşturacağı, lehe yasa değerlendirmesinin ve sanığın hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, fiil sonuçları yönünden iki ayrı suç kabul edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi, 2-) kabule göre de; katılanın uzuv tatiline uğrayacak şekilde yaralandığının anlaşılması karşısında 5237 Sayılı TCK'nın 89/3-b maddesi yerine 89/2-b maddesinin uygulanması suretiyle sanığa eksik ceza tayini..." gerekçelerinden hareketle kararı bozmuştur.

Zonguldak 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 14.4.2010 gün ve 187-68 sayılı kararı ile Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2 numaralı bozma nedenine uymuş, ancak "...somut olayda sanığın taksirli hareketiyle eşinin ölümü, katılan ve diğer mağdurların yaralanmasına neden olduğu, diğer mağdurların şikâyetçi olmaması, ölenin sanığın eşi olması, olayın oluş şekli, sanığın eşini kaybetmesi dikkate alınarak kişisel ve ailevi durumu bakımından cezaya hükmedilmesinin mağdur olmasına yol açacağına karar verilip, taksirle ölüm yönünden cezalandırılması yoluna gidilmemiş, yalnızca katılana yönelik yaralama yönünden ceza tayin edilmiştir. TCK'nun 22 vd. maddelerinde eylemin bölünemeyeceğine dair hüküm yoktur. Gerek Yargıtay, gerekse mahkemelerin birçok uygulamalarında bilinçli taksir hariç taksirli suç sonucu ölümlerle birlikte yaralama da meydana geldiğinde şikâyetten vazgeçmeleri durumunda TCK 85/1. maddesine göre vasıflandırılmakta, eylem bölünebilmektedir. Dava konusu olayda sanığın taksirle ölüme ve yaralamaya neden olması karşısında taksirle ölüme neden olmaktan TCK'nun 22/6. maddesinin uygulanması, yaralama yönünden mahkûmiyet hükmü kurulmasına yasal bir engel olmadığı gibi bu uygulamanın yasa sistematığına ve hakkaniyete uygun düşeceği kanaatine varıldığından eşini öldürme suçundan ceza tayinine yer olmadığı, katılanı yaralama yönündense yaralamanın niteliğine göre uyulan bozma kararı uyarınca sanığın yalnızca taksirle yaralama suçundan cezalandırılması yoluna gidilmiştir..." gerekçelerinden hareketle 1 numaralı bozma nedenine karşı direnmiş ve nihayetinde sanığın taksirle yaralama suçundan mahkûmiyetine hükmetmiştir.

C. YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI TABLİĞNAMESİ VE YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARI

Zonguldak 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin direnme hükmü sanık müdafii ve katılan vekili tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 23.4.2012 tarih ve 13244 sayılı bozma talepli tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Daire Başkanlığı'na gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve aşağıda belirtilen gerekçelerle dosyayı karara bağlamıştır:

“Taksirle yaralama ve ölüme neden olma suçundan sanık hakkındaki yargılamada, C.G.K. çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; trafik kazası neticesi eşinin ölümü ve biri şikâyetçi olmak üzere altı kişinin de yaralanmasına neden olan sanık hakkında 5237 S.K. 22/6. M. uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir. Adli Tıp Kurumu raporuna göre, sanığın meydana gelen kazada 6/8 oranında kusurlu olduğu anlaşılmıştır. Ülkemizde, özellikle kırsal bölgelerde rastlandığı üzere taksirli suçlarda failin meydana gelen netice itibarıyla bizzat kendisi ve aile bireylerinin ağır derecede mağduriyete uğradıkları görülmektedir. Söz gelimi köylü kadınların gündelik uğraşları ve hayat zorlukları itibarıyla sayısı çok kere üç dörtten fazlasına varan küçük çocuklarına gerekli dikkati ve itinayı gösterememeleri sonucu çocukların yaralandıkları veya öldükleri görülmektedir. Aynı şekilde meydana gelen trafik kazalarında da benzer olaylara rastlanmaktadır. Bu gibi hallerde ananın taksirli suçtan dolayı kovuşturılmaya uğraması ve cezaya mahkûm edilmesi esasen suçtan dolayı evladını kaybetmesi sonucu uğradığı ızdırabı şiddetlendirmekle kalmamakta, ayrıca ailenin tümüyle ağır derecede mağduriyete düşmesine neden olmaktadır. Taksirli hareketi sonucu meydana gelen neticenin münhasıran failin şahsi ve ailevi durumu bakımından artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması halinde faile ceza verilmeme durumu bulunmaktadır. Bu şahsi cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi için somut olay açısından ayrıca değerlendirme yapılmak gerekir. Taksirle ölüme neden olma suçunun daha fazla cezayı gerektiren halinin düzenlendiği TCK'nin 85. maddesinin 2. fıkrasındaki suçun, aynı kanununun 22/6. maddesinin uygulanması açısından “taksirle yaralama” ve “taksirle ölüme neden olma” şeklinde ikiye bölünüp bölünemeyeceği hususunda ise birden ziyade kişinin ölümü ya da bir kişinin ölümüyle birlikte en az biri şikâyetçi olmak şartıyla bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi, taksirle ölüme neden olma suçunun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen suçta taksirli fiil tek olmakla birlikte, birden fazla kişinin ölümü ya da bir kişinin ölümüyle, en az biri şikâyetçi olmak şartıyla bir veya daha fazla kişinin yaralanması şeklinde meydana gelen iki sonuç cezalandırılmaktadır. TCK'nin 85/2. maddesinde, taksirle yaralama ve ölüm şeklinde netice ikiye bölünerek bunların biri hakkında TCK'nin 22/6. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Asli kusurlu olarak eşinin ölümü, biri şikâyetçi olmak üzere altı kişinin yaralanmasına sebebiyet veren sanığın, eşinin ölümü sebebiyle kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olduğu açık ise de olayda münhasıran kendisi ve ailesi dışında başkalarının da zarar gördüğü, mağdurlardan birisinin şikâyetçi olduğu ve üzerine atılı suçun bölünmesinin de mümkün olmadığı anlaşıldığından, hakkında 5237 Sayılı TCK'nin 22/6. maddesinde hüküm altına alınmış olan şahsi cezasızlık sebebinin uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Bu sebeple yerel mahkemenin direnme hükmü isabetli değildir.”

Bu şekilde Yargıtay CGK, katılan vekilinin temyiz itirazlarının kabul edilmesine, “...taksirli hareketi neticesi asli kusurlu olarak eşinin ölümü ve katılanın yaralanmasına neden olan sanık hakkında TCK

md 22/6'nın uygulanamayacağıının gözetilmemesi isabetsizliğinden..." hareketle Zonguldak 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin direnme kararının bozulması yönünde karar vermiştir.

D. YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARINA KARŞI OYLAR

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Zonguldak 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 14.4.2010 tarih ve 187-68 sayılı direnme hükmünün, taksirli hareketi neticesi asli kusurlu olarak eşinin ölümü ve katılanla birlikte toplam 6 kişinin yaralanmasına neden olan sanık hakkında taksirle ölüme ve yaralanmaya sebebiyet vermek suçundan hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesinin isabetsizliğinden bozulmasına ve dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine, 29.04.2014 tarihinde yapılan müzakerede oyçokluğu ile karar vermiştir. Ancak çoğunluk görüşüne katılmayan üç Genel Kurul Üyesi; "...birisi şikâyetçi olmak üzere toplam altı kişinin yaralandığı trafik kazası neticesi eşi de ölen sanık hakkında TCK'nin 22/6. maddesinin uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı ve yerel mahkeme hükmünün isabetli olduğu..." düşüncesinden hareketle karşı oy kullanmışlardır.

IV. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. TÜRK CEZA KANUNUNUN 85 NCİ MADDESİNİN İKİNCİ FIKRASININ HUKUKİ NİTELİĞİ BAĞLAMINDA HÜKMÜN "TAKSİRLE ÖLDÜRME" VE "TAKSİRLE YARALAMA" ŞEKLİNDE BÖLÜNÜP BÖLÜNEMEYECEĞİ SORUNU AÇISINDAN

1. Taksirle Öldürme Suçuna İlişkin Açıklamalar

a. Taksire İlişkin Açıklamalar

Taksirle öldürme suçunun⁴ düzenlendiği TCK md 85/1'e göre, "...taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Maddenin ikinci fıkrasına göre, "Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Tipik bir haksızlıktan bahsedebilmek için objektif unsurlara ek subjektif unsurların da gerçekleşmesi gerekir. Subjektif unsur, kişinin işlediği fiil ile olan manevi bağını ifade eder. Böyle bir bağ

4 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 224 vd; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. bs, Adalet Yayınevi 2022) 221 vd; Mehmet Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (20. bs, Adalet Yayınevi 2022) 190 vd; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 190 vd; Doğan Soyaşlan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. bs, Yetkin Yayınları 2020) 154–157; Ahmet Gökçen, "Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme (m. 85)" (2018) 4 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21, 21 vd; Ali Kemal Yıldız, "Taksirle Öldürme" (2013) 8 ERÜHFD, Doğan Soyaşlan Armağanı 257, 257 vd; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (Cilt: I)* (3. bs, Beta Yayınevi 2016) 99 vd. Alman hukukunda taksirle öldürme suçu hakkında Urs Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil I* (8. Auf, Nomos 2017), § 1, Rn 22. Eski TCK döneminde taksirle öldürme hakkında Faruk Erem, 'Adam Öldürme' 10 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33, 80 vd.

yoksa bir suçun işlendiğinden de söz edilemez.⁵ Taksirle öldürme suçundan dolayı bir kimsenin cezalandırılabilmesi için taksirli hareketin işlenmesi gerekir. Suç genel teorisinde taksire ilişkin esaslar bu suç tipi bakımından da geçerlidir. Ancak belirtmek gerekir ki taksirli suçlarda subjektif tipikliğin unsurları kabul edilmemekte mesele kusurluluk alanında değerlendirilmektedir.

Taksir⁶, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı suç teşkil eden bir davranışın kanuni tipte belirtilen neticesinin öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.⁷ Taksirden dolayı bir fiilin cezalandırılmasının temelinde hukuk normlarının ve ortak tecrübe kurallarının kişilere yüklediği

- 5 Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15 bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 147. Suçun subjektif (manevi) unsuru, tipik bir neticenin faile isnat edilebilirliğinin esasını oluşturur. Diğer bir ifadeyle, subjektif unsurun objektif unsura hayat veren bir özelliği vardır. Bkz Ali Emrah Bozbayındır, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları* (1. bs, Adalet Yayınevi 2018) 26. Kasten işlenen fiillerde olduğu gibi, taksirle işlenen fiillerde de taksir ve kusur birbirinden ayrılmakta ve taksirinin artık yalın bir kusur şekli olmadığı ve haksızlığın bir gerçekleştiriliş şekli olduğu, yani bir haksızlık şekli olduğu ileri sürülmüştür. Bkz İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 256; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* 192; Johannes Wessels, Werner Beulke und Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (48. Aufl, C F Müller 2018), § 18, Rn 927. Taksirin kusurun özel bir türü olmadığı hakkında bkz Eric Hilgendorf und Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım* (Salih Oktar tr, 1. bs, Yetkin Yayınları 2021), § 12, Rn 6. Alman hukukunda taksir salt anlamda bir kusur şekli değil, suçun özel bir şekli olarak kabul edilmektedir. Bkz Wessels, Beulke und Satzger, § 18, Rn 927. Taksirin çifte fonksiyonu olduğu kabul edilmektedir. ibid, § 18, Rn 928. Çifte bir ölçüte göre belirlenmesi görüşünde iki basamaklı bir değerlendirme yapılır. İlk olarak kanuni tipe ilişkin bir değerlendirme yapılır. Bu aşamada failin tipik fiil bakımından gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü göz ardı edip etmediği irdelenir. Bu, haksızlık kapsamında objektif unsur bakımından yapılan bir değerlendirmedir. İkinci aşamada kusurluluk bakımından bir değerlendirme yapılır. Bu aşamada tipik fiilin gerçekleştirilmesi bakımından kişinin şahsi kabiliyetlerine bakılarak şahsi olarak bu fiilin kendisinden beklenebilir olup olmadığı araştırılır. Bkz Hilgendorf und Valerius § 12, kn 6; Wessels, Beulke und Satzger § 18, Rn 929; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* 195.
- 6 Taksir, “kısaltma, bir işi eksik yapma, bir şeyi yapabilecek olmasına rağmen çekinip yapmama, kusur etme, günah” gibi anlamlara gelen Arapça bir kavramdır. Bkz Meral Ekici Şahin, ‘Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk (Konuşma Metni)’ (2017) 5 Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99, 100. Kavram, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde (TDK) “dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslekte acemilik veya düzene, buyruklara ve talimata uymazlıktan doğan kusurlu olma durumu” şeklinde tanımlanmıştır. Tanım için bkz < <https://sozluk.gov.tr/> > Erişim Tarihi: 20 Şubat 2023. Taksirin esasen “umursamazlık” demek olduğu ve suç işlemek istemeyen kişinin hukuk düzeninin gereklerine aldırış etmediği hakkında bkz Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 490. TCK md 22’nin fıkraları arasında kavram ve terim birliğinin olmadığı hakkında bkz Elvan Keçelioğlu, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kasıt ve Taksirine İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım’ [2009] TBB Dergisi 123, 129 vd. Kast-taksir sınırı hakkında bkz Wilhelm-Friedrich Schneider, *Strafrecht AT (Fälle)* (8. Aufl, Alpmann Schmidt 2019) 10–13. Anglosakson hukuk sistemlerinde taksir (*negligence/recklessness*) hakkında bkz Yasemin F Saygılar, ‘Anglo Amerikan Hukuk Sistemlerinde Taksirden Doğan Ceza Sorumluluğunun Esasları’ (2012) 4 Fasikül Hukuk Dergisi 14, 14 vd.
- 7 Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. bs, Adalet Yayınevi 2022) 233; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 490. Alman hukukunda kanunda taksirin tanımına yer verilmemiştir. Bu husus doktrine ve uygulamaya bırakılmıştır. Bkz Thomas Fischer, *Kommentar Strafrechtbuch Mit Nebengesetzen* (66. Aufl, C H Beck 2019), § 15, Rn 12; Mehmet Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. bs, Adalet Yayınevi 2022) 432. Doktrinde taksir, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla ilgili tipik fiilin işlenmesi olarak ifade edilmektedir. Alman Medeni Kanunu md 276/1-2’de “günlük hayatta gerekli özeni göstermeyen kişi taksirli hareket etmiştir” şeklinde bir açıklama yapılmak suretiyle taksir, özen yükümlülüğüne aykırılık” olarak tanımlanmaktadır. Tanım için bkz Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Aufl, W Kohlhammer 2019) § 28, Rn 987; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Frans Vahlen 2017), § 17, Rn 3; Nurten Öztürk, *Şirket Faaliyeti Sırasında İşlenen Suçlarda Şirket Yöneticilerinin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu* (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2021) 18.

“objektif özen yükümlülüğünün ihlali (*objektive Sorfaltpflichtverletzung*)”⁸ düşüncesi vardır.⁹ Kısacası, dikkat ve özen yükümlülüğünün temelinde hukuk normları ve ortak tecrübe kuralları vardır.¹⁰

Kasten işlenen haksızlıklarda yönlendirici irade, hukuk tarafından önemsenen neticeye, yani ilgili suçun kanuni tipinde tanımlanan neticeye yönelir. Taksirle işlenen haksızlıklarda¹¹ ise bu irade hukukun önem atfetmediği neticeye yönelmesine rağmen, kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmasından dolayı hukuken önem arz eden bir başka netice gerçekleşmektedir. Bu yüzden, taksirli haksızlıklarda hareketin iradiliği¹² söz konusudur. Belirtmek gerekir ki, taksirli hareketin icrai veya ihmali¹³ şekilde gerçekleşmesi mümkündür.¹⁴

TCK'nin “Taksir” kenar başlıklı md 22/1'de¹⁵ taksirin suçun istisnai bir sübjektif unsuru olduğu “*taksirle işlene fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*” ifadeleriyle belirtilmiştir. Suçun sübjektif unsurlarından biri olan kastı düzenleyen TCK md 21/1'deki “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” ifadelerinden de hareketle kast ve taksire dayalı sorumluluğun istisna ilişkisi içinde düzenlendiğini söylemek mümkündür.¹⁶ Alman hukukunda da benzer yönde bir düzenleme vardır. Alman Ceza Kanunu (ACK) md 15'te yapılan düzenlemeye göre kanunda taksirli hareket açıkça cezalandırılmamışsa kasıtlı hareket olarak cezalandırılır.¹⁷ Dolayısıyla taksirden dolayı failin cezalandırılabilmesi için kanunda fiilin taksirli halinin cezalandırılabilmesine dair bir hükmün varlığı gerekir.¹⁸ Yani her taksirli hareket değil, kanunda tipikliği özel olarak düzenlenen

8 Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Aufl, C H Beck 2019), § 52, Rn 13 ff.

9 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 186. Taksirin hukuki esasına ilişkin ileri sürülen teoriler (klasik teori, neo-klasik teori ve modern öğretisi) hakkında bkz Heinrich (n 7) § 28, Rn 978-983a; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 197-199; Öztürk (n 7) 18-22. Taksirli suçların teorik yapısının iş kazaları bakımından değerlendirilmesi hakkında bkz Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, ‘Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler’ (2020) 147 Adalet Dergisi 239, 239 vd.

10 Ekici Şahin (n 6) 100.

11 Taksirli suçlarda failin yükümlülüğü ihmal etmesi hareketin haksızlığını artırabilir. Yükümlülük ihlalinin ağırlığı ve fiile ilişkin dikkatsizliğin derecesi haksızlığını arttırdığını belirleyen hususlardır. Açıklama için Bkz Bernd-Dieter Meier, *Strafrechtliche Sanktionen* (5. Auf, Hannover 2019) 200.

12 Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. bs, Adalet Yayınevi 2022) 499; Hakan Karakehya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. bs, Adalet Yayınevi 2022) 265-266.

13 Heinrich (n 7) § 28, Rn 988; Akbulut (n 12) 499. Doktrinde *Yurtlu*, TCK md 83, 88 ve 94'te düzenlenen ihmali suçların taksirli işlenemeyeceğini, bu suç tiplerinin taksirli ihmali davranışla işlendiğinde cezalandırılmasının kanunilik ilkesine (TCK md 2/1) ve taksirli fiillerin ancak kanunda açıkça belirtildiği hallerde cezalandırılması yönündeki hükmeye (TCK md 22/1) aykırı olduğunu, TCK md 83'ün gerekçesinde her ne kadar ihmali suretle öldürme suçunun taksirle işlenmesinin mümkün olduğu ifade edilmiş ise de kanundaki mevcut düzenlemeler dikkate alındığında teorik olarak bunun sorun teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Yazara göre TCK md 83'teki düzenlemenin yeni bir formülasyonla kanunun genel hükümlerine aktarılması (ACK'da olduğu gibi) veya madde metnine gerekçedeki gibi bu suçun taksirli halinin de cezalandırılabilmesi yönünde bir hükmün eklenmesi gerekir. Bkz Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 279 vd.

14 Özgenç (n 5) 257-258. Aynı yönde bkz Koca ve Üzülmüş, ‘Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler’ (n 9) 240.

15 Maddeye yönelik eleştiriler hakkında bkz Keçelioğlu (n 6) 127 vd.

16 Aynı yönde bkz Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 148; Özgenç (n 5) 256.

17 Fischer (n 7), § 15, Rn 12.

18 *ibid*, § 15, Rn 12; Rengier (n 8), § 52, Rn 1; Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 18, Rn 931.

fiiller cezalandırılır.¹⁹ Bu nedenle taksirle hırsızlık, mala zarar verme²⁰ ve hakaret gibi fiillerin cezalandırılabilmesi mümkün değildir.²¹ Bunun dışında dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali,²² dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden davranışın neticeye neden olması, bu davranış ile netice arasında nedensellik bağının bulunması, yani neticenin isnat edilebilmesi (yükümlülüğe aykırılık bağlantısı)²³ gerekir.²⁴ Taksirli suçların haksızlık içeriğini netice ve hareketin değersizliği belirler. Bu suçlarda tipik haksızlığın belirlenmesinde esasen üç husus önem arz etmektedir: Neticenin nedenselliği, objektif özen yükümlülüğünün ihlali ve neticenin objektif olarak isnadiyeti.²⁵

Taksirli suçlarda subjektif unsurların varlığı genel olarak kabul edilmemektedir. Failin özen yükümlülüğüne aykırı davranışını kişisel olarak öngörüp öngörmediği kusurluluk alanında incelenmektedir.²⁶ Taksirli suçlarda bu subjektiflik, işlenen fiil ile faili arasındaki iradi bağlantıyı gerektirir. Haksızlığın subjektif yönü “failin hareketini gerçekleştirerek bir neticeye yol açma iradesi” olarak ortaya çıkar ve “failin hareketini gerçekleştirerek zararlı ya da tehlikeli bir neticenin gerçekleşmesinden kaçınmaması” şeklinde gerçekleşir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak bir yayaya çarpmak suretiyle yaralama fiilini işleyen bir kimsenin esasen neticeye yönelen bir iradesinden bahsetmek mümkün değildir. Ancak fail, fiili işlemekten yine de çekinmemiş, yani bundan kaçınmamıştır. Yayanın yaralanmasına doğrudan yönelen bir iradesi olmasa bile fiili işlemekten kaçınması gereken hareketi gerçekleştirmediği için failin iradesi dış âleme yansımasıdır.²⁷

Taksir, genel anlayışa göre bilinçli ve bilinçsiz taksir şeklinde ikiye ayrılır.²⁸ TCK md 22/2’de bilinçsiz taksir, “...dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında

19 Thomas Dräger und Egbert Rumpf-Rometsch, *Die Fälle-Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Fall-Fallag 2019) 245.

20 Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da mala zarar verme suçunun taksirli hali cezalandırılmamıştır. Bkz Rengier (n 8), § 52, Rn 1.

21 Hilgendorf und Valerius (n 5) § 12, Rn 2; Karakehya (n 12) 269. Taksirli suçlar daha çok hayat ve vücut bütünlüğüne yönelik suçlar alanında düzenlenir. Malvarlığına karşı işlenen suçlar alanında taksirli suçlara çok sık rastlanılmaz. Bkz Heinrich (n 7) § 28, Rn 986.

22 Heinrich (n 7) § 28, Rn 1010; Fischer (n 7), § 15, Rn 16 ff.

23 Alman hukukunda taksirli haksızlıklarda nedensellik bağı yükümlülüğe aykırılık bağlantısı (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*) kavramı ile ifade edilir. Taksirden dolayı failin cezalandırılabilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ile neticeye neden olma arasında yükümlülüğe aykırılık bağının tespit edilmesi gerekir. Bkz Hilgendorf und Valerius (n 5) § 12, Rn 32-34; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 215-216; Artuk ve diğerleri (n 7) 455.

24 Taksirin unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 495 vd; Rengier (n 8), § 52, Rn 11 ff; Kühl (n 7), § 17, Rn 8 ff; Fischer (n 7), § 15, Rn 14 ff; Artuk ve diğerleri (n 7) 443 vd; Hakeri (n 7) 236-241; Özgenç (n 5) 256 vd; Akbulut (n 12) 498 vd; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 200 vd; Karakehya (n 12) 270 vd; Öztürk (n 7) 22-24; Dräger und Rumpf-Rometsch (n 19) 246-247.

25 Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 18, Rn 935 ff.

26 Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 201; karşı görüş için bkz Heinrich (n 7) § 28, Rn 1018.

27 Serkan Meraklı, ‘TCK M. 89 Işığında Taksirli Suçlarda Nitelikli Hallere Yer Verilmesinin Hareketin ve Neticenin Haksızlık İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi’ [2019] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 317, 321.

28 Akbulut (n 12) 492; Rengier (n 8), § 52, Rn 7, 8; Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 18, Rn 932; Kühl (n 7), § 17, Rn 42; Fischer (n 7), § 15, Rn 13, 14a; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 111; Karakehya (n 12) 275-276; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 502; Ekici Şahin (n 6) 100; Dräger und Rumpf-Rometsch (n 19) 245; Koray Doğan, ‘Kast, Taksir ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar’ (2014) 9 Ceza Hukuku Dergisi 225, 227. Somut olayda bilinçli-bilinçsiz taksir ayırımının yapılmasının bir anlamı olmadığı ve taksirli suçlarda failin en azından bilinçsiz taksirle hareket etmek suretiyle neticenin gerçekleşme rizikosunu öngörmemesinin yeterli olduğu hakkında bkz Rengier (n 8), § 17, Rn 43. Bilinçli-bilinçsiz taksir ayırımının kusurluluğun derecesinin belirlenmesinde bir etkisinin olmadığı

belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesi..."; üçüncü fıkrasında bilinçli taksir, "...kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi..." şeklinde tanımlanmıştır. Bilinçli taksir halinde failin cezası arttırılır.

Bilinçsiz taksirde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı fail tarafından suçun unsurlarının gerçekleşebileceği²⁹ öngörülmemektedir.³⁰ Bilinçli taksirde ise fail, suçun unsurlarının gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, gerçekleşmeyeceğine dair bir güvenle³¹ hareket etmektedir.³² Bilinçsiz taksirde fail, tipik fiilin gerçekleşebilme ihtimalini düşünmez. Bilinçli taksirde ise fail, "suçun konusu açısından somut tehlikenin gerçekleşebileceğini öngörmekle birlikte"³³ tehlikenin derecesini önemsememekten, kendi yeteneğini abartmasından veya şansına güvenmesinden dolayı tipik fiilin gerçekleşmeyeceğine dair güven beslemektedir.³⁴

b. Kusurluluğa İlişkin Açıklamalar

Taksirli suçlarda haksızlık ve kusur³⁵ birbirinden ayrılmaktadır.³⁶ Taksirli suçlarda ilk safhada özen yükümlülüğü bakımından bir değerlendirme yapılır. Özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin yapılan

hakkında bkz Meier (n 11) 200.

- 29 Doktrinde taksire ilişkin yapılan teorik açıklamalarda suçun sadece netice unsuru göz önünde bulundurulmaktadır. Taksir bakımından bunun yeterli olmadığını belirtmek gerekir. Suçun bütün unsurları taksir kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin, kasten öldürme suçunda gerçekleşen ölüm neticesi bakımından failin taksirle hareket edebilmesi mümkün olduğu gibi, suçun konusunun canlı bir insan olduğu konusunda da taksirle hareket edebilmesi mümkündür. Bkz Özgenç (n 5) 257. Aynı yönde bkz Akbulut (n 12) 486.
- 30 Fischer (n 7), § 15, Rn 13; Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 18, Rn 932; Rengier (n 8), § 52, Rn 7; Akbulut (n 12) 497.
- 31 Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 18, Rn 932. Yargıtay kararlarında da bu husus şöyle ifade edilmiştir: "...*olay tarihinde saat 21.00 sıralarında, sanığın sevk ve idaresindeki otomobil ile 7 metre genişliğinde, orta refüjle bölünmüş ve aydınlatmanın bulunmadığı düz asfalt yolda, düğün konvoyunun önünde seyrettiği sırada direksiyon hâkimiyetini kaybederek orta refüjde bulunan Ş.Ş. çarpamak suretiyle adı geçenin hayatını kaybetmesine neden olduğu olayda; mahal sınırlarının çok üzerinde bir hızla seyir hâlinde olduğu anlaşılan sanığın, ilçe girişinde bulunan inşaat şantiyesi civarındaki olay yerinden geçebilecek yayalara çarpabileceğini öngörmesine karşın şoförlük yeteneğine, şansına ve yayaların kendisini fark ederek tedbirli ve dikkatli davranacağına güvenererek istemediği neticeye neden olduğu kazada bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir.*" (Yargıtay CGK, E 2018/670, K 2018/93, 13.03.2018). Karar için bkz Abdulhalik Yıldız, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2015-2020) 1'nci Cilt* (1. bs, Türkiye Adalet Akademisi 2020) 82. "...*sollama yaşağının bulunduğu yolda önünde konvoy bulunmasına ve karşı şeritten gelen araçları görmemesine rağmen şerit ihlalinde bulunan sanığın, neticeyi öngördüğü hâlde şoförlük yeteneğine, şansına ve karşı yönden gelenlerin kendilerini koruma konusunda dikkatli davranacağına güvendiği, böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek öngördüğü, ancak istemediği neticeye neden olduğu ve eylemini bilinçli taksirle gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.*" (Yargıtay CGK, E 2016/814, K 2016/92, 23.02.2016).
- 32 Rengier (n 8), § 52, Rn 7; Fischer (n 7), § 15, Rn 13; Hilgendorf und Valerius (n 5) § 12, Rn 3; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 111-112; Akbulut (n 12) 494-495; Öztürk (n 7) 227.
- 33 Dräger und Rumpf-Rometsch (n 19) 245; Fischer (n 7), § 15, Rn 14a.
- 34 Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 232; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 111-112; Artuk ve diğerleri (n 7) 464, 466. Bilinçli taksir, olası kast ile olan farkı bakımından önem arz eder. Asıl olan fiilin bilinçsiz taksirle işlenmesidir. Bkz Rengier (n 8), § 52, Rn 8.
- 35 Ceza hukukunda "fiil olmaksızın haksızlık olmaz, haksızlık olmaksızın kusur olmaz, kusur olmaksızın da ceza olmaz" kuralı geçerlidir. Ceza sorumluluğunun temelini kasten veya taksirle işlenen bir haksızlık oluşturur. Bkz Koca ve Üzülmöz, "Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler" (n 9) 240. Kusurun suç teorisi içindeki yeri hakkında detaylı bilgi için bkz Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Aufl, De Gruyter 1991), Abs 17, Rn 1 ff.
- 36 Artuk ve diğerleri (n 7) 462.

objektif değerlendirme taksirin haksızlık muhtevasına dair bir aşamadır. İkinci safhada yapılan subjektif değerlendirme kusurluluğa ilişkin değerlendirme olup bu aşamada failin şahsi nitelikleri göz önünde bulundurulur.³⁷

Taksirli suçlarda suçun unsurlarının gerçekleştiğinin tespitinden sonra failin işlenen fiilden dolayı kusurlu olup olmadığı, yani kusur yeteneğinin yanı sıra özene uygun davranışın beklenebilirliğinin araştırılması gerekir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak taksirle bir haksızlık gerçekleştiren bir kimse işlediği bu haksızlık nedeniyle kınanabilirse cezalandırılabilir. Kusur yeteneği bulunmayan bir kimsenin taksir alanında da kusurlu hareket ettiğinden bahsedilemez. Kasten işlenen suçlardan farklı olarak taksirle işlenen suçlarda kusurluluk alanında yapılacak değerlendirmede failin “kişisel olarak yapabilirlik kabiliyeti” ile “özene uygun davranışın failden beklenebilirliği”,³⁸ yani subjektif olarak özen yükümlülüğünün ihlali (*subjektive Sorgfaltspflichtverletzung*)³⁹ hususlarının göz önünde bulundurulması gerekir.⁴⁰ Kusurluluk aşamasında objektif özen yükümlülüğünün kişisel olarak isnadiyetinden bahsedilir.⁴¹

Taksirli fiili işleyen failin, işlediği bu haksızlık bakımından “şahsi yetenekleri (*personliche Fähigkeiten*)”,⁴² algılama seviyesi, bilgi düzeyi, deneyimleri, yaşı ve içinde bulunduğu koşulları itibarıyla objektif olarak mevcut bulunan özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve bunu yerine getirebilecek durumda olması gerekir.⁴³ Fail, buna rağmen özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle suçun kanuni tanımında belirtilen neticeyi gerçekleştirirse işlediği bu haksızlık nedeniyle kusurlu telakki edilecektir. Bir diğer ifadeyle neticenin kişisel olarak fail tarafından öngörülebilirliği kusurluluğun tayininde dikkate alınacaktır.⁴⁴ Kişisel olarak öngörülmesi ve önlenmesi mümkün bir netice ortaya çıkmışsa özen yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilir ve fail kusurlu addedilir.⁴⁵ Dikkat ve özen yükümlülüğünün fail tarafından algılanabilir olması, yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi nedeniyle gerçekleşen neticenin “objektif olarak öngörülebilir (*objektive Voraussehbarkeit des Erfolgs*)”⁴⁶ olması anlamına gelir. Dolayısıyla failin dikkat ve özen yükümlülüğünün varlığını ve içeriğini algılayabilecek ve bu doğrultuda hareket edebilecek vaziyette olması gerekir.⁴⁷ İstisnai olaylarda, failin yapamayacağını bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen risk teşkil eden bir

37 Öztürk (n 7) 99; Artuk ve diğerleri (n 7) 463; Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 18, Rn 975.

38 Artuk ve diğerleri (n 7) 464.

39 Kühl (n 7), § 17, Rn 8 ff; Dräger und Rumpf-Rometsch (n 19) 246.

40 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 229, 230.

41 Kühl (n 7), § 17, Rn 90.

42 ibid, § 17, Rn 90; Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 18, Rn 975.

43 Özgenç (n 5) 274; Öztürk (n 7) 99; Ekici Şahin (n 6) 100; Rengier (n 8), § 52, Rn 83. Yargıtay da taksir alanında failin kusurluluğunun aynı esaslardan hareketle tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir (Yargıtay CGK, E 1986/9-427, K 1986/106, 10.03.1986). Karar için bkz Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 230. Ayrıca bkz TCK'nin 4'üncü maddesinin gerekçesi.

44 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 230.

45 Heinrich (n 7) § 28, Rn 1023, 1024.

46 Kühl (n 7), § 17, Rn 40.

47 Özgenç (n 5) 273–274.

yükümlülüğü üstlenmesi zaten taksir olarak kabul edilir. Yükümlülük ihlalinin derecesi, failin kişisel kabiliyetlerine dayalı olarak yükümlülük ihlalinden ne kadar kaçınabildiğine bağlıdır.⁴⁸

Bunun yanında dikkat ve özen yükümlülüğünün fail tarafından beklenebilir,⁴⁹ yani yerine getirebilme imkânının olması gerekir. İmkânın yokluğu durumunda dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılması failden beklenilemez. Bu noktada failin şahsi özelliklerinin dikkate alınması gerekir.⁵⁰ Bu açıklamalar TCK md 22/4'te "*Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.*" şeklinde anlam bulmuştur.

Gerek yukarıda yapılan açıklamalar gerekse TCK md 22/4'teki mezkûr hüküm dikkate alındığında kusurluluğa ilişkin değerlendirme hâkim tarafından ve normatif olarak yapılabilir. Bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılmaz.⁵¹

Gerekçeden anlaşılacağı üzere, failin cezası kusurunun ağırlığı nispetinde belirlenir ve kusurluluğun matematiksel olarak ifade edilmesi mümkün değildir. Taksirli fiili işleyen failin kusuru hâkim tarafından normatif değerlendirmeye tabi tutulur ve nihayetinde kusurun ağırlığı ya da hafifliği dikkate alınarak cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmedilir. TCK md 22/4'te düzenlenen hükümlerle, 765 sayılı TCK'nin 455 ve 459'uncu maddelerine 17.06.1964 tarihinde 501 sayılı Kanunla eklenen ve muhtevasında taksirli öldürme ve yaralama fiillerinde cezayı kusurun derecesine göre 1/8 kadar indirme yetkisi veren düzenlemeden hareketle uygulamada ortaya çıkan kusurun matematiksel olarak ifade edilmesi yöntemine de son verilmiştir.⁵² Eski kanun döneminde uygulamada kabul gören ve taksirli suçlarda kusurluluk alanında 8/8 ile 1/8 üzerinden değerlendirme yapmanın artık hukuki bir dayanağı kalmamıştır.⁵³

Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi⁵⁴ raporunda failin meydana gelen kazada 6/8 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce raporda kusurun matematiksel olarak ifade edilmesi

48 Meier (n 11) 201.

49 Öztürk (n 7) 98. Ayrıca bkz Bkz Hilgendorf und Valerius (n 5) § 12, Rn 42, 43.

50 Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 231.

51 Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 7) 99. Madde gerekçesinde bu husus şu şekilde açıklanmıştır: "*Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirilmeye ancak olay hâkimi tarafından yapılabilir. Bu nedenle, taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak, normatif değerlendirmeyle hâkim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilir. Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeyle mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin ölümlü sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Keza, ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlal edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan herhangi bir arızasının olup olmadığının belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak, bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme, işin tekniği ile sınırlı olmalıdır. Bunun dışında, bilirkişi tarafından münhasıran hâkimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Aksi yöndeki tutum, bilirkişilik görevinin sınırını aşmayı ve hâkimin yerine geçmeyi ifade eder. Hâkim, bu teknik veriler çerçevesinde somut olayda failin kusurlu olup olmadığını takdir edecektir. Failin kusurlu bulunması durumunda, kusurun ağırlığı ve diğer sebepleri de göz önünde bulundurmak suretiyle suçun kanuni tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmedecektir.*"

52 Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 232.

53 Özgenç (n 5) 273–276.

54 Yeni kanun döneminde de kusurun oransal şekilde matematiksel olarak ifade edildiği mahkeme kararlarına rastlamak mümkündür. Örneğin Yargıtay CGK'nın E 2016/12-1418, K 2017/362, 4.7.2017 tarihli kararına konu olaya ilişkin dosyada Adli

TCK md 22/4 ve gerekçesi karşısında isabetli olmamıştır. Taksirle işlenen haksızlıklarda failinin kusuru sadece hâkim tarafından ve normatif olarak değerlendirilebilir.

c. Türk Ceza Kanununun 22'inci Maddesinin Altıncı Fıkrasında Düzenlenen Şahsi Cezasızlık Sebebine İlişkin Açıklamalar

TCK md 22/6'da taksirle işlenen suçlarda hem genel bir “şahsi cezasızlık sebebi”⁵⁵ hem de “cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep”⁵⁶ düzenlenmiştir.⁵⁷ Düzenlemeye göre, “taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.”

Tip Kurumu Trafik İhtisas Dairesi'nin raporunda “yola aniden iki atın girmesi sonucu direksiyon hâkimiyetini kaybederek karşı yöne girdiği anlaşılan sanığın, yeterli dikkat ve özeni göstermeyerek atlar nedeniyle aracı kaplamada tutacak şekilde tedbir almadığından %60 oranında asli derecede kusurlu olduğu, yola giren atların kazanın oluşumunda %40 oranında tali derecede etkili olduğu, diğer araç sürücülerinin ise kusurunun bulunmadığı” açıklamalarına verilmiştir. Karar ve değerlendirmesi için bkz ibid 277.

- 55 Şahsi cezasızlık sebebi, suçun işlenmesi esnasında mevcut olan ve failin işlediği fiilden dolayı cezalandırılmasını engelleyen sebeplerdir. Örneğin, TCK'nin 167'nci maddesinde malvarlığına karşı işlenen suçların belli akrabalar arasında işlenmesi bakımından şahsi cezasızlık sebepleri düzenlenmiştir. AY md 83/1'de düzenlenen milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu da bu kapsamda değerlendirilebilir. Şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde kişi cezalandırılmaz. Bu sebepler şahsa bağlı olduğu için sadece sebebin kendisinde mevcut olduğu kişi hakkında uygulanır. Bkz Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 378–379. Detaylı bilgi için bkz Zeynel T Kangal, ‘Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran Veya Azaltan Kişisel Nedenler’ (2011) 7 BÜHFD 38, 38 vd. Şahsi cezasızlık sebepleri ilgili suçun tipikliğinde (geniş anlamda tipiklik) bulunmakla birlikte haksızlık üzerinde etkisi olmayan sebeplerdir. Bkz Akbulut (n 12) 271. TCK'de şahsi cezasızlık sebeplerine yer verilen örnekler hakkında bkz Hakeri (n 7) 111; Akbulut (n 12) 271. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) 223/4-b hükmü gereği, fail hakkında beraat değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.
- 56 Cezayı kaldıran şahsi sebepler, suçun işlenmesi esnasında mevcut olmayan, suç işlendikten sonra ortaya çıkan ve faille ceza verilmemesini veya failin cezasında indirim yapılmasını sağlayan sebeplerdir. Örneğin, TCK md 221'de suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu bakımından düzenlenen etkin pişmanlık hali cezayı kaldıran şahsi bir sebep olarak değerlendirilebilir. Bu sebepler şahsa bağlı oldukları için sadece sebebin kendisinde mevcut olduğu kişi hakkında uygulanır. Bkz Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 379; Akbulut (n 12) 272. Ayrıca bkz Kangal (n 55) 38 vd. TCK'nin 38'nci maddesinin üçüncü fıkrasında azmettirenin belli olmaması halinde azmettirenin ortaya çıkmasını sağlayan fail ve şeriklerin cezasında indirim yapılması öngörülmüş ve bu şekilde cezada indirim yapılmasını sağlayan şahsi bir sebebe yer verilmiştir. Bkz Hakeri (n 7) 112; Sercan Tokdemir, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 69.
- 57 Özgenç (n 5) 283; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 239; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 244; Artuk ve diğerleri (n 4) 214–218; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 199; Artuk ve diğerleri (n 7) 469–474; Karakehya (n 12) 278; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 510; Ekici Şahin (n 6) 101. Aynı yönde bkz Kangal (n 55) 49. Hükümün cezaların bireyselleştirilmesi bölümüne alınabileceği önerisi için bkz Keçelioğlu (n 6) 134. Eski TCK'de bu şekilde failin düzenlenmenin olmadığı hakkında bkz Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 114. Doktrinde bunun cezayı kaldıran veya azaltan şahsi bir sebep olduğu görüşü hakkında bkz Özgenç (n 5) 283 dn 352. Alman hukukunda TCK'nin 22'nci maddesinin altıncı fıkrası gibi bir düzenlemeye yer verilmemiş ve fakat fail bakımından cezaya hükmedilmesinin gereksiz kılacak derecede ağır neticelerin gerçekleşmesi durumunda ACK md 60 uyarınca ceza vermektan vazgeçileceği kabul edilmektedir. Bkz Hakan Hakeri, ‘Türk ve Alman Hukuklarının Genel Kısımlarının Karşılaştırılması’ in Gunnar Duttge und Yener Ünver (edr), *Das Schuldprinzip des türkischen STGB im Spiegel des deutschen Strafrechts (Alman Ceza Hukuku Açısından TCK'nın Kusur İlkesi)-Band II*, vol 2 (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2013) 35. “Ceza Vermekten Vazgeçme” başlıklı ACK md 60 şu şekildedir: “Gerçekleştirdiği fiilin, failin kendisi üzerinde doğurduğu sonuçlar, fail hakkında bir cezaya hükmedilmesini açıkça yersiz kılacak kadar ağır ise, mahkeme ceza vermektan vazgeçer. Eğer fail gerçekleştirdiği fiil ile bir yuldan fazla hapis cezası hükmedilmesine neden olursa, bu hüküm uygulanmaz.”

Düzenlemeyle yakınının ölümüne neden olan taksirli bir fiilin failde yol açtığı üzüntü ve ıstırabın faili cezalandırarak daha da artmasının önüne geçmek amaçlanmıştır.⁵⁸

Örneğin, hatalı sollama yapması nedeniyle kullandığı aracın devrilmesi ve devrilme sonucunda araçtaki eşinin ve çocuklarının ölmesi ya da yaralanması sonucunda fail, kendisine ayrıca bir ceza verilmesini gerektirmeyecek derecede trafik ihlali neticesinde meydana gelen olayların yol açtığı ıstırabı manevi olarak çekmiştir. İşlediği taksirli fiilden dolayı faille ayrıca ceza vermek aileyi ağır derecede mağdur (ceza verilmesi ve cezanın infaz edilmesi durumunda evinin geçimini sağlayan tek kişi olduğu için ailenin geçiminin sıkıntıya girmesi veya çocukların anne ve babanın şefkatinden mahrum kalması gibi) edecektir.⁵⁹ Demek ki, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sonucu bir kimsenin, kendisinin yaralanmasına veya aile bireylerinden birilerinin yaralanmasına veya ölümüne sebebiyet vermesi mümkündür. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı trafik kazası sonucu kendisinin yaralanmasına ve eşinin ölümüne sebebiyet veren bir kimsenin taksirli hareketi sonucu ölüme sebebiyet vermekten dolayı ayrıca cezalandırılması o kişinin ailesi bakımından ikinci bir cezalandırmaya yol açabilir. Diğer bir ifadeyle fail ve aile üyeleri iki defa cezalandırılmış olur. Bu şekilde gerçekleşen olaylarda olayın şartlarını göz önünde bulundurmamak suretiyle taksirli hareket eden kişiye ceza verilip verilmemesi, eğer ceza verilecekse de cezada indirim yapıp yapılmaması konusunda hâkime takdir yetkisinin tanınması gerektiği ileri sürülmüştür.⁶⁰

Bahsi geçen hükmün kasten işlenen suçlar bakımından uygulanması mümkün değildir. Hüküm, taksirli suçlarla sınır olarak düzenlenmiştir.⁶¹ Tahlil ettiğimiz kararda hükmün uygulanabilmesi için taksirle işlenmiş bir suçun olması gerektiği vurgulanmıştır. “Taksirli hareket sonucu neden olunan netice” ifadesinden hükmün sadece taksirli suçlarda uygulanabileceği sonucuna varılabilir.

58 Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 242. Düzenlemenin vicdanı rahatlatan bir hüküm içerdiği şeklinde nitelendirildiği hakkında bkz Ekici Şahin (n 6) 101. Dayandığı felsefe bakımından hükmün başarılı olduğu hakkında bkz Keçelioğlu (n 6) 132. Madde gerekçesinde hükmün kanuna neden konulduğu şu şekilde izah edilmiştir: “Ülkemizde özellikle kırsal bölgelerde rastlandığı üzere, taksirli suçlarda failin meydana gelen netice itibarıyla bizzat kendisinin ve aile bireylerinin ağır derecede mağduriyete uğradıkları görülmektedir. Söz gelimi, köylü kadınların gündelik uğraşları ve hayat zorlukları itibarıyla, sayısı çok kere üç dörtten fazlasına varan küçük çocuklarına gerekli dikkati ve itinayı gösterememeleri sonucu, çocukların yaralandıkları veya öldükleri görülmektedir. Aynı şekilde meydana gelen trafik kazalarında da benzer olaylara rastlanmaktadır. Bu gibi durumlarda ananın taksirli suçtan dolayı kovuşturmayaya uğraması ve cezaya mahkûm edilmesi, esasen suçtan dolayı evladını kaybetmesi sonucu uğradığı ıstırabı şiddetlendirmekle kalmamakta, ayrıca, ailenin tümüyle ağır derecede mağduriyete düşmesine neden olmaktadır. Söz konusu fıkraya göre, hâkim suçlunun durumunu takdir ile ceza vermeyebilecektir. Elbette ki hâkim bu husustaki takdirini kullanırken suçlunun ekonomik durumunu, aile yükümlerini, söz gelimi diğer çocukların bakımını göz önünde bulunduracak, ona göre hüküm kuracaktır. Ancak, dikkat edilmelidir ki, bu fıkranın uygulanabilmesi için fiilden dolayı münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu itibarıyla zararlı netice meydana gelmiş bulunmalıdır; böyle bir netice ile birlikte söz konusu durumlara ilişkin bulunmayan başka bir netice de meydana gelmişse fıkra uygulanmayacaktır. Fıkroda yazılı suç bilinçli taksir durumunda işlenirse ceza yarından üçte birine kadar indirilebilir.”

59 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 240.

60 Özgenç (n 5) 282; Akbulut (n 12) 511. Kanunda böyle bir hükme yer vermenin yerinde olduğu, fakat kötüye kullanmaya da açık olduğu ileri sürülmüştür. Örneğin eşinden kurtulmayı düşünen diğer eş veya mirasa konmayı düşünen bir çocuk bu tür bir düzenlemenin arkasına sığınarak asıl amacına ulaşabilir. Cezasız kalmak için ceza hukuku silahını yine ona karşı kullanabilir. Açıklama için bkz Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 512; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 199–200.

61 Ekici Şahin (n 6) 101.

Bu yüzden doğrudan kast, olası kast ve kast-taksir kombinasyonu ile işlenen suçlarda bu fıkranın uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.⁶²

TCK md 22/6, daha çok taksirle öldürme ve yaralama suçları bakımından uygulama alanı bulmaktadır.⁶³ Dolayısıyla TCK md 22/6, md 85/2'deki fiiller bakımından uygulanmaktadır. Kişisel ve ailevi olarak etkilenmekle birlikte başka bir neticenin veya neticelerin meydana geldiği durumlarda (örneğin, aile üyelerinden birinin öldüğü ve araçta bulunan arkadaşın da yaralandığı bir olayda) şahsi cezasızlık sebebine ilişkin TCK md 22/6'daki hüküm uygulanmayacağından failin TCK md 85/2 bakımından sorumluluğu doğar. Ancak cezanın tayininde bu durum dikkate alınır. TCK md 85/2'nin uygulanabilmesi için tek fiille birden fazla neticenin gerçekleşmesi ve her bir netice bakımından ceza hukuku sorumluluğunun doğması gerekir.⁶⁴

Bununla birlikte TCK md 22/6'yı taksirle öldürme ve yaralama suçlarıyla sınırlandırmak suretiyle hükmün uygulama alanını daraltmamak gerekir.⁶⁵ Örneğin, TCK md 171'de düzenlenen genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçu bu hüküm bakımından gündeme gelebilir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlarıyla kendi evinin yanmasına ve çocuklarının evsiz kalmasına neden olan bir kimsenin TCK md 22/6'dan faydalanabilmesi mümkündür.⁶⁶

Taksirli hareket sonucu gerçekleşen netice, ilgili suç tipinde belirtilen neticedir. Bu netice ile failin kişisel ve ailevi durumu bakımından ortaya çıkan mağduriyet arasında nedensellik bağının olması gerekir. Örneğin öldürme ve yaralama suçlarında netice, taksirli hareket sonucunda neden olunan ölüm veya yaralanmadır. Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçunda teknik anlamda netice yerine başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından gerçekleşen tehlike ile gerçekleşen mağduriyet arasında nedensellik ilişkisinin olması gerekir.

TCK md 22/6'nın uygulanabilmesinin en önemli şartı taksirli fiilden dolayı münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu itibarıyla zararlı bir neticenin gerçekleşmiş olmasıdır.⁶⁷ Taksirli hareketin neden olduğu netice, failin kişisel ve ailevi durumu üzerinde ağır bir etki doğurmalı ve fakat üçüncü kişilerin taksirli hareketten etkilenmemesi gerekir.⁶⁸

62 Akbulut (n 12) 512. Aynı yönde bir başka karar için bkz Yargıtay CGK, E 2010/9-196, K 2010/228, 23.11.2010 (Karar için bkz Özgenç [n 5] 285 dn 356).

63 Ekici Şahin (n 6) 101.

64 Akbulut (n 12) 513.

65 Ekici Şahin (n 6) 101.

66 Özgenç (n 5) 285. Yargıtay'ın kararına konu olan bir olayda taksirli hareketi nedeniyle yangına neden olan ve neticeden zarar göre kişi hakkında TCK md 22/6 hükmü uygulanmış ve kendisine genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçundan ceza verilmemesi gerektiğine hükmedilmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "Taksirli hareket sonucu yanan ev sanığa ait olup, suçtan başkası somut bir zarar görmediğinden, 5237 sayılı TCK'nın 22/6. Maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı da tartılıp değerlendirildikten sonra lehe yasanın ve buna göre de sanığın hukuki durumunun tayin ve takdir gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır". (Yargıtay 9 CD E 2007/7389, K 2007/2135, 15.03.2007). Karar için bkz Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 243 dn 632; Ekici Şahin (n 6) 101.

67 Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 114; Artuk ve diğerleri (n 4) 214; Artuk ve diğerleri (n 7) 470; Akbulut (n 12) 512; Karakehya (n 12) 279; Ekici Şahin (n 6) 101.

68 Ekici Şahin (n 6) 101.

Kanun koyucu, şahsi cezazırlık sebebinin uygulanabilmesi için iki sınırlandırmaya gitmiştir. Birinci sınırlandırma failin taksirli hareketinden kaynaklı neticenin failin kendisi (kişisel ve ailevi durumu) bakımından acı ve ıstıraba yol açmasıdır. İkinci sınırlandırma failin artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasıdır. Belirtmek gerekir ki her iki şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekir.⁶⁹

Birinci sınırlandırma taksirli hareket sonucu gerçekleşen neticenin failin kişisel ve ailevi bakımından mağduriyetine ilişkindir. Dolayısıyla, netice sadece failin kişisel mağduriyetine yol açarsa söz konusu şahsi cezazırlık sebebinin veya cezada indirimi gerektiren şahsi sebebin varlığından bahsedilemez. Örneğin çok sevdiği arkadaşıyla seyahat ederken aracı kullanan kişi objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmek suretiyle bir trafik kazası geçirir ve kazada arkadaşı ölürse bu kişi hakkında TCK md 22/6'nın uygulanabilmesi mümkün değildir. Olay bakımından kişinin kişisel olarak ağır bir mağduriyet yaşadığı ileri sürülebilir ise de ailevi durumu itibariyle cezaya hükmedilmesinin gereksiz kılacak derecede bir mağduriyet yaşanmamıştır. Zira kanunda neticenin failin “hem kişisel hem de ailevi” durumu bakımından ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede etki göstermesi aranmaktadır. Sonuç itibariyle, kişisel ve ailevi durumun dar⁷⁰ yorumlanması ve bundan Medeni Kanunun ilgili hükümlerini göz önünde bulundurmak suretiyle altsoy, üstsoy ve evlilik ilişkisinin anlaşılması gerekir. Bunun yanında, kişisel ve ailevi durum üzerinde etkisi olan neticelerle birlikte gerçekleşen başka neticelerden dolayı bu hükmün uygulanması mümkün değildir.⁷¹ Araçla seyahat örneğimizde arabada kaza sonucu aracı kullanan kişinin çocuğu veya eşi ölseydi bu hüküm kendisiyle seyahat eden arkadaşı bakımından yine uygulanamazdı. Çünkü kişisel olarak ağır bir mağduriyet yaşandığı kabul edilse bile ailevi bakımdan mağduriyetten bahsetmek mümkün değildir.

69 Artuk ve diğerleri (n 4) 214; Artuk ve diğerleri (n 7) 470; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 511–512; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 199–200; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 245; Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 238; Yıldız (n 4) 274; Ekici Şahin (n 6) 101. “... sanık Kadem P.. ile ölen Uğur P..ın kardeş oldukları, aynı binada anne ve babalarıyla beraber oturup birlikte tuhafiyecilik yaptıkları, olay günü de kışık yakacak ihtiyaçlarını sağlamak için babalarının köydeki kavak ağaçlarını kestikleri sırada devrilen gövdenin karşısındaki ağaca çarparak dört parçaya ayrıldığı, parçalardan birinin başına isabet etmesi sonucu Uğur'un beyin kanaması nedeniyle öldüğü, sanıktan on yaş büyük olan Uğur'un ölümünden sonra altı yaşındaki ikiz çocuklarının ve dul kalan eşinin ekonomik ihtiyaçlarının sanık tarafından karşılanmaya devam edildiği, Sosyal Güvenlik Kurumuna olan önemli miktardaki birikmiş borcunun da sanık tarafından üstlenildiği ve taksitle ödenmeye çalışıldığı, taksirli suç nedeniyle ortaya çıkan ölüm neticesinin diğer tüm aile fertleri gibi sanığı da ciddi bir üzüntüye sevk edip mağduriyetine yol açtığı, bu durumun ölenin eşi tarafından da ifade edilip şikayetçi olunmadığı, aile yapısı geçmişte ve halen sürdürdüğü ilişkileri ve yükümlülükleri, yönünden sanığın cezalandırılmasının ölenin eşi ve çocukları bakımından da ayrıca yeni bir mağduriyete yol açacağı bu nedenle de sanığın kişisel ve ailevi mağduriyetinin kendisine ceza verilmesini gereksiz kılacak bir düzeye ulaştığı anlaşıldığından, hakkında ceza verilmesine yer olmadığına” karar verilmesi gerekirken, mahkumiyetine hükmedilmesi...” (Yargıtay 9 CD, E 2008/18994, K 2008/14573, 30.12.2008). Karar için bkz <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 21 Ocak 2023.

70 *Ekici Şahin*, hükmün sınırlarının belirlenmesinde TCK md 232 kapsamında korunan en geniş anlamda aile kavramının dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Yazara göre, dar (TCK md 230'da), geniş (TCK md 233'te) ve en geniş (TCK md 232'de) aile kavramları ceza hukukunda korunmaktadır. Hükmün uygulanması bakımından bütün aile kavramlarından faydalanmak gerekir. “Fail, bakım ve gözetim yükümlülüğünü veya resmi nikâh olmadan kurulan fiili birlikteliklerde bunlara ilaveten sadakat yükümlülüğünü yerine getirerek, ev düzeni içinde bir arada yaşadığı kişilere karşı taksirli bir suç işlendiğinde, şahsi cezazırlık nedeninden yararlanabilmelidir.” Bkz Ekici Şahin (n 6) 102.

71 Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 241–242. Ayrıca bkz Özgenç (n 5) 284. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararlarının olduğunu ifade etmek gerekir. Detaylı bilgi için bkz Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 239–240; Ekici Şahin (n 6) 102.

Tezcan/Erdem/Önok, fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisinin dikkate alınması gerektiğini, gerekçedeki açıklamaların bu şekilde anlaşılmaya müsait olduğunu ve akrabalık derecesinin tek başına belirleyici bir ölçüt olmadığını ileri sürmüşlerdir. Yazarlara göre, kanunundaki “kişisel ve ailevi” ibaresi sadece Medeni Kanun anlamındaki yakınlık ilişkilerine işaret etmemektedir. Olması gereken hukuk bakımından bu yorumun yapılabilmesi mümkün ise de olan hukuk bakımından yorum mümkün gözükmemektedir.⁷²

Bu sınırlandırma bakımından kanunda kullanılan “münhasıran”⁷³ kavramından dolayı bazı sorunlara işaret etmek gerekir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı araç kullanmak suretiyle bir başkasının ölümüne neden olan bir kimsenin trafik kazasında kendisinin de hafif bir şekilde yaralanması mümkündür. Her ne kadar kişinin kendisinin de yaralanması münhasıran kavramının kapsamında olsa da artık ceza verilmesini gerektirmeyecek derecede bir mağduriyetten bahsedilemez. Olayda araç kullanan kişi ağır yaralansa ve araçta kendisiyle seyahat eden üçüncü kişi hafif yaralansa bu durumda bu kişi hakkında TCK md 22/6’nın uygulanabilirliğinin bir sorun teşkil edeceği ifade edilmiştir.⁷⁴ Maddi ceza hukukunu ilgilendiren söz konusu hükmün ceza hukuku dogmatigi bakımından sıkıntılı bir düzenleme olduğu, hükmün lafzı karşısında fail ve mağdurun aynı kişi olabileceği ve bunun ceza hukuku tekniğine aykırı olduğundan hareketle mağdur kelimesinin metinden çıkarılması önerilmiştir.⁷⁵

İkinci sınırlandırma, neticenin failin cezalandırılması üzerindeki etkisine ilişkindir. Neticenin, failin cezalandırılmasının artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına, yani bir yıkıma yol açması gerekir. Örneğin, trafik kazalarında kaza yapan kişinin çocuklarının ölmesi veya ağır bir şekilde yaralanması durumunda bu neviden bir mağduriyet ve yıkım gerçekleşmiş olmaktadır. Bu noktada hâkimin, failin ekonomik durumunu, ailevi yükümlülüklerini ve ortaya çıkan maddi ve manevi zararları dikkate alması gerekir. Cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyetin oluşup oluşmadığına ilişkin takdir yetkisi hâkime ait olup her somut olaya göre bunun tayin edilmesi gerekir.⁷⁶

72 Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 239. Taksirli hareket sonucu gerçekleşen neticenin hangi durumlarda failin ailevi durumu üzerinde etkili olacağı hususu tartışmalıdır. Bkz Ekici Şahin (n 6) 101–102. Kişinin aile bireyi olmayan ve fakat aile bireyleri gibi ilişki kurduğu kişilerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılmıştır. Yargıtay bir kararında failin, birlikte yaşadığı ve bakıp büyüttüğü kişiler gibi insani bağ ve yakınlık kurduğu kişilerin bu hüküm kapsamında değerlendirilebileceğine karar vermiştir (Yargıtay 9 CD K 2008/18994, E 2008/14573, 30.12.2008). Olması gereken hukuk bakımından bu durumun kabul edilebilir olduğu ve fakat madde hükmünden böyle bir yorumun yapılamayacağı ileri sürülmüştür. Bkz Artuk ve diğerleri (n 4) 216; Artuk ve diğerleri (n 7) 471; Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 239–240. Yargıtay, kararlarında üvey kız, babaanne, kardeş ve torun gibi yakın kişilerin durumlarının hüküm kapsamında değerlendirilmemesini bozma sebebi saymıştır. Yargıtay kararları için bkz Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 511; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 199–200 dn 218; Ekici Şahin (n 6) 101–102. Yargıtay, kararlarında failin yeğeni, amcaoğlu, eşinin kardeşi, eniştesi, nişanlısı, kayıbiraderi cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyete yol açacak derecede yakınlıkta kabul etmemiştir. Kararlar için bkz Artuk ve diğerleri (n 4) 216–217; Artuk ve diğerleri (n 7) 471–473; Ekici Şahin (n 6) 101–102.

73 Yargıtay’ın münhasıran kavramının anlamını aşan ve somut olay adaletini tesis etme gayesiyle verdiği, hem kendi içtihatlarına hem de kanunun lafzına aykırı kararlarının hukuki güveni zedelediği gibi bahsi geçen adaleti de sağlayamadığı yönündeki eleştiri için bkz Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 240–241.

74 Özgenç (n 5) 285; Akbulut (n 12) 512.

75 Keçelioğlu (n 6) 133, 134.

76 Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 242; Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 241. Trafik kazasında eşini kaybetmesi nedeniyle üzüntü duymayan ve buna sevinen kişinin bu cezasızlık sebebinden faydalanması mümkün değildir. Bkz Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 245.

Dolayısıyla cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyetin yıkıcı ve ağır nitelikte olması gerekir. Taksirli hareket sonucu neticenin yol açtığı etki hafifse veya ağır olmakla birlikte fail bundan etkilenmemişse hükmün uygulanması mümkün değildir.⁷⁷ Tabii olarak her insanda ortaya çıkan etkilenme ve üzüntünün tek başına hükmün uygulanmasını mümkün kılmayacağı, gerçekleşen neticenin yıkıcı ve ağır sonuçlara yol açması gerektiği, artık ceza verilmesinde devlet ve toplum bakımından bir faydanın olmayacağını anlaşılmaması gerekir. Bu bağlamda “dışarıdan gözlemlenebilen somut bir etki”nin ortaya çıkması gerektiği “gerçekten somut olarak etkilenmiş, acı, üzüntü, elem duymuş, maddi ve manevi zorluklar yaşamış” olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁷⁸ Bunun yanında, cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecedeki mağduriyet maddi veya manevi olabilir.⁷⁹

Kanunda TCK md 22/6'nın uygulanma şartlarının oluşması durumunda faille ceza verilmeyeceği ifade edilmiştir. Her ne kadar hükmün şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini hâkim takdir edecek olsa da şartların oluşması durumunda bilinçsiz taksirde fail hakkında cezaya hükmedilmeyecek, bilinçli taksirde cezada indirim yapılacaktır. Dolayısıyla hâkimin şartların gerçekleşmesinden sonra ceza verip vermeme veya cezada indirim yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır.⁸⁰ Hâkim, TCK md 22/6 kapsamında şartların gerçekleştiğine ve mağduriyetin oluştuğu sonucuna varırsa şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması zorundadır.⁸¹

Somut olayda suçun işlendiği tespit edildikten sonra TCK md 22/6'nın uygulanabilirliğinin ele alınması, yani öncelikle işlenen suça ilişkin bir incelemenin yapılması gerekir. TCK md 22/6'daki cezasızlık sebebinin şartları oluşmuş ve fiil bilinçsiz taksirle işlenmişse ceza tayin edilmeden fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.⁸²

77 Ekici Şahin (n 6) 102. “...sebebiyet verdiği kaza nedeniyle annesi, kızı, iki kardeşi, yeğeni, halası ve kardeşinin eşinin öldüğü olayda, sanığın ölenler ile yakınlığı, ekonomik durumu ve ailevi yükümlülükleri gözetildiğinde, annesi, kızı ve kardeşlerinin ölümü nedeniyle münhasıran kişisel ve ailevi bakımdan ceza verilmesini gerektirmeyecek derecede mağdur olduğunda tereddüt bulunmasa da, üçüncü derece kan hısımları olan ve aynı evde ikâmet etmeyen, bakım ve gözetim sorumluluğu altında bulunmayan halası ve yeğeni ile ikinci derecede sıhri hısımları olan ve kardeşi ile yaptığı evlilikten önce kendisini tanıdığına dair dosyaya yansıyan bir delil bulunmayıp aynı ailenin üyesi de sayılmayan yengesinin ölümleri nedeniyle TCK'nın 22/6. maddesi kapsamında bir mağduriyetten söz edilemeyeceği, bu ölümlerin, sırf ölümün gerçekleşmesi nedeniyle duyulacak doğal üzüntünün çok üstünde önemli derecede bir üzüntüye ve buna bağlı olarak ayrı bir mağduriyete yol açmayacağı, bu kapsamda sanığın, halası, yeğeni ve kardeşinin eşinin ölümünden dolayı bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede zarar görmediği anlaşıldığından, sanık hakkında TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanma imkânı bulunmadığı kabul edilmelidir. (Yargıtay CGK, E 2018/239, K 2018/321, 03.07.2018). Karar için bkz Yıldız (n 31) 82–83.

78 Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 242; Ekici Şahin (n 6) 102.

79 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 200. “Artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması” ifadesinin uygulamada otomatik bir cezasızlık sebebinin kabul edilmesi riskini beraberinde getireceği yönündeki eleştiri için bkz Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 242.

80 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 243; Karakehya (n 12) 279–280. Bilinçsiz taksirde faili cezalandırıp cezalandırmama veya bilinçli taksirde failin cezasında indirim yapıp yapmama konusunda da hâkime takdir yetkisinin verilmesi gerektiği hakkında bkz Özgenç (n 5) 285; Akbulut (n 12) 512.

81 Artuk ve diğerleri (n 4) 215; Artuk ve diğerleri (n 7) 471. “Ceza verilmeyebilir” şeklinde bir ifadeyle bu konuda hâkime takdir yetkisi verilmesi gerektiği hakkında bkz Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 199–200; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 512. Kanunda “ceza verilmez” ibaresiyle “yasal bir cezasızlık sebebinin” oluşturulduğu hakkında bkz Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 242.

82 Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 242.

2. Türk Ceza Kanununun 85'inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği

TCK'nin 85'inci maddesinin uygulanması bakımından şikâyet, uzlaştırma, madde bakımından görevli mahkemenin tayini gibi çeşitli problemler gündeme gelebilir.⁸³ Bunun yanında tahlil ettiğimiz kararda tartışma konusu yapılan ve TCK md 22/6'da düzenlenen şahsi cezazırlık sebebinin düzenlendiği hüküm bakımından bu düzenleme önem arz etmektedir. Maddenin uygulanması bakımından ortaya çıkan bu problemlerin çözümünün hükmün hukuki niteliği ile ilgili olduğunu ifade etmek gerekir.

Doktrinde ikinci fıkranın hukuki niteliği tartışmalı olup bu konuda bazı görüşler⁸⁴ ileri sürülmüştür.

a. Taksirle Öldürme Suçunun Nitelikli Hali Olduğu Görüşü

Doktrinde bir görüş tarafından, TCK md 85/2'deki düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenen taksirle öldürme fiilinin cezasını arttıran nitelikli hali olduğu ileri sürülmüştür.⁸⁵ İkinci fıkranın aynı madde içerisinde düzenlenmesi, yaptırımının birinci fıkradan bağımsız olarak tayin edilmesi ve cezanın üst sınırı bu görüşü destekler niteliktedir. Ayrıca madde gerekçesi bu görüşün dayanağını kuvvetlendirici nitelikte kaleme alınmıştır.⁸⁶ Madde gerekçesinde fiilin, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla insanın ölümüyle birlikte, bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması hâlinin birinci fıkraya göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren neden olduğu ifade edilmiştir.⁸⁷

Doktrinde bu görüşü savunan yazarlardan *Tezcan/Erdem/Önok*, bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birkaç kişinin yaralanması halinin taksirle öldürme suçunun nitelikli hali olduğunu, fakat yaralanmanın belirli bir dereceye kadar olmasının bir zorunluluk olmadığını, olayda en azından bir kişinin ölmesiyle birlikte basit tıbbi müdahaleyle gerekli kılan taksirli bir yaralanma halinde de mezkûr hükmün uygulanma kabiliyetinin olduğunu kabul etmektedirler.⁸⁸ Yazarlar, taksirli yaralama suçuna

83 ibid 228; Neslihan Göktürk, 'Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar' (2022) 26 Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 247, 249.

84 Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz Göktürk, 'Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar' (n 83) 249 vd; Ahmet Hulusi Akkaş, 'TCK'nın 85'inci Maddesinin İkinci Fıkrası İle İlgili Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi' iç Feridun Yenisey ve diğerleri (edr), *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2018) 77 vd.

85 Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 228; Seydi Kaymaz ve Hasan Tahsin Gökcan, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2006) 156. Karşı görüş için Karakehya (n 12) 75.

86 Göktürk, 'Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar' (n 83) 250.

87 Bkz TCK md 85/2'nin gerekçesi. Eski TCK md 455/2'de ölen kişilerin birden fazla kişi olması ve bir kişinin ölmesiyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanması taksirle öldürme suçunun ağırlaştırıcı sebebi sayılmaktaydı. Bkz Erem (n 4) 86.

88 Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 228. İkinci fıkranın uygulanabilmesi bakımından yaralanmanın derecesinin önemli olmadığı, basit yaralanmaların bu hükmün uygulanmasını engelleyemeyeceği ve yaralanmanın derecesinin belirtilen alt ve üst sınırlar arasında somut cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği hakkında bkz Artuk ve diğerleri (n 4) 213; Yıldız (n 4) 273; Koca ve Üzümler, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 242. Eski TCK'de ise md 455/2 bakımından yaralanmanın derecesinin yani belli bir ağırlıkta olmasının arandığı hakkında bkz Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 116. Yaralanmanın derecesi (niteliği) bakımından TCK md 61'de düzenlenen "suçun konusunun önem ve değeri", "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" ölçütlerinin esas alınması gerekir. Bkz Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 201; Artuk ve diğerleri (n 4) 213.

ilişkinin TCK md 89/4⁸⁹ bakımından da benzer görüş ileri sürmüşlerdir. Buna göre, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmek suretiyle iki veya daha fazla kişinin yaralanmasına neden olması durumu cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir haldir. Bunun için fail dışında en az iki kişi yaralanmış olmalıdır.⁹⁰

Yıldız, ikinci fıkrayı “Nitelikli Haller” başlığı altında ele almakla birlikte düzenlemenin özel bir içtima hali olduğunu, kanun koyucunun bu düzenlemeyle tek taksirli hareketle fıkroda belirtilen durumlardan birisine neden olunması halinde failin cezasının arttırılacağını ileri sürmüştür.⁹¹ Aynı şekilde Akkaş, ikinci fıkra kapsamında belirtilen hallerin gerçekleşmesi durumunda failin cezasının arttırılacağını ve bu şekilde birinci fıkranın ikinci fıkranın nitelikli hali olduğunu ileri sürmüştür. Ancak yazar hükmün aynı zamanda özel bir içtima düzenlemesi olduğunu kabul etmektedir.⁹²

Kanaatimizce düzenlemenin hem suçun nitelikli hali hem de özel bir içtima hali olarak kabul edilmesi kendi içerisinde çelişki oluşturmaktadır.⁹³ Bir suçun temel haline ilişkin tipiklikte haksızlığın suç teşkil etmesi için taşınması gereken asgari şartlar düzenlenir.⁹⁴ Suçun nitelikli halinde temel halinin bütün unsurları mündemiçtir ve bu unsurlara cezayı arttıran veya indiren en az bir tane özel unsur eklenmektedir. Bu unsurlar ise suçun objektif unsurlarıdır.⁹⁵ Bir suçun nitelikli halleri haksızlığın muhtevası üzerinde etkili ve cezanın arttırılmasıyla veya indirilmesiyle sonuçlanan hallerdir.⁹⁶ Nitelikli haller, suçun temel halinin unsurlarına eklenen unsurlar olup temel halinin unsurlarında herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Suçla korunan hukuksal değer ve haksızlığın niteliğinin değişmediği bu haller kanun koyucunun belirlediği ceza yaptırımını üzerinde etkilidir. Sonuç itibariyle nitelikli hallerin bir olayda gerçekleşmemesi, temel halin gerçekleşmeyeceği anlamına gelmemektedir.⁹⁷ Nitelikli

89 TCK md 89/4: “Failin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

90 Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 301.

91 Yıldız (n 4) 272–273, 277.

92 Akkaş (n 84) 78, 82.

93 Aynı yönde bkz Göktürk, ‘Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar’ (n 83) 250 dn 4.

94 Walter Groppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Aufl, Springer Verlag 2015), § 2, Rn 45.

95 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 142, 143; Karakehya (n 12) 72, 73. İstisnai olarak suçun diğer subjektif unsurlar (saik ve amaç gibi) cezayı arttıran nitelikli hal kapsamında düzenlenmiş olabilir. Kan gütme saiki ile kasten öldürme (TCK md 82/1-j) veya töre saiki ile kasten öldürme (TCK md 82/1-k) örnek verilebilir.

96 Jakobs (n 35) Abs 6, Rn 95; Akbulut (n 12) 440; Göktürk, ‘Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar’ (n 83) 249–250; Hakeri (n 7) 127; Akkaş (n 84) 77. Kanun koyucu 12.05.2022 tarihli 7406 sayılı Kanunla bazı suç tiplerinde suçun kadına karşı işlenmesini cezayı arttıran nitelikli hal olarak (TCK md 82/1-f); bazı suç tiplerinde cezada indirim yapılması gerekli durumlarda alt sınırın belirli bir miktarın üstünde olmayacağını (TCK md 86/2) düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, nitelikli unsurlar çeşitli nedenlerden (failin işleniş şekli, işlendiği yer ve zaman, failin veya mağdurun niteliği, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun konusu, amaç veya saik gibi) kaynaklanabilir. Bu hususlar, haksızlık içeriğini azaltan veya arttıran hallerdir. Ayrımcılık veya başka herhangi bir saik olmadan, özel durumları sebebiyle korunmaya muhtaç olduğuna veya yakınlığına veya aynı evde yaşadığına kısacası failin haksızlığı üzerinde bir etkisi olup olmadığına bakılmaksızın “sırf öldürülenin kadın olması” sebebiyle nitelikli halin kabul edilmesinde olduğu gibi failin haksızlık içeriğinin göz önünde bulundurulmaması ceza hukuku esaslarına uygun düşmemektedir. Bu nitelikli hale yönelik eleştiri için bkz Akbulut (n 12) 439. Nitelikli hallerin sınıflandırılması hakkında ayrıca bkz Özgenç (n 5) 227–231.

97 Göktürk, ‘Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar’ (n 83) 249–250. Ayrıca bkz Hakeri (n 7) 127.

unsurlar, suçun hukuki vasfını değiştirmeyen ve varlığına da zarar vermeyen unsurlardır.⁹⁸ Suçların içtimalı ise bir kimsenin suç teşkil eden birden fazla fiili işlemesi durumunda cezai sorumluluğun ne şekilde belirleneceği ile ilgili bir konu olup suçların bir arada bulunmasını, bir araya gelmesini ifade eder.⁹⁹ Fail, birden fazla suç işlemesine rağmen suçlar arasındaki çeşitli bağlam noktalarından hareketle tek ceza ile cezalandırılmaktadır.¹⁰⁰

b. Taksirle Öldürme Suçunun Netice Sebebiyle Ağırlaşan Hali Olduğu Görüşü

Doktrinde TCK md 85/2'deki düzenlemenin taksirle öldürme suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan hali olduğu görüşü de ileri sürülmüştür.¹⁰¹ Aynı minvalde taksirli yaralama suçuna ilişkin TCK md 89/4'ün taksirle yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olduğu kabul edilmektedir.¹⁰²

Bu görüşü ileri süren yazarlardan Öztürk/Erdem, "Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar" başlığı altında "TCK'da genellikle netice yüzünden ağırlaşan suçlarda temel suç tipinin kasten işlenmiş olması zorunluluğu aranmaktadır. Bunun iki istisnasını, temel suç tipinin taksirli de olabileceğini öngören taksirle öldürme ve yaralama suçu oluşturmaktadır. Nitekim TCK m. 85/2'de taksirle öldürme; TCK m. 89/2-4'te taksirle yaralama suçunda netice yüzünden cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren durumlara yer verilmiştir." şeklindeki açıklamalarıyla sorunu taksir-taksir kombinasyonu çerçevesinde ele almışlardır. Bununla birlikte yazarlar "Mağdur" başlığı altında "Mağdurların çokluğu bazen suçun nitelikli hali sayılmıştır (örneğin TCK m. 85/2, 89/4)." şeklindeki açıklamayla düzenlemenin hem nitelikli hal hem de neticesi sebebiyle ağırlaşan hal olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹⁰³

Doktrinde haklı olarak eleştirildiği üzere bir hususun hem neticesi sebebiyle ağırlaşan hal hem de nitelikli hal olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce de bir husus ya nitelikli hal

98 Hakeri (n 7) 127.

99 Kayıhan İçel, *Suçların İçtimalı* (1. bs, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1972) 11.

100 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 516, 517.

101 Soyaslan (n 4) 156; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (21. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) kn 320. Karşı görüş için bkz Akkaş (n 84) 77. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç TCK md 23'te düzenlenmiştir. Hükme göre "Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir." Düzenlemenin mukayeseli hukuktaki gelişmeler göz önünde bulundurularak objektif sorumluluğu ortadan kaldırmak amacıyla yapıldığı ileri sürülmüştür. Bkz Köksal Bayraktar, 'Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Sorumluluk İçin En Az Taksirle Hareket Etme Durumu', *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*, vol I (Beta Yayınevi 2014) 4. ACK md 18'de benzer yönde bir düzenleme bulunmaktadır. Hükme göre, "Fiilin doğurduğu bir özel netice ile bağlantılı olarak kanunun daha ağır bir ceza verdiği hallerde, fail veya şerikin daha ağır ceza ile cezalandırılabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirinden sorumlu olması gerekir." Kanun metninin çevirisi için bkz Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (1. bs, Beta Yayınevi 2009) 19. ACK'daki hükme yönelik değerlendirme için bkz Seydi Kaymaz ve Ali Emrah Bozbayındır, 'Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi' (2010) LXVIII İÜHF 77, 81. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar hakkında detaylı bilgi için bkz Koray Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar* (2. bs, Adalet Yayınevi 2015) 1 vd; Bilgehan Savaşçı, 'Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar', *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, vol II (Ankara Üniversitesi Yayınları 2015) 989–1012.

102 Görüş için bkz Göktürk, "Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar" (n 83) 252.

103 Öztürk ve Erdem (n 101) kn 320, 361.

ya da neticesi sebebiyle ağırlaşan haldir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerde kastedilenden daha ağır ya da başka bir neticenin gerçekleşmesi gerekir (TCK md 23).¹⁰⁴ Her iki durumda da suçun objektif unsurları olmakla birlikte neticesi sebebiyle ağırlaşan hal suçun temel şekline eklenen bir unsur olmayıp neticenin ağırlığıyla ilgilidir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan hal netice unsuruyla ilgili iken nitelikli unsurlar netice dışındaki unsurlarla da ilişkilendirilebilen ve haksızlığın muhtevasını ağırlaştırıcı veya hafifleten hallerdir. İki durum arasındaki asıl fark, kast unsuru bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira failin kastının nitelikli halleri de kapsamı gerekir. Aksi halde TCK md 30/2 gereği cezanın arttırılması mümkün olmaz. Buna karşılık gerçekleşen ağır veya başka neticenin faile isnat edilebilmesi için ise taksirin varlığı yeterlidir.¹⁰⁵ Failin cezasının artması, daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesinden kaynaklanırsa neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan bahsedilir. Bu durumda nitelikli hal söz konusu değildir.¹⁰⁶

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda daha ağır veya başka netice aynı mağdur üzerinde gerçekleşir. TCK md 85/2 kapsamında gerçekleşen ölüm ve yaralama neticeleri ise farklı mağdurlar üzerinde gerçekleşir. Mağdurun farklılaştığı bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaşan halden bahsedilemez. Aynı taksirli hareket neticesinde iki kişinin öldüğü bir olayda da neticeler farklı mağdurlar üzerinde gerçekleşmektedir. Her iki durum bakımından TCK'nin 85'inci maddesinin ikinci fıkrasının aynı maddenin birinci fıkrasının netice neticesi sebebiyle ağırlaşan hali olduğu kabul edilemez. Ayrıca en azından bir ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerektiği dikkate alındığında yaralanmanın ölüm neticesi bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşan hali olması mümkün gözükmemektedir.¹⁰⁷

c. Türk Ceza Kanununun 85'inci Maddesinin İkinci Fıkrasındaki Düzenlemenin Bileşik Suç Olduğu Görüşü

TCK md 85/2'nin hukuki niteliği ile ilgili ileri sürülen bir başka görüş bileşik suç görüşüdür.¹⁰⁸ Doktrinde bu görüşü savunan Koca/Üzülmez, mezkûr maddenin ikinci fıkrasının “adeta kendine özgü bir bileşik suç”¹⁰⁹ durumuna söz konusu olduğunu ve bundan hareketle hükümde adı geçen

104 Akkaş (n 84) 76. Ayrıca bkz Doğan (n 28) 6, 24; Kaymaz ve Bozbayındır (n 101) 77; Savaşçı (n 101) 993.

105 Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 146. Aynı yönde bkz Hakeri (n 7) 128; Karakehya (n 12) 74. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar hakkında detaylı bkz Özgenç (n 5) 295–299; Kühl (n 7), § 17a, Rn 1 ff; Akbulut (n 12) 516 vd; Karakehya (n 12) 117 vd; Doğan (n 28) 228–231; Bayraktar (n 101) 3–12.

106 Akbulut (n 12) 440.

107 Göktürk, ‘Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar’ (n 83) 252–253; Akkaş (n 84) 77.

108 Karşı görüş için bkz Akkaş (n 84) 76; Neslihan Göktürk, *Fikri İçtima (Suçların İçtima)* (1. bs, Adalet Yayınevi 2013) 192 dn 646. Uygulamada da bileşik suç görüşünün kabul edildiği mahkeme kararları bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay CGK'nin kararına konu bir olayda mahkeme (Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesi) direnme kararında gerekçesini “...taksirle ölüme sebebiyet ve taksirle yaralanmaya sebebiyet suçlarından oluşan **bileşik suç niteliğindeki 5237 sayılı TCK'nun 85/2. maddesinde yazılı suç muhakeme konusu olduğunda taksirle yaralama suçunun mağduru ya da mağdurlarının şikâyetten vazgeçmeleri, bileşik suçun yapısı gereği suç vasfının değişmesine ve dolayısıyla 5237 sayılı TCK'nun 85/2. maddesinin yerine 5237 sayılı TCK'nun 85/1. maddesinin uygulanmasına sebep teşkil etmeyecektir...” ifadeleriyle hükmün bileşik suç olarak düzenlendiği görüşüne dayandırmıştır. Yargıtay CGK, E 2010/9-254, K 2011/31, 5.4.2011. (Karar için bkz < <https://karararama.yargitay.gov.tr/> > Erişim Tarihi: 15 Şubat 2023). Kararın değerlendirilmesi hakkında bkz Göktürk, ‘Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar’ (n 83) 251 dn 9; Göktürk, *Fikri İçtima (Suçların İçtima)* 192 dn 646; Akkaş (n 84) 63–84.**

109 Göktürk, yazarların hükmü hem fikri içtima ilişkin özel bir düzenleme hem de bağımsız bir haksızlık anlamına gelen

suçların (öldürme ve yaralama) tekrardan bağımsız suç hükümlerine göre değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir.¹¹⁰

Bileşik suç, bir görünüşte içtima halidir.¹¹¹ TCK'de düzenlenmeyen ve “kanunların içtima” veya “normların içtima” olarak da adlandırılan görünüşte içtima, suç tiplerine ilişkin normlar arasındaki ilişkiden doğar.¹¹² Burada birden fazla norm olmakla birlikte gerçekte fiile uygulanacak tek ceza normu bulunmaktadır. Esasen normun çokluğu görünüşte olup fiile uygulanacak tek ceza normu vardır. Bu durumda suçlar arasında bir ilişkiden de bahsedilemez.¹¹³

“adeta kendine özgü bir bileşik suç” şeklindeki nitelendirmesini kendi içerisinde çelişkili olarak görmektedir. Yazar eleştirisini şu şekilde temellendirmektedir: “...fikri içtimam özünü fil teklifi ve suç çokluğu oluşturur. Bağımsız bir haksızlık tanımı yapıldığı ve oluşan suçların artık bağımsız suç maddelerine göre değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kabulü, suç çokluğunun reddi; yani ortada tek bir suçun bulunduğu anlamına gelir. Nitekim “adeta kendine özgü bir bileşik suç” nitelemesi de bunu teyit etmektedir. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin bir taraftan suç çokluğu esasına dayanan fikri içtima olarak nitelendirilirken diğer taraftan bağımsız bir haksızlık olarak değerlendirilmesi çelişkilidir. Genel hükümler dışında fikri içtimaa ilişkin özel bir düzenleme bulunması, bağımsız bir haksızlık tanımı yapıldığı anlamına gelmez; her bir suç bağımsızlığını korur. 5237 sayılı TCK'daki fikri içtimaa ilişkin özel düzenlemeler (m. 277/2, m. 297/1) ve (gerçek içtima kuralına dönen) fikri içtimam istisnaları incelendiğinde (örneğin m. 106/3) bunların hepsinin ceza yaptırımının belirlenmesine ilişkin olduğu görülür. Gerçekleşen suçlar bağımsızlıklarını korudukları için tipiklik değerlendirmesi de suçu düzenleyen hükümler karşısında yapılır. Bağımsız bir haksızlık tanımı yapıldığı ve oluşan suçların artık bağımsız suç maddelerine göre değerlendirilmesinin mümkün olmadığı yönündeki görüş kabul edildiğinde, 85. maddenin ikinci fıkrası kapsamında gerçekleşen ölüm ve yaralama neticeleri bakımından tipiklik değerlendirmesi hangi hüküm karşısında yapılacaktır? Gerçekleşen ölüm ve yaralama neticeleri bakımından tipiklik değerlendirmesinin, 85. maddenin ikinci fıkrasına göre yapılması mümkün olmayıp; ölüm neticesi bakımından birinci fıkra, yaralama neticesi bakımından 89. maddeye göre yapılması zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Neticenin, haksızlığın yoğunluğu üzerindeki etkisi nazara alındığında, gerçekleşen yaralamanın 89. madde karşısında nitelemesinin yapılması zorunludur. Yaralamanın ağırlığı, haksızlığın yoğunluğu üzerinde etkilidir. Böyle bir niteleme yapılmaksızın, doğrudan 85. maddenin ikinci fıkrasının tatbiki mümkün değildir.” Açıklama için bkz Göktürk, “Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar” (n 83) 259 dn 37. Suç teklifinin ve suç çokluğu probleminin fikri içtima bağlamında ele alındığı hakkında bkz Meier (n 11) 184–188; İçel, *Suçların İçtimaı* (n 99) 36.

110 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 241–242.

111 Görünüşte içtima hakkında detaylı bilgi için Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 20, Rn 1096 ff; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. bs, Beta Yayınevi 2014) 167 vd; Kayıhan İçel, ‘Görünüşte Birleşme (İçtima) ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ [2008] İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 35, 35 vd. Özel-genel norm ilişkisinden doğan “özel normun önceliği” ve asli-tali norm ilişkisinden doğan “yardımcı normun sonralığı” diğer görünüşte içtima halleridir. Detaylı bilgi için bkz Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 562–563, 567; Kühl (n 7)§ 21, Rn 52 ff; Heinrich (n 7)§ 40, Rn 1437 ff; Gropp (n 94), § 14, Rn 17-19; Rengier (n 8)§ 56, Rn 29 ff; Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 20, Rn 1097 ff; Schneider (n 6) 145; Von Jorge de Figueiredo Dias, ‘Betrachtungen Zur Konkurrenzlehre Im Strafrecht’ in Hans-Ullrich Paeffgen und anderes (Hrsg), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion (Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag)* (Duncker & Humblot 2011) 412–413; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 591–595; Artuk ve diğerleri (n 7) 800–801; Hakeri (n 7) 612–616; Akbulut (n 12) 891–893; Özgenç (n 5) 732–736; Karakehya (n 12) 248; İçel, *Suçların İçtimaı* (n 99) 173 vd; İçel, ‘Görünüşte Birleşme (İçtima) ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ 37–39. Yardımcı normların türleri (karma ve geçitli suçlar) hakkında bkz ibid 46–48. Yardımcı normun sonralığı veya asli normun önceliği prensibinin örneklerinden biri kanunumuzda düzenlenmeyen azmettirmeye teşebbüs, yani akim kalmış azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm asıl fiilin teşebbüsünü düzenleyen hüküm karşısında tali niteliktedir. Asıl fiilin doğrudan doğruya aşamasına başlamasıyla azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm geri çekilir. Çünkü bu durumda en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiil işlendiğinden azmettirenin iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılabilmesi mümkündür. Asıl fiile iştirakin (azmettirmenin) yol açtığı haksızlık, en az teşebbüs aşamasında kalmış iştirakin (azmettirmenin) haksızlığını da ihtiva etmektedir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 56) 194–200.

112 İçel, *Suçların İçtimaı* (n 99) 167. Görünüşte içtimam hukuki niteliği hakkında yapılan tartışmalar için bkz ibid 170–173.

113 Akbulut (n 12) 889–890; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 562; Özgenç (n 5) 732.

Görünüşte içtima hallerinden biri tüketen-tüketilen norm ilişkisinden doğan bir normun bir başka norm tarafından tüketilmesidir.¹¹⁴ Bir normun bir başka norm tarafından tüketilmesi durumunda tüketen norm, tek norm olarak kapsamına aldığı diğer normların koruduğu hukuksal değerlerin hepsini korur ve bu normda hukuksal değerleri ihlal eden fiillere tek ceza uygulanır. Tüketen norm vasıtasıyla korunan hukuksal değerlerin her biri başka ceza normları tarafından da korunmaktadır. Tüketen norm kapsamında cezalandırılan fiilin haksızlık içeriği diğer normların haksızlık içeriğinden daha fazla olup failin cezası bu norm kapsamında arttırılır.¹¹⁵

Bileşik suç, tüketen-tüketilen norm ilişkisinin görünüş şekillerinden biridir.¹¹⁶ Bileşik suç, TCK md 42'de tanımlanmış¹¹⁷ ve düzenleme kapsamında içtima hükümlerinin uygulanmayacağı, “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima¹¹⁸ hükümleri uygulanmaz.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bileşik suçta ya her biri bağımsız olan fiiller unsur olarak bir araya getirilerek tek fiil ve bu şekilde yeni bir suç oluşturulur ya da bağımsız suç oluşturan fiillerden biri diğerinin cezasının arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenir.¹¹⁹ Bileşik suç durumunda “tek fiil” ve “tek suç” vardır. Bu husus mezkûr maddede “tek fiil sayılan suç” şeklinde ifade edilmiştir. Fiilin tekliliğinin belirlenmesinde hareketin doğal anlamda tekliliği değil, tipik anlamda tekliliği dikkate alınır. Önemli olan doğal anlamdaki tüm hareketlerin hukuki anlamda tek suçun haksızlık unsurunu oluşturmasıdır. Çünkü doğal anlamdaki hareketlerden bazıları bağımsız başka suçları oluşturabilir. Hukuki anlamda tek hareket ve dolayısıyla tek suç bulunduğundan bileşik suç suçların içtimai hali değildir.¹²⁰ Bileşik suç niteliğinde bir suç tanımı bulunmuyorsa her bir hareket bağımsız suç olduğu için gerçek içtima uygulanır ve her bir hareket için ayrı ayrı ceza tayin edilir.¹²¹

Bileşik suçta her bir fiil bağımsız farklı hukuksal değerleri korumayı amaçlarsa da tüketen konumundaki norm için ortak bir amaç vardır. Örneğin, konutta yağma suçunda konut dokunulmazlığını ihlal

114 Kühl (n 7), § 21, Rn 60; Rengier (n 8)§ 56, Rn 30; Gropp (n 94), § 14, Rn 30; İçel, *Suçların İçtimai* (n 99) 193; İçel, ‘Görünüşte Birleşme (İçtima) ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ (n 111) 42–45.

115 Akbulut (n 12) 893, 894. Aynı yönde bkz Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 593; İçel, *Suçların İçtimai* (n 99) 193.

116 İçel, *Suçların İçtimai* (n 99) 204; İçel, ‘Görünüşte Birleşme (İçtima) ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ (n 111) 44–45. Alman hukukunda bir görüş bileşik suçta özel norm-genel norm ilişkisi kapsamında değerlendirmektedir. Bu görüş, unsur veya ağırlatıcı sebebi bünyesinde taşıyan suçun unsur veya ağırlatıcı sebebin düzenlendiği suç tipi karşısında özel norm olduğunu kabul etmektedir. Bkz İçel, *Suçların İçtimai* (n 99) 204–205.

117 İçel’e göre bileşik suçta ilişkin bir hüküm olmasaydı failin unsur veya ağırlatıcı sebebi bünyesinde taşıyan suçtan yani tek bir fiilden cezalandırılırdı. Çünkü normların yani suçların çokluğu görünüşte olup gerçekte birden fazla ceza normu veya suç bulunmamaktadır. Alman hukukunda da mesele bu minvalde değerlendirilmektedir. İçel, *Suçların İçtimai* (n 99) 169; Özgenç (n 5) 671; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 570.

118 *Hakeri*’ye göre bundan anlaşılması gereken gerçek içtimadır. *Hakeri* (n 7) 573.

119 Artuk ve diğerleri (n 7) 802; Akkaş (n 84) 76.

120 Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 563–564. Ayrıca bkz Özgenç (n 5) 671; Karakehya (n 12) 248 vd.

121 Göktürk, ‘Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar’ (n 83) 251. Ayrıca bkz Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 567.

yağma suçu için işlenir.¹²² Böylece konut dokunulmazlığının ihlali suçunun haksızlığı bileşik suç olarak düzenlenen konutta yağma suçunun haksızlığı içerisinde tüketilir ve faile sadece nitelikli yağma suçundan ceza verilir. Nitelikli yağma suçunun yaptırımı konut dokunulmazlığının ihlali suçunun yaptırımını da ihtiva etmekte yani konut dokunulmazlığındaki hukuksal değer bileşik suç kapsamında korunmaktadır. Bu yüzden, ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan dolayı faile ceza verilmez.

Bileşik suçun birinci görünüş şekli bir suçun bir başka suçun unsurunu oluşturmasıdır.¹²³ Bu görünüş şeklinde bileşik suçu meydana getiren suçlar bağımsızlıklarını kaybederek nitelik değiştirir ve ortaya başka nitelikte bir suç çıkar. Unsur haline gelen suçlar bağımsızlıklarını kaybettiklerinden ortada tek suç vardır ve dolayısıyla faile tek suçtan ceza verilir. Kanunda açıkça unsur olarak gösterilen suçlar bu kapsamda mütalaa edilmelidir. Yani bileşik suçun tipikliğinde unsur veya nitelikli hal olarak belirtilmeyen suçlar bağımsızlığını muhafaza eder. Bunun klasik örneğini yağma suçu oluşturur. Yağma suçu, cebir veya tehdit ile hırsızlık suçunun birleşmesinden oluşan bir suçtur. Her biri bağımsız suç olan cebir (TCK md 108) veya tehdit (106) fiilleri hırsızlık fiiliyle (TCK md 141) birleşir (kaynaşır) ve bahsi geçen suçlardan tamamen farklı olan yeni bir suç meydana gelir. Bu durumda faile sadece yağma suçundan ceza verilir; ayrıca cebir veya tehdit ile hırsızlık suçlarından ceza verilmez.¹²⁴

Bileşik suçun ikinci görünüş şekli bir suçun diğer bir suçun cezayı arttıran nitelikli hali olarak düzenlenmesidir.¹²⁵ Burada nitelikli unsur konumunda olan suç bağımsızlığını kaybeder. Konutta veya işyerinde yağma suçu bunun örneğini oluşturur. Konut veya işyeri dokunulmazlığının ihlali suçu yağma suçunun nitelikli halini oluşturduğundan ayrıca konut dokunulmazlığından faile ceza verilmez.¹²⁶

TCK md 85/2'de düzenlenen durumun bileşik suç olarak düzenlendiği görüşünü eleştiren *Göktürk'e* göre, ölüm veya yaralamaya neden olan tek fiil koşulu sağlanmış ve fiilin doğal anlamda tek hareketten de oluşması mümkündür. Bileşik suçta hukuki anlamda fiili teklifi çerçevesinde değerlendirilebilecek birden fazla hareketin mağduru aynı kişidir ve tek suçun varlığından bahsedilir. Söz konusu hükümde ise ölüm ve yaralanma neticelerinin farklı mağdurlar üzerinde gerçekleşmesi gerekir ve birden fazla mağdura ait hukuksal değerler ihlal edildiğinden birden fazla suç oluşmaktadır. Kısacası ölen ve yaralanan kişi sayısı kadar taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçları oluşmaktadır. Bu itibarla, görünüşte içtimadan ve tek suçun oluştuğundan bahsedilemez. Zira burada suç çokluğu görünüşte değildir. Kanunda TCK md 85/2 hükmü bulunmasaydı gerçek içtima değil, aynı neviden veya farklı neviden fikri içtimanın uygulanması gerekecekti. Yazara göre, bileşik suçun tanımlandığı bir suç durumu yoksa her bir hareket bağımsız suç teşkil ettiği için fail her bir suçun cezasıyla ayrı ayrı cezalandırılır. Aynı ve tek fiille işlenen birden fazla suçtaki (öldürme ve yaralama) mağdur sayısı nitelikli unsur olarak kabul edilemez. Çünkü her bir mağdura ait ayrı bir suç konusunun bulunması şartıyla hukuksal menfaati ihlal edilen kişi sayısınca suç oluşur. Bileşik suçta ise suçun hem temel hali hem de nitelikli hali bakımından mağdur aynı kişidir. TCK md 85/2'de yaralan kişi taksirle öldürme suçunun mağduru değil, taksirle yaralama suçunun mağduru. Netice itibariyle, taksirle yaralama taksirle öldürme suçunun nitelikli hali değildir ve taksirle yaralamaya

122 İçel, *Suçların İçtiması* (n 99) 206; Hakeri (n 7) 575.

123 İçel, *Suçların İçtiması* (n 99) 206.

124 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 564–565; Akkaş (n 84) 76. Örnekler için bkz Hakeri (n 7) 571.

125 Jakobs (n 35), Abs 6, Rn 97; İçel, *Suçların İçtiması* (n 99) 207.

126 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 565. Örnekler için bkz Hakeri (n 7) 572–573.

neden olan bağımsız bir hareket bulunmamaktadır. Ayrıca tek fiille birden fazla ölüm neticesinin gerçekleştiği bir olayda bir suçun kendisinin nitelikli halini oluşturmasından bahsedilemez. Çünkü bileşik suçta nitelikli hali oluşturan suç bağımsız başka bir suç olmalıdır.¹²⁷

d. Türk Ceza Kanununun 85'inci Maddesinin İkinci Fıkrasındaki Düzenlemenin Suçların İçtimama İlişkin Özel Bir Hüküm Olduğu Görüşü

Bu yaklaşıma göre, TCK md 85/2'de işlenen taksirli fiilin karşılığında sırf bağımsız bir ceza öngörülmesi hükmün bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği şeklinde anlaşılmaz. Taksirli bir fiil sonucu iki kişinin öldüğü bir olayda taksirli öldürme suçunun düzenlendiği birinci fıkra uygulanır. Bu durum birinci fıkrada zaten düzenlenmiştir. Bu itibarla farklı mağdurlara karşı işlenen taksirle öldürmenin bağımsız bir suç tipi olmasından söz edilemez. Çünkü birinci ve ikinci fıkra bakımından suçun unsurlarında bir farklılaşma gerçekleşmemiştir. İkinci fıkrayı birinci fıkradan ayıran husus mağdur sayısıdır. Farklı mağdurlara karşı farklı suçlar oluşmamaktadır. Mağdurlar bakımından oluşan suç birinci fıkradaki taksirle öldürme suçudur. Suçun unsurlarında herhangi bir farklılaşmaya gidilmeksizin tek fiille aynı suçun birden fazla kez işlenmesi (aynı neviden fikri içtima) durumunda bağımsız bir suç tipinin oluşturulmasından bahsedilemez. Aynı şekilde, taksirle öldürme ve yaralama suçları birbirinden bağımsız suç tipleri olarak düzenlenmiştir. Taksirli bir fiille bir kişinin ölümü ile birlikte birden fazla kişinin yaralanması gibi bir durumda ölen ve yaralanan kişi sayısı kadar suç oluşur. Her ne kadar bileşik suçtaki gibi farklı nitelikteki suç tiplerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlenmesi mümkün ise de böyle bir düzenlemede farklı suç tiplerine ait fiil unsurunun gerçekleşmesi ve mağdurun aynı kişi olması gerekir. Yağma suçunda olduğu gibi cebir veya tehdit ile alma hareketinin gerçekleşmesi ve bunun aynı mağdura karşı işlenmesi gerekir. TCK md 85/2'de ise fiil aynıdır ve tektir. Fakat mağdur sayısı birden fazla olmak zorundadır. Bu açıklamalardan hareketle hükmün suçların içtimama ilişkin özel bir düzenleme olduğunu ileri süren görüş, tek fiille birden fazla suç tipinin ihlalinin ancak suçların içtimai kapsamında mütalaa edilebileceğini ileri sürmüştür.¹²⁸

Maddenin ikinci fıkrasında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir hareketin birden fazla kişinin ölümüne veya birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olunması daha ağır cezalandırılmıştır.¹²⁹ Hükmün uygulanabilmesi için birden fazla neticeye bir taksirli fiilin neden olması gerekir.¹³⁰ Hükmünden anlaşılacağı üzere kanunun aynı hükmü (taksirli öldürme) ihlal edilebileceği gibi kanununun birden fazla hükmünün (taksirli öldürme ve taksirli

127 Göktürk, "Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar" (n 83) 251–252.

128 ibid 253. Hükmün suçların içtimama ilişkin özel bir düzenleme olduğu hakkında bkz Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 201; Artuk ve diğerleri (n 4) 212–214; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 115; Karakehya (n 12) 75; Ekici Şahin (n 6) 103; Akkaş (n 84) 78; Göktürk, *Fikri İçtima (Suçların İçtimai)* (n 108) 191–192. Akbulut'a göre, "Neticeye ilişkin belirleme içtimayla ilgili olabilmektedir. Kanuni tanıda yer alan düzenleme cezanın tespitiyle ilgiliyse içtimayla ilgili bir belirleme bulunmaktadır. Bu durumda da nitelikli hal veya neticesi sebebiyle ağırlaşan suç değil özel bir içtima düzenlemesi bulunmaktadır." Bkz Akbulut (n 12) 440.

129 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 241.

130 Taksirli hareket sonucu bir kişinin ölümüyle birlikte failin kendisinin de yaralanması durumunda TCK md 85/2 hükmü uygulanmaz. Bkz Yıldız (n 4) 273.

yaralama) ihlal edilmesi de mümkündür.¹³¹ Söz konusu hükmün kanunda bulunmaması ihtimalinde aynı taksirli fiille birden fazla kişinin ölmesi durumunda TCK md 43/2'de düzenlenen aynı neviden fikri içtima (*gleichartiger Idealkonkurrenz*),¹³² bir taksirli fiille bir ya da birden fazla kişinin ölmesi ve bir ya da birden fazla kişinin yaralanması durumunda TCK md 44'te düzenlenen farklı neviden fikri içtimanın (*ungleichartiger Idealkonkurrenz*)¹³³ uygulanması gerekecekti.¹³⁴ Kanun koyucu bu şekilde aynı neviden ve farklı neviden fikri içtima durumlarını özel olarak düzenlemiş ve birinci fıkraya göre failin cezasının arttırılmasını öngörmüştür. Çünkü birden fazla kişinin ölümüne veya birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olunması durumunda işlenen haksızlığın muhtevası daha da artmaktadır.¹³⁵ TCK md 85/2'nin düzenlenmesinin nedeni TCK md 43/2 ve 44 hükümlerinin taksirli fiilin sebebiyet verdiği ölüm veya yaralanma fiillerinin mağdurları sayısınca haksızlığı karşılamada yeterli olmamasıdır.¹³⁶ Çünkü TCK md 85/2 kanunda bulunmasaydı örneğin taksirli hareket sonucu birden fazla kişinin öldüğü bir olayda bilinçsiz taksirle hareket eden failin cezası, aynı neviden fikri içtima hükümleri gereğince sadece tek taksirle öldürme cezası üzerinden en fazla $\frac{3}{4}$ oranında arttırılabilir. Zira TCK md 43/3'te aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanmayacağı suçlar arasında kasten öldürmeye yer verilmişse de, taksirle öldürme bu suçlar arasında sayılmamıştır. Kanun koyucu TCK md 85/2'yi düzenlemeseydi aynı neviden fikri içtimanın yasaklandığı suçlar arasında taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçlarına yer verebilirdi. Bu ihtimalde tek taksirli hareket sonucu birden fazla kişinin öldüğü bir olayda gerçekleşen

131 Artuk ve diğerleri (n 4) 212; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 201.

132 Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 20, Rn 1083; Gropp (n 94), § 14, Rn 95. Taksirli suçlarda fikri içtimanın teorik olarak mümkün olduğu hakkında bkz İçel, *Suçların İçtiması* (n 99) 71.

133 Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 20, Rn 1083; Gropp (n 94), § 14, Rn 97.

134 Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 241; Meier (n 11) 184; Yıldız (n 4) 277; Akkaş (n 84) 78. Fikri içtima hakkında detaylı bilgi için bkz Mahmut Koca, 'Fikri İçtima' (2007) 2 Ceza Hukuku Dergisi 197, 190 vd; Göktürk, *Fikri İçtima (Suçların İçtiması)* (n 108) 5 vd; Rengier (n 8), § 56, Rn 46 ff; Meier (n 11) 184–188; Neslihan Göktürk, 'Türk Hukukunda Suçların İçtiması' (2014) 2 Ceza Hukuku Dergisi 31, 31 vd; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 542 vd; Fischer (n 7), § 52, Rn 1 ff; İçel, *Suçların İçtiması* (n 99) 57 vd; Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 20, Rn 1083 ff. Gerçekleşen neticenin haksızlığına üstünlük tanıyan İçel'e göre, taksirli suçlarda teorik olarak fikri içtima mümkündür. Ancak motorlu araçla birkaç kişiye çarpan bir kimsenin bazılarının ölmesine, bazılarının ise yaralanmasına sebebiyet verdiği bir olayda işlenen taksirli fiil tek olsa da ölen ve yaralanan kişi sayısınca netice gerçekleştiğinden fikri içtima uygulanamaz. Çünkü taksirin normatif karakterinden dolayı dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık unsurunun doğal anlamda hareket sayısının belirlenmesinde rolü bulunmamaktadır. Bkz İçel, *Suçların İçtiması* (n 99) 71, 72.

135 Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 241.

136 Göktürk, 'Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar' (n 83) 253; Göktürk, *Fikri İçtima (Suçların İçtiması)* (n 108) 192 dn 646. Göktürk, bu noktada "belirlenen cezanın failin kusuruyla orantılı olması" anlamına gelen kusur ilkesi ve "belirlenen cezanın suçun haksızlık muhtevasını bütünü ile karşılaması" anlamına gelen haksızlığın tüketilmesi ilkelерinin önemine işaret etmektedir. Yazar, fikri içtimanın en önemli fonksiyonunun fiilin haksızlık içeriğinin tümüyle karşılanması anlayışına dayandığını, taksirli fiilin neden olduğu ölüm ve yaralanma sayısına göre aynı neviden ve/veya farklı neviden fikri içtimanın bahsi geçen iki ilke karşısında cezanın belirlenmesi bakımından yetersiz olduğunu, TCK md 85/2'de cezanın belirlenmesine ilişkin alt ve üst sınırlar arasındaki farkın cezanın belirliliği ilkesiyle uyumlu olduğunu ileri sürmüştür. Ceza hukukunda içtimanın ortaya çıkış nedeninin cezanın belirlenmesi, yani yaptırım teorisi alanına dâhil olduğunu belirten yazar, TCK md 85/2'nin münhasıran "cezanın belirlenmesine" ilişkin bir düzenleme olduğunu kabul etmektedir. Sonuç itibarıyla, TCK md 85/2'de adı geçen suçlar (taksirle öldürme ve yaralama) bağımsızlıklarını korumaktadır. Bkz Göktürk, 'Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar' (n 83) 255–256. Düzenlemenin ceza miktarına ve cezanın belirlenmesine ilişkin özel bir hüküm olduğu hakkında Bkz Özgenç (n 5) 277.

netice sayısı kadar taksirle öldürme suçu söz konusu olacaktı. Dolayısıyla kanun koyucunun isabetli şekilde orta bir yol tuttuğunu ve bu hususta makul bir çözüm getirdiğini söylemek mümkündür.

TCK md 85/2'nin uygulama alanı bulabilmesi için birden fazla neticeye bir taksirli hareketin neden olması gerekir. Fiilin teklığinin belirlenmesinde hukuki anlamda hareket teklığı (*rechtliche/juristische Handlungseinheit*)¹³⁷ dikkate alınır. Gerçekleştirilen hareketler hukuki olarak değerlendirilmeli ve doğal anlamda gerçekleştirilen birden çok hareket hukuki anlamda bir bütünlük arz ediyorsa bu hareketler tek hareket olarak kabul edilir. TCK md 85/2 bakımından doğal anlamda fiil teklığı (*Handlung im natürlichen Sinn*)¹³⁸ önemlidir. Doğal anlamda fiil teklığında birden fazla doğal anlamda hareket olmasına rağmen hareketler tek iradi karar çerçevesinde gerçekleştirilir. Bu hareketler, objektif olarak yer ve zaman bakımından tek fiil olarak nitelendirilecek derecede birbirine yakınsa tek fiil olarak nitelendirilir. Örneğin inşaat alanında birden fazla kez iş güvenliği bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmek suretiyle birden fazla ölüme sebebiyet veren kişinin fiili hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilir. Aynı zamanda işlenen ayrı nitelikteki taksirli fiiller bakımından fiilin teklığından bahsedilmez. Örneğin bir kimsenin taksirle yaralanmasına neden olan kişi, yaralıyı hastaneye götürürken trafik kuralını ihlalden dolayı bir başkasının ölümüne neden olması durumunda TCK md 85/2 değil, taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçlarından ayrı ayrı hüküm tesis edilir.¹³⁹ Demek ki birbirinden tamamen bağımsız taksirli hareketler sonucu ölüm ve/veya yaralama durumlarında TCK md 85/2'nin uygulanması mümkün değildir.¹⁴⁰

Netice itibariyle, bu görüşe göre taksirle öldürme suçu bakımından fikri içtima mümkündür. *Özbek/Doğan/Bacaksız*, bu çerçevede taksirle işlenen bir suçun kasten işlenen bir suçla fikri içtima ilişkisi içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunun da tartışılması gerektiğine işaret etmişlerdir. TCK md 44'ün gerekçesinde bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar fikri içtima bakımından farklı suçlar olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla yazarlara göre, kasten ve taksirle işlenen suçlar arasında fikri içtima mümkündür.¹⁴¹

Alman hukukunda özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte sorun suçların içtimaı kapsamında değerlendirilmektedir. ACK'da TCK md 85/2 ve md 89/4 hükümlerini karşılayan herhangi bir hüküm

137 Fischer (n 7)§ 52, Rn 2; Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 20, Rn 1063. Fiil teklığı Alman hukukunda doğal hareket teklığı (*natürliche Handlungseinheit*), tipik hareket teklığı (*tatbestandliche Handlungseinheit*) ve hukuki anlamda hareket teklığı (*juristische Handlungseinheit*) olmak üzere üç başlık altında incelenmiştir. Ayırım için bkz İçel, *Suçların İçtimaı* (n 99) 30–32. Hukuki anlamda hareket teklığı üç başlık altında incelenmiştir: Tipik hareket teklığı (*tatbestandliche Handlungseinheit*), birbirini izleyen hareketlerle oluşan/ardışık hareket teklığı (*fortgesetzte Handlungseinheit*) ve kısmi hareket benzerliği ile oluşan hareket teklığı (*Handlungseinheit bei partieller Handlungsidentität*) Kühl (n 7), § 21, Rn 21; Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 20, Rn 1063 ff. Ayrıca bkz Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 522 vd.

138 Rengier (n 8), § 56, Rn 15; Kühl (n 7), § 21, Rn 6, 7; Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 20, Rn 1062. Alman hukukunda doğal hareket teklığı hakkında detaylı bkz Soner Demirtaş, 'Alman İçtima Öğretisinde Doğal Hareket Teklğı' (2016) 7 TAAD 129, 129–144.

139 Artuk ve diğerleri (n 4) 212–213.

140 Yıldız (n 4) 273.

141 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 201–202.

bulunmamaktadır. Taksirle öldürme (ACK md 222)¹⁴² ve taksirle yaralama (ACK md 229)¹⁴³ suçlarına ilişkin düzenlemelerde konuya ilişkin herhangi bir hüküm kabul edilmemiştir. Taksirli bir fiille birden fazla kişinin ölümüne veya bir kişinin ölümüyle birlikte bir ya da birden fazla kişinin yaralanmasına neden olunması durumları fikri içtimaa ilişkin ACK md 52 kapsamında mütalaa edilmektedir.¹⁴⁴

e. Kanaatimiz

Kanunda TCK md 85/2 gibi bir düzenlemenin bulunmaması halinde duruma göre aynı veya farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekecekti. Ancak mevcut durum karşısında bu hükmü hem özel içtima hali hem de bağımsız bir haksızlık temelinde kendine özgü bir bileşik suç düzenlemesi olarak nitelendirmek yerinde değildir. Zira fikri içtima suçların içtimaa, bileşik suç ise normların içtimaa ilişkin bir durumdur. Zaten TCK md 42'de bileşik suçlarda içtimaa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Mahiyeti itibariyle birbirinden farklılık arz eden iki kurumun hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından TCK md 85/2'nin aynı anda uygulanması mümkün gözükmemektedir. Bu yüzden bir ceza normunun hukuki niteliği belirlenirken düzenlemenin mahiyetine (amacına) ve kanun sistematığına uygun bir yorumun yapılması gerekir.

Doktrinde hükmün niteliği bağlamında *Koca/Üzülmez* tarafından kullanılan “adeta kendine özgü bir bileşik suç” ifadesinden taksirli öldürme suçu bakımından “bileşik suça ilişkin özel bir düzenleme” veya “bileşik suç benzeri bir düzenleme” anlamlarını çıkarmak mümkündür. Bundan hareketle hükmün, taksirli öldürme suçu bakımından bileşik suça ilişkin tamamen kendine özgü bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

Kanun koyucu resmi belgede sahtecilik suçu bakımından TCK md 212,¹⁴⁵ yargı görevi yapanı, bilirkişiyi ve tanığı etkilemeye teşebbüs suçu bakımından TCK md 277/2,¹⁴⁶ infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak suçu bakımından TCK md 297/1 ve tehdit suçuna ilişkin TCK md 106/3¹⁴⁷ gibi gerçek içtimai kabul eden istisnai hükümleri düzenlemiştir. Aynı şekilde bağımsız bir

142 ACK md 222: “Her kim, bir insanın ölümüne, taksirle sebebiyet verirse, beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” Kanun metninin çevirisi için bkz Yenisey ve Plagemann (n 101) 331.

143 ACK md 229: “Başka bir insanın yaralanmasına, taksirle sebebiyet veren kişi, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.” Kanun metninin çevirisi için bkz ibid 336.

144 Göktürk, ‘Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar’ (n 83) 254; Fischer (n 7), § 222, Rn 34; § 229, Rn 4; Kindhäuser (n 4), § 7, Rn 14. ACK md 52: (1) Aynı hareket birden fazla ceza kanununu veya aynı ceza kanununu birden fazla defa ihlâl ediyorsa, sadece tek bir cezaya hükmedilir. (2) Birden fazla ceza kanunu ihlâl edilmişse, ceza en ağırını içeren kanuna göre belirlenir. Ceza, uygulanabilir olan diğer kanunların kabul ettiğinden daha hafif olamaz. (3) 41 inci maddedeki şartlar varsa, mahkeme hapis cezası ile birlikte, ayrıca para cezasına da hükmedebilir. (4) Uygulanabilir olan kanunlardan biri malvarlığı cezası verilmesini öngörüyor ise, mahkeme müebbet veya iki seneden fazla süreli hapis cezası ile birlikte malvarlığı cezasına hükmedebilir. Bunun dışında uygulanabilir olan kanunlardan birinde mecburiyet veya imkân öngörülmüş ise, fer’i cezaya, fer’i sonuçlara ve tedbirlere (m 11, fıkra 1, No. 8) hükmedilmesi mecburidir veya hükmedilebilir. Kanun metninin çevirisi için bkz Yenisey ve Plagemann (n 101) 44–45.

145 TCK md 212/1: “Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmlenir.”

146 TCK md 277/2: “Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır.”

147 TCK md 106/3: “Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir.”

haksızlık temelinden hareketle bu haksızlığın artmasının daha ağır cezalandırılması amacıyla bileşik suç benzeri hükümlerin düzenlenmesi mümkündür. Yine aynı kanun koyucu, eski TCK'de zincirleme suçların farklı mağdurlara karşı işlenmesini, yeni TCK'de ise aynı mağdura karşı işlenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla bileşik suç benzeri bir hükümle bir suç tipi bakımından (burada taksirle öldürme suçu) özel bir düzenlemeye gidilerek farklı mağdurlara karşı da bileşik suçun mümkün olduğunu ifade etmek gerekir. Bileşik suç benzeri hüküm, bileşik suça ilişkin özel bir düzenleme veya adeta kendine özgü bir bileşik suç ifadelerinin bu duruma işaret ettiği kanaatindeyiz. Nitekim hükmü cezanın belirlenmesi bakımından suçların içtimama ilişkin özel bir düzenleme olduğunu ileri süren görüş de kanun koyucunun istisnai hükümlerle özel düzenleme yoluna gidilebileceğini kabul etmiştir.

Bununla birlikte tahlil ettiğimiz kararda yargı mercileri hükmün niteliğine ilişkin tartışmalara girmeden doğrudan bir sonuca ulaşmıştır. Yerel mahkeme (Zonguldak 1. Ağır Ceza Mahkemesi), Yargıtay'ın uygulamasından hareketle ve şikâyet kurumunu örnek vermek suretiyle TCK md 85/2'nin taksirle öldürme ve taksirle yaralama şeklinde bölünebileceği sonucuna varmıştır. Yargıtay CGK, TCK md 85/2'nin taksirle öldürme suçunu düzenleyen birinci fıkrasının nitelikli hali olduğunu belirterek yukarıda ele aldığımız nitelikli hal görüşünü kabul etmiş ve hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara girmeden hükmün taksirli öldürme ve taksirli yaralama şeklinde ikiye bölünemeyeceği sonucuna varmıştır. Üç üye ise aksi yönde görüş ileri sürmüşlerdir. Nihayetinde kararda meselenin teorik izahı bakımından yapılan tartışmalar TCK md 22/6'nın uygulanma şartları üzerine yoğunlaşmıştır. Her ne kadar asıl sorun, TCK md 22/6'da düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin TCK md 85/2 bakımından uygulanabilir olup olmadığına ilişkin olsa da md 85/2'nin hukuki niteliğe ilişkin benimsenecek görüşe göre farklı sonuca ulaşmak mümkündür.

TCK md 85/2'deki düzenlemeyi bileşik suça özgü özel bir düzenleme daha doğrusu bileşik suç benzeri bir düzenleme olarak nitelendirerek bileşik suç görüşünü kabul etmekteyiz. Hükmünde adı geçen suçların ikiye bölünmesi suretiyle (öldürme ve yaralama) tekrardan bağımsız suç hükümlerine göre değerlendirilmesi mümkün değildir. Hem TCK md 22/6 hem de şikâyet kurumu bakımından bu görüşü benimsemekteyiz. Bundan hareketle Yargıtay'ın bir veya birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralandığı durumlarda yaralama suçu bakımından mağdur/mağdurların şikâyetçi olmaması halinde fail hakkında TCK md 85/1'in uygulanacağına dair içtihadı isabetli değildir. Bu şekilde TCK md 85/2'de adı geçen suçlarda bölünmeye gidilmekte ve kanun koyucunun TCK md 85/2 için aramadığı bir muhakeme şartı kabul edilerek kanuna aykırı bir şekilde hareket edilmiştir.

3. Türk Ceza Kanununun 85'inci Maddesinin İkinci Fıkrasının “Taksirle Öldürme” ve “Taksirle Yaralama” Şeklinde Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu

Tahlil ettiğimiz kararda yargı mercileri arasında çözümlenmesi gereken ilk sorun TCK md 85/2'de düzenlenen suçun “taksirle öldürme” ve “taksirle yaralama” şeklinde bölünüp bölünemeyeceği sorundur. Bu sorun, yerel mahkemenin ve Yargıtay CGK'nin kararlarında tartışılmıştır.

Yerel Mahkeme (Zonguldak 1. Ağır Ceza Mahkemesi) kararında TCK md 22 ve devamı hükümlerinde fiilin bölünemeyeceğine dair bir hükmün olmadığını, uygulamada bilinçli taksir hariç taksirle

öldürme suçuyla birlikte yaralamanın gerçekleşmesi, fakat şikâyetten vazgeçilmesi durumunda TCK md 85/1'in uygulanacağını ve bu suretle ikinci fıkradaki fiilin taksirli öldürme ve taksirli yaralama şeklinde bölünebileceği sonucuna varmıştır.

Yargıtay CGK kararında taksirle öldürme suçunun daha fazla cezayı gerektiren halinin düzenlendiği TCK md 85/2'de düzenlenen suçun, şahsi cezasızlık sebebine ilişkin md 22/6'nın uygulanması açısından "taksirle öldürme" ve "taksirle yaralama" şeklinde ikiye bölünüp bölünemeyeceği sorunu ele almıştır. Genel Kurul, çoğunluk kararında TCK md 85/2'de birden fazla kişinin ölümü ya da bir kişinin ölümüyle birlikte "en az biri şikâyetçi olması şartıyla" bir veya birden fazla kişinin yaralanmasının taksirle öldürme suçunun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali olduğunu, ikinci fıkrada düzenlenen suçta taksirli fiil tek olmakla birlikte öldürme ve yaralama olmak üzere iki neticenin cezalandırıldığını ve fakat netice ikiye bölünerek bunların biri hakkında TCK md 22/6'nın uygulanmasının mümkün olmadığını ve bu suretle hükmün bölünemeyeceği sonucuna varmıştır. Üç kurul üyesi ise yerel mahkemenin hükmünün isabetli olduğunu ve TCK md 85/2'de düzenlenen fiilin taksirle öldürme ve taksirle yaralama şeklinde bölünebileceğini savunmuştur.

Hükmün bölünüp bölünemeyeceği sorunu doktrinde şikâyet kurumu ve şahsi cezasızlık sebebine ilişkin TCK md 22/6 bakımından tartışılmıştır.

a. Şikâyet Kurumu Bakımından

Doktrinde TCK md 85/2'de zikredilen suçların bölünmesi suretiyle tekrardan bağımsız suç maddelerine göre değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı sorunu TCK md 73'te¹⁴⁸ düzenlenen şikâyet¹⁴⁹

148 TCK md 73: "(1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. (2) Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar. (3) Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez. (4) Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz. (5) İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar. (6) Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez. (7) Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz."

149 Şikâyet, "soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan bir suçun şikâyet hakkı olan bir kimse veya onun kanuni veya iradi temsilcisi tarafından kanuni süresi içinde kanunda belirtilen (CMK md 158) yetkili kişi veya makamlara bildirerek failin cezalandırılması iradesini beyan etmek" şeklinde tanımlanabilir. Bkz Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19 bs, Adalet Yayınevi 2022) 131. Suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında kabul edilen kural reşen takip ilkesidir. Fakat kanun koyucu çeşitli nedenlerden hareketle bazı suçlar hakkında bu kurala istisna getirmek suretiyle soruşturma ve kovuşturma yapılmasını şikâyete bağlı kılabılır. İstisna olduğu için hangi suçların şikâyete tabi olduğu kanunda açıkça belirtilmelidir. Bu nedenlerden biri kamu düzeninin ihlal derecesidir. Kamu düzenini hafif düzeyde ihlal eden fiillerin reşen kovuşturulmasında fayda olmadığı ve ihlal bakımından önemsiz görülen suçların kovuşturulmasında mağdurun şikâyetinin aranması gerektiği kabul edilir. Bir diğer neden ise fail ile mağdur arasındaki yakınlık derecesidir. Bu şekilde uyuşmazlıkların aile içerisinde çözülmesine imkân tanınmış olur. Şikâyetin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Biz de, baskın görüşten hareketle şikâyetin bir ceza muhakemesi kurumu olduğu kanaatindeyiz. Kurumun cezalandırılabilirliğinin koşullarıyla bir alakasının olmadığını düşünmekteyiz. Bkz Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 381 vd. Kurumun bir ceza muhakemesi şartı olduğu hakkında bkz Feridun Yenisey ve Aşşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 622. Şikâyet kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15 bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 115 vd; Ünver ve Hakeri 131–134; Yenisey ve Nuhoğlu 622 vd; Sercan Tokdemir ve Özlem Çelik, "Kamu Davası ve Toplumsal Algılar", *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*, vol I (Beta Yayınevi 2014) 1487–1520. Doktrinde bir görüş şikâyeti bir ceza muhakemesi kurumu olarak kabul etmekte ve bir ceza muhakemesi şartı olarak nitelendirmektedir. Bu

kurumu bakımından ele alınmıştır. Sorunun şikâyet kurumu bakımından önem arz ettiğini ifade etmek gerekir.¹⁵⁰

Taksirli hareket sonucu bir kişinin ölümüyle birlikte bir kişinin yaralanması durumunda yaralama suçunun mağdurunun şikâyet hakkını kullanmaması veya şikâyetini geri alması durumunda TCK md 85/2'nin uygulanabilir olup olmadığı sorunu tartışılmıştır.¹⁵¹

Bir kişinin ölümünün yanında bir veya birden fazla kişinin yaralanması halinde, yaralanmaların TCK md 89/1¹⁵² kapsamına girmesi istisna olmak üzere TCK md 85/2'nin uygulanması gerekir.¹⁵³ Ancak taksirle yaralanmanın 89/1 kapsamına giren haller hariç, doktrinde ve içtihatlarda¹⁵⁴ TCK md 85/2'nin uygulanabilirliği bakımından mağdurların şikâyeti aranmıştır.¹⁵⁵ TCK md 89/1 kapsamındaki haller hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde takibi şikâyete bağlı olmadığı ve TCK md 89/5¹⁵⁶ bakımından şikâyete bağlı bir suç olduğu ileri sürülerek doktrinde ve içtihatlardaki bu yaklaşım eleştirilmiştir.¹⁵⁷

Koca/Üzülmmez, TCK md 85/2'nin uygulanması açısından gerçekleşen yaralanmaların TCK md 89'un hangi fıkrası kapsamında olduğunun, şikâyete tabi olup olmadığının ve somut olayda mağdurun şikâyet edip etmediğinin bir öneminin olmadığını ileri sürmüşlerdir. Yazarlara göre, özene aykırılık teşkil edici bir

durumda şikâyeti ilişkin değişikliklerde derhal uygulama ilkesi geçerlidir. Bir başka görüş, şikâyeti ceza ilişkisine son verdiğinden maddi ceza hukukunda lehe-aleyhe kanun değerlendirilmesinin yapılmasını kabul etmektedir. Bir başka görüş, kişiye tanınan bir yetki olduğu için şikâyetin unsurları gerçekleşmiş bir suç ceza kanunun uygulanmasını engel teşkil edici olarak görmektedir. Görüşler hakkında bkz Akkaş (n 84) 72-73. Kurumun hukuki niteliği hakkındaki tartışma için ayrıca bkz Bahri Öztürk ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Bahri Öztürk ed, 16 bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 47. Şikâyete tabi suçların listesi için bkz Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8 bs, Yetkin Yayınları 2020) 252. Şikâyete tabi suçlara daha çok kişilere karşı suçlar alanında yer verildiği hakkında bkz Tokdemir ve Çelik 1512.

150 Artuk ve diğerleri (n 4) 213.

151 Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 228; Yıldız (n 4) 272.

152 TCK md 89/1: “*Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*”

153 Artuk ve diğerleri (n 4) 213-214. Yargıtay, failin kontrolsüz bir şekilde sevk ve idare ettiği aracıyla bir başkasına çarpması neticesinde gerçekleşen olaya ilişkin verdiği kararında, “...*bilinçli taksirle bir kişinin ölümüne ve bir kişinin de kemik kırığı oluşacak şekilde yaralanmasına sebebiyet vermesi ve yaralamanın TCK md 89/2-bide yer alan nitelikte olması nedeniyle şikâyete tabi olmaması gözetilmeden 85. maddenin 1.fıkrasıyla hüküm kurulması...*” bozma nedeni olarak kabul etmiştir (Yargıtay 9 CD, E 2009/52888 K 2009/6796, 08.06.2009). Karar için bkz ibid 214 dn 99.

154 “*Olay tarihinde sanığın saat: 16.30 sıralarında idaresindeki otomobil ile meskun mahal dışında bölünmüş yolda seyri sırasında 3 yönlü T kavşağa geldiğinde kendisine hitaben dur levhası bulunmasına rağmen kontrolsüz bir şekilde sola dönerek bu yolda seyreden kavşağa yaklaşırken hızını azaltmayan katılan sanık ...'in önünü kapatarak çarpıştığı ve ...'in ölümüne, katılan ...'in vücudunda kemik kırığı meydana gelecek ve ...'in ise basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralanmalarına neden olduğu olayda; bilinçli taksirin uygulama koşullarının bulunmadığı, katılanların yaralanması ile sonuçlanan eylemin TCK'nın 89/5. maddesi uyarınca şikâyete bağlı olup, katılan sanık... ve katılan ...'in hükümden sonra 17.02.2014 tarihli dilekçe ile zararları giderildiğinden şikâyetlerinden vazgeçmeleri karşısında sanığın eyleminin TCK'nın 85/1. maddesinde yazılı suç dönüşmesi nedeniyle, hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması...*” (Yargıtay 12 CD, E 2014/18147, K 2015/6748, 16.04.2015). Karar için bkz < <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 15 Şubat 2015.

155 Artuk ve diğerleri (n 4) 214.

156 TCK md 89/5: “*Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.*”

157 Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 228; Yıldız (n 4) 272.

taksirli fiille bir veya birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla yaralanmanın gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkan haksızlığın muhtevasının birinci fıkradaki taksirli fiilin haksızlık muhtevasından daha ağır olduğundan hareketle kanun koyucu cezanın belirlenmesine ilişkin özel bir düzenleme yapmıştır. Yargıtay'ın bahsi geçen durumda mağdurların şikâyetçi olmaması halinde fail hakkında TCK md 85/1'in uygulanacağına dair içtihadı isabetli değildir. Hüküm kendine özgü bir bileşik suç durumu olup hükümde adı geçen suçların (öldürme ve yaralama) tekrardan bağımsız suç hükümlerine göre değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca TCK md 85/2 bakımından şikâyet koşulu aranmamıştır. Böyle bir koşulun aranması aynı fiili işleyenler arasında cezalandırılma bakımından farklılaşmaya yol açacak ve daha az veya daha fazla cezalandırma mağdurun inisiyatifine¹⁵⁸ bırakılmış olur. TCK md 85/2 kapsamında gerçekleşen yaralanma neticeleri bakımından şikâyetin aranması bu koşulu aramayan kanun koyucunun iradesine ve suç teorisinin esaslarına aykırıdır. Bir diğer anlatımla, ikinci fıkranın uygulanabilmesi açısından bir taksirli fiille ölüme sebebiyet verilmesinin yanında bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olmak yeterlidir. Yaralanmaların derecesi ve 89'uncu maddeye göre fiilin şikâyete tabi olup olmadığı önemli değildir. Yaralanmaların derecesi, 2 ile 15 yıl arasında cezanın belirlenmesi bakımından dikkate alınabilir.¹⁵⁹

Yıldız, gerçekleşen ölüm veya yaralanma neticelerinden bir veya birden fazlasının şikâyete tabi olacağına ilişkin bir hükme yer verilmediğini, kanun koyucunun aramadığı bir koşulu aramak suretiyle koşulun gerçekleşmemesinden dolayı hükmün birinci fıkrasının tatbik edileceği şeklinde bir uygulamanın doğru olmadığını ileri sürmüştür. Yazara göre, kanunda TCK md 85/2 gibi bir düzenlemenin olmaması ihtimalinde şikâyet koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması mümkün olabilirdi. Ancak mevcut durum karşısında yaralama suçları bakımından şikâyet koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın TCK md 85/2'nin uygulanması gerekir.¹⁶⁰

Akkaş, taksirli bir hareket sonucu en az bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanması durumunda hükmün (TCK md 85/2) uygulanması bakımından nasıl hareket edileceğinin özel olarak kanun koyucu tarafından belirlendiğini ve bundan hareketle fikri içtima ilişkisinden bahsedebilmek için şikâyet gibi muhakeme şartının arandığı suçlarda bu şartın gerçekleşmesi

158 Yazarların "Şikâyet şartı aranırsa, aynı fiili işleyen kişiler arasında verilecek ceza bakımından farklılık oluşacağı gibi, kişilerin daha az veya daha fazla cezalandırılması mağdurun tercihine bırakılmış olur." şeklindeki gerekçeyi Göktürk şu şekilde eleştirmiştir: "... şikâyet koşulunun öngörülme amacı zaten mağdurun iradesine önem verilmesidir. Yaralanan kişinin şikâyetinin bulunmadığı bir durumda yaralama neticesinin, haksızlığın yoğunluğu üzerindeki etkisi itibarıyla dikkate alınmasının da bir anlamı yoktur. Aynı fiile bağlı olarak ölüm ve başka yaralama neticelerinin gerçekleşmiş olması önemli değildir. Örneğin yolda yaya olarak yürüyen M'ye önce A'nın araçla çarpması ve M'nin sağ kolundan 89. maddenin birinci fıkrası kapsamında yaralanması, beş dakika sonra B'nin araçla çarpması ve M'nin bu kez sol kolundan yine aynı şekilde yaralanması halinde, A ve B'nin gerçekleştirmiş olduğu fiiller arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu olayda, M; A'nın gerçekleştirdiği taksirle yaralama suçundan dolayı şikâyetçi olurken, B'nin gerçekleştirdiği taksirle yaralama suçundan dolayı şikâyet hakkını hiç kullanmayabilir ya da daha sonra şikâyetini geri alabilir. Böyle bir durumda, A ve B'nin fiili arasında nitelik ve ağırlık bakımından bir farklılık bulunmamasına rağmen, muhakeme şartına bağlı dolaylı bir sonuç olarak cezalandırılıp cezalandırılmamaları mağdurun tercihine bırakılmış olmaktadır. Söz konusu görüş kabul edildiğinde, varılan bu sonucun izahı da mümkün olmamaktadır." Açıklama için bkz Göktürk, "Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar" (n 83) 260 dn 37.

159 Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 241–242. İçtihadın isabetli olmadığı yönünde benzer görüş için bkz Yıldız (n 4) 272–273; Akkaş (n 84) 79–80. Karşı görüş için bkz Göktürk, "Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar" (n 83) 258–259. Şikâyetin aranmasının hem kanun koyucunun iradesine hem de suç teorisinin prensiplerine aykırı olduğuna ilişkin değerlendirmeye yönelik eleştiri için bkz ibid 260 dn 37.

160 Yıldız (n 4) 273.

gerektiğinin söz konusu hüküm bakımından geçerli olmadığını; yaralanmaların şikâyete tabi olması halinde yaralanma dolayısıyla şikâyet şartını aramanın kanun koyucunun aramadığı bir şartın kanuna eklenmesi anlamına geleceğini ileri sürmüştür.¹⁶¹

TCK md 85/2'nin bağımsız bir suç tipi ve bileşik suç olmadığını ileri süren *Göktürk*, hükmün fikri içtima¹⁶² ilişkin özel bir düzenleme olduğunu, taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçlarının bağımsızlıklarını muhafaza ettiklerini ve cezanın belirlenmesine ilişkin bir düzenleme olduğunu kabul etmiştir. Yazara göre, söz konusu hükümde TCK md 43/2 ve 44 hükümleri karşısında ceza yaptırımının özel olarak belirlenmiş olması bağımsızlıklarını muhafaza eden suçlar açısından muhakeme şartını (şikâyeti) engelleyici bir etkiye sahip değildir.¹⁶³ Ayrıca taksirle öldürme suçu re'sen kovuşturulan bir suç iken ikinci fıkra bakımından böyle bir koşul aramak mümkün değildir. TCK md 85/2 hükmüne “taksirle yaralama bakımından şikâyet koşulu aranmaz” gibi bir cümlenin eklenmesi ihtimalinde bir taksirli fiille bir kişinin ölümüne sebebiyet vermekle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi durumunda şikâyet koşulu aranmadan doğrudan doğruya TCK md 85/2'nin uygulanması mümkün olabilir.¹⁶⁴

Doktrinde nitelikli hal görüşünü savunan *Tezcan/Erdem/Önok*, yapılan yargılama neticesinde bilinçli taksirin ve olayda yaralananların şikâyetinin olmadığı tespit edilmişse TCK md 85/2'nin uygulanmasının mümkün olmadığını, bu durumda md 85/1'in uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁶⁵

Hakeri, gerçekleşen birden fazla neticenin tek taksirli hareketten kaynaklanmasının ve dolayısıyla neticelerin bölünmesinin önünde bir engel olmadığını ileri sürmüş ve fakat hükmün bir bütün olarak uygulanması gerektiğinden hareketle TCK md 85/2'yi bundan müstesna kılmıştır. Yazara göre, yine de hâkimin alt sınırdan ceza¹⁶⁶ belirlenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.¹⁶⁶

Taksirle yaralama suçu bakımından şikâyet şartının gerçekleşmemesi durumunda bu suçun taksirle öldürme suçu ile fikri içtima ilişkisi içinde bulunamayacağı, dolayısıyla TCK md 85/2'nin uygulanamayacağı ve failin sadece TCK md 85/1 kapsamında taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulacağı görüşü¹⁶⁷ Yargıtay içtihatlarında¹⁶⁸ da kabul edilmiştir.

161 Akkaş (n 84) 79, 80.

162 Fikri içtima ilişkisi içerisinde olan suçların tamamı bakımından muhakeme şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Aksi halde şartın gerçekleşmediği suçun fikri içtima içerisinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu durumda daha hafif cezalandırılma bile muhakeme şartının gerçekleştiği suça ilişkin hüküm uygulanır. Bkz İçel, *Suçların İçtimaı* (n 99) 72, 73.

163 İçel'e göre, cezanın belirlenmesi bakımından fikri içtima tek suç kabul edilmektedir. Diğer hallerde fikri içtima ilişkisi içinde olan her suç bağımsızlığını korumaktadır. Fikri içtima ilişkin bu genel kural hem maddi hem de muhakeme hukuku bakımından geçerlidir. Bkz ibid 83.

164 Göktürk, ‘Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar’ (n 83) 259–260.

165 Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 229. Karşı görüş için bkz Yıldız (n 4) 272–273; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 241–242.

166 Hakeri (n 7) 254.

167 Yıldız (n 4) 272; Göktürk, ‘Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar’ (n 83) 258; Kaymaz ve Gökcan (n 85) 158–159.

168 “Sevk ve idaresindeki araçla trafik kazası yapan sanık bir kişinin ölümüne ve 5237 sayılı TCY'nın 89. maddesinin 1. fıkrası kapsamında kalacak şekilde iki kişinin de yaralanmasına neden olmuştur. Bu hali ile sanığın eylemi 5237 sayılı TCY'nın 85. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçu oluşturmakta ise de, anılan Yasanın 89. maddesinin 5560 sayılı Yasa ile değişik 5. fıkrası

b. Türk Ceza Kanununun 22'inci Maddesinin Altıncı Fıkrası Bakımından

TCK md 85/2'nin taksirle öldürme ve taksirle yaralama şeklinde bölünüp bölünemeyeceği sorunu sadece şikâyet kurumu bakımından değil, TCK md 22/6 bakımından da önem arz etmektedir.

Yargıtay CGK, somut olayda taksirli hareketi neticesi asli kusurlu olarak eşinin ölümü ve ndekatılanla birlikte toplam 6 kişinin yaralanmasına neden olan failin, eşinin ölümü nedeniyle kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olduğunun açık olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Yargıtay CGK, TCK md 22/6'nın yukarıda üzerinde durulan şartlarının gerçekleştiği kanaatine varmıştır. Olayda TCK md 85 çerçevesinde taksirle işlenmiş öldürme ve yaralama fiilleri bulunmaktadır. Failin geçirdiği trafik kazası sonucu eşinin ölümüne neden olması, artık cezalandırılmasını gereksiz kılacak derecede ağır ve kendisini acı ve ıstıraba sokacak nitelikte bir mağduriyettir. Yargıtay CGK'nin "...asli kusurlu olarak eşinin ölümü, biri şikâyetçi olmak üzere altı kişinin yaralanmasına sebebiyet veren sanığın, eşinin ölümü sebebiyle kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olduğu açık ise de..." ifadelerinden hükmün maddi anlamda koşullarının gerçekleştiği sonucuna varılabilir. Ancak buradaki sorun hükmün koşullarının gerçekleşip gerçekleşmemesi değil, TCK md 85/2'de düzenlenen suçları taksirli öldürme ve taksirli yaralama şeklinde bölmek suretiyle bunlardan biri hakkında TCK md 22/6'nın uygulanmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir. Yargıtay CGK, eşi dışındaki kişilerin zarar görmesi nedeniyle neticenin bölünemeyeceği sonucuna varmıştır.

Doktrinde TCK md 85/2 bakımından TCK md 22/6'nın uygulanabilir olup olmadığı sorununa işaret edilmiştir.¹⁶⁹ Mezkûr soruna ilişkin yapılan tartışmalarda TCK md 85/2'nin taksirli hareket sonucu gerçekleşen neticelerin ağır veya hafif nitelikte veyahut şikâyete tabi olup olmadığından bağımsız olarak gerçekleşen birden fazla netice bakımından özel bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir. Buna göre taksirli hareket sonucunda gerçekleşen netice üçüncü kişileri de etkilemişse fail şahsi cezasızlık sebebinden yararlanamayacak, bilinçli taksir durumunda failin cezasında indirim yapılmayacaktır.¹⁷⁰

Doktrinde şahsi cezasızlık sebebinin düzenlendiği hüküm bakımından taksirli hareket sonucu gerçekleşen neticenin bölünemeyeceği ileri sürülmüştür. Örneğin eşini hastaneye götürürken, komşusunu da aracına alan ve fakat yolda hatalı sollama yaptığı için eşinin ölümüne, komşunun da yaralanmasına neden olan fail şahsi cezasızlık nedeninden yararlanamaz. Neticenin bölünmesi suretiyle eş bakımından şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması ve komşu açısından taksirle yaralamadan hüküm kurulması kanuna aykırı olduğu gibi hükmün gerekçesi bakımından da kabul edilebilir değildir. Gerekçede de ifade edildiği üzere "Bu

*uyarınca mağdurların yaralanmaları aynı maddenin 1. fıkrası kapsamında olması nedeniyle şikâyete bağlı bulunduğundan ve her iki mağdurdan sanıktan şikâyetçi olmadıklarından, sanığın eylemi taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçunu oluşturmaktadır. Bu itibarla, sanığın 5237 sayılı TCY'nın 85. maddesinin 1. fıkrası yerine aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca cezalandırılmasına ve lehe Yasa değerlendirmesinin de 85/2. maddesi uyarınca yapılmasına ilişkin yerel mahkeme direnme hükmü isabetsiz olup, sair yönleri incelenmeksizin **bozulmasına karar verilmelidir.**" (Yargıtay CGK, E 2010/9-254, K 2011/31, 5.4.2011). Karar için < <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 15 Şubat 2023). Benzer yönde kararlar için bkz Yargıtay 9 CD, E 2007/8049, K 2009/2728, 9.3.2009; Yargıtay 12 CD, E 2013/13710, K 2013/15767, 10.6.2013; Yargıtay 9 CD E 2006/964, K 2006/2486, 1.5.2006; Yargıtay 9 CD, E 2007/2492, K 2007/3445, 18.04.2007; Yargıtay 9 CD, E 2009/6740, K 2009/3960, 6.4.2009. Karardan anlaşılacağı üzere Yargıtay yaralanan kişinin şikâyetçi olmadığı durumda TCK md 89'da düzenlenen yaralama suçunun takibi şikâyete bağlı bir suç olduğunu göz önünde bulundurmak suretiyle failin TCK md 85/1 kapsamında sadece ölen kişi bakımından cezalandırılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bkz Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 229 dn 502; Akkaş (n 84) 64.*

169 Özbeke, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 202.

170 Ekici Şahin (n 6) 103.

fıkranın uygulanabilmesi için fiilden dolayı münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu itibarıyla zararlı netice meydana gelmiş bulunmalıdır; böyle bir netice ile birlikte söz konusu durumlara ilişkin bulunmayan başka bir netice de meydana gelmişse fıkra uygulanmayacaktır.” Trafik kazasında eşinin ve çocuğunun ölümüne neden olan kişinin bundan etkileneceğinden elbette kuşku bulunmamaktadır. Kazada yaya veya başka bir otomobilin sürücüsü gibi üçüncü bir kişi de yaralanmışsa TCK md 22/6'nın eş ve çocuk bakımından uygulanabilmesi mümkün değildir. *Ekici Şahin'e* göre, bu şekilde hareket ederek karar vermek her ne kadar adalet duygusunu zedeler gibi gözükse de kanun koyucunun gerekçede ortaya koyduğu gibi bu husustaki açık iradesi neticelerin bölünmesine engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla neticeleri bölmek suretiyle TCK md 22/6'yı kısmen uygulayıp kısmen uygulamamak kanun koyucunun hükmü koyma amacına uygun değildir. Bu yüzden TCK md 22/6 gibi özel bir düzenlemenin dar bir şekilde yorumlanması gerekir.¹⁷¹

Özgenç, TCK md 85 kapsamında bir taksirli suçun mevcut olduğunu, birden fazla kişinin ölmesi ve yaralanmasından hareketle TCK md 43/3 kapsamında birden fazla taksirli suçtan bahsedilemeyeceğini, TCK md 85/2'de “ceza miktarına ve cezanın belirlenmesine ilişkin özel hükme” yer verildiğini ileri sürmüştür. Yazara göre, bir veya birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralandığı bir olayda aile bireylerinin ölmesi veya yaralanması bağlamında şahsi cezasızlık sebebine ilişkin TCK md 22/6'nın koşulları gerçekleşirse ve/veya yaralananlardan bazıları şikâyetten vazgeçmişse bu hususlar ayrı tutulmak suretiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmemesi ve bu durumların TCK md 85/2 bağlamında temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekir. Çünkü her ne kadar birden fazla ölüm ve yaralanma gerçekleşse de TCK md 85 kapsamında bir taksirli suç vardır. TCK md 43/3 bağlamında birden fazla suçun varlığından bahsedilemez.¹⁷² Yazar, bu açıklamasıyla TCK md 85/2'nin bölünmesi suretiyle hükümde adı geçen suçlara (taksirle öldürme ve taksirle yaralama) ilişkin kanundaki tipiklikleri bağlamında tekrardan ayrı ayrı değerlendirme yapılması yoluna gidilmemesi gerektiğini ve tek taksirli suç kabul edilerek cezanın tayin edilmesi gerektiğini ifade etmek istemiştir.

TCK md 85/2'nin hukuki niteliğine ilişkin yukarıda belirttiğimiz düşüncemiz TCK md 22/6'nın uygulanması açısından da geçerlidir. TCK md 85/2'de düzenlenen suçları taksirle öldürme ve taksirle yaralama şeklinde bölmek suretiyle bunlardan biri hakkında TCK md 22/6'nın uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Aksi durum, hem TCK md 85/2'nin ve md 22/6'nın lafzına hem de TCK md 22/6'nin gerekçesinde açıkça bölünmeyeceğine ilişkin kanun koyucunun iradesine ve bu özel hükümleri düzenleme amaçlarına aykırılık teşkil eder. TCK md 85/2'yi taksirle öldürme ve yaralama suçları bakımından bileşik suç benzeri/bileşik suçta özgü özel bir düzenleme olarak kabul etmenin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu durumda hükmün kapsamında düzenlenen suçlar tekrardan bölünerek bağımsız suç tipleri kapsamında yeniden değerlendirilemez. Failin eşinin ölümüyle birlikte birden fazla kişinin yaralandığı somut olayda Yargıtay CGK'nin mezkûr kararının neticenin bölünemeyeceğine ilişkin kısmının isabetli ve suç teorisinin esaslarıyla uyumlu olduğunu; kanuni bir engelin olmaması ve hakkaniyet gereği gibi gerekçelerle yerel mahkemenin TCK md 85/2 kapsamındaki fiillerin bölünebileceği, fail hakkında TCK md 22/6'nın uygulamak suretiyle taksirle öldürmeden cezalandırmaması, niteliğine göre taksirle yaralamadan cezalandırması yönündeki kısmının ise yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Bunun yanında Yargıtay CGK'nin TCK md 85/2'nin hukuki niteliğine ilişkin tespitine katılmıyoruz. Hükümde

171 ibid.

172 Özgenç (n 5) 276–277 dn 342.

birden fazla neticenin aynı taksirli davranış sonucu gerçekleşmesinden dolayı haksızlığın muhtevası artmakta ve bunun cezalandırılması özel bir hükümle düzenlenmektedir. Cezanın arttırılması, hükmün tek başına taksirli öldürme suçunun nitelikli hali olduğu anlamına gelmemektedir.

c. İçtihatî Durum

Yargıtay, içtihatlarında¹⁷³ neticelerin bölünemeyeceğini ağırlıklı olarak kabul etmiştir.¹⁷⁴ Yargı kararlarında gerek TCK md 22/6'nın uygulanabilirliği gerekse şikâyet kurumu bakımından TCK md 85/2'nin taksirli öldürme ve taksirli yaralama şeklinde bölünebileceği yönünde ayrık kararlarının bulunduğunu belirtelim.

173 "...TCK'nun 85. maddesinin ikinci fıkrasında birden ziyade kişinin ölümü ya da bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi, taksirle ölüme neden olma suçunun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hâli olarak düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suçta, taksirli fiil tek olmakla birlikte, birden fazla kişinin ölümü ya da bir kişinin ölümüyle, en az biri şikâyetçi olmak koşuluyla bir veya daha fazla kişinin yaralanması şeklinde meydana gelen iki sonuç cezalandırılmaktadır. TCK'nun 85. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suç açısından, neticelerin ikiye bölünmesi suretiyle ölenin ya da ölenlerden birinin veya bir kısmının faille ailevi yakınlığı nedeniyle fail hakkında TCK'nun 22. maddesinin altıncı fıkrası gereğince uygulama yapılması, faille ailevi yakınlığı olmayan kişi ya da kişilerin ölümü veya şikâyetin olduğu yaralanmalar yönünden ise mahkûmiyet, beraat ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi ayrı bir karar verilmesi mümkün değildir. Ancak, ölen ya da ölenlerden biri veya bir kısmı ile failin ailevi yakınlığı temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir." (Yargıtay CGK, E 2017/636, K 2018/431, 16.10.2018). Karar için bkz Akbulut (n 12) 513 dn 321. "...sanığın tanık H.G'nin teras katında yapmayı üstlendiği işi, aynı zamanda işçisi olan oğlu N.E. ve diğer işçisi İ.A. ile birlikte yaptıkları sırada, teras katına yaklaşık 2 metre mesafeden geçen üç adet yüksek gerilim hattına karşı herhangi bir koruyucu önlem almadığı, daha sonra iş sağlığı ve güvenliği yönünden herhangi bir eğitimleri olmayan işçileri N. ve İ. ye işi bırakarak yan tarafta bulunan kendisine ait iş yerine gittiği, yaşı itibarıyla söz konusu işte çalışmayacak olan 16 yaşını ikmal etmiş bulunan oğlu N. ile diğer işçisi İ.'nin, demir direkleri teras kata çıkarmaya çalıştıkları esnada İ.A.'nın sanığın bilgisi dışında çalışma alanına geldiği, N.İ. ve İ.'nin ellerindeki halatlarla demir direklerden birisini zeminden çekerek teras katına çıkardıkları sırada direğin ucunun teras katının en yakınından geçen yüksek gerilim hattına ait tele temas etmesi sonucu her ucunun de elektrik akımına kapıldıkları, N. ve İ. 'nin vefat ettikleri, İ.'nin ise yaralandığı ve şikâyetçi olmadığı olayda; asli kusurlu olarak oğlu N. ile birlikte ailevi yakınlığı bulunmayan İ.A.'nın ölümüne, şikâyetçi olmayan bir kişinin de yaralanmasına sebebiyet veren sanığın, ölümün olumu nedeniyle kişisel ve ailevi durumu bakımından ağır düzeyde etkilenip zarar gördüğünde ve mağdur olduğunda bir tereddüt yok ise de, sanığın aralarında ailevi bağı bulunmayan İ. A.'nın ölümünde de taksire dayalı kusurunun bulunması, buna bağlı olarak sanığın taksirli hareketi sonucu münhasıran kendisinin kişisel ve ailevi durumunun etkilenmiş olmayıp sanık ile ailevi ilişkisi bulunmayan İ.A.'nın olumu nedeniyle başkalarının da zarar görmesi karşısında; eylemin neticelerinin faille ailevi yakınlığı olan ve olmayan kişilerin ölümlerine göre iki ayrı taksirle ölüme neden olma şeklinde bölünemeyeceği de gözetildiğinde, münhasıran sanığın kişisel ve ailevi bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olduğundan söz edilemeyeceğinden, hakkında TCK'nun 22. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin uygulanmasına yasal imkân bulunmamaktadır. Bu itibarla, Özel Dairenin bozma kararı isabetli olduğundan Yerel Mahkemenin direnme kararına konu ceza verilmesine yer olmadığına dair hükmünün, sanığın İ.A.'nın ölümünde de taksire dayalı kusurunun bulunması dolayısıyla taksirli hareketi sonucu asli kusurlu olarak kendi oğlu N. E. ile birlikte ailevi yakınlığı olmayan İ.A.'nın olumun neden olan sanık hakkında TCK'nun 22. maddesinin altıncı fıkrasının uygulanamayacağına gözetilmemesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir." (Yargıtay CGK, E 2018/436, K 2018/527, 13.11.2018). Karar için bkz Yıldız (n 31) 81–82. "Asli kusurlu olarak anne ve babasının ölümü ile ikisi şikâyetçi olmak üzere altı kişinin yaralanmasına sebebiyet veren sanığın, anne ve babasının ölümü nedeniyle kişisel ve ailevi durumu bakımından ağır düzeyde etkilenip zarar gördüğünde ve mağdur olduğunda bir tereddüt bulunmamakta ise de sanığın taksirli hareketi sonucu münhasıran kendisinin kişisel ve ailevi durumu etkilenmiş olmayıp sanık ile ailevi ilişkisi bulunmayan katılanların da yaralanarak olaydan bizzat zarar görmeleri ve sanıktan şikâyetçi olmaları karşısında; eylemin sonuçlarının taksirle öldürme ve şikâyetin varlığına bağlı olarak taksirle yaralama şeklinde bölünemeyeceği de gözetildiğinde, sanığın kişisel ve ailevi bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olduğundan söz edilemeyeceğinden hakkında TCK'nun 22. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin uygulanmasına imkân bulunmamaktadır." (Yargıtay CGK, E 2018/636, K 2018/431, 16.10.2018). Karar için bkz ibid 82.

174 Ekici Şahin (n 6) 103.

Yargıtay CGK, 2016/12-1418 Esas, 2017/362 Karar ve 4.7.2017 tarihli kararında da aynı yönde hareket etmiş ve TCK md 85/2'deki suçların bölünebileceği anlayışını benimsemiştir. Karara konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir: 27.08.2012 tarihinde saat 16.30 sıralarında, meskûn mahal dışında, orta refüjle bölünmüş yolda seyredirken yola iki at çıkmıştır. Eşinin ve kızının da içinde bulunduğu arabayı kullanan sanık atlara çarpmamaya çalışırken direksiyon hâkimiyetini kaybederek orta refüj taşına ve refüjdeki ağaçlara çarparak karşı yön bölümüne girer ve karşıdan gelen kamyonete çarpmıştır. Kaza neticesinde failin eşi ölmüş ve kızı yaralanmıştır. Ayrıca kamyonetin sürücüsü ve kamyonette bulunan iki kişiden biri ölmüştür, kamyonetteki diğer kişi yaralanır. Terme Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma neticesinde, sanık hakkında eşinin ölümü ve kızının yaralanması şeklindeki neticeler bakımından şahsi cezasızlık hükümleri (TCK md 22/6) kabul edilmiştir. Kamyonette bulunan kişilerden birinin şikâyetçi olmaması nedeniyle sanık hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Bununla birlikte, kamyonetin sürücüsü ile kamyonetteki diğer kişinin ölümü dolayısıyla sanık hakkında iddianame düzenlenerek kamu davası açılmıştır.¹⁷⁵

Mezkûr olayda birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanması taksirli suçun varlığına işaret etmemekte, ortada tek suç bulunmaktadır. Yaralanan kişi veya kişilerin şikâyetten vazgeçmesi de mümkündür. İddianame düzenlenirken yapılması gereken, iki kişinin ölmesi dolayısıyla taksirli suçtan iddianamenin düzenlenmesi ve şikâyetten vazgeçen kişilerin bu beyanlarının iddianamede belirtilmesidir. Trafik kazasında aile bireylerinden birileri de öldüğü için TCK md 22/6'daki şahsi cezasızlık sebebinin varlığı kabul edilerek fail hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmemesi gerekirdi. Olayda birden fazla kişi öldüğünden yaralananlardan birinin şikâyetten vazgeçmesi ve failin eşi ve kızı bakımından TCK'nin şahsi cezasızlık nedenine ilişkin söz konusu hükmün varlığı TCK md 85/2'den dolayı temel cezanın tayininde dikkate alınması gerekirdi.¹⁷⁶

B. CEZA KANUNLARININ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI AÇISINDAN

Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin geriye yürüme, derhal uygulama ve ileriye yürüme olmak üzere üç temel prensip bulunmaktadır. Geçmişe yürüme ilkesine göre, kanun yürürlüğe girmeden evvel işlenen fiillere ya da gerçekleşen olaylara uygulanabilir. Derhal uygulama ilkesine göre, kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren işlenen fiillere ve gerçekleşen olaylara uygulanabilir. Kanunların yürürlüğü bakımından kabul edilen genel prensip derhal uygulama prensibidir. Bir kanun yürürlükten kalkmasına rağmen bu kanun zamanında işlenmiş fiillere ve gerçekleşmiş fiillere uygulanmaya devam edilmesi durumunda ileriye yürüme prensibinden bahsedilir.¹⁷⁷

175 Yerel mahkeme (Çarşamba Ağır Ceza Mahkemesi) sanık hakkında taksirle birden fazla kilinin ölümü neden olma suçundan dolayı TCK md 85/2 ve 62 hükümleri uyarınca 4 yıl 2 ay hapis cezası ve sürücü belgesinin geri alınmasına hükmetmiştir. Y12CD hükmün onanmasına karar vermiştir. Yargıtay CGK yerel mahkemenin hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi kararında herhangi bir hukuka aykırılık tespit etmemiştir. Yargıtay CGK, E 2016/12-1418, K 2017/362, 4.7.2017. Karar için bkz <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 15 Şubat 2023. Yargıtay kanunun lafzına ve kendi içtihatlarına aykırı kararlar da vermektedir. Örnek olarak bkz Yargıtay 12 CD, E 2012/8619, K 2012/23372, 08.11.2012.

176 Özgenç (n 5) 277.

177 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 75. Ayrıca bkz Hakeri (n 7) 28; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 123; Öztürk ve diğerleri (n 149) 40. Ceza kanunlarının zaman bakımından

Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması, bir ceza kanunun ne zamandan itibaren uygulanabileceğinin tespit edilmesi meselesine ilişkindir. Zaman bakımından uygulama meselesinde TCK'de “fiilin işlendiği zaman kanunu” kabul edilmiştir. Bir diğer ifadeyle, işlenen bir fiil hakkında işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna göre değerlendirme yapılır.¹⁷⁸ Fiilin işlendiği kanunun geçerli olması prensibi Anayasa (1982 AY) md 38/1'de¹⁷⁹ ve TCK md 7/1'de¹⁸⁰ açıkça düzenlenmiştir.

AY md 38/1 ve TCK md 7/1 hükümleri göz önünde bulundurulduğunda kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak maddi ceza hukukunda geçmişe yürüme yasağının geçerli olduğu söylenebilir. Kişi hak ve hürriyetleri bakımından güvence fonksiyonu icra eden ceza hukukunda geçerli olan geçmişe yürüme yasağına (*Rückwirkungsverbot*)¹⁸¹ göre, fiil işlendiğinde hangi ceza kanunu yürürlükte ise o kanuna göre değerlendirme yapılır. Yapılan değerlendirme sonucu fiilin suç teşkil ettiği sonucuna varılırsa failin cezalandırılması yoluna gidilir. Ancak fiil işlendikten sonra fiilin cezalandırıldığı kanun yürürlüğe girerse kanun geçmişe yürütülmek suretiyle failin cezalandırılması mümkün değildir. Kısacası ceza kanunları sadece yürürlüğe girdikten sonra işlenen fiiller bakımından uygulama kabiliyetine sahiptir.¹⁸² Failin cezasını ağırlaştıran değişiklikler de geçmişe yürütülemez.¹⁸³

Ceza kanunlarının geçmişe yürümesi yasağının istisnasını failin lehine olan kanunun geçmişe yürümesi oluşturmaktadır.¹⁸⁴ Türk hukukunda cezalandırmaya engel bir kanun değişikliği infazın sonuna kadar geçerli iken, Alman hukukunda daha dar bir düzenleme yapılmıştır. ACK md 2/3'e göre, failin lehine yapılan kanun değişiklikleri sadece hüküm safhasına kadar göz önünde bulundurulur.¹⁸⁵

uygulanmasına ilişkin bu prensipler (sistemler) hakkında detaylı bilgi için bkz Zeynel T Kungal, 'Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması' (2010) 9 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Köksal Bayraktar'ı Armağan) 785, 786–787.

178 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 75. Aynı yönde bkz Muhammed Emre Tulay, 'Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması Ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu' (2016) 22 MÜHF-HAD (Cevkdet Yavuz Armağanı) 2715, 2720; Kungal (n 177) 785.

179 AY md 38/1: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

180 TCK md 7/1: “İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.”

181 Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 2, Rn 66. Kavram hakkında bkz Kungal (n 177) 787–790.

182 Özgenç (n 5) 137, 140. Aynı yönde bkz Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 74; Kungal (n 177) 789. Geçmişe yürüme yasağının güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olduğu hakkında bkz ibid 793. Sanığın aleyhine yapılan içtihat değişikliklerinin bu yasak kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz ibid 797–798.

183 Wessels, Beulke und Satzger (n 5), § 2, Rn 66; Hakeri (n 7) 28.

184 Fischer (n 7), § 2, Rn 4; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 6) 126; Hakeri (n 7) 28; Tulay (n 178) 2721. Lehe kanunun geçmişe yürümesi ilkesinin gerekçeleri hakkında bkz Artuk ve diğerleri (n 7) 214; Kungal (n 177) 799.

185 Hakeri (n 57) 32; Kungal (n 177) 800. ACK md 2/3 şu şekildedir: “Fiilin tamamlandığı sırada yürürlükte olan kanun, hüküm verilmesinden önce değiştirilirse, en hafif olan kanun uygulanır.” Kanun metninin çevirisi için bkz Yenisey ve Plegemann (n 101) 2. ACK'daki bu düzenlemenin suçun işlendiği zamana ilişkin ceza hukukundaki temel prensibe aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Düzenlemeye yönelik değerlendirme hakkında bkz Sabine Gleß, ‘Zum Begriff Des Mildesten Gesetzes (§ 2 Abs 3 StGB)’ [2000] GA 224, 224 ff.

Söz konusu istisna TCK md 7/2'de düzenlenmiştir. Hükme göre, “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.” Fiil yeni bir kanunla suç olmaktan çıkarılmışsa veya suçun unsurlarında, yaptırımlarında mahkûmiyetin kanuni neticelerine ilişkin lehe değişiklikler yapılmışsa lehe olan sonraki kanun hükümleri geçmişe yürütülerek fail hakkında ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilir.¹⁸⁶ Bu durumda örneğin fiilin suç olmaktan çıkarılması durumunda fail hakkında ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilemeyecektir. Bu yüzden kanun hükümleri geçmişe yürütülecektir.

Fiilin suç olmaktan çıkarıldığı sonraki kanun hükmü failin lehinedir. Bir fiilin hem önceki kanunda hem de sonradan yürürlüğe giren kanunda suç olarak düzenlenmesi ve her iki kanunun failin lehine ve aleyhine hükümler içermesi durumunda failin lehine olan kanun hükmünün belirlenmesi gerekir. Bu konuda 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 9. maddesinin 3. fıkrasında bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “Lehe olan hüküm önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.” Buna göre, önceki ve sonradan yürürlüğe giren kanunda ilgili suça ilişkin hükümler ayrı ayrı ve bir bütünlük arz edecek şekilde olaya uygulanır. Bu şekilde elde edilen sonuçların birbiriyle mukayese edilmesi sonucu lehe kanun belirlenir.¹⁸⁷ Lehe kanun belirlenirken her iki kanunun ilgili hükümleri sadece yaptırım bakımından değil, bir bütün olarak göz önünde bulundurulur. Cezanın indirilmesini veya arttırılmasını gerektiren nitelikli haller, kusurluluğu azaltan veya arttıran haller, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebepler, objektif cezalandırılabilme şartları gibi cezalandırılabilirliğin diğer şartları da dikkate alınır.¹⁸⁸ Lehe kanunun belirlenmesinde karma uygulamaya izin verilmemiştir. Her iki kanunun ilgili suça/kuruma ilişkin sadece failin lehine olan hükümleri esas alınarak adeta yeni bir kanun hükmü koymak suretiyle karma uygulamaya başvurmak mümkün değildir.¹⁸⁹

Lehe kanunun belirlenmesinde yalnızca bir kanun değil, kuruma ilişkin düzenlemelerin olduğu kanun hükümleri birlikte değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Çünkü tekerrür ve cezanın ertelenmesinde olduğu gibi ceza hukukunda bir kuruma ilişkin birden fazla kanunda hükümler bulunabilir.¹⁹⁰ Bununla birlikte lehe kanunun belirlenmesinde “çapraz uygulama” da mümkündür.¹⁹¹ Hüküm tesis edilinceye kadar bir kanunun hükümleri bir bütün olarak somut olaya uygulanır. Hükümden sonra infaza ilişkin kanun hükümlerinin lehe kanunun tespitinde ayrıca göz önünde bulundurulması gerekir. Örneğin hüküm tesis edilinceye kadar yeni TCK'nin ilgili hükümlerinin, hüküm tesis edildikten sonra lehe hükümler içeriyorsa ilga edilmiş olan eski İnfaz Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür.¹⁹² Bir diğer ifadeyle infaz aşaması, hükmün tesis edilmesine kadarki aşamadan bağımsız olarak değerlendirilir. Örneğin A kanunu ceza normları

186 Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 79; Özgenç (n 5) 141.

187 Fischer (n 7), § 2, Rn 9; Kangal (n 177) 801, 802–803. Lehe kanunun belirlenmesi uygulanacak olan kanunun fail etkisi bakımından hukuken en önemli işlem olduğu hakkında bkz Tulay (n 178) 2724.

188 Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 80–81. Ayrıca bkz Hakeri (n 7) 62, 63; Tulay (n 178) 2725.

189 Artuk ve diğerleri (n 7) 218; Fischer (n 7), § 2, Rn 9, 10; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 5) 81; Kangal (n 177) 801.

190 Özgenç (n 5) 145.

191 Hakeri (n 7) 63.

192 Özgenç (n 5) 144.

açısından, B kanunu infaz normları açısından failin lehine olabileceği gibi aynı kanun (A veya B) bir bütün olarak hem infaz hem de ceza normları bakımından failin lehine veya aleyhine olabilir.¹⁹³ Birinci durumda hüküm tesis edilinceye kadar A kanunu, hüküm tesis edildikten sonra B kanunu göz önünde bulundurulur. İkinci durumda ise A veya B kanununda ceza normları bakımından lehe olan hükümler hüküm tesis edilinceye kadar, infaz normları bakımından lehe olan hükümler hüküm tesis edildikten sonra dikkate alınır.

Tahlil ettiğimiz Yargıtay CGK kararına konu olan somut olayda Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 8.6.2005 tarih ve 22284-11105 sayılı kararı ile “...hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 7. ve 5252 Sayılı Kanununun 9. maddesi uyarınca sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması...” gerekçesinden hareketle yeni kanuna göre tekrardan değerlendirme yapmak üzere yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bunun üzerine dosya Alaplı Asliye Mahkemesi tarafından görevsizlik kararıyla Zonguldak 1. Ağır Ceza Mahkemesi’ne gönderilmiştir. Dosyanın kendisine gelmesinden sonra Zonguldak 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nin verdiği kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesi “...sanığın eyleminin 765 Sayılı TCK’nın 455/2 ve 5237 Sayılı TCK’nın 85/2. maddelerinde tanımlanan suç oluşturacağı, lehe yasa değerlendirmesinin ve sanığın hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, fiil sonuçları yönünden iki ayrı suç kabul edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi...” ifadelerinden hareketle lehe kanun değerlendirmesinin yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir.

Karara konu olay eski kanun döneminde gerçekleşmiş ve Alaplı Asliye Ceza Mahkemesi’nin verdiği hükümden sonra 5237 sayılı yeni TCK yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla lehe kanunun değerlendirilmesi bakımından birden fazla kanun hükmünün göz önünde bulundurulması gerekir. Bu nedenle davaya konu olayda 765 sayılı TCK md 455/2 ve md 59, 5237 sayılı TCK md 22/6 ve md 85/2 ile 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) md 119/2 hükümleri nazara alınarak karar verilmelidir. Zira failin işlediği fiil hem eski TCK’de (md 455/2) hem de yeni TCK’de (md 85/2) suç oluşturmaktadır. Mezûr kararın sanığın sürücü belgesinin bir yıl süreyle geri alınmasına ilişkin kısmının her iki kanun bakımından da isabetli olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü KTK md 119/2’da failin lehine veya aleyhine bir duruma yol açan herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Yerel mahkeme (Zonguldak 1. Ağır Ceza Mahkemesi), Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin aksine TCK md 22/6’da düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin uygulamak suretiyle failinin fiilinin sadece taksirli yaralama suçunu oluşturduğuna karar vermiş ve Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin belirttiği üzere TCK md 89/3-b bendini uygulamıştır. Karardan anlaşıldığı kadarıyla yerel mahkeme, TCK md 85/2’deki suçun bölünebileceğini kabul ederek sadece yaralama yönünde hüküm tesisinin kanun sistematığına ve hakkaniyete uygun olduğu ve bu şekilde hükmün bölünmesinin failin daha lehine olduğu sonucuna varmıştır. Kanaatimizce lehe kanunun belirlenmesinde eski TCK md 455/2’ye denk gelen TCK md 85/2’nin hukuki niteliğini göz önünde bulundurma ve bu suretle kanun hükmünü bir bütün olarak dikkate almak gerekir. Ne maddenin (TCK md 85/2) içeriğinde ne de kanunun genel hükümleri altında taksire ilişkin hükümler içerisinde TCK md 85/2’de düzenlenen suçun bölünebileceğine dair açık bir düzenlemenin olmaması, hükmün hukuki niteliğinden hareketle fiil sonuçları yönünden

193 Hakeri (n 7) 63.

(netice unsuru bakımından) birbirinden bağımsız iki ayrı suçun kabul edilemeyeceği ve lehe kanun değerlendirmesinde hükmün bir bütün olarak göz önünde bulundurulması failin hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerekir. Ayrıca lehe kanunun tespit edilmesine yönelik yapılan değerlendirmede hakkaniyet gereği TCK md 22/6'yı tatbik etmek amacıyla md 85/2'nin sistematikliğini bozmamak gerekir. Zira lehe olan bir durum, ancak kanun sistematikliği çerçevesinde hukuka uygun bir uygulama ile failin lehine göz önünde bulundurulabilir. Bundan hareketle, zaman bakımından uygulamaya ilişkin TCK md 7/2 ve 5252 sayılı TCK'nin Yürürlük Kanunu md 9 çerçevesinde lehe kanunun belirlenmesinde yerel mahkemenin kararının isabetli olmadığı, TCK md 85/2'nin taksirle öldürme ve taksirle yaralamayı ayrı ayrı suçlar kabul ederek hukuki niteliğine ilişkin yaptığı açıklamaların hükmün konuluş amacına aykırı olduğu sonucuna varmak gerekir. Bu açıdan Yargıtay 9. Ceza Dairesinin konuya ilişkin açıklamaları hem lehe kanunun belirlenmesi hem de TCK 85/2'nin hukuki niteliği bakımından daha isabetli olduğu kanaatine varılmıştır.

SONUÇ

Çalışmada Yargıtay CGK'nın 2013/9-104 Esas, 2014/216 Karar ve 29.4.2014 tarihli kararı TCK md 85/2 açısından değerlendirilmiştir. Yargıtay CGK kararı çerçevesinde şu iki soruya cevap aranmıştır:

Birincisi: TCK md 85/2'de düzenlenen suç, taksirle öldürme ve taksirle yaralama şeklinde ikiye bölünerek bağımsız suç tipleri kapsamında yeniden değerlendirilebilir mi?

İkincisi: TCK md 85/2'de düzenlenen suçları taksirle öldürme ve taksirle yaralama şeklinde bölmek suretiyle bunlardan biri hakkında TCK md 22/6'nın uygulanması mümkün müdür?

Bu soruların cevabı olarak aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

1. Bir taksirli fiille birden fazla kişinin ölmesine ve birden fazla kişinin ölmesiyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilen bir olayda TCK md 85/2'deki suçların bölünüp bölünemeyeceği sorunu hükmün hukuki niteliğinin belirlenmesini gerektirir. Doktrinde bu hususta, ikinci fıkradaki düzenlemenin birinci fıkradaki taksirle öldürme suçunun nitelikli hali olduğu, taksirli suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olduğu, ikinci fıkradaki suçun kendine özgü bir bileşik suç olduğu ve son olarak ikinci fıkranın taksirle öldürme suçuna ilişkin özel bir içtima hali olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. TCK md 85/2'de düzenlenen hüküm kendine özgü bir bileşik suç, yani bileşik suç benzeri bir durum kabul edilerek bir taksirli suçun varlığı kabul edilmelidir. Bundan hareketle hükmün, taksirli öldürme suçu bakımından bileşik suça ilişkin tamamen kendine özgü bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Bu durumda hükmün taksirle öldürme ve taksirle yaralama şeklinde ikiye ayrılarak değerlendirilmesinin bahsi geçen her bir suç tipi bakımından ayrı ayrı değil bütünsel bir yaklaşımla yapılması gerekir. Örneğin, bir veya birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralandığı bir olayda aile bireylerinin ölmesi veya yaralanması gibi bir durumda şahsi cezasızlık sebebine ilişkin TCK md 22/6'nın koşullarının gerçekleşmesi ve/veya yaralananlardan bazılarının şikâyetten vazgeçmeleri gibi hususlar ayrıştırılarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmemelidir.

Yargıtay CGK'nın çoğunluk kararında doğrudan bahsi geçen görüşlerden nitelikli hal görüşü kabul edilmiş ve hükmün hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara girmeden taksirli öldürme ve taksirli yaralama şeklinde ikiye bölünemeyeceği sonucuna varılmıştır.

TCK md 85'in uygulanmasına ilişkin olarak şahsi cezasızlık sebebi (TCK md 22/6), şikâyet, görev bakımından yetki ve uzlaştırma bakımından çeşitli problemler gündeme gelebilir. Çalışmada tahlil ettiğimiz karar çerçevesinde ise sadece şikâyet kurumu ve TCK md 22/6'da düzenlenen şahsi cezasızlık sebebi bakımından sorun ele alınmıştır.

2. Kararda tartışılan asıl sorun, TCK md 22/6'nın TCK md 85/2 bakımından uygulanabilir olup olmadığı noktasında olsa da hukuki niteliğe ilişkin benimsenecek görüşe göre farklı sonuca ulaşmak mümkündür.

TCK md 85/2'nin hukuki niteliğine ilişkin kanaatimiz TCK md 22/6'da düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması açısından da geçerli olduğu yönündedir. Bu durumda, TCK md 85/2'de düzenlenen suçları taksirle öldürme ve taksirle yaralama şeklinde bölmek suretiyle bunlardan biri hakkında TCK md 22/6'nın uygulanması, yani düzenlendikleri hükümler kapsamında tekrardan değerlendirilmeleri mümkün değildir. Yargıtay içtihatlarında gerek TCK md 22/6'nın uygulanabilirliği gerekse şikâyet kurumu bakımından TCK md 85/2'nin taksirle öldürme ve taksirle yaralama şeklinde bölünemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir.

TCK md 85/2'nin uygulanması bakımından somut olayda gerçekleşen yaralanmaların şikâyete tabi olup olmadığı ve mağdurun şikâyet edip etmediğinin bir önemi de bulunmamaktadır. Kanun koyucu, haksızlık muhtevası bakımından ikinci fıkradaki durumunda daha ağır olmasından hareketle cezanın belirlenmesine ilişkin özel bir düzenleme yapmıştır. TCK md 85/2'de bileşik suç benzeri bir duruma yer verildiği, bu yüzden öldürme ve yaralama fiillerinin tekrardan bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla TCK md 85/2'nin uygulanabilirliği bakımından TCK md 89 kapsamında fiilin şikâyete tabi olup olmadığı önemli değildir. Yargıtay ise, tahlilini yaptığımız kararda olduğu gibi içtihatlarında taksirle yaralama suçu bakımından şikâyet şartının gerçekleşmemesi halinde bu suçun taksirle öldürme suçu ile fikri içtima ilişkisi içinde bulunamayacağı, dolayısıyla TCK md 85/2'nin uygulanamayacağı ve sadece TCK md 85/1 kapsamında failin taksirle öldürme suçundan sorumluluğu cihetine gidilebileceği sonucuna varmıştır. Ancak mağdurların şikâyetçi olmaması durumunda fail hakkında TCK md 85/1'in uygulanacağına dair Yargıtay içtihadı isabetli değildir. Çünkü TCK md 85/2 kapsamında yaralanma neticeleri bakımından şikâyet şartının aranması bu koşulu aramayan kanun koyucunun iradesine ve suç teorisinin esaslarına aykırıdır. Ayrıca bu durum hem aynı fiili işleyenler arasında cezanın farklı bir şekilde belirlenmesine yol açar hem de cezalandırma mağdurun iradesine terk edilmiş olur.

3. Çalışmada somut olay eski kanun döneminde gerçekleştiğinden ve tahlil ettiğimiz kararda tartışıldığından konumuz bağlamında ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasına yönelik değerlendirmeler yapılmıştır. Gerek TCK'nin genel hükümler kısmında gerekse TCK md 85/2'de, birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir veya birde fazla kişinin yaralanması durumunda, mezkûr düzenleme kapsamında adı geçen suçların (taksirle öldürme ve taksirle yaralama) ikiye bölmek

suretiyle bağımsız olarak değerlendirileceğine dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hükümün hukuki niteliğine ilişkin kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde TCK md 85/2 bağlamında taksirle öldürme ve taksirle yaralanma suçları birbirinden bağımsız olarak değerlendirilemez. Bu durum, lehe ceza kanunun belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Hüküm, parçalanmadan bütün olarak somut olaya uygulanmalı ve lehe kanununun belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. bs, Adalet Yayınevi 2022)
- Akkaş AH, 'TCK'nın 85'inci Maddesinin İkinci Fıkrası İle İlgili Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi' iç Feridun Yenisey ve diğerleri (edr), *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2018) 63-85
- Artuk ME ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. bs, Adalet Yayınevi 2022)
- , *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (20. bs, Adalet Yayınevi 2022)
- Bayraktar K, 'Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Sorumluluk İçin En Az Taksirle Hareket Etme Durumu', *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*, vol I (Beta Yayınevi 2014) 3-12
- Bozbayındır AE, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları* (1. bs, Adalet Yayınevi 2018)
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (Cilt: I)* (3. bs, Beta Yayınevi 2016)
- Demirtaş S, 'Alman İçtima Öğretisinde Doğal Hareket Tekliği' (2016) 7 TAAD 129, 129-144
- Dias VJ de F, 'Betrachtungen Zur Konkurrenzlehre Im Strafrecht' in Hans-Ullrich Paeffgen und anderes (Hrsg), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion (Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag)* (Duncker & Humblot 2011) 403-424
- Doğan K, 'Kast, Taksir ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar' (2014) 9 Ceza Hukuku Dergisi 225, 225-231
- , *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar* (2. bs, Adalet Yayınevi 2015)
- Dräger T und Rumpf-Rometsch E, *Die Fälle-Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Fall-Fallag 2019)
- Ekici Şahin M, 'Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk (Konuşma Metni)' (2017) 5 Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99, 99-108
- Erem F, 'Adam Öldürme' 10 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33, 33-91
- Fischer T, *Kommentar Strafgesetzbuch Mit Nebengesetzen* (66. Aufl, C H Beck 2019)
- Gleß S, 'Zum Begriff Des Mildesten Gesetzes (§ 2 Abs 3 StGB)' [2000] GA 224, 224-236
- Gökçen A, 'Taskirle Ölüme Sebebiyet Verme (m. 85)' (2018) 4 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21, 21-66
- Göktürk N, *Fikri İçtima (Suçların İçtiması)* (1. bs, Adalet Yayınevi 2013)
- , 'Türk Hukukunda Suçların İçtiması' (2014) 2 Ceza Hukuku Dergisi 31, 31-59
- , 'Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar' (2022) 26 Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 247, 247-268
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Aufl, Springer Verlag 2015)
- Hakeri H, 'Türk ve Alman Hukuklarının Genel Kısımlarının Karşılaştırılması' in Gunnar Duttge und Yener Ünver (edr), *Das Schuldprinzip des türkischen STGB im Spiegel des deutschen Strafrechts (Alman Ceza Hukuku Açısından TCK'nın Kusur İlkesi)-Band II*, vol 2 (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2013) 29-42
- , *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. bs, Adalet Yayınevi 2022)
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Aufl, W Kohlhammer 2019)

- Hilgendorf E und Valerius B, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım* (Salih Oktar tr, 1. bs, Yetkin Yayınları 2021)
- İçel K, *Suçların İctimai* (1. bs, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1972)
- , ‘Görünüşte Birleşme (İctima) ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ [2008] İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 35, 35-49
- , *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. bs, Beta Yayınevi 2014)
- Jakobs G, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Aufl, De Gruyter 1991)
- Kangal ZT, ‘Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması’ (2010) 9 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Köksal Bayraktar’a Armağan) 785, 785-812
- , ‘Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran Veya Azaltan Kişisel Nedenler’ (2011) 7 BÜHFD 38, 38-60
- Karakehya H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. bs, Adalet Yayınevi 2022)
- Kaymaz S ve Bozbayındır AE, ‘Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2010) LXVIII İÜHFM 77, 77-120
- Kaymaz S ve Gökcan HT, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2006)
- Keçelioğlu E, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kasıt ve Taksirine İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım’ [2009] TBB Dergisi 123, 123-135
- Kindhäuser U, *Strafrecht Besonderer Teil I* (8. Auf, Nomos 2017)
- Koca M, ‘Fikri İctima’ (2007) 2 Ceza Hukuku Dergisi 197, 197-221
- Koca M ve Üzülmüş İ, ‘Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler’ (2020) 147 Adalet Dergisi 239, 239-268
- , *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15 bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- , *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. bs, Adalet Yayınevi 2022)
- Kühl K, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Frans Vahlen 2017)
- Meier B-D, *Strafrechtliche Sanktionen* (5. Auf, Hannover 2019)
- Meraklı S, ‘TCK M. 89 Işığında Taksirli Suçlarda Nitelikli Hallere Yer Verilmesinin Hareketin ve Neticenin Haksızlık İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi’ [2019] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 317, 317-352
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15 bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- , *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- , *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Öztürk B ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Bahri Öztürk ed, 16 bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (21. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Öztürk N, *Şirket Faaliyeti Sırasında İşlenen Suçlarda Şirket Yöneticilerinin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu* (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Aufl, C H Beck 2019)
- Savaşçı B, ‘Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar’, *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan*, vol II (Ankara Üniversitesi Yayınları 2015.989.1012)
- Saygılar YF, ‘Anglo Amerikan Hukuk Sistemlerinde Taksirden Doğan Ceza Sorumluluğunun Esasları’ (2012) 4 Fasikül Hukuk Dergisi 14, 14-19

- Schneider W-F, *Strafrecht AT (Fälle)* (8. Aufl, Alpmann Schmidt 2019)
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. bs, Yetkin Yayınları 2020)
- , *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8 bs, Yetkin Yayınları 2020)
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Tokdemir S, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Tokdemir S ve Çelik Ö, 'Kamu Davası ve Toplumsal Algılar', *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*, vol I (Beta Yayınevi 2014) 1487-1520
- Tulay ME, 'Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması Ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu' (2016) 22 MÜHF-HAD (Cevkdet Yavuz Armağanı) 2715, 2715-2736
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19 bs, Adalet Yayınevi 2022)
- Wessels J, Beulke W und Satzger H, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (48. Aufl, C F Müller 2018)
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Yenisey F ve Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (1. bs, Beta Yayınevi 2009)
- Yıldız A, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2015-2020) 1'nci Cilt* (1. bs, Türkiye Adalet Akademisi 2020)
- Yıldız AK, 'Taksirle Öldürme' (2013) 8 ERÜHFD, Doğan Soyaslan Armağanı 257, 257-283
- Yurtlu F, *İhmali Suçlar* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611
- 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 765, Kabul tarihi: 1.03.1926, RG 13.03.1926/320
- Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 4.12.2004, RG 17.12.2004/25673
- deutsches Strafgesetzbuch [in der Fassunf der Bekanntmachung vom 13.11.1998 BGBl I S 3322]
- Yargıtay CGK'nın E 2016/12-1418, K 2017/362, 4.7.2017
- Yargıtay CGK, E 2018/670, K 2018/93, 13.03.2018
- Yargıtay CGK, E 2018/636, K 2018/431, 16.10.2018
- Yargıtay CGK, E 2018/436, K 2018/527, 13.11.2018
- Yargıtay CGK, E 2018/239, K 2018/321, 03.07.2018
- Yargıtay CGK, E 2017/636, K 2018/431, 16.10.2018
- Yargıtay CGK, E 2016/814, K 2016/92, 23.02.2016
- Yargıtay CGK, E 2016/12-1418, K 2017/362, 4.7.2017
- Yargıtay CGK, E 2010/9-254, K 2011/31, 5.4.2011
- Yargıtay CGK, E 2010/9-254, K 2011/31, 5.4.2011
- Yargıtay CGK, E 2010/9-196, K 2010/228, 23.11.2010
- Yargıtay CGK, E 1986/9-427, K 1986/106, 10.03.1986
- Yargıtay 9 CD, E 2009/6740, K 2009/3960, 6.4.2009
- Yargıtay 9 CD, E 2009/52888 K 2009/6796, 08.06.2009
- Yargıtay 9 CD, E 2007/8049, K 2009/2728, 9.3.2009
- Yargıtay 9 CD, E 2007/2492, K 2007/3445, 18.04.2007
- Yargıtay 9 CD, E 2008/18994, K 2008/14573, 30.12.2008
- Yargıtay 9 CD K 2008/18994, E 2008/14573, 30.12.2008
- Yargıtay 9 CD E 2007/7389, K 2007/2135, 15.03.2007
- Yargıtay 9 CD E 2006/964, K 2006/2486, 1.5.2006
- Yargıtay 12 CD, E 2014/18147, K 2015/6748, 16.04.2015

Yargıtay 12 CD, E 2013/13710, K 2013/15767, 10.6.2013

Yargıtay 12 CD, E 2012/8619, K 2012/23372, 08.11.2012

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 21 Ocak 2023

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 15 Şubat 2023

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 15 Şubat 2015

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 15 Şubat 2023

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 15 Şubat 2023

<<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Şubat 2023

Onaylı Veteriner Sağlık Ürünlerini, Onaylı Bitki Koruma Ürünlerini ve Ziraî Mücadele Alet ve Makinelerini Taklit Etme Suçları

Crimes of Counterfeiting Approved Veterinary Health Products, Approved Plant Protection Products, and Agricultural Control Tools and Machinery

Burak BOZ* 

ÖZ

Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümlerinde onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarına yer verilmiştir. Çalışmada bu suç tiplerinin koruduğu hukukî değer, tipikliği ve bu suça uygulanan yaptırım detaylı biçimde ele alınmıştır. Bu suçların özel görünüş biçimleri de mercek altına alınmıştır. Düzenlemenin amacına daha etkin bir şekilde ulaşılması ve uygulamada çıkabilecek münferit problemlerin önlenmesi adına kanun değişikliği önerilmiştir.ktir.

Anahtar Kelimeler: Veteriner Sağlık Ürünleri, Bitki Koruma Ürünleri, Ziraî Mücadele Aletleri, Ziraî Mücadele Makineleri, Taklit

ABSTRACT

The Veterinary Services, Plant Health, Food, and Feed Law includes offences related to counterfeiting approved veterinary health products, approved plant protection products, and agricultural control tools and machinery in articles 37/1-e and 39/1-d. This study examines the typicality of those offences and the legal value protected by the mentioned offences, and the sanctions applied to these offences are discussed in detail. Additionally, the specific appearances of these offences are also scrutinised. To achieve the aim of the law more effectively and prevent individual problems that may arise in practise, a proposal for a legal amendment is suggested.

Keywords: Veterinary Health Products, Plant Protection Products, Agricultural Control Tools, Agricultural Control Machinery, Counterfeiting.

* Araştırma Görevlisi Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-8282-3523.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Burak BOZ

E-posta/E-mail: burak.boz@asbu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 22.03.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 13.06.2023

GİRİŞ

‘Beslenme’, yaşam ve vücut bütünlüğünün korunması haklarına sahip insanın karşılanması zorunlu bir ihtiyacdır. Dolayısıyla bu ihtiyacın giderilmesinin bir insan hakkı olarak görülmesi ve hukuk sisteminin bu hakkı koruyucu tedbirler alması kaçınılmazdır. Hukuk düzeni, temel gıda ürünlerinde kıtlığın çözümünü, gıda üretiminin sürdürülebilir ve ulaşılabilir olmasının sağlanmasını, tağşişin engellenmesini, beslenmenin temel bir unsuru olan suyun korunmasını ve hem suyun korunması hem de besin sürekliliğinin ve kalitesinin sağlanması için elzem olan hava kirliliğinin önlenmesini ve iklim dengesinin korunmasını sağlamak amacıyla tedbirler almalıdır¹. Bilindiği üzere hukuk düzeni, müeyyidelerle var olur ve beslenme hakkı, bu müeyyideler içerisinde en ağırı olan ve yalnızca son çare (*ultima ratio*)² olarak başvurulabilen ceza müeyyidesi de dâhil olmak üzere, işlevsel olan bütün hukukî çarelerin kullanılabilceği kritik bir öneme sahiptir. Elbette ki gıda ceza hukukunun amaçlarına diğer müeyyidelerle, özellikle de idarî yolla ulaştırılması mümkünse cezadan önce bu yollara başvurulması gereklidir. Nitekim gıdaya ilişkin pek çok ihlâl kabahat olarak tanımlanmıştır. Hatta gıda hukukuna dair müeyyidelerin çoğunluğunu idarî yaptırımlar oluşturmaktadır³. Doktrinde neyin suç neyin kabahat olarak düzenlenmesi gerektiği konusunda; zarar doğuran fiillerin suç, tehlike doğuran fiillerin ise tehlikenin niteliğine göre (‘soyut tehlike’ veya ‘somut tehlike’) kabahat ya da suç olarak düzenlenebileceği ifade edilmektedir⁴. Bilindiği üzere fiil hem suç hem kabahat teşkil ediyorsa yalnızca ceza müeyyidesi uygulanır (KK m. 15/3). Ancak hem suçun hem kabahatin maddî unsurlarını karşılayan bir fiilin taksirli hâli suç olarak düzenlenmemişse, kasten işlenen fiiller ceza müeyyidesiyle karşılanır, aynı fiilin taksirle işlenmesi hâlinde ise kabahat hükümleri uygulama alanı bulur. Böylece fiilin kasten veya taksirle işlenmesinin de kabahat veya suç olarak düzenlenmesi açısından belirleyici hâle gelmesinin mümkün olduğu söylenebilir⁵. Gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse Türk mevzuatında geliştirilen kriterler ve somut ihtiyaçlar doğrultusunda kimi fiiller idarî yaptırımla karşılanmış kimi fiiller karşısında ise ceza müeyyidesine başvurulmuştur. Böylece ceza hukukunun içerisinde bir alt başlık olarak gıda ceza hukukunu oluşturan suç tipleri ortaya çıkmıştır. Kanaatimizce gıda ceza hukukuna ilişkin suçları doğrudan gıdaya yönelik olanlar ve dolaylı olarak gıdayı konu alanlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. Doğrudan gıda suçları, doğrudan doğruya besinlerin niteliğine ve mevcudiyetine veya besin ticaretinin düzenli bir şekilde gerçekleştirilmesine yönelik fiilleri konu alır. Dolaylı gıda suçları ise besinlerin üretim aşamalarındaki fiillere odaklanarak

1 Parvinrai Mulwantrai Bakshi, “Right to Nutrition” (1995) 37 Journal of the Indian Law Institute 261, 261 ff.

2 Fiilin içerdiği kötülük, cezaya layık olma bağlamında bir değerlendirme yapılmasına ve bu çerçevede ceza hukukuna başvurulup başvurulamayacağıın tespit edilmesine olanak tanır. Bunun yanında fiilin cezalandırılması ve cezalandırılmaması hâllerinde ortaya çıkacak fayda-zarar dengesi çerçevesinde cezaya ihtiyaç bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Cezaya layık olma ve cezaya ihtiyaç duyma, cezanın meşruiyeti bakımından belirleyici ölçütlerdir. Bu bağlamda değerlendirildiğinde; gıda hakkına yönelik ihlallerin haksızlık içerikleri ve önlenmelerindeki aciliyet nedeniyle kanunkoyucunun ceza müeyyidesine başvurmakta daha geniş bir hareket alanına sahip olduğu kanaatindeyiz. Cezaya layık olma ve cezaya ihtiyaç duyma kavramları hakkında detaylı açıklama için bkz. Parvinrai Mulwantrai Bakshi, “Right to Nutrition” (1995) 37 Journal of the Indian Law Institute 261, 261 ff.

3 Ozan Ercan Taşkın, “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku” (2016) 15 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 70–73.

4 Mehmet Maden, “Gıda Ceza Hukukunun Bazı Temel Kavramları ve Genel Yapısı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme” (2019) 7 Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 102, 81.

5 Maden (n 4) 82 ff.

besinlerin sağlıklı bir şekilde üretilmesini, besin arzının güvence altında olmasını ve fiyatlandırmanın tüketicinin besine ulaşmasını ekonomik anlamda mümkün kılacak biçimde gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelir.

Türk mevzuatında gıdanın doğrudan ve dolaylı olarak korunmasını konu alan cezaî düzenlemelere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁶ (TCK) ile beraber özel kanunlarda da rastlanılmaktadır. 11.06.2010 tarihli ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu⁷ (Gıda Kanunu) gıda ceza hukuku açısından önemli kanunlardandır. Gıda Kanunu m. 37/1-e'de *“Onaylı veteriner sağlık ürünlerinden birini taklit etmek suretiyle sahtesini üreterek piyasaya arz edenler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ve bin gün adli para cezası ile cezalandırılır. Bakanlıktan onaylı üretim yerlerinde, taklit veteriner sağlık ürünlerini üreten yerlerin onayı bir yıl süreyle askıya alınır, üretilen ürün taklit veteriner biyolojik ürün ise üretim yerinin onayı iptal edilir.”* ve m. 39/1-d'de *“Onaylı bitki koruma ürünlerinden ve ziraî mücadele alet ve makinelerinden birini taklit etmek suretiyle sahtesini üreterek piyasaya arz edenler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ve bin gün adli para cezası ile cezalandırılır.”* hükümleri yer almaktadır.

Çalışmamızın merkezinde, bu suç tiplerinin ceza hukuku yönünden analizi bulunmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçları gıda ceza hukukunun genel özellikleri bakımından değerlendirilecek, ardından belirtilen suçların tipiklikleri tahlil edilecektir. Bu suçların, diğer suç tipleri ile olan içtima ilişkisi de çalışmanın kapsamındadır. Onaylı veteriner sağlık ürünleri, onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarına uygulanacak müeyyide de çalışma içerisinde ele alınacaktır.

I. SUÇ TİPLERİNE DAİR GENEL AÇIKLAMALAR

Gıda ceza hukuku, genel anlamda ceza hukukunun amaçlarını taşımaktadır. Ancak gıda ceza hukukunun odağında gıda güvencesini, gıda güvenliğini ve tüketicinin ekonomik menfaatlerini korumak bulunmaktadır⁸. Böylece gıda ceza hukuku sağlıklı gıdanın, sürekli ve kesintisiz olarak arz edilmesine ve ekonomik olarak erişilebilir olmasına hizmet eder. Elbette ki her suç tipinin bu amaçların tümünü aynı anda karşılaması beklenmez. Örneğin, TCK m. 237'de yer alan fiyatları etkileme suçu piyasa istikrarını sağlamak⁹ suretiyle tüketicinin ekonomik menfaatlerini gözetmekten TCK m. 185'te yer alan zehirli madde katma, TCK m. 186'da yer alan bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti ve TCK m. 187'de yer alan kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçları gıda güvenliğini korumak suretiyle kamu sağlığını¹⁰ güvence altına almayı amaçlamaktadır. TCK m. 238'de yer alan kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma

6 Resmî Gazete, 12.10.2004/25611.

7 Resmî Gazete, 13.06.2010/ 27610.

8 Maden (n 4) 83.

9 Maden (n 4) 71.

10 İlker Tepe, “Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237)” (2010) 5 Ceza Hukuku Dergisi 89, 93 ff.; Berrin Akbulut, “Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237)” (2015) 6 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 25, 33–35.

suçu ise yüklenicinin taahhüt ettiği edimi gereği gibi yerine getirerek ekonomik hayatın dürüstlük kuralları içerisinde yürütülmesinin¹¹ ve devletin kamu kurum ve kuruluşlarının gereği gibi işleyeceğine ve kamu hizmetinin devamlılığına güveninin korunmasının¹² teminatıdır. Ancak suç tipinde yer alan kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkması veya önemli ölçüde azalması şeklindeki objektif cezalandırılabilme koşulundan bu suç tipinin gıda güvencesini tesis etmek ve kamu için gerekli diğer eşyaların mevcudiyetini güvence altına almak suretiyle kamunun selametini korumayı da hedeflediği anlaşılmaktadır¹³.

Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümleri, Kanun'un tasarı hâlinde sırasıyla m. 36/2-e ve 36/4-d hükümlerine tekabül etmekte olup idarî ve cezaî hükümler için torba madde niteliğindeki bu maddenin gerekçesinde yalnızca kanuna aykırı hareket eden gerçek ve tüzel kişilere uygulanacak yaptırımların düzenlendiği açıklaması yer almaktadır¹⁴. Her ne kadar madde gerekçesinde onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile zirai mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçları bakımından spesifik bir ifade bulunmasa da söz konusu düzenlemelerin mevzuat içerisindeki konumu nazara alındığında gıda ceza hukukuna dâhil olduğu izlenimi uyanmaktadır. Ancak burada düzenlemenin birincil amacının 'Bakanlık onayı' çerçevesinde güven uyandıran ürünlerin içeriğinin onaylanan içerikten farklı olmamasını temin etmek olmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki Gıda Kanunu m. 37/1-d ve 39/1-ç hükümlerinde, onaylı veteriner sağlık ürünlerinin ve onaylı bitki koruma ürünleri ile zirai mücadele alet ve makinelerinin analizleri sonucunda, onaya esas dosyasındaki formül veya spesifikasyona uymadığının tespit edilmesi, yani ürünün taşıdığı onay ile ürünün içeriği arasındaki uyumsuzluğun onay sahibi üretici tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde ceza müeyyidesi değil idarî yaptırım öngörülmüştür. Söz konusu suç tiplerinin amacı, onaya sahip olmayan ürünlerin üretilmesi de olamaz. Nitekim Gıda Kanunu m. 37/1-b ve 39/1-b hükümlerinde söz konusu ürünleri izin almadan üreten kimseler hakkında idarî yaptırım öngörülmüştür. Öyleyse Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümlerinin birincil fonksiyonu, sahte olarak üretilen onaylı ürünün asıl üreticisi olan onay sahibinin sınaî hakkının korunmasıdır.

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile zirai mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarının üstlendiği birinci amacın onay sahibinin sınaî hakkını korumak olması, bu suçları gıda ceza hukukundan tamamen soyutlamaz. Onaylı ürünün taklit edilmesinin engellenmesi, onay sahibi üreticinin ticarî menfaatini koruyacak ve denetim altında gerçekleştirdiği üretimini sürdürebilmesine, işletmesini büyütmesine ve Ar-Ge çalışmaları yürütebilmesine olanak sağlayacaktır. Ayrıca denetimsiz üretilen taklit ürünlerin, orijinal ürünün itibarını zedelemesinin

11 Aysun Altunkaş, "Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu (TCK m. 187)" (2013) 19 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 829, 845; Mustafa Özen, "Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 185, 186, 187)" (2008) 66 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 163, 164, 174, 182.

12 Özlem Yenerer Çakmut, "Türk Ceza Yasası'nda Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)" (2010) 5 Ceza Hukuku Dergisi 41, 44.

13 Can Eralp Elibol ve Elif Beyza Akkanat Öztürk, "Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)" (2021) 12 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 315, 322.

14 Berrin Akbulut, "Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)" (2014) 9 Ceza Hukuku Dergisi 7, 13 ff, 18.

ve piyasanın ürüne duyduğu güveni azaltmasının önüne geçilmiş olacaktır. Ancak onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarının, gıda ceza hukuku içerisinde yer bulmasını sağlayan bu etkileri dolaylıdır.

II. TİPİKLİK

Ceza hukuku haksızlığının dayanağını, suçun kanundaki tarifinin yani tipikliğin gerçekleştirilmesi oluşturur¹⁵. Tipikliğin muhtevasında maddî ve manevî unsurlar bulunmaktadır¹⁶.

A. MADDİ UNSURLAR

Suçun maddî unsuru, işlenen suçun dış görünüşünü ifade eder¹⁷. Bir suçun maddî unsurları içerisinde fiil, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, maddî konu ve suçun nitelikli hâlleri yer almaktadır.

1. Fiil

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarının tipikliklerinde yer alan fiil, bu ürünlerin sahtesini üreterek piyasaya arz etmektir. Ürünlerin sahtesini üretmek ve bunları piyasaya arz etmek birbirine seçimlik davranışlar olmayıp sahte ürünleri yalnızca üretmek veya yalnızca piyasaya sürmek tipikliğin tamamlanması açısından yeterli olmaz. Suçun tamamlanması için belirtilen ürünlerin sahtelerinin üretilmesi ve piyasaya arz edilmesi gerekir. Bu bakımdan söz konusu suçlar, hareket sayısı bakımından *çok hareketli suç* niteliğindedir. Doktrinde, suçun tamamlanması için kanunun tanımladığı birden çok hareketin her birinin gerçekleştirilmesi gerektiği, aksi hâlde suçun tamamlanmamış sayılacağı türden çok hareketli suçlar, *birleşmiş hareketli suçlar* olarak adlandırılmaktadır¹⁸. Hareketin tanımlanmış biçimi bakımından değerlendirildiğinde ise bu suçlar *bağlı hareketli suç* kategorisine dâhildir. Zira bağlı hareketli suçta, kanunun spesifik olarak aradığı fiilin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu açısından zorunludur¹⁹. Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarında da taklidin herhangi bir şekilde değil, spesifik olarak üretme ve piyasaya arz etme şeklinde gerçekleştirilmesi aranmıştır.

Üretmek, sözlükte ekonomik bir etkinlik neticesinde ürün elde etmek anlamına gelmektedir²⁰. Söz konusu suçların gerçekleşmesi için üretimin mutlaka fabrika veya ileri sanayi olanakları vasıtasıyla gerçekleştirilmesi gerekmez, el işçiliğiyle dahi olsa sahte ürünün ortaya çıkartılması üretim

15 “Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu Tasarısı” 47 <https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=81064> erişim 07 Kasım 2022.

16 Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 105; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. edn, Adalet Yayınevi 2022) 115; Ali Rıza Töngür ve Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. edn, Adalet Yayınevi 2020) 120 ff.

17 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 179; Hakeri (n 16) 114; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 209.

18 Koca ve Üzülmöz (n 16) 112; Hakeri (n 16) 117.

19 Mehmet Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. edn, Adalet Yayınevi 2022) 326.

20 Türk Dil Kurumu, “Güncel Türkçe Sözlük” v Üretmek <<http://sozluk.gov.tr>> erişim 20 Aralık 2022.

anlamına gelir²¹. Arz ise malın piyasaya sürülmesi, sunu anlamını taşımakta²² *sürmek* kelimesi ise bir malı satışa sunmak ve piyasaya çıkarmak anlamlarına gelmektedir²³. İktisadi anlamıyla bakıldığında arz ifadesinden diğer koşullar sabitken (*ceteris paribus*) belirli bir zaman diliminde piyasada üreticilerin değişik fiyat düzeylerinde satmaya hazır oldukları mal ve hizmet miktarının anlaşıldığı görülmektedir²⁴. Başka bir ifadeyle bir malın arzı, o malın çeşitli fiyatlardan sunulmak üzere ne miktarda üretileceğidir²⁵. Suçun tipikliğinde yer alan ürünlerin piyasaya arz edilmesinden maksadın yalnızca bunların satıma sunulmasıyla sınırlı olmadığı, ürünlerin kira, karz, usulsüz vedia ve ariyet gibi çeşitli yöntemlerle de piyasaya sunulmasının mümkün olduğunu belirtmek gerekir. Piyasaya arzın tamamlanması için bu ürünlerin muhakkak başkasının yedine geçmesi de gerekmez. Bu ürünlerin piyasaya sürülmesi anlamına gelen bir hukukî işleme dair bir icabın sunulması veya karşı tarafın icapta bulunmasına olanak sağlanması yeterlidir. Başka bir ifadeyle muhtemel alıcılar, sahteliğini bilsinler ya da bilmesinler, söz konusu ürünleri buradan temin edebileceklerinden haberdar edilmişlerse mal piyasaya arz olunmuştur.

Ürünün piyasaya arzı, üretilmesinden önce de gerçekleşebilir. Mal henüz üretilmemiş olsa da talep duyanlara bir alternatif olarak sunulması malın piyasadaki arzı artırılmış olabilir. Örneğin, sahte ürünler sipariş üzerine üretilebilir veya fail, söz konusu ürünleri henüz üretmeden önce web sitesinden satışa çıkartabilir.

Üretmek, ani bir fiil olmakla beraber piyasaya arz etmek kesintisiz bir fiildir. Malı talep edenlere, malın temin edileceği bir alternatif sunulmasıyla bu fiil başlar ve üretim daha önce gerçekleşmiş ise bu aşamada suç tamamlanmış olur. Ancak suçun tamamlanmasıyla sona etmesi aynı anlama gelmez. Eğer arz, üretimden sonra sona ermişse suçun işlendiği tarih arzın sona erdiği tarihtir. Zira kesintisiz fiillerde fiilin sonlanması, kesintinin gerçekleştiği andır²⁶. Diğer taraftan arz, üretimden önce sona ermişse bu defa üretim tarihi, suçun işlendiği tarih olur.

2. Netice ve Nedensellik Bağı

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçları sırf hareket suçları olup suçun tipikliğinde bir netice yer almamaktadır²⁷.

21 Burada üretimden maksadın, suçun maddi konusunu oluşturan ürünlerin ortaya çıkartılması olduğunu, söz konusu ifadenin operasyon yönetimi bilimi bağlamında üretmek teriminin muhtevasında bulunan bir 'hizmetin üretilmesi' gibi somut olmayan çıktılara kapsamadığını belirtmek gerekir. Operasyon yönetimi bilimi bağlamında üretmek teriminin ifade ettiği anlam için bkz. Bülent Sezen, *Üretim Yönetiminde Yeni Yaklaşımlar ve Uygulamalar* (1. edn, Efil Yayınevi 2011) v 3ff.

22 Türk Dil Kurumu (n 20) v Arz.

23 Türk Dil Kurumu (n 20) v Sürmek.

24 Sinan Alçın, *İktisada Giriş Temel Mikro ve Makro İktisat* (1. edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 59; Hakan Eryüzlü, *Herkes İçin Genel Ekonomi Temel Kavramlar ve Teoriler* (2. edn, Seçkin Yayıncılık) 48.

25 Sadi Uzunoğlu ve Gökhan Sönmezler, *Ekonomiye Giriş* (2. edn, Literatür Yayıncılık 2017) 22.

26 Türk Dil Kurumu (n 20) v Sürmek.

27 Doktrinde kimi yazarlar, suçun neticesiz olamayacağı kanaatindedirler. Eğer bu görüş benimsenmiş olsaydı; taklit ürünün ortaya çıkmasını ve piyasada talep edilebilir duruma gelmesini, harekete bitişik birer netice olarak kabul etmek gerekirdi. Ancak bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre kanunda netice yönünden bir tanımlama bulunmuyorsa o suçta netice aranmaz. Suçun neticesiz olamayacağını savunan aksi yöndeki görüş için bkz. Artuk ve diğerleri (n 19) 338 ff.

Dolayısıyla netice ile fiil arasında kurulacak kronolojik bir sebep-sonuç ilişkisinden yani nedensellik bağından²⁸ bahsetmek mümkün değildir.

3. Fail

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarının faili herkes olabilir. Öyle ki onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini üretmek konusunda onaya sahip bir kimse dahi onaya sahip olmadığı bir diğer ürünü taklit edebilir.

4. Maddî Konu

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçları bakımından suçun maddî konusunu, taklit edilen ürünler oluşturur. Taklit edilen ürünlerin birebir aynı niteliği taşıması gerekmez. Ancak kanaatimizce taklit ürünün, asıl üründen izlenimi vermesi gerekir. Altı çizilmesi gereken bir husus, bu suçların maddî konusunun var olan bir onaylı ürünün taklidi niteliğinde olması gerektiğidir. Ruhsata tâbi bir ürünün, onay almış bir ürün taklit edilmeden fakat onay da alınmadan üretilmesi hâlinde bahsi geçen suçlar oluşmaz.

Gıda Kanunu m. 3/1-77 ve 3/1-78 hükümlerinde sırasıyla “veteriner sağlık ürünleri” ile “veteriner tıbbî ürünleri” tanımlanmıştır. Buna göre veteriner sağlık ürünleri, “*veteriner tıbbî ürünleri ve tıbbî olmayan veteriner ürünlerini*” ifade ederken; veteriner tıbbî ürünleri ifadesinden ise “*hayvana uygulanmak ya da hayvan için kullanılmak amacıyla tüm üretim aşamalarından geçerek kullanıma hazır hâle getirilmiş etkin madde ihtiva eden ürünleri ve veteriner biyolojik ürünleri*” anlamak gerekir. Gıda Kanunu m. 37/1-e hükmünde düzenlenen suçun maddî konusunu oluşturan sahte ürün, belirtilen tanımlardaki nitelikleri haiz bir ürünün sahtesi olmalıdır.

Gıda Kanunu m. 39/1-d hükmünde düzenlenen suç için ise taklit edilen ürünün, bitki koruma ürünü yahut ziraî mücadele alet ve makinesi olması gerekir. Bitki koruma ürünü, Gıda Kanunu m. 3/1-8 hükmünde “*Kullanıcıya farklı formlarda sunulan, bitki ve bitkisel ürünleri zararlı organizmalara karşı koruyan veya bu organizmaların etkilerini önleyen, bitki besleme amaçlı olanlar dışında bitki gelişimini etkileyen, koruyuculara ilişkin özel bir düzenleme kapsamında bulunmayan ancak bitkisel ürünleri koruyucu olarak kullanılan, bitki ve bitki kısımlarının istenmeyen gelişmelerini kontrol eden veya önleyen, istenmeyen bitkileri yok eden, bir veya daha fazla aktif maddeyi veya aktif madde, sinerji yaratan veya güvenilirliği artıran maddeler gibi bileşenleri içeren preparatlar*” ve Gıda Kanunu m. 3/1-83’te ziraî mücadele alet ve makineleri, “*bitki koruma ürünlerinin uygulanmasında kullanılacak her türlü alet, araç-gereç, makine, cihaz, ekipman ile bunların aksam, parça ve teferruatı*” olarak tanımlanmıştır.

Her veteriner sağlık ürünü, bitki koruma ürünü veya ziraî mücadele alet ve makinesi çalışmada ele alınan suçların konusunu oluşturmaz. Taklit edilen ürünün onay almış olması gerekmekte olup onaylı

28 Hakeri (n 16) 158.

olmayan veteriner sağlık ürünleri ve bitki koruma ürünlerinin taklidi bu suça vücut vermez. Gıda Kanunu m. 3/1-47 hükmü çerçevesinde, onay ifadesinden, Gıda Kanunu kapsamında onayı zorunlu olan faaliyetler ve ürünler için Tarım ve Orman Bakanlığı (Bakanlık) tarafından verilen izin veya ruhsat anlaşılmalıdır. Bu onay öncesi ruhsat gerekmezsin üretilen prototipler veya numunelerin taklidi halinde onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünlerini taklit etme suçları oluşmaz.

Bu suçlardan birinin tipikliğinin gerçekleşmesi için sahte üretilen ürünler, failden başkası adına onaylanmış veteriner sağlık ürününün, bitki koruma ürününün veya ziraî mücadele alet ve makinesinin taklidi olmalıdır. Onaya sahip olduğu ürünü, onaya esas dosyasındaki formül veya spesifikasyona aykırı biçimde üreten kimse bu suçu işlemiş olmaz. Her ne kadar ürün, onay alan aşına uygun olmamasına rağmen aynı adı ve belki aynı görünümü taşıyorsa da bu davranış, Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d'de tanımlanan taklit fiilini oluşturmaz. Bu fiil, Gıda Kanunu m. 37/1-d ve 39/1- hükmünde tanımlanan kabahate vücut verir.

Ele alınan suç tipleri açısından ihlâl edilen onayın yalnızca 'üretim onayı' olduğunu belirtmek gerekir. Kişi, ancak üretim onayına sahip olmadığı bir ürünün sahtesini üretir ve piyasaya arz ederse bu suç gerçekleşir. Örneğin, failin, üretim onayı bulunan bir ürünü üretmesi ancak ihracat onayı olmadığı hâlde bunu dış piyasaya arz etmesi hâlde bu suçlar oluşmaz. Benzer Şekilde, Bitki Koruma rnlerinin Toptan ve Perakende Satılması ile Depolanması Hakkında Ynetmelik²⁹ m. 6/4-a hükmü gereğince sadece Bakanlıkça yetkilendirilmiş olan bayi veya toptancılara satış yapmaya yetkili olan, bunlardan başkasına satış yapmak konusunda onaya sahip bulunmayan bir üreticinin, son tüketicie satış yapması, Gıda Kanunu m. 39/1-d hükmünde düzenlenen suça vücut vermez.

Ürünün niteliğine göre üretim parçalara bölünmesi de mümkündür. Bu durumda ürünün ilgili kısmını üretmek için gerekli ruhsata sahip olsa da ruhsata tâbi diğer bileşenleri sahte olarak üreten kimsenin ortaya çıkardığı ürün, onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarının maddî konusunu oluşturur.

5. Mağdur

Gıda ceza normu düzenlemelerinin temelde, gıda güvencesini, gıda güvenliğini ve tüketicinin ekonomik menfaatlerini korumayı gözettiğini belirtmiştik. Ancak düzenlendiği yer gözetildiğinde, gıda ceza normu olarak değerlendirilebilecek kimi suç tiplerinde hedeflenen asıl amacın, tüketicie ait olmayan ticarî menfaatlerin korunması olduğuna da rastlanılmaktadır.

Kanaatimizce onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarıyla korunan hukukî değer, sahte olarak üretilen onaylı veteriner sağlık ürünleri, onaylı bitki koruma ürünleri ve ziraî mücadele alet ve makinelerini gerçekte üretmeye yetkili olan kişilerin fikri hakları olup bu suçların mağdurları da söz konusu ürünleri onaylı biçimde üretmeye yetkili kişilerdir.

29 Resmî Gazete, 13.02.2019/30685.

6. Nitelikli Hâller

Gıda Kanunu m. 37/1-e hükmünün son cümlesinde, taklit veteriner sağlık ürünleri onaylı bir üretim yerinde üretildiyse onayın bir yıl süreyle askıya alınacağı öngörülmüştür. Aynı cümlede, üretilen ürünün, taklit veteriner biyolojik ürün olması hâlinde üretim yerinin onayının iptal edileceği de düzenlenmiştir.

Gıda ceza hukukunu yalnızca ceza müeyyidesinden ibaret görmek, gıda ceza hukukunun amaçlarının yerine getirilmesi için yeterli değildir. Güvenlik tedbirlerine ve onarıcı adalet mekanizmalarına başvurulması da gereklilik arz etmektedir. İdarî yaptırımlara ve kabahatler hukukuna da ceza hukukunun tamamlayıcısı olarak, özellikle kanunilik prensibinin ceza hukukuna göre daha esnek olması ve son çare prensibinin ceza müeyyidesine başvurulmasına olanak tanımadığı noktalardaki eksikleri doldurabilmesi yönüyle başvurulması kaçınılmazdır³⁰. Bu bağlamda, Gıda Kanunu m. 37/1-e hükmünün son cümlesinde, kanunkoyucunun tercihini hangisinden yana kullandığı, yani ruhsatın askıya alınmasının veya iptalinin suç tipinden bağımsız bir idarî yaptırım mı olduğu yoksa *gerçek olmayan nitelikli hâl*³¹ niteliği mi taşıdığı incelemeye değerdir.

Gıda Kanunu m. 37/1-e hükmünün ilk cümlesinin suç teşkil eden fiili tanımlaması, ikinci cümlesinin ise bu fiilin işlendiği yere bağlı olarak ruhsatın askıya alınmasını veya iptal edilmesini öngörmesinden hareketle yapılacak bir sistematik yorum söz konusu yaptırımın bir güvenlik tedbiri niteliği olduğuna işaret etmektedir. Gıda Kanunu'nun 37. maddesi, muhtevasında hem adli hem idarî düzenlemeleri barındıran torba bir düzenleme olup her bir ihlâlin bir bentte ele alındığı, on üç bentten oluşan bir fıkradan ibarettir. Bu bağlamda kanunkoyucunun söz konusu Kanun'un yazımında özenli bir sistematik gözettiğini söylemek, ruhsata ilişkin yaptırımı hemen cezaî düzenlemenin devamına aynı bentte bir cümle olarak eklerken bu yaptırımın niteliğini de göz önünde bulundurduğunu kabul etmek güçtür. Kanun'un madde gerekçesinde meseleye dair bir açıklama olmadığından kanunkoyucunun, kanunu ortaya koyarken taşıdığı amaç bağlamında bir yorum yapmak mümkün değildir. Ruhsata ilişkin yaptırımın ceza hukuku dışında kalan bir idarî yaptırım mı yoksa bir güvenlik tedbiri mi olduğu hususunda *Engel kriterleri*³² çerçevesinde net bir değerlendirme yapılabilme olanağı da yoktur. Zira fiilin hâlihazırda suç olarak da düzenlenmiş olması bakımından bir şüphe bulunmadığı gibi yaptırımın ağırlığı kriteri açısından idarî yaptırım ile güvenlik tedbiri arasında keskin bir ayırım tespit etmek imkân dâhilinde değildir. Ancak düzenleniş şekli itibarıyla söz konusu yaptırımın, bir güvenlik tedbiri olması yadsınamaz bir olasılıktır. Düzenlemenin lafzına bakıldığında ise ruhsatın askıya alınması veya iptali yaptırımlarının muhatabının "*Bakanlıktan onaylı üretim yerlerinde, taklit veteriner sağlık ürünlerini üreten yerlerin*" ifadesiyle gösterildiği görülmektedir. Burada kanunkoyucunun *üretilen yerler* ifadesi yerine *üreten yerler* ifadesini tercih etmesi, onaylı

30 Burak Boz, *Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı* (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi 2016) 3.

31 Suçun daha az veya daha ağır cezaı gerektiren nitelikli hâllerini 'gerçek nitelikli hâller', yalnızca güvenlik tedbirleri bakımından sonuç doğuran nitelikli hâlleri ise 'gerçek olmayan nitelikli hâller' olarak tasnif etmenin hem ifade etme kolaylığı hem de lehe kanun yahut içtima uygulamasında yapılacak değerlendirmede pratiklik sağlayacağı kanaatindeyiz.

32 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir fiilin suç mu yoksa idarî yaptırım gerektiren bir fiil mi olarak düzenlendiğini tespit etmek için fiilin niteliği, mevzuattaki düzenleniş şekli ve yaptırımın ağırlığı kriterlerini gözetmektedir. Bu yöndeki karar için bkz. ECHR, Maden (n 4) 85.

üretim yerlerinde nizamın sağlanması için idareye verilen bir yetkiden değil doğrudan doğruya üretimi yapana bir yaptırımın uygulanmasından söz edildiğine dalâlettir. Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde kanaatimizce varılması gereken sonuç, ruhsatın askıya alınması ve iptali yaptırımlarının bir güvenlik tedbiri niteliğinde oluşudur. Dolayısıyla bu yaptırımlar ancak suçun varlığını tespit eden ceza mahkemesinin kararında yer almak suretiyle infaz edilecek olup Bakanlık tarafından bu yaptırımların re'sen uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

Düzenlemede yer alan “*Bakanlıktan onaylı üretim yerlerinde, taklit veteriner sağlık ürünlerini üreten yerlerin onayı bir yıl süreyle askıya alınır, üretilen ürün taklit veteriner biyolojik ürün ise üretim yerinin onayı iptal edilir.*” hükmü irdelendiğinde, öncelikle, suçun işlendiği yer ve işleniş biçimi açısından bir nitelikli hâl ihdas olunduğu görülmektedir. Bu kapsamda nitelikli hâlin uygulanabilmesi için sahte ürünün Bakanlıktan onaylı üretim yerlerinde üretilmesi gerekir ancak bu yeterli değildir. Zira hükümde “*üreten yerlerin*” onayının askıya alınacağından bahsedilmekte olup söz konusu ifadeden üretimin, bu yerdeki araç ve gereçlerle gerçekleştirilmesi gerektiği de anlaşılmaktadır.

Suçun işlendiği yer ile işleniş biçimine ilişkin koşullara suçun maddî konusuna dair bir koşulun, taklit ürünün *veteriner biyolojik ürün* olmasının, eklenmesi durumunda ruhsatın askıya alınmak yerine iptal edileceği öngörülmüştür. Bu nitelikli hâl bağlamında “*veteriner biyolojik ürün*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Veteriner biyolojik ürünler hakkında Gıda Kanunu'nda muhtelif düzenlemeler bulunmakla birlikte bu kavram tanımlanmamıştır. Ancak Veteriner Tıbbi Ürünler Hakkında Yönetmelik³³ m. 4/1-z-ğğ ve Hayvanların Tanımlanması ile Veteriner Biyolojik Ürünlerin Uygulama Ücretleri Yönetmeliği³⁴ m. 4/1-f hükümlerinde, veteriner biyolojik ürün teriminin “*Hayvanlarda aktif veya pasif bağışıklık oluşturmak, bağışıklığın seviyesini ölçmek veya hastalık teşhisi için hazırlanmış aşı, serum gibi ürünler ile teşhis kitlerini*” ifade ettiği belirtilmiştir.

B. MANEVİ UNSUR

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçları ancak kasten işlenebilir. Suçun taksirli hâli düzenlenmemiştir.

Hayatın olağan akışı içerisinde söz konusu fiiller, ticarî menfaat sağlamak amacıyla işlenirler. Ancak kanunî tipiklik bakımından herhangi bir amaç unsuru aranmamış olup fail kâr elde etme amacı taşımasa, örneğin, tarım işçisine daha ucuz ürün sunarak kamuya fayda sağlamak amacıyla hareket etse dahi suç tamamlanmış olur. Amacın, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak olması (TCK m. 61/1-g) ayri bir meseledir.

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarının çok sayıda normatif unsur içerdiğine dikkat edilmelidir. Burada failin ürettiği ürünün ne olduğunu bilmesi kastın kapsamındaysa da bunun veteriner sağlık ürünü, bitki koruma ürünü veya ziraî mücadele aleti ya da makinesi olarak nitelendirildiğine dair bir bilgiye sahip

33 Resmî Gazete, 24.12.2011/28152.

34 Resmî Gazete, 22.12.2011/28150.

olmaması kastını kaldırmaz. Aynı durum suçun nitelikli hâlleri içerisinde tanımlanan veteriner biyolojik ürünleri bakımından da geçerlidir.

C. REFORM

Kanaatimizce onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarının fiil unsurunun üretme ve arz etme şeklinde belirlenmesinde isabet bulunmamaktadır. Bu düzenleme, özellikle arz etmenin, üretimden önce gerçekleşmesi ancak üretime başlanmadan failin yakalanması hâlinde teşebbüs açısından önemli ispat sorunlarını beraberinde getirecektir. Suçun işlendiği tarihin belirlenmesi ve içtima bakımından da karmaşaya yol açmaktadır. Suçun tipikliğinde fiil unsurunu tanımlarken yalnızca üretme fiiline yer verilmesi kanaatimizce yerinde olurdu.

Kanunkoyucu, üretme fiilinin yanında piyasaya arz etme fiiline de yer verirken, kendi kullanımı için veya ticarî olmayan başka bir maksatla sahte ürün üreten kimselerin cezalandırılmamasını irade etmiş olabilir. Esasen bu sonucu tesis etmek için tercih edilmesi gereken yol, bir amaç suçu ihdas etmektir.

De lege ferenda bağlamında, suçun kanunî tipikliğinde değişikliğe gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda, Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümlerinde yer alan "...sahtesini üreterek piyasaya arz edenler..." ifadesinin "...sahtesini piyasaya arz etmek amacıyla üretenler..." olarak değiştirilmesini önermekteyiz.

III. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçları açısından özel bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır. Ancak 'ilgilinin rızası' bu suç tipi açısından incelemeye değerdir.

Gıda Kanunu m. 12/2 ve 18/2 hükümleri gereğince onaylı veteriner sağlık ürünleri, onaylı bitki koruma ürünleri ve ziraî mücadele alet ve makineleri ancak Bakanlık onayı ile üretilebilir. Dolayısıyla onay sahibinin, kendi ürününü bir başkasının taklit etmesine rıza göstermesi bir hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilemez. Zira bu rıza geçersizdir.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Bir suçun işlenmesinden bahsedildiğinde genel olarak tek bir failin tamamlanmış bir suçu işlediği düşünülür. Ancak kimi zaman birden fazla suçtan veya birden fazla kişinin cezaî sorumluluğundan söz edilebilmekte veya tamamlanmamış bir suç cezayı gerektirebilmektedir. Bu bağlamda, onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarında teşebbüs, iştirak ve içtima bakımından nitelik arz eden meseleler aşağıda inceleme konusu yapılacaktır.

A. TEŞEBBÜS

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçları sırf hareket suçu olmakla birlikte fiil bölünebilir nitelikte olduğundan teşebbüs mümkündür. Örneğin, üretimin herhangi bir aşamasında veya ürün üretilmiş ancak henüz piyasaya arz edilmemişken failin yakalanması hâlinde teşebbüs söz konusu olur.

Piyasaya arzın, üretimden önce olması durumunda teşebbüs incelemeye değerdir. Bu hâlde elinde olmayan bir ürünü piyasaya arz eden kimse ancak bu ürünü, sahtesini üreterek temin edeceği ispatlanırsa onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarından sorumlu tutulabilir. Sipariş aldığı ürünü çalarak, kaçak yollarla ülkeye sokmak suretiyle veya ruhsata aykırı bir satışla temin edecek olan kimse, onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarına teşebbüs etmiş olmaz.

B. İŞTİRAK

Tek bir kişi fail olarak üretim ve piyasaya arz fiillerini gerçekleştirebileceği gibi birden fazla kimse de müşterek fail olarak hareket edebilir. Bu fiillere azmettirme ve yardım etme de mümkündür. Bu bakımdan onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçları iştirak açısından nitelik arz etmez.

Çok hareketli bir suç söz konusu olduğundan hareketlerden her birinin farklı kimselerce gerçekleştirilmesi de söz konusu olabilir. Sahte ürünün piyasaya arzı, üreticisi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi bir başka kimse de bu fiile katılabilir. Bu durumda hem üretici hem de piyasaya arz eden kişi müşterek fail olarak sorumludur.

C. İÇTİMA

İçtima açısından nitelik arz edebilecek suç tipleri ile olan ilişkiler aşağıda ele alınacaktır. Bunun yanında onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerinin taklit edilmesi suçlarının birden fazla defa gerçekleştirilmesi de bu başlık altında incelenecektir.

1. Belgede Sahtecilik Suçlarıyla Olan İlişki

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerinin üzerinde veya ambalajlarında bulunması gereken etiket ve açıklamalara dair ikincil mevzuatta detaylı düzenlemeler bulunmakla birlikte bu ürünlerin üzerinde veya ambalajında bulunması gereken belge niteliğinde bir unsur tespit edilememiştir. Ancak gelecekte, bu ürünlerin üzerlerinde veya ambalajlarında belge niteliğinde bir etiket, pul veya bandrol bulundurmaları gerekebileceği ihtimâli de göz önünde bulundurulmalı ve bu belgelerdeki sahtecilik açısından da içtima hükümleri inceleme konusu yapılmalıdır.

Kanaatimizce onaylı veteriner sağlık ürünlerinin, onaylı bitki koruma ürünlerinin veya ziraî mücadele alet ve makinelerinin sahteleri üretilmek ve piyasaya arz edilmek suretiyle taklit edilmesi, bu ürünlerin taşınması gereken belgelerin de taklit edilmesini gerektirir. Dolayısıyla Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümleri, resmî belgede sahtecilik suçuna ilişkin TCK m. 204 hükmünü de unsur olarak içerir. Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçları ile resmî belgede sahtecilik suçu arasında bileşik suç ilişkisi söz konusudur.

2. Dolandırıcılık Suçuyla olan ilişki

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerinin taklitlerinin, gerçek gibi sunulmak suretiyle ürünün alıcıya verilerek menfaat elde edilmesi dolandırıcılık (TCK m. 157) suçuna vücut verir. İnceleme konusu suç tiplerinde taklit ürünün arz edilmesi fiilinin de tipiklikte yer almasının bir sakıncası da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira taklit olarak üretilen ürünün piyasaya sürülmesi, alıcının bu hususta bilgilendirilmemesi hâlinde dolandırıcılık suçunu da oluşturacaktır. Ancak bir fiille birden fazla farklı suça vücut verildiğinden farklı neviden fikrî içtima (TCK m. 44) gerçekleşecek ve yalnızca daha ağır cezayı gerektiren dolandırıcılık suçundan cezaya hükmolunacaktır.

3. Marka Tecavüzü Suçuyla Olan İlişki

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçları bağlamında görünüşte içtima açısından incelenmesi gereken bir düzenleme, 22.12.2016 tarihli ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu³⁵ (SMK) m. 30/1 hükmüdür. Anılan fıkra, *“Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulandıran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”* hükmünü âmirdir.

Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümleri, sınaî hakların ceza hukuku yoluyla korunması bakımından SMK m. 30/1 hükmüne öncülük etmiştir. Bu bakımdan marka hakkına tecavüz ederek mal üretenleri veya arz edenleri cezalandıran SMK m. 30/1, Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümlerine nazaran sonraki kanun niteliğindedir. Ancak bu hükümler arasında özel norm – genel norm ilişkisinin var olduğu söylenemez. Zira SMK m. 30/1 hükmü tüm sınaî hak tecavüzlerini değil yalnızca Türkiye’de tescilli markalara karşı tecavüzleri konu almakta (SMK m. 30/5); Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümleri de tescilli marka olmasa da onaylı veteriner sağlık ürünlerinin, onaylı bitki koruma ürünlerinin ve ziraî mücadele alet ve makinelerinin taklit edilmesini cezalandırmaktadır. Kaldı ki veteriner sağlık ürünleri, bitki koruma ürünleri ve ziraî mücadele alet ve makineleri üretmek üzere onay almış bir kimsenin ürettiği bu mallar için Türkiye’de tescilli bir markaya sahip olmaması imkân dâhilindedir.

35 Resmî Gazete, 10.01.2017/29944.

Bu itibarla her iki kanun, suç sayılan fiiller yönünden bir kesişim kümesine sahip olmakla beraber kesişim kümesi dışında birbirleriyle genel veya özel kanun ilişkisi kurulamayacak biçimde geniş birer kapsama sahiptir. Söz konusu hükümlerin görünüşte içtima konu olmayacakları kanaatindeyiz.

Eğer fail Türkiye’de marka tescili yapılmış olan bir onaylı veteriner sağlık ürününü, onaylı bitki koruma ürününü veya ziraî mücadele alet ve makinesini sahte olarak üretmiş ve bunu piyasaya arz etmişse yalnızca bu durumda hem Gıda Kanunu m. 37/1-e veya 39/1-d hem de SMK m. 30/1 hükümlerini ihlâl etmiş olur. Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümlerinde düzenlenen suçlar şikâyete tâbi olmamakla beraber SMK m. 30/1’de düzenlenen suç, SMK m. 30/6 gereğince şikâyete tâbidir. Belirtilen ihtimâlde, şikâyet koşulu da gerçekleşmişse farklı nev’iden fikrî içtima söz konusu olur ve TCK m. 44 gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilir. Bahsi geçen tüm hükümlerde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olmakla beraber SMK m. 30/1 hükmünde öngörülen adli para cezası yirmi bin güne kadarken Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümlerinde öngörülen adli para cezası bin gündür. Dolayısıyla kural olarak fikrî içtima durumunda SMK m. 30/1’de öngörülen cezaya hükmolunur. Ancak Gıda Kanunu m. 37/1-e hükmünün ikinci cümlesinde belirtilen güvenlik tedbirinin uygulanmasını gerektiren hâllerde, somut olayda, adli para cezasının mı ruhsatın askıya alınmasının veya iptalinin mi daha ağır sonuç doğuracağını mahkemece değerlendirilmesi gerekir³⁶.

Esasen SMK m. 30/1’in ihdasından sonra Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümlerine ihtiyaç duyulup duyulmadığı sorgulanmaya değerdir. Kanaatimizce Gıda Kanunu’nda veteriner sağlık ürünleri, bitki koruma ürünleri ve ziraî mücadele alet ve makinelerini üretmek açısından gereken onayı alabilmek için Türkiye’de tescilli bir markaya sahip olmak ve bu ürünlerin üzerindeki etikette markayı belirtmek zorunluluğu getirilmesi ve Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümlerinin ilga edilmesi isabetli olacaktır. Bu hâlde hem onaylı veteriner sağlık ürünleri, onaylı bitki koruma ürünleri ve ziraî mücadele alet ve makinelerinin üretilmesi marka koruması altında olacak hem de bu ürünlerin taklidinde Türkiye’de tescilli markaya sahip olanlar ile olmayanlar arasındaki ayırım son bulacaktır. Böyle bir düzenlemede, söz konusu ürünlerin gıda güvenliğini ve kamu sağlığını da ilgilendirdiği gözetilerek bu tür ürünler bakımından suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyete tâbi olmadığı SMK m. 30/6 hükmüne ek bir cümle ile dâhil edilmelidir.

4. Aynı onay sahibinin ürünün seri üretiminde içtima

Sahte olarak üretilip piyasaya arz edilen ürünler çoğu zaman seri üretim yöntemleriyle bir defada birden çok ürünün üretilmesi şeklinde gerçekleştirilmekte; örneğin, bir partide banttın aynı sahte üründen yüzlerce paket sahte ürün indirilmektedir. Aynı bantta birden fazla farklı ürünün üretilmesi de söz konusu olabilir. Bu başlıktaki değerlendirmeler, aynı ürünlerin seri üretimi veya aynı ruhsat sahibine ait farklı ürünlerin bir arada üretimine ilişkindir.

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarında fiil, yalnızca, bu ürünlerin üretilmesini değil aynı zamanda da arz edilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle iki ihtimâl üzerinde durulmalıdır:

36 Olması gereken hukuk bağlamında güvenlik tedbirlerinin derhâl uygulanması gerektiği ancak mer’i mevzuatta lehe kanun uygulanmasının kabul edilmiş bulunduğu yönündeki görüş için *bkz.* Özbeke, Doğan ve Bacaksız (n 17) 125.

Birinci ihtimâlde arz, üretimden önce tamamlanmıştır. Suç tarihi, üretim tarihi olup her bir parti üretim bir fiil olarak nitelendirilmelidir. Üretimin aynı suç işleme kararıyla ancak birden fazla parti şeklinde gerçekleştirilmesi hâlinde ise zincirleme suç (TCK m. 43/1) çerçevesinde ceza verilir.

İkinci ihtimâlde; arz, üretimden sonra da sürmektedir. Bu durumda; arzın kesintiye uğradığı tarih, suç tarihi olacağından arzın sona erdiği tarihte tek bir suç söz konusu olur. Arza konu olan birden çok ürün üretilmiş ise bu, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.

5. Aynı bantta farklı onay sahiplerinin ürünlerin üretiminde içtima

Aynı hatta üretilmek suretiyle farklı onay sahiplerine ait birden çok çeşit ürün taklit edilebilir. Bu hâlde aynı parti içerisindeki ürünler bakımından aynı nev’iden fikrî içtima (TCK m. 43/2) söz konusu olur.

6. Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarının birbirleriyle içtimaı

Aynı bantta hem Gıda Kanunu m. 37/1-e’deki suça vücut verecek biçimde onaylı veteriner sağlık ürününün hem de Gıda Kanunu m. 39/1-d’de düzenlenen suça vücut verecek onaylı bitki koruma ürünlerinin veya ziraî mücadele alet ve makinelerinin üretilmesi veya bunların birlikte pazarlanması suretiyle bir fiille bu iki suç tipine birden vücut verilmesi hâlinde farklı nev’iden fikrî içtima gerçekleşir. Bu durumda her iki suç tipinin de öngördüğü hapis ve para cezası eşit olduğundan fiilin ağırlığı çerçevesinde ceza belirlenirken en ağır en ağır cezayı gerektiren hangisi ise o suçtan hüküm kurulmalıdır. Ancak Gıda Kanunu m. 37/1-e hükmünün nitelikli hâlleri gerçekleşirse uygulanacak güvenlik tedbiriyle birlikte bu suçun yaptırımının daha ağır olacağı kanaatindeyiz.

V. YAPTIRIM

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçlarının karşılığı olan ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ve bin gün adli para cezasıdır. Ayrıca Gıda Kanunu m. 37/1-e hükmünde düzenlenen onaylı veteriner sağlık ürünlerini taklit etme suçu bakımından üretim Bakanlıktan onaylı üretim yerlerinde gerçekleşmiş ise üretimi yapan yerin onayı bir yıl süreyle askıya alınır. Bu yaptırımın kanaatimizce güvenlik tedbiri niteliğindedir. Eğer Bakanlıktan onaylı üretim yerlerinde taklit edilmiş olan ürün, taklit veteriner biyolojik ürün ise onayın askıya alınması yerine iptali söz konusu olur.

SONUÇ

Onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerini taklit etme suçları, evveleminde onay sahibinin sınaî haklarının ve dolaylı olarak da gıdanın korunmasına yönelik normlardır. Bu itibarla söz konusu suç tipleri, ekonomik suçların ve dolaylı gıda suçlarının kesişim noktasında bulunmaktadır.

Ele alınan suçların tipikliğinde fiilin, bu ürünlerin sahtesini üreterek piyasaya arz etmek olarak belirlenmiş olması, özellikle, üretimin piyasaya arzdan önce veya sonra olabilmesi karşısında suçun işlendiği zamanın tespiti ve içtima bakımından sorunlara yol açmaktadır. Ayrıca taklit edilen ürünün Türkiye’de tescil edilmiş marka olup olmamasına göre cezaî yaptırım uygulanacak kanun, içtima hükümleri çerçevesinde ilgisine göre Gıda Kanunu m. 37/1-e veya 39/1-d ile SMK m. 30/1 arasında değişmektedir.

Kanaatimizce, onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerinin ruhsatlandırılması sırasında, mevzuatta, Türkiye’de tescilli bir marka ile korunmasının aranması, Gıda Kanunu m. 37/1-e ve 39/1-d hükümlerinin ilga edilmesi ancak Gıda Kanunu m. 37/1-e hükmünün son cümlesinde bulunan güvenlik tedbirinin bir idarî yaptırım hâlini alarak korunması yönünde bir kanun değişikliği hâlinde hem hukukî hem cezaî yönden daha etkin bir sonuç alınacaktır. Böylece onaylı veteriner sağlık ürünleri ve onaylı bitki koruma ürünleri ile ziraî mücadele alet ve makinelerinin taklit edilmesi fiilleri bakımından marka korumasına göre zaman zaman Gıda Kanunu m. 37/1-e veya 39/1-d zaman zaman ise SMK m. 30/1 hükmünün uygulama alanı bulmasına son verilerek hukukî birlik sağlanmış olacaktır. Böyle bir düzenlemenin yapılması hâlinde, gıda güvenliği ve kamu sağlığını ilgilendiren ürünler bakımından suçun takibinin şikâyete bağlı olmayacağı SMK m. 30/6 hükmüne eklenmelidir.

KAYNAKLAR

- Akbulut B, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)” (2014) 9 Ceza Hukuku Dergisi 7
- , “Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237)” (2015) 6 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 25
- Alçın S, *İktisada Giriş Temel Mikro ve Makro İktisat* (1. edn, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Altunbaş A, “Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu (TCK m. 187)” (2013) 19 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 829
- Artuk ME ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. edn, Adalet Yayınevi 2022)
- Bakshi PM, “Right to Nutrition” (1995) 37 Journal of the Indian Law Institute 261
- Boz B, *Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı* (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi 2016)
- ECHR, Engel and others v. Netherlands (1976) Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72
- Elibol CE ve Akkanat Öztürk EB, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)” (2021) 12 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 315
- Eryüzlü H, *Herkes İçin Genel Ekonomi Temel Kavramlar ve Teoriler* (2. edn, Seçkin Yayıncılık)
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. edn, Adalet Yayınevi 2022)
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. edn, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Maden M, “Gıda Ceza Hukukunun Bazı Temel Kavramları ve Genel Yapısı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme” (2019) 7 Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 102
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. edn, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Özen M, “Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 185, 186, 187)” (2008) 66 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 163
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. edn, Seçkin Yayıncılık 2022)

- Sezen B, *Üretim Yönetiminde Yeni Yaklaşımlar ve Uygulamalar* (1. edn, Efil Yayınevi 2011)
- Taşkın OE, “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku” (2016) 15 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59
- Tepe İ, “Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237)” (2010) 5 Ceza Hukuku Dergisi 89
- Töngür AR ve Çetintürk E, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. edn, Adalet Yayınevi 2020)
- Türk Dil Kurumu, “Güncel Türkçe Sözlük” <<http://sozluk.gov.tr>> erişim 20 Aralık 2022
- Uzunoğlu S ve Sönmezler G, *Ekonomiye Giriş* (2. edn, Literatür Yayıncılık 2017)
- “Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu Tasarısı” <https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=81064> erişim 07 Kasım 2022
- Yenerer Çakmut Ö, “Türk Ceza Yasası’nda Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)” (2010) 5 Ceza Hukuku Dergisi 41

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Sisteminde Tehlikeli Faaliyetler ve Doğal Afetler Karşısında Devletin Yaşam Hakkı Bağlamında Pozitif Yükümlülükleri

Positive Obligations of the State in the Context of the Right to Life in the Face of Dangerous Activities and Natural Disasters in the European Convention on Human Rights Protection System

Özgem Tuğçe GÜMÜŞ BOYACI 

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Taraf Devletler, pozitif yükümlülükleri kapsamında kendi yetki alanındaki bireylerin yaşamlarını tehlikeli faaliyetler ve doğal afetler karşısında korumakla yükümlüdür. Çalışmada, Taraf Devletlerin anılan tehlike kaynakları söz konusu olduğunda ortaya çıkan pozitif yükümlülükleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaşam hakkı bağlamında geliştirdiği ilkeler ve unsurlar eşliğinde incelenmektedir. Buradaki ilk ayrım, Mahkeme'nin devletlerin yaşam hakkına yönelik pozitif yükümlülüklerini maddi ve usuli boyutlarıyla değerlendirmeye tabi tutmasına ilişkindir. Pozitif yükümlülüğün maddi boyutu öncelikle yaşam hakkının güvence altına alınması için yeterli ve etkili bir yasal çerçeve sağlamayı gerektirmektedir. Ancak bu tek başına yeterli olmamakta, yükümlülüğün usuli boyutunca yaşam hakkını koruyan yasal çerçevenin etkili bir biçimde uygulanmasını sağlamak ve sorumluların belirlenmesi ve gerektiği halde cezalandırılmalarını imkân kılacak etkili soruşturmanın yürütülmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, AİHS korumasının devlet eylemlerinin ötesine geçerek güvence altına alınan hakların özel kişiler arasındaki ilişkilere de uygulanmasını ifade eden yatay etki kavramı ortaya çıkmaktadır. Yatay etki kavramının yaşam hakkı bağlamında tanınmış olduğu ve devletin hakkı üçüncü kişilere karşı korumasına yönelik pozitif yükümlülüklerinin incelemesini yaptığı Osman testi tehlikeli faaliyetler ve doğal afetlere ilişkin içtihadında da takip edilmiştir. Çalışmada, devletin pozitif yükümlülüklerinin yaşamın tehlikeli faaliyetler ile doğal afetler nedeniyle sona erdiği veya yaşama yönelik tehlikenin söz konusu olduğu haller bağlamında incelendiği AİHM içtihadına odaklanılmaktadır. Mahkeme içtihadında çoğunlukla aynı unsurlar üzerinden değerlendirilen bu iki tehlike kaynağı aynı zamanda birtakım ince ayrımları barındırır. Birbirine benzer yükümlülükler ve ilkeler saptanan her iki kaynağa ilişkin Mahkeme içtihadında, Osman testinden itibaren atıfta bulunduğu bilgi, makullük, risk değerlendirilmesi, öngörülebilirlik, takdir marjı gibi çeşitli hususlar iç içe geçmiştir. Tehlikeli faaliyetler ve doğal afetler karşısında bireyin yaşamının korunmasına yönelik devletlere atfedilen pozitif yükümlülük bağlamında, Mahkeme'nin konuya ilişkin incelemesi ve incelemesindeki öne çıkan unsurlar araştırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Pozitif yükümlülük, Tehlikeli faaliyetler, Doğal afetler, Osman testi.

* Arş. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-3490-5513.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Özgem Tuğçe GÜMÜŞ BOYACI

E-posta/E-mail: ozgem.gumus@hbv.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.05.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 05.06.2023

ABSTRACT

States Parties to the European Convention on Human Rights are obliged to protect the lives of individuals within their jurisdiction against dangerous activities and natural disasters within the scope of their positive obligations. The study examines the positive obligations of States Parties with regard to the aforementioned sources of danger, in the light of the principles and elements developed by the European Court of Human Rights in the context of the right to life. The first distinction is that the Court evaluates the positive obligations of states on the right to life in their substantive and procedural dimensions. The substantive dimension of the positive obligation primarily entails providing an adequate and effective legal framework to guarantee the right to life. However, this dimension alone is not sufficient; the procedural dimension of the obligation requires effective enforcement of the legal framework protecting the right to life and effective investigations to identify and, where necessary, punish those responsible. There is also the concept of horizontal effect, which refers to the extension of ECHR protection beyond state action to the application of the rights guaranteed to relations between private individuals. The Osman test, in which the concept of horizontal impact is recognized in the context of the right to life and examines the State's positive obligations to protect the right against third parties, has also been followed in its case-law on dangerous activities and natural disasters. The study focuses on the case law of the ECtHR, where the positive obligations of the state are examined in cases where life is terminated or threatened by dangerous activities and natural disasters. These two sources of danger, which are mostly evaluated on the basis of the same elements in the Court's case-law, have also led to some nuances. In the Court's jurisprudence on both sources, which establish very similar principles, various aspects such as knowledge, reasonableness, risk assessment, foreseeability, margin of appreciation, which the Court has referred to since the Osman test, have become intertwined. In the context of the positive obligation attributed to States to protect the life of the individual in the face of dangerous activities and natural disasters, the Court's examination of the issue and the prominent elements of its examination are explored.

Keywords: European Convention on Human Rights, Right to life, European Court of Human Rights, Positive obligation, Dangerous activities, Natural disasters, Osman test.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS veya "Sözleşme") Taraf Devletlerin kendi yetki alanındaki bireyleri tehlikeli faaliyetler ve doğal afetler karşısında çeşitli hak ihlallerine karşı korumada pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Tehlikeli faaliyetler ve doğal afetlerin neden olduğu felaketlerden ve yıkımlardan ilk zarar gören veya görme tehlikesi altında olan temel haklardan biri yaşam hakkıdır. Bu çalışma, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin anılan tehlike kaynakları söz konusu olduğunda ortaya çıkan pozitif yükümlülüklerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya "Mahkeme") nezdinde yaşam hakkı bağlamında geliştirilen ilkeler ve unsurlar eşliğinde ne şekilde incelendiğini araştırmaktadır. Bu çalışma kapsamında, devletin pozitif yükümlülüklerinin yaşamın tehlikeli faaliyetler ile doğal afetler nedeniyle sona erdiği veya yaşama yönelik tehlikenin söz konusu olduğu haller bağlamında incelendiği AİHM içtihadına odaklanılacaktır. Mahkeme içtihadında birbirine oldukça benzer ilkeler ve yaklaşımlar üzerine inşa edilen bu farklı tehlike kaynaklarının, aynı zamanda ortaya çıkardığı ince ayrımlara işaret edilecektir. Anılan kararlar, yaşam hakkının yanı sıra özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, mülkiyetin korunması veya etkili başvuru hakkı gibi diğer bazı Sözleşme haklarına yönelik ihlal iddialarına da konu edilmekle birlikte, çalışmamızda yalnızca yaşam hakkı ile ilişkili olarak incelenecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde yaşam hakkı bağlamında Taraf Devletlerin pozitif yükümlülüklerine ilişkin genel ilkeler ortaya konacak, bu kapsamda öncelikle pozitif yükümlülüklerin maddi ve usuli boyutları eşliğinde çizilen çerçeve ve kapsam açıklanacaktır. Ardından AİHS korumasının devlet eylemlerinin ötesine geçerek güvence altına alınan hakların özel kişiler arasındaki ilişkilere de uygulanmasını ifade eden *yatay etki* kavramı ve kavramın yaşam hakkı bağlamında tanınmış olduğu ve devletin yaşamın üçüncü kişilere karşı korunmasına yönelik pozitif yükümlülüklerinin incelemesini yaptığı *Osman testinin* çalışma konusuna yönelik unsurları aktarılacaktır. İkinci bölümde çalışma konusunun merkezini teşkil eden tehlikeli faaliyetler ve doğal afetlere karşı bireyin yaşamını korumaya yönelik Strazburg içtihadı ve içtihadında öne çıkan ilkeler ele alınacaktır. Bu bölümde yaşama yönelen her iki risk kaynağının Mahkeme nezdinde ne şekilde algılandığı, nasıl nitelendiği, bu niteliklerine bağlı olarak konuya ilişkin içtihadının gelişimine yansımaları ve hangi unsurlar eşliğinde bu incelemenin yapıldığı araştırılmaktadır. Bu araştırma esnasında Mahkeme içtihadında çalışma konusuna ilişkin öne çıkan kilometre taşı kararlardan yararlanılmaktadır. Üçüncü ve son bölümde ise anılan tehlike kaynaklarına ilişkin Mahkeme incelemesinin kategorik ve belirgin bir farklılık üzerine kurulmamış ancak ince ayrımlara konu olan yönlerine ilişkin kısa ve genel bir değerlendirme yapılacaktır. Sonuç olarak Mahkeme'nin tehlikeli faaliyetler ve doğal afetler karşısında bireyin korunmasına yönelik her iki nedenden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin genel çerçevesinin ortaya konmasıyla ve ikili bir ayırmadan ziyade afet ve zarar risklerinin azaltılması bağlamında yaşam hakkının korunmasının önemi değerlendirilmesiyle çalışma sonlandırılacaktır.

I. DEVLETİN YAŞAM HAKKI BAĞLAMINDA POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN GENEL İLKELER

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi¹, Taraf Devletlerin Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükleri “güvence altına almalarını” gerektirmektedir. İnsan hakları hukuku yazınında, Sözleşme'nin 1. maddesinin Taraf Devletlere hem negatif yükümlülükler hem de pozitif yükümlülükler getirdiği anlayışı yaygınlık kazanmıştır². Devletlerin AİHS karşısındaki negatif yükümlülükleri en

- 1 “Yüksek Sözleşmeciler, bu Sözleşmenin I. Bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi yetki alanları içinde bulunan herkes için güvence altına alırlar.” Council of Europe, ‘European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950’ <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> accessed 19 February 2023.
- 2 İlyas Doğan, ‘İkinci Bölüm: Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi’ iç İlyas Doğan(ed), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (1. Baskı, Astana Yayınları 2021) 39, 40; Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Abdurrahman Saygılı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi* (Onikinci Bası, Turhan Kitabevi 2019) 170; Jean-François Akandji-Kombe, ‘Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights’ (Council of Europe 2007) 8, 9 <<https://rm.coe.int/168007ff4d>> accessed 19 February 2023. Akademik yazında, devletin pozitif yükümlülükleri belirli hakların özel önemi ile ilişkilendirilmesinin yanı sıra, kimi yazarlar ise Sözleşme'nin 1. ve 13. maddelerindeki genel yükümlülüklerle referans vermektedir. Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009) 97. Aksi yönde bkz. van Dijk, temel hak ve özgürlüklerin Sözleşmeciler Devletler tarafından “güvence altına alınmasını” öngören 1. maddenin başlangıçta bu bağlamdaki anlamı açık olmasa da Sözleşme'yi hazırlayanların, müdahale etmeme (negatif) yükümlülüğünün Sözleşmeciler Devletler açısından pozitif yükümlülükler anlamına gelebileceği ihtimalinin

başından itibaren daha açık şekilde ortaya konmuşken, Strazburg Mahkemelerinin içtihadı vasıtasıyla bu durum pozitif yükümlülükleri de kapsayacak şekilde bir adım öteye taşınmıştır³.

Öncelikle belirli haklar (AİHS md.1-4) için uygulanan ve Mahkeme içtihadıyla gelişen “pozitif yükümlülük doktrini”nin Sözleşme’nin diğer maddelerine de teşmil edilecek şekilde uygulama alanı zamanla genişlemiştir. Böylece artık hangi hak söz konusu olursa olsun devletin belirli ölçüde müdahalesine ihtiyaç olduğu ve pozitif edim yükümlülüğü altında bulunduğu anlayışı hakim olmuştur⁴. Mahkeme tarafından pozitif yükümlülüğe ilişkin açık bir biçimde ifade bulunmuş olan ve üzerinde uzlaşmış belirgin bir tanım bulunmama ile birlikte Yargıç Martens “Negatif yükümlülükler üye devletlerin eylemden kaçınmasını, pozitif yükümlülükler ise eylemde bulunmasını gerektirir” şeklinde bir açıklamada bulunmuştur⁵. Strazburg içtihadındaki söz konusu ikili ayrıma göre⁶ negatif yükümlülükler, devletin hakkın kullanımına yönelik bir müdahalede bulunmamasını ifade ederken pozitif yükümlülük, devletin insan haklarını güvence altına almak için gereken adımları atmasını karşılamaktadır.⁷

düşünülmediği kanaatindedir. Pieter van Dijk, “Positive Obligations” Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the “Masters” of the Convention?” in (eds) Monique Castermans-Holleman and Fried Van Hoof and Jacqueline Smith, *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy: Essays in Honour of Peter Baehr* (Kluwer Law International, 1998) 18.

- 3 Pozitif yükümlülükler doktrini, 1968 yılından beri Strazburg Organlarının yargılama pratiğinde yer almaktadır. *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*, App no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (ECHR (Ser. A), 23 July 1968); *X and Y v the Netherlands* App no 8978/80 (ECHR, 26 March 1985); *López Ostra v. Spain*, App no 16798/90 (ECHR, 09 December 1994). Doğan, (n 2) 38-39; Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller* (Birinci Baskı, Adalet 2020) 68, 69; Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015) 538; Frédéric Sudre, ‘Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme’ (1995) 23 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 363, 363; Christoffersen, (n 2) 95. Pozitif yükümlülük doktrininin teorik temelleri ve uluslararası insan hakları hukukundaki normatif dayanaklarına ilişkin bir çalışma için bkz. Burcu Değirmencioğlu, ‘Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: “Pozitif Yükümlülük Doktrini” ve Türkiye’ye Yansımaları’ (2021) 39(1) *İnsan Hakları Yıllığı* 55-104.
- 4 Seyfullah Tosun, ‘Özel Yaşamın Korunması Hakkı Bağlamında Negatif ve Pozitif Özgürlük’ (2015) 3(1) *Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 141, 151; Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları* (Mustafa Erdoğan, Levent Korkut çev, Yetkin 1995) 42, 43; Laurens Lavrysen, ‘The Scope of Rights and the Scope of Obligations: Positive Obligations’ in Eva Brems and Janneke Gerards (eds), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press 2014) 162.
- 5 *Gül v. Switzerland*, App no 23218/94 (ECHR, 19 February 1996), Dissenting Opinion of Judge Martens (para 7).
- 6 Devletin sorumluluklarına ve yükümlülüklerine ilişkin pozitif ve negatif yükümlülük ayrımının yanı sıra bu konuda benimsenen diğer yaklaşım devletin insan hakları sorumluluğunun üç vechesi olduğu şeklindedir. Bunlar, insan haklarına saygı gösterme (*respect*) yükümlülüğü, insan haklarını koruma (*protect*) yükümlülüğü ve insan haklarını yerine getirme (*fulfil*) yükümlülüğüdür. Özel Raportör Asbjørn Eide tarafından sunulan “bir insan hakkı olarak yeterli gıda hakkı”na ilişkin Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi raporunda bu üçlü tipoloji formüle edilmiştir. Devletin ve tüm temsilcilerinin, bireyin bütünlüğünü veya özgürlüğünü ihlal eden herhangi bir şey yapmaktan kaçınması gerekliliği olarak ifade edilen saygı gösterme yükümlülüğü, negatif-pozitif yükümlülük tipolojisinde negatif yükümlülüğe karşılık gelmektedir. Bireyin diğer kişilerin eylemlerine karşı korunmasını öngören koruma yükümlülüğü ile devletin yetki alanındaki kişiler için insan haklarını sağlamak üzere gerekli tedbirleri almasını ifade eden yerine getirme yükümlülüğü pozitif yükümlülüklerdir. Asbjørn Eide, Report on the Right to Adequate Food as a Human Right (1987) UN Commission on Human Right, Economic and Social Council, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1987/23, para 66-69; David J. Harris, Michael O’Boyle, Ed Bates, Carla M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan çev, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa 2013) 19. Bu anlamda pozitif yükümlülük, Sözleşmede öngörülen bir insan hakkını aktif olarak “korumak” veya “yerine getirmek” için devlet eylemini gerektirmesini ifade eder. Lavrysen (n 4) 162.
- 7 Harris, O’Boyle, Bates, Buckley (n 6) 19.

A. YAŞAM HAKKI BAĞLAMINDA POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER VE YÜKÜMLÜLÜKLERİN MADDİ-USULİ YÖNLERİ

Sözleşme ve Ek Protokollerde düzenlenen hak ve özgürlüklerin bir kısmı, devletin pozitif yükümlülüğüne, bizatihi düzenlendiği madde bünyesinde işaret etmektedir. Mahkeme içtihadında “Sözleşme’nin en temel hükümlerinden biri” olarak ifade edilen⁸ ve yaşam hakkını güvence altına alan 2. madde hükmü bunlardan biridir. Bu maddenin esası, öldürmeme yasağı ve devletin yaşamı yasayla koruma yükümlülüğüne ilişkindir⁹. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde dahi maddenin uygulamasına ve devletin yaşam hakkı bağlamındaki yükümlülüklerine aykırı (yükümlülüklerini azaltan) tedbirlerin alınmasına cevaz verilmez¹⁰.

Yaşam hakkını güvence altına alan Sözleşme’nin 2. maddesinin 1. paragrafının ilk cümlesindeki “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur” ifadesi devletin pozitif yükümlülüğüne işaret eder¹¹. Sözleşme’nin denetim organları olan Strazburg Mahkemelerinin, güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin devlete “pozitif ödevler” yüklediği yönünde gelişen ve söz konusu yükümlülüğün çerçevesini çizen klasikleşmiş bir içtihadı bulunmaktadır. Yaşama hakkıyla ilişkili olarak, devletin yalnızca “öldürmeme yükümlülüğü” olduğu yönündeki klasik (negatif) anlayış Mahkeme içtihadı aracılığıyla terk edilmiş ve bunun yerine devletin öldürmeme yükümlülüğünün yanı sıra “yaşam hakkını koruma pozitif ödevi” de olduğu fikriyle gelişim göstermiştir. Bir bütün olarak bakıldığında, Strazburg Mahkemelerinin devletin yaşama hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğü hususunda geliştirmiş olduğu içtihadında, yaşam hakkının geniş yorumlandığı ve koruma alanının yıllar içinde genişlediği görülmektedir¹².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2. maddenin 1. paragrafının ilk cümlesinin devlete “yalnızca kasten ve hukuka aykırı biçimde öldürmekten kaçınmayı değil, aynı zamanda kendi yetki alanındaki kişilerin yaşamlarını korumak için uygun adımları atmayı da emrettiğini” kabul etmiştir¹³. Mahkeme’nin devletin yaşam hakkını korumak üzere negatif yükümlülüğünün ötesine geçen pozitif

8 *McCann v. the United Kingdom*, App no 18984/91 (ECHR, 27 September 1996) para 147.

9 Lech Garlicki, “The Right to Life under the European Convention on Human Rights” iç *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004) 89.

10 Meşru savaş fillerinden kaynaklanan ölümler hariç olmak üzere (md. 15) European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (n 1).

11 Salihpaşaoğlu (n 3) 71.

12 Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye: AİHS Sistemi – AİHM Kararlarında Türkiye* (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 2004) 155; Bernadette Rainey, Pamela McCormick and Clare Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights* (Eighth edition, Oxford University Press 2020) 159.

13 *L.C.B. v. the United Kingdom*, App no 23413/94 (ECHR, 09 June 1998) para 36. *L.C.B./Birleşik Krallık* davasında başvuru, babasının 1957 ve 1958 yıllarında Britanya hükümeti tarafından yürütülen nükleer testler sebebiyle radyasyona maruz kalması, kendisine 1970 yılında lösemi teşhisi konulması ve bu durumun İngiltere’nin ailesini uyararmaması ve sağlığını takip etmemesinden kaynaklandığı iddiasına ilişkindir. Başvuru, Birleşik Krallık’ın, babasının maruz kaldığı radyasyon miktarı ve bunun muhtemel sonuçları hakkında bilgilendirilmediği ve eğer bilgilendirseydi hastalığının daha erken teşhis ve tedavi edilmesinin mümkün olabileceği gerekçesiyle şikayetçi olmuştur. Ancak Mahkeme, radyasyon ile başvurucuya konan lösemi teşhisi arasında nedensellik bağı bulunmadığı, ayrıca Devletin o tarihte bunu bilemeyeceği, dolayısıyla 2. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

yükümlülüğüne yaptığı bu vurgu, yaşam hakkına yönelik kararlarında yinelenmiştir¹⁴. İçtihatlarla yerleşik hale gelen bu yaklaşıma göre, devlet öncelikle öldürmeme yönündeki negatif yükümlülüğünü bizzat yerine getirirken, kişinin yaşamını ölümle sonuçlanabilecek saldırı ve eylemlere karşı korumak üzere gereken uygun adımları atmasına ilişkin pozitif yükümlülüğü de üstlenmiş bulunmaktadır¹⁵. Bununla birlikte 2. madde yalnızca devletin eylem veya ihmallerinin bir kişinin ölümüne yol açtığı durumlarda değil, aynı zamanda ölümle sonuçlanmasa dahi bir kişinin yaşamına yönelen bir riske maruz kaldığının açık olduğu durumlarda da uygulanmaktadır¹⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yönelik ihlal iddialarını değerlendirirken devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin ikili bir ayırım geliştirmiştir. Mahkeme, pozitif yükümlülükleri *maddi (substantive)* ve *usuli (procedural)* olmak üzere iki boyutu üzerinden incelemektedir¹⁷. Maddi (esasa ilişkin) pozitif yükümlülükler, güvence altına alınan haklardan tam olarak yararlanması için yapılması gereken düzenlemeler ve alınması gereken temel tedbirleri ifade etmektedir¹⁸. Alınması gereken tedbirleri belirlemek hususunda Taraf Devletlerin takdir yetkisinin olduğunu kabul etmekle birlikte maddi pozitif yükümlülük, güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin hukuka aykırı eylemlerle ihlal edilmesini yasaklayan ve caydırıcı bir yasal ve idari çerçevenin düzenlenmesini gerektirmektedir. Oluşturulan mevzuatın aynı zamanda, söz konusu hukuka aykırı eylemlerin gerçekleşmesi halinde failere yönelik uygun yaptırımları ve cezai sorumlulukları içeriyor olması maddi yükümlülüğün bir diğer yönüdür¹⁹.

Usule ilişkin pozitif yükümlülükler ise güvence altına alınan hakların daha iyi korunmasını sağlamak için maddi pozitif yükümlülük gereğince düzenlenen yasal ve idari çerçevenin doğru bir biçimde uygulanmasını ve hak ihlalleri için yeterli hukuk yollarının sağlanmasını gerektiren yükümlülükleri

14 *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 115; *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 128; *L.C.B. v. the United Kingdom*, App no 23413/94 (ECHR, 09 June 1998) para 36; *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, App no 46477/99 (ECHR, 14 March 2002) para 54; *Vardosanidze v. Georgia*, App no 43881/10 (ECHR, 7 May 2020) para 52.

15 Sözleşme'nin yaşam hakkını koruyan 2. maddesinin ikinci paragrafında açıkça ve sınırlı şekilde öngörülmüş olan istisnalar yükümlülükler bağlamında hariç tutulmaktadır. Ancak bunun için söz konusu istisnaların geçerliliğinin bağlandığı koşullar yerine getirilmiş olmalıdır. Gözübüyük, Gölcüklü ve Saygılı (n 2) 170-178.

16 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 146; *Kolyadenko and Others v. Russia*, App nos 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05 (ECHR, 28 February 2012) para 151-155, 191; Cour européenne des droits de l'homme, 'Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme – Environnement' (Conseil de l'Europe 2022) 8 <https://echr.coe.int/Documents/Guide_Environment_FRA.pdf> accessed 4 March 2023.

17 *Öneryıldız v. Turkey [GC]*, App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 97 ff; Akandji-Kombe (n 2) 16; Ulaş Karan, 'Bölüm I: Yaşam Hakkı' iç Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (3. Baskı, Beta 2013) 127-133; Oya Boyar, 'Bölüm III: Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki' iç Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (3. Baskı, Beta 2013) 71; Eva Brems, 'Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights' in Eva Brems and Janneke Gerards (eds), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press 2014), 141.

18 Akandji-Kombe (n 2) 16.

19 Simay Doğmuş, *AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri* (Seçkin 2018), 172.

kapsamaktadır²⁰. Pozitif yükümlülüğün usuli boyutunun öne çıkan temel görünümü, hakların ihlali iddialarına yönelik etkili soruşturma ve kovuşturma yapılması gerekliliğidir²¹. Devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmiş olmaları için hak ve özgürlükleri koruyucu mevzuatı düzenlemiş olması tek başına yeterli olmamakta, usuli pozitif yükümlülükler gereğince bu yasal çerçevenin işlerliğini sağlayan ve ihlal gerçekleşmesi halinde yaptırma tabi tutabilecek etkili bir yargılama sisteminin de öngörülmesi gerekmektedir²². Keza sorumluluğa ilişkin incelemeyi yürütecek bağımsız bir yargı sisteminin mevcut olması ve bağımsız bir soruşturma yürütülmesinin sağlanması maddi pozitif yükümlülüğün gereklerinden bir diğeridir²³.

Mahkeme, Sözleşme'nin yaşam hakkını güvence altına alan 2. maddesine yönelik pozitif yükümlülük incelemesini de aynı şekilde *maddi* ve *usuli* boyutunu ayırarak gerçekleştirmektedir. Devletin pozitif yükümlülüğünün maddi boyutu öncelikle, “yaşam hakkına yönelik tehditlere karşı etkili bir caydırıcılık sağlamak üzere tasarlanmış bir *yasal ve idari bir çerçeve*” düzenlemesi gerekliliğini ifade eder²⁴. Bu bağlamda devletin pozitif yükümlülükleri, kamusal olsun ya da olmasın, yaşam hakkının tehlikede olabileceği her türlü faaliyet bağlamında söz konusu olmaktadır.²⁵ Ayrıca Taraf Devletin, özel veya kamu kurumlarını insanların yaşamlarının korunması için uygun tedbirleri almaya zorlayan düzenlemeler yapmasını kapsamaktadır²⁶. Bu (maddi) yükümlülük, yaşama yönelik tehlike oluşturabilecek her türlü faaliyetin, ölüm tehlikesinin mümkün olduğunda azaltılabilmesi için uygun bir düzenleyici rejime tabi olması anlamına gelmektedir²⁷. Pozitif yükümlülüğün maddi boyutu kapsamında, yaşam hakkının idari ve yasal bir çerçeve ile korunmasının ötesinde ayrıca

20 Dilara Yüzer Eltimur, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri* (Onikilevha 2019) 175; Akandji-Kombe (n 2) 16.

21 Akandji-Kombe (n 2) 16; Yüzer Eltimur, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri* (n 20) 175; Salihpaşaoğlu (n 3) 70.

22 Gözübüyük, Gölcüklü ve Saygılı (n 2) 171; Doğmuş (n 19) 174.

23 *Güleç v. Turkey*, App no 21593/93 (ECHR, 27 July 1998) para 81-82; *Ergi v. Turkey*, App no 23818/94 (ECHR, 28 July 1998) para 85; *Nachova and Others v. Bulgaria*, App nos 43577/98 and 43579/98 (ECHR, 06 July 2005) para 112; *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* [GC], App no 41720/13 (ECHR, 25 June 2019) para 137.

24 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 89; *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 128, 129; *Kolyadenko and Others v. Russia*, App nos 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05 (ECHR, 28 February 2012) para 157; *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* [GC], App no 41720/13 (ECHR, 25 June 2019) para 135; *L.C.B. v. the United Kingdom*, App no 23413/94 (ECHR, 09 June 1998) para 36; *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, App no 46477/99 (ECHR, 14 March 2002) para 54; *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 115; *İlhan v. Turkey* [GC], App no 22277/93 (ECHR, 27 June 2000) para 91; *Kılıç v. Turkey*, App no 22492/93 (ECHR, 28 March 2000) para 62; *Mahmut Kaya v. Turkey*, App no 22535/93 (ECHR, 28 March 2000) para 85.

25 *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*, App no 47848/08 (ECHR, 17 July 2014) para 103; *L.C.B. v. the United Kingdom*, App no 23413/94 (ECHR, 09 June 1998) para 36; *M. Özel and Others v. Turkey*, App nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05 (ECHR, 17 November 2015) para 170.

26 *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*, App no 47848/08 (ECHR, 17 July 2014) para 130; *Lambert and Others v. France* [GC], App no 46043/14 (ECHR, 5 June 2015) para 140; *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* [GC], App no 56080/13 (ECHR, 19 December 2017) para 166; *Fernandes de Oliveira v. Portugal* [GC], App no 78103/14 (ECHR, 31 January 2019) para 105; *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 71 and para 90; *Kolyadenko and Others v. Russia*, App nos 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05 (ECHR, 28 February 2012) para 158; *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* [GC], App no 41720/13 (ECHR, 25 June 2019) para 135.

27 Karan (n 17) 129.

devletin “Sözleşme’nin 2. maddesi uyarınca bu kişileri korumak için gerekli ve yeterli olan önleyici operasyonel tedbirleri alması” beklenmektedir²⁸.

Görüldüğü üzere devletin pozitif yükümlülüğünün maddi boyutu somut olarak (i) koruyucu operasyonel tedbirler alma ve (ii) toplumun geneline yönelik genel bir koruma sağlamak için etkili bir düzenleyici çerçeve benimseme yükümlülüğünden oluşmaktadır. Önceden tanımlanabilen bir veya birden fazla bireyin korunmasını sağlamak üzere koruyucu operasyonel tedbirler alma yükümlülüğünün hayata geçirilebilmesi devletin risk altındaki bireyler için söz konusu riski hâlihazırda biliyor veya biliyor olması gerekmektedir²⁹. Koruyucu operasyonel tedbirler alma yükümlülüğünün aksine, devletin etkili düzenleyici çerçeve sağlama yükümlülüğü önceden tanımlanabilen belirli bir bireye yönelik bu tür bir bilgiye bağlı olmayıp her zaman geçerli olduğu varsayılmaktadır³⁰. Bunun yerine, devletin genel bir sorunun varlığından haberdar olması ya da haberdar olması gerekmektedir³¹.

Devletin yaşam hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin usuli yönü, doğal olmayan ölüm olaylarının sorumlularının belirlenmesini ve gerektiğinde yaptırıma tabi tutulmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütülmesini ifade etmektedir. Bu tür bir soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan ulusal mevzuatın etkin bir biçimde uygulanmasını güvence altına almak ve devlet yetkililerinin kendi sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap verilebilirliği sağlamaktır³².

Mahkeme içtihadında, devletin etkili soruşturma yükümlülüğü yaşam hakkını güvence altına alan 2. maddeye ilişkin bir yükümlülük olarak değerlendirilmiş ve bu hak ile usuli gereklilikler eşleştirilmiştir. Devletin etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğünün yerine getirilmesi her ne kadar 13. madde (etkili başvuru hakkı) ile güvence altına alınan hak açısından sonuç doğurabilse de 2. maddenin usule ilişkin yükümlülüğü ayrı bir yükümlülük olarak görülmektedir³³. Bu çerçevede

28 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 89.

29 Mahkeme’nin çerçevesini çizmiş olduğu *Osman testinden* itibaren bu formülasyonla yerleşen yükümlülük aynı zamanda “makullük” unsuru eşliğinde araştırılmaktadır. Devletten makul olarak ne beklenebileceği ve koruma sağlamak için makul tedbirleri alıp almadığı hususu mevcut ve varsayılan bilgisine bağlıdır. Vladislava Stoyanova, ‘Fault, Knowledge and Risk within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights’ (2020) 33(3) *Leiden Journal of International Law* 601, 605.

30 *Cevrioğlu v. Turkey*, App no 69546/12 (ECHR, 04 October 2016) para 50.

31 Örneğin, bir aile içi şiddet davası olan *Opuz/Türkiye* kararında Mahkeme, fiziksel şiddetten psikolojik şiddete veya sözlü tacize kadar çeşitli şekillerde ortaya çıkabilen aile içi şiddet konusunun mevcut davanın koşullarıyla sınırlandırılmayacağı vurgulamış ve ülkede genel bir sorun olarak aile içi şiddetin varlığını ifade etmiştir. Bunun yanı sıra, aile içi şiddet konusunun tüm üye devletleri ilgilendiren genel bir sorun olduğunu ve bundan etkilenenlerin sadece kadınlar değil, erkeklerin ve çocukların aile içi şiddetin mağduru olabileceğini kabul etmektedir. Buna göre Mahkeme, mevcut davayı incelerken söz konusu sorunun ciddiyetini göz önünde bulundurarak, aynı zamanda yetkililerin istismarı öngörebilir öngöremeyeceğini tespit etmek amacıyla, istismar faili eşin mağdurlara zarar verdiği tüm koşulları ayrıntılı olarak incelemektedir. Söz konusu saldırılar uzun zamandır gerçekleşmiş olmakla birlikte, mağdurların yetkilileri birçok kez haberdar etmiş olması, Osman testinin (biliyordur ve bilmesi gerekirdi) ilk ayağının yerine getirildiği sonucunu doğurmuştur. *Opuz v. Turkey*, App no 33401/02 (ECHR, 09 June 2009) para 132-136; Stoyanova, ‘Fault, Knowledge and Risk within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights’ (n 29) 606, 610.

32 *Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, App no 55721/07 (ECHR, 7 July 2011) para 163; *İlhan v. Turkey* [GC] App no 22277/93 (ECHR, 27 June 2000) para 63; *Anguelova v. Bulgaria*, App no 38361/97 (ECHR, 13 June 2002) para 137.

33 *İlhan v. Turkey* [GC] App no 22277/93 (ECHR, 27 June 2000) para 91-92; *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 148; *Šilih v. Slovenia* [GC], App no 71463/01 (ECHR, 09 April 2009) para 153-154;

Mahkeme, etkili bir soruşturma yürütülmesine ilişkin usuli yükümlülüğün “*ayrı ve özerk bir göreve dönüştüğünü (has evolved into a separate and autonomous duty)*” belirtmiştir³⁴. Ortaya çıkan bu durum, Mahkeme'nin usule ilişkin yükümlülükleri, esasa ilişkin (maddi) yükümlülüklerden ayrı olarak incelemesinin ve gerektiğinde 2. maddenin usul yönüyle ihlalini ayrı bir biçimde tespit etmiş olmasının ve bazı hallerde yaşam hakkı kapsamında esasa ilişkin herhangi bir şikayet olmaksızın usule ilişkin bir yükümlülüğün ihlal edildiği iddiasının ileri sürülmüş olmasının bir sonucudur³⁵. Bunun yanı sıra usule ilişkin yükümlülük, soruşturmaya konu olan ölüm olayı Sözleşme'nin Taraf Devlet açısından bağlayıcı hale gelmesinden önce gerçekleşmiş olsa dahi, devleti bağlayabilecek ve esasa ilişkin yükümlülükten ayrılabilir bir yükümlülük olarak değerlendirilmektedir³⁶.

Pozitif yükümlülüğün usule ilişkin yönü aynı zamanda, etkili bir soruşturmanın aynı zamanda bağımsız olması³⁷, sorumluların tespit edilebilmesi için etkin ve yeterli olması³⁸, ivedilik ve makul bir özenle yürütülmesi³⁹ ile yeterli bir kamu denetimi altında olması ve soruşturmanın yakınlar açısından erişilebilir ve katılıma açık olması⁴⁰ gibi nitelikleri ihtiva etmektedir⁴¹. Dolayısıyla devletin 2. madde kapsamındaki yükümlülüğünü ulusal hukukta sağlamış olduğu yasal çerçevenin yalnızca varlığı sayesinde yerine getirmiş olarak kabul edilemeyeceği, Mahkeme'nin bu çerçevenin uygulamada etkili bir şekilde işlemiş olmasını beklediği açıkça görülmektedir⁴².

B. YATAY ETKİ KAVRAMI VE OSMAN TESTİ

Pozitif yükümlülüğün bir sonucu ve koruma sisteminin önemli bileşenlerinden biri olarak karşımıza “yatay etki (horizontal effect/effet horizontal)” kavramı çıkmaktadır⁴³. Sözleşme'de açıkça ifade

Akandji-Kombe (n 2) 32; European Court of Human Rights, ‘Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights – Right to life’ (Council of Europe, Updated on 31 August 2022) 33, para 144; Garlicki (n 9) 95; Brems (n 17) 156-158.

34 *Šilih v. Slovenia* [GC], App no 71463/01 (ECHR, 09 April 2009) para 159; *Jasinskis v. Latvia*, App no 45744/08, (ECHR, 21 December 2010) para 72.

35 *Armani Da Silva v. the United Kingdom* [GC], App no 5878/08 (ECHR, 30 March 2016) para 231; *Šilih v. Slovenia* [GC], App no 71463/01 (ECHR, 09 April 2009) para 158-159.

36 *Šilih v. Slovenia* [GC], App no 71463/01 (ECHR, 09 April 2009) para 159; Brems (n 17) 141.

37 *Armani Da Silva v. the United Kingdom* [GC], App no 5878/08 (ECHR, 30 March 2016) para 232; *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* [GC], App no 24014/05 (ECHR, 14 April 2015) para 222.

38 *Ramsahai and Others v. the Netherlands* [GC], App no 52391/99 (ECHR, 15 May 2007) para 324; *Armani Da Silva v. the United Kingdom* [GC], App no 5878/08 (ECHR, 30 March 2016) para 233; *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* [GC], App no 24014/05 (ECHR, 14 April 2015) para 175.

39 *Yaşa v. Turkey*, App no 22495/93 (ECHR, 02 September 1998) para 102-104; *Armani Da Silva v. the United Kingdom* [GC], App no 5878/08 (ECHR, 30 March 2016) para 237; *Giuliani and Gaggio v. Italy* [GC], App no 23458/02 (ECHR, 24 March 2011) para 305.

40 *Ramsahai and Others v. the Netherlands* [GC], App no 52391/99 (ECHR, 15 May 2007) para 353; *Giuliani and Gaggio v. Italy* [GC], App no 23458/02 (ECHR, 24 March 2011) para 304.

41 ‘Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights – Right to life’ (n 33) 35-39; Garlicki (n 9) 95; Karan (n 17) 132, 133.

42 *Šilih v. Slovenia* [GC], App no 71463/01 (ECHR, 09 April 2009) para 195; Brems (n 17) 142.

43 Devletin yatay ihallerden doğan sorumluluğu, Alman anayasa hukukunda “üçüncü tarafın etkisi” (Drittwirkung von Grundrechten/Third party effect of fundamental rights) kavramı altında incelenmektedir. Bu kavram çerçevesinde “üçüncü kişi”, devlet dışında temel hakların yükümlüsü olabilecek kişi veya kişileri ifade eden özel kişileri karşılamaktadır.

bulmamış olan bu kavram, Sözleşme korumasının devlet eylemlerinin ötesine geçtiğini ve güvence altına alınan hakların özel kişiler arasındaki ilişkilere de uygulanmasını karşılamaktadır⁴⁴. İnsan hakları koruması başlangıçta tasarlandığı gibi yalnızca devlet-birey arasındaki ilişkilere dikey olarak değil, özel alanda bireyler arasındaki ilişkilere de yatay olarak uygulanmaktadır.⁴⁵ Bu anlayışa göre insan hakları koruması, bireylerin diğer bireylerle olan ilişkilerinde de insanca ve hakça muamele görebilmelerine ilişkin olmalı ve bunu güvence altına almalıdır. Bireyler arasındaki ilişkilerde gerçekleşen ihlaller de “yatay ihlaller” olarak adlandırılmış ve Sözleşme koruma sisteminde bu ihlallerin de devletin sorumluluğuna yol açabileceği anlayışı gittikçe yerleşmiştir⁴⁶.

Bununla birlikte özel kişilerin Sözleşme'nin güvence altına aldığı bir hakkı ihlal etmesi yatay etki bağlamında tek başına devletin sorumluluğunu gerektirmemektedir. Devletin bu ihlalden (dolaylı) sorumluluğunun doğabilmesi için örneğin, gerekli hukuki ve maddi müdahaleleri yerine getirmemesi suretiyle ihlali engelleyememiş veya faillerin cezalandırılmasını sağlayamamış olmalıdır⁴⁷. Başka bir deyişle devletin bu bağlamdaki sorumluluğunun dayanağı, özel kişilerin Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin ihlaline neden olan hukuka aykırı eylemlerinin önüne geçmemesi ve bu hakların devletin yetki alanındaki kişiler için güvence altına alınmamış olmasıdır⁴⁸. Mahkeme'nin bu kavrama ilişkin incelemesi, bireyin, başka bir özel şahsın müdahalesine karşı korunması çerçevesinde devletin alması gereken tedbirlere ilişkin olmaktadır⁴⁹.

Mahkeme'nin AİHS'nin 2. maddesi bağlamında yatay etkiyi tanımış olduğu ve devletin bireyin yaşamını üçüncü kişilere karşı pozitif koruma yükümlülüklerinin incelemesini yaptığı ilk dava 1998 tarihli *Osman/Birleşik Krallık* kararıdır. *Osman/Birleşik Krallık* davası, rahatsız edici bir bağlılık geliştirdiği öğrencisini ağır yaralayan ve öğrencisinin babasını öldüren öğretmenin, öğrencinin ve ailesinin güvenliğine karşı ciddi bir tehdit oluşturduğuna dair açık emareler olmasına rağmen, yetkililerin bu durumu değerlendirmedikleri ve buna uygun hareket etmedikleri yönündeki şikayete ilişkindir⁵⁰. Kararda Mahkeme 2. maddeye ilişkin olarak, akademik yazında “Osman testi (Osman

Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin 2020) 189, 190.

44 Dean Spielmann, ‘The European Convention on Human Rights the European Court of Human Rights’ Chapter 14: in Dawn Oliver, Jörg Fedtke (eds), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study* (Routledge-Cavendish, London and New York 2007) 428.

45 Myriam Hunter-Henin, ‘France Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights’ Chapter 3: in Dawn Oliver, Jörg Fedtke (eds), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study* (Routledge-Cavendish, London and New York 2007) 98.

46 John H. Knox, ‘Horizontal Human Rights Law’ (2008) 102(1) *The American Journal of International Law*, 1-47; Reyhan Sunay, ‘İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu’ (2015) 23(1) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, 11-12.

47 Akandji-Kombe (n 2) 14; Boyar (n 17) 60-61; Samantha Besson, ‘Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : Un essai en dogmatique comparative’ (2003)1 *Revue de droit suisse* 49, 67; Yüzer Eltimur, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri* (n 20) 88-91.

48 Harris, O’Boyle, Bates, Buckley (n 6) 21.

49 Dimitris Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights* (Routledge 2013) 42-51; Sunay (n 46) 30.

50 *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998); Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Cilt (1. Baskı, T.C. Yargıtay Başkanlığı, Şen Matbaa 2012) 64-70.

test)” şeklinde adlandırılan bir inceleme yürütmüştür⁵¹. Bu bağlamda karar ve kararda izlenen *Osman testi*, AİHM’nin devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında hangi unsurların araştırıldığıнын altını çizdiği bir kilometre taşı haline gelmiştir.

Mahkeme, *Osman/Birleşik Krallık* kararında, Sözleşme’nin 2. maddesinin ilk cümlesinin devlete “yalnızca kasten ve hukuka aykırı biçimde ölüme sebebiyet vermekten kaçınmasını değil, aynı zamanda kendi yetki alanındaki kişilerin hayatlarını korumak için uygun adımları atması” yönündeki pozitif yükümlülüğüne işaret etmiştir⁵². Mahkeme’nin devletin yaşam hakkını korumak üzere negatif yükümlülüğünün ötesine geçen pozitif yükümlülüğüne yaptığı bu vurgu, yaşam hakkının korunmasına yönelik sonraki kararlarında da yinelenmiştir⁵³.

Yaşam hakkının korunmasında pozitif yükümlülüğün ihlaline ilişkin bir hüküm kurulmamış olmakla birlikte⁵⁴ *Osman/Birleşik Krallık* kararının önemli noktalarından biri, davada bir yandan “gerçek ve yakın tehlike (real and immediate risk/menace réelle et immédiate)” değerlendirmesi yapılırken diğer yandan da koruyucu tedbirlerin makul yeterliliği incelemesinin yapılmış olmasıdır⁵⁵. İzlenen *Osman testi* vasıtasıyla pozitif yükümlülüklerin hem uygulaması hem de sınırlılığının saptanması bakımından asgari bir formül geliştirilmiştir: Yaşam hakkını korumaya yönelik devletin pozitif yükümlülüğünün hukuka aykırı bir biçimde ihlal edildiğini ortaya koymak üzere (i) yetkililerin, üçüncü bir tarafın suç teşkil eden eylemleri nedeniyle kimliği belirlenmiş bir bireyin veya bireylerin yaşamına yönelik “gerçek ve yakın bir riskin” varlığını bildikleri veya bilmeleri gerektiği ve (ii) yetkileri kapsamında makul bir şekilde değerlendirildiğinde bu riski önlemesi beklenebilecek tedbirleri almadıkları tespit edilmelidir⁵⁶.

Mahkeme’nin *Osman testinde* ortaya koyduğu bu formül, bünyesinde bir dizi kriteri barındırmaktadır. Özellikle bireye yönelen gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunup bulunmadığı araştırmasında belirli unsurların öne çıktığı görülmektedir. Bunlar, yaşam hakkına yönelik bir riskin mevcudiyeti, bu riskin gerçek ve yakın olması, riskin belirli bir birey ya da gruba yönelmesi veya devletin söz konusu

51 *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 116; Stoyanova, ‘Fault, Knowledge and Risk within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights’ (n 29) 605; Besson (n 47) 58.

52 *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 115.

53 *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 115; *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 128; *L.C.B. v. the United Kingdom*, App no 23413/94 (ECHR, 09 June 1998) para 36; *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, App no 46477/99 (ECHR, 14 March 2002) para 54; *Vardosanidze v. Georgia*, App no 43881/10 (ECHR, 7 May 2020) para 52.

54 *Osman/Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, başvuranların polisın Osman ailesinin hayatının gerçek ve yakın bir risk altında olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiğinin söylenebileceği ve silahlı saldırıya yol açan olaylar dizisinde belirleyici bir aşamaya işaret edemedikleri kanaatindedir. Mahkeme, Osman ailesini takip eden şahsın aleyhinde herhangi bir somut delil bulunmaksızın polisın, masumiyet karinesi ve takip eden kişinin haklarına önem vermesi sebebiyle tutuklama, arama ve el koyma yetkilerini kullanmadıkları için eleştirilemeyeceğini ifade etmiştir. *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 121.

55 Besson (n 47) 76, 77.

56 *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 116; Besson (n 47) 85; Doğru ve Nalbant (n 50) 19; Tosun (n 4) 167.

risk hakkında bilgi sahibi olması veya kendisinden bilgi sahibi olmasının beklenmesidir⁵⁷. *Osman testinin* formülasyonu üzerinden yapılacak bir metinsel okumada, tehlikenin “gerçek” olmasının, önleyici tedbirler alınmadığı takdirde riskin gerçekleşmesinin dikkate değer bir olasılık olduğu anlamı çıkacaktır. “Yakınlık” unsuru ise riskin sonucunun yakın olduğunu, bir başka deyişle riskin sonucunun her an gerçekleşebileceğinin beklenmesini ifade etmektedir⁵⁸. Bununla birlikte, tehlikenin “yakınlık” unsurunun zarar riskinin zamansal yakınlığından ziyade tehlikenin gerçekleşme olasılığı ile de açıklandığı görülmektedir⁵⁹. Yargıç Metoc tarafından kaleme alınan karşı oy yazısında ise “gerçek ve yakın” ifadesinin, riskin “önemli veya kayda değer”, “uzak veya hayali olmayan” ve “gerçek ve her zaman mevcut” olması gerektiği belirtilmiştir⁶⁰.

Osman testinin bazı spesifik unsurları (“kimliği belirlenmiş birey” veya “yakınlık”) yorumlama güçlüklerine yol açmış, bu sebeple uygulama standartlarının bir kısmı zaman içinde testin önerdiğinden daha geniş bir anlam içerecek şekilde yorumlanmıştır. Mahkeme’nin tehlikeye yönelik “gerçek” ve “yakınlık” unsurlarına ilişkin uygulamasının ayrıntıları, kavramın Mahkeme tarafından yapılmış açık bir tanımlaması olmadığından belirgin değildir. Kavramların içeriğinin kesin olarak belirlenmesi veya bir tanım geliştirilmesi doğası itibarıyla güç olmakla birlikte, tehlikenin gerçek (mevcut) ve yakın olması niteliğinin bir totoloji örneği olmadığı Mahkeme içtihadından görülmektedir⁶¹.

Yaşam hakkı bağlamında pozitif yükümlülüğe ilişkin yapılan *Osman testinde* söz konusu riske yönelik “bilgi” başat ve özerk bir unsur olarak değerlendirilmektedir⁶². Gerekli özeni göstermeyi zorunlu kılan pozitif yükümlülükler, devlete ancak sorumluluk atfedilebildiği ölçüde makul bir şekilde ortaya çıkabilir. Bu da devlet yetkililerinin bir Sözleşme hakkı kapsamında güvence altına alınan menfaate yönelik müdahalenin farkında olmasını veya farkında olması gerektiğini ifade eden “bilgi” koşulunu gerektirmektedir⁶³. Kimliği belirlenmiş bir veya daha fazla sayıda bireyin korunmasını sağlamak üzere önleyici operasyonel tedbirler alma yönündeki pozitif yükümlülüğün harekete geçirilebilmesi yolundaki önemli araştırmalardan biri, yaşamı tehlike altındaki belirli bireylere yönelik gerçek ve

57 Franz Christian Ebert and Romina I. Sijniensky, ‘Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?’ (2015) 15(2) Human Rights Law Review 343, 347-348; O. Serkan Gülfidan, *Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri – Robert Alexy’nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme* (Yetkin Yayınları 2021) 510; Besson (n 47) 49-96.

58 Ebert and Sijniensky (n 57) 358, 359; Stoyanova, ‘Fault, Knowledge and Risk within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights’ (n 29) 612, 613.

59 Leslie-Anne Duvic-Paoli, ‘Prevention in International Environmental Law and the Anticipation of Risk(s): A Multifaceted Norm’ in Monika Ambrus, Rosemary Rayfuse and Wouter Werner (eds), *Risk and Regulation of Uncertainty in International Law* (Oxford University Press, 2017) 141, 153.

60 *Hiller v. Austria*, App no 1967/14 (ECHR, 22 November 2016), Dissenting Opinion of Judge Motoc.

61 Ebert ve Sijniensky tarafından yapılan bu değerlendirmede, gözaltındaki akıl hastası bir kişinin intiharıyla ilgili Keenan/Birleşik Krallık davası bu bağlamda bir dönüm noktası olarak görülmektedir. Bu davada AİHM, ilgili kişi Keenan’ın ruhsal durumunun, tehditlerinin ciddiye alınmasını gerektirecek şekilde olduğunu ve bu nedenle de intihar riskinin gerçek olduğunu düşünmektedir. Ancak kişinin davranışlarının zaman zaman görünürde oldukça normal olması veya en azından karşılaştığı streslerle başa çıkabildiği dönemler olması nedeniyle intihardan önceki dönemde riskin yakınlığının değişiklik gösterdiğini tespit etmiştir. *Keenan v. the United Kingdom*, App no 27229/95 (ECHR, 03 April 2001) para 96; Ebert and Sijniensky (n 57) 358.

62 Xenos (n 49) 90.

63 Xenos’a göre bilgi unsuru, hem pozitif yükümlülüklerin hem de negatif yükümlülüklerin ortaya çıkması için ön koşuldur. Xenos (n 49) 73-91; Lavrysen (n 4) 169.

yakın bir tehlikenin mevcudiyetinin ilgili makamlar tarafından bilinip bilinmediği veya bilinebilecek durumda olup olmadığıdır. Devlet yetkililerinin bireyin ölümcül bir saldırıya veya tehlikeye maruz kalma ihtimalinin yüksek olduğunu bildikleri ya da bilebilecekleri (bilmesi gerektiği) durumda o tehlike, gerçek ve mevcut bir tehlikedir⁶⁴.

Bilgi koşulu, devletin önleyici operasyonel tedbirler almaması yönündeki eylemsizliğinin bir ihlal teşkil edip etmediğinin tespitindeki ilk aşamaya ilişkindir. Devletin önleyici operasyonel tedbirler almamış olmasının bir ihlal teşkil edip etmediği araştırması ise incelemenin ikinci aşamasıdır ve bilgi koşulu yerine getirilmiş olduğunda ortaya çıkmaktadır⁶⁵. İncelemenin bu ikinci yönünde yetkililerin yetkileri kapsamında ve makul bir bakış açısıyla, tehlike hakkında bildikleri veya makul olarak bilmeleri gerekenler ışığında riski bertaraf edecek tedbirleri alıp almamış olmasına bakılmaktadır⁶⁶. İncelemenin bu adımında devletin önleyici tedbirler alma yükümlülüğü kapsamında alınması beklenen tedbirlerin makullüğü ve bu gerekli tedbirleri alıp almadığı ve uygulamaya koyup koymadığı araştırılır⁶⁷.

Sözleşme'nin 2. maddesinin devlete yüklediği bu yükümlülük neticesinde, yaşama yönelen her risk, yetkililer için bu riskin gerçekleşmesini önlemek üzere önleyici tedbirler alma yönünde mutlak bir Sözleşme gerekliliği anlamına gelmemektedir⁶⁸. Bu bağlamda Mahkeme, bir ihlalin söz konusu olduğu yönündeki saptama için makullük standardına başvurur. Makul bir biçimde değerlendirildiğinde, kamu makamlarının kendi yetkileri dahilinde söz konusu riski bertaraf etmeye elverişli tedbirleri almadıklarının saptanması halinde devletin yaşam hakkının ihlaline yönelik sorumluluğu doğabilecektir⁶⁹:

*“Mahkeme’ye göre, yetkililerin, yukarıda belirtilen kişiye karşı suçları önleme ve bastırma görevleri bağlamında yaşam hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülüklerini ihlal ettikleri iddiası söz konusu olduğunda, yetkililerin, üçüncü bir tarafın suç teşkil eden eylemleri nedeniyle kimliği belirlenmiş bir bireyin veya bireylerin yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir riskin varlığını bildikleri veya bilmeleri gerektiği ve yetkileri kapsamında, makul bir şekilde değerlendirildiğinde, bu riski önlemesi beklenebilecek tedbirleri almadıkları Mahkeme’yi tatmin edecek şekilde tespit edilmelidir.”*⁷⁰

Mahkeme'nin bu aşamada uyguladığı test devletin “makul (reasonable)” olarak alması gereken tedbirler çerçevesindedir. “Makullük” ve “makul tedbirler” terimleri genel bir incelemeyi içermekte ve burada sonuç yükümlülüğünden ziyade özen (davranış) yükümlülüğüne atıfta bulunmaktadır⁷¹.

64 Karan (n 17) 127; Stoyanova, ‘Fault, Knowledge and Risk within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights’ (n 29) 605, 606.

65 Lavrysen (n 4) 169, 170.

66 Besson (n 47) 93.

67 Ebert ve Sijniensky, bu inceleme kapsamını ayrı iki adım olarak yapılandırılmıştır. Devletin bu bağlamda üzerine düşen pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği hususundaki söz konusu araştırması, çalışmamızda “makullük” incelemesi altında birlikte değerlendirilmektedir; Besson (n 47) 92, 93.

68 Garlicki (n 9) 94.

69 Karan (n 17) 127.

70 *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 116.

71 AİHM içtihadında atıf yapılan sonuç yükümlülüğü-özen yükümlülüğü tipolojisinde ilki, devletin yükümlü olduğu ve hedefe (sonuca) ulaşamamakla bu yükümlülüğün yerine getirilmemiş olduğu ifade edilirken ikincisi, devletin mevcut

Buna göre Mahkeme, birey ve toplum menfaatleri arasında “adil bir denge” kurarken yaşama yönelik riskin önlenmesini sağlayabilecek makul tedbirlerin incelemesini yapmaktadır⁷².

Bununla birlikte Mahkeme, devletin o esnada bilinen koşullarda yaşama yönelik riski algılayamaması ve dolayısıyla bu riski bertaraf etmek üzere önleyici tedbirler alamaması yönündeki pozitif yükümlülüğünü devlet yetkililerinin ancak ağır ihmali nedeniyle veya kasti olarak göz ardı etmesi halinde ihlal edebildiği görüşünü açıkça reddetmektedir. Bu yönde katı bir standart belirlemek ve devletlerin bireylere yönelik zararları önlemek üzere pozitif yükümlülük altında olduğu durumların çemberini önemli ölçüde daraltmak, Sözleşme'nin 1. maddesinin gerekleri ile Sözleşmeciler Devletlerin madde kapsamında belirtilen hak ve özgürlüklerin pratik ve etkili bir biçimde korunmasını sağlama yükümlülükleri ile bağdaşmayacaktır⁷³.

Yaşam hakkı bağlamında pozitif yükümlülüğün ihlalini yalnızca devlet yetkililerinin ağır ve kasti ihmaline indirgemeyen Mahkeme bu sınırın ötesine geçerken makullük standardına yeniden atıfta bulunmuştur:

“Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin şemasında temel bir hak olan 2. madde tarafından korunan hakkın niteliği göz önünde bulundurulduğunda, bir başvuru için yetkililerin, yaşama yönelik bildikleri veya bilmeleri gereken gerçek ve yakın bir hayati riski önlemek için kendilerinden makul olarak beklenebilecek her şeyi yapmadıklarını göstermesi yeterlidir. Bu, ancak her bir davanın tüm koşulları ışığında cevaplanabilecek bir sorudur.”

Her davanın kendine özgü koşulları eşliğinde bütüncül bir inceleme yapılması gerekliliğini vurgulayan AİHM'nin, Taraf Devletlerin 2. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini içtihatları yoluyla birbirinden farklı bağlamlarda değerlendirirken *Osman testinde* belirlemiş olduğu ilkelere ve unsurlara önemli ölçüde başvurduğu görülmektedir. *Osman testi*, pozitif yükümlülük bağlamında Mahkeme pratiğinde genel ve geniş bir uygulanabilirlik statüsüne erişmiş olduğundan değil⁷⁴, gerçek ve yakın risk, bilgi, makullük gibi inceleme unsurlarını pozitif yükümlülük uygulamasına taşımış olduğundan önem arz etmektedir. Nitekim mevcut davada Mahkeme'nin odaklanmış olduğu noktalardan biri, devlet yetkilileri tarafından etkili bir resmî soruşturma yapılmadığı olup bu durumun 2. maddenin ayrı bir ihlaline yol açtığı değerlendirmesinin sonraki kararlarda da öne çıktığı görülecektir⁷⁵. Çalışmamızın konusunu teşkil eden ve söz konusu testin önemli ilkeleri eşliğinde inceleme alanı bulan tehlike kaynakları, yaşam hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüğünün saptandığı *tehlikeli faaliyetler ve doğal afetlerdir*.

koşullarda kendisinden beklenebilecek makul vasıtalarla başvurmamış olmadığının ortaya konmasına ilişkindir. Sonuç yükümlülüğünde hedefe ulaşamadığı halde yükümlülük ihlal edilmekte, özen yükümlülüğünde ise ihlalin tespiti için sonucun gerçekleşmemesi değil sonuca ulaşması için gereken özeni göstermediğinin ortaya konması gerekmektedir. Gülfidan (n 57) 78-100.

72 Ebert and Sijniensky (n 57) 347; Christoffersen (n 2) 94.

73 *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 116.

74 Bu önermeye karşı eleştirel bir değerlendirme için bkz. Xenos (n 49) 112.

75 *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 104-106.

II. YAŞAMI TEHLİKELİ FAALİYETLERE VE DOĞAL AFETLERE KARŞI KORUMAYA YÖNELİK POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

İnsan yaşamının ve yaşama hakkının korunma alanlarından biri içinde bulunduğu ve bir parçası olduğu “çevre”dir. İnsan yaşamının sürdürülebilmesi ile sağlıklı, dengeli ve bozulmamış bir çevre arasında doğal ve vazgeçilmez bir bağ bulunmaktadır⁷⁶. Bubağlamda özellikle 1960’ların sonlarından itibaren sanayileşmenin gelişmesiyle birlikte doğal kaynakların kullanımı, çevre kirliliği ve çevrenin tahrip edilmesine ilişkin sorunlara karşı ortaya çıkan ekoloji hareketiyle eşzamanlı olarak, çevrenin korunması ve “çevre hakkı” uluslararası toplumun ilgi alanlarından biri haline almaya başlamıştır⁷⁷. Henüz 1950 yılında imzalanmış olan AİHS ve Ek Protokollerinde ise münferit bir çevre hakkına yer verilmemiştir. Her ne kadar çevre hakkı Sözleşme’de düzenlenmemiş olsa da Sözleşme’deki bazı haklardan yararlanmanın çevresel risklere maruz kalınması nedeniyle zarar görebileceğinden hareketle çevresel konulara ilişkin içtihat oluşmuştur. Üçüncü kuşak haklar arasında sayılan çevre hakkı, yaşam hakkının bu bağlamda sınırlarını genişleten önemli koruma alanlarından biri olmuştur⁷⁸. Çevresel zararlar ve riskler ile Sözleşme’nin yaşam hakkını koruyan 2. maddesi arasında kurulan temel bağlardan biri devletin pozitif yükümlülüğüdür. Devletin pozitif yükümlülüğü, yaşama yönelik risk bağlamında tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan felaketlerin yanı sıra doğal afetleri de kapsayacak şekilde Mahkeme içtihadıyla genişlemiştir⁷⁹.

A. YAŞAMA YÖNELEN TEHDİDİN KAYNAĞINA İLİŞKİN İKİ NEDEN: TEHLİKELİ FAALİYETLER VE DOĞAL AFET

Pozitif yükümlülük doktrininin temelinde yatan anlayıştan veya 2. maddenin lafzından, devletin yaşam hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğünün bizatihi kamu makamlarından veya özel bir şahıstan kaynaklanan tehditler için geçerli olması gerektiği anlamı çıkarılamaz. Aksine, yaşam hakkı dahil olmak üzere tüm insan haklarının etkili bir şekilde güvence altına alınmasının, tehdidin kaynağına bakılmaksızın, haklardan yararlanmaya yönelik bilinen tüm tehditlere karşı korumayı gerektirdiği anlayışı hakimdir⁸⁰. Mahkeme’nin yaşama yönelik çevresel tehlikeler bağlamında az sayıdaki içtihadından, yaşamın korunması yükümlülüğünün uygulanabileceği iki risk kaynağı öne çıkmaktadır. Bunlar tehlikeli faaliyetler ve doğal afetlerdir⁸¹.

Yaşama, bedensel ve fiziksel bütünlüğe veya mala yönelik büyük riskler ortaya çıkarabilen felaketler, tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanabileceği gibi doğal afetler de bu tür bir yıkıma sebebiyet

76 Yasemin Özdek, *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı* (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü 1993) 85-87.

77 Özdek, *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı* (n 76) 1.

78 Gözübüyük, Gölcüklü ve Saygılı (n 2) 170.

79 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008); European Court of Human Rights, ‘Factsheet: Environment and the European Court of Human Rights’ (Council of Europe, March 2020) 1-4.

80 Kristian Cedervall Lauta and Jens Elo Rytter, ‘A Landslide on a Mudslide: Natural Hazards and the Right to Life under the European Convention on Human Rights’ (2016) 7(1) *Journal of Human Rights and the Environment* 111, 115-116; Doğru ve Nalbant (n 50) 14, 15.

81 Julie H. Albers, ‘Human Rights and Climate Change – Protecting the Right to Life of Individuals of Present and Future Generations’ (2017) 28 *Security and Human Rights* 113, 122.

verebilmektedir. Mahkeme, yaşam hakkı (2. madde), özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (8. madde) ve mülkiyetin korunması (Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi) bağlamında değerlendirdiği “tehlikeli faaliyetler (dangerous activities/ des activités dangereuses)” teriminin genel bir tanımını yapmamıştır. Ancak Sözleşme'nin 2. maddesi çerçevesinde bu terim, bir gübre fabrikasından kaynaklanan zehirli emisyonlar, atık toplama sahası, su deposu veya nükleer testler gibi birtakım endüstriyel faaliyetleri nitelendirmek için kullanılmıştır⁸². Mahkeme'nin anılan tehlikeli faaliyetlerin insan kaynaklı niteliğini belirtmek üzere kullandığı ifade ise “insan yapımı tehlikeli faaliyetler (dangerous activities of a man-made nature/des activités dangereuses d'origine humaine)” olmuştur⁸³. Mahkeme'nin bu tür endüstriyel ve insan yapımı faaliyetlerin niteliğini ifade etmek üzere işaret ettiği bir diğer özellik ise *doğası gereği* tehlikeli olmasıdır⁸⁴.

“Doğal afet (natural disaster/catastrophe naturelle)” kavramı⁸⁵ da Mahkeme tarafından tanımlanmamış olmakla birlikte, devletin bireyleri korumak için 2. madde ve 8. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin kapsamını ifade etmek üzere ve bir tehlike kaynağı olarak ele alınmıştır. Mahkeme'ye göre “insan yapımı (man-made)” olmayan doğal afetler “insan kontrolünün ötesinde” fenomenlerdir⁸⁶. Bu sebeple devletin kontrol alanı dışında ve ötesinde olan doğal afetler bağlamında devletin yükümlülük kapsamı daha farklı tayin edilmiştir. Mahkeme içtihadıyla ortaya çıkan bu saptama, devletin doğal afetler özelinde tehlikenin etkilerinin öngörülebilir ve makul olduğu ölçüsünde, bilgilendirme, önleme ve azaltma yükümlülüğü altında olduğuna yöneliktir⁸⁷.

AİHM içtihatlarında, ortaya çıkan bir felaketin veya yıkımın “insan faaliyetlerinden” kaynaklanması ile kaynağının “doğal” olması arasında sınırları belirgin ve kategorik nitelikte olmayan bir ayırım bulunmaktadır. Ancak yaşamı korumaya yönelik devletlerin pozitif yükümlülüğü doğası gereği tehlikeli olan endüstriyel faaliyetler için *a fortiori* geçerli iken yaşamın doğal kaynaklı bir tehlike tarafından tehdit edildiği durumlarda, tehlikenin yakın ve açıkça tanımlanabilir olması gibi

82 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004); *Kolyadenko and Others v. Russia*, App nos 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05 (ECHR, 28 February 2012); *Guerra and Others v. Italy* [GC], App no 14967/89 (ECHR, 19 February 1998); *L.C.B. v. the United Kingdom*, App no 23413/94 (ECHR, 09 June 1998); Council of Europe, ‘Manual on Human Rights and the Environment’ (Second Edition, Council of Europe Publishing 2012) 133.

83 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 135.

84 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 71; *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 130; *Kolyadenko and Others v. Russia*, App nos 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05 (ECHR, 28 February 2012) para 158; *Brincat and Others v. Malta*, App nos 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (ECHR, 24 July 2014) para 101.

85 Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı'nın (AFAD) Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü'ne göre, “doğa kaynaklı afet (doğal afet)” terimi “*Deprem, sel, heyelan, çığ, kuraklık, fırtına, dolu, hortum, kuraklık, göktaşı düşmesi v.b. gibi oluşumu engellenemeyen jeolojik, meteorolojik, hidrolojik, klimatolojik, biyolojik ve kaynağı dünya dışında olan tehlikelerden kaynaklanan doğa olaylarının sonuçlarına verilen genel ad*” şeklinde tanımlanmaktadır. T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD), ‘Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü’ (Kasım 2014) 64, <<https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>> Erişim Tarihi 26 Şubat 2023.

86 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 174.

87 Council of Europe, ‘Manual on Human Rights and the Environment’ (n 82) 138.

bazı hususlara bağlı olarak geçerli olur⁸⁸. Mahkeme'nin tehlikeli faaliyetler ve doğal afetler karşısında devletin pozitif yükümlülüğünün kapsamına ilişkin yaklaşımında, ilerleyen başlıklarda ayrıntılandırılacağı üzere, *insan kontrolünün ötesinde* olmak, *öngörülebilirlik* veya *makullük* gibi çeşitli kavramların iç içe olduğu bir inceleme haritası öne çıkmaktadır.

Mahkeme'nin Taraf Devletlerin yetki alanları içindeki bireylerin yaşam, bedensel bütünlük veya mülkiyet gibi haklarını korumaya yönelik konuya ilişkin pozitif yükümlülüklerine işaret ettiği ve bu husustaki içtihadı ayırımını ilk olarak ortaya koyan iki karar öne çıkmaktadır.⁸⁹ Bunlar 2004 tarihli *Öneryıldız/Türkiye* davası ile 2008 tarihli *Budayeva/Rusya* davasıdır. Yaşamın tehlikeli faaliyetler alanında korunması ve devletin pozitif yükümlülüğüne yönelik ilk inceleme *L.C.B./Birleşik Krallık* davasında olsa da⁹⁰ yükümlülüğü oluşturan standartların ayrıntıları *Öneryıldız/Türkiye* davasında belirgin hale gelmiştir⁹¹.

Devletin veya özel kişilerin tehlikeli faaliyetleri sebebiyle devletin yaşam hakkına yönelik pozitif yükümlülüğünün ele alındığı en önemli davalardan biri Büyük Daire tarafından verilmiş olan *Öneryıldız/Türkiye* kararıdır. Bu karar, devletin yaşama hakkı bağlamında pozitif yükümlülüğüne ilişkin gelişen Mahkeme içtihadının kilometre taşlarından biri olmasının yanı sıra, aynı zamanda Sözleşme ile çevresel sorunlar arasında ilişki kuran ve yaşam hakkına yönelik tehlike teşkil eden çevre sorunlarında devletin Sözleşme'den kaynaklanan sorumluluğuna işaret eden bir karar olarak değerlendirilmektedir⁹².

Ümraniye'de çöp atık sahası olarak kullanılan bir bölgede 28 Nisan 1993 tarihinde meydana gelen metan gazı patlaması ve patlama neticesinde artan basınçla gerçekleşen toprak kaymasının ardından on gecekondu yıkılmış ve otuz dokuz kişi hayatını kaybetmiştir. Kazada yakınlarını ve evini kaybetmiş olan Maşallah Öneryıldız, yetkililerin çöp atık sahasında bu türden bir patlama gerçekleşebileceği ihtimalini belirten raporlara rağmen önleyici tedbirler almadıklarından hareketle şikayetçi

88 Cour européenne des droits de l'homme, 'Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme – Environnement' (n 16) 7, 8.

89 Juli Ponce, 'Afet Öncesi ve Sonrasında Kamusal Sorumluluklar ve Yükümlülükler: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları' çev İsmail Pamuk (2013) 8(111) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 393, 394.

90 L.C.B./Birleşik Krallık davasında başvuru, babasının 1957 ve 1958 yıllarında Britanya hükümeti tarafından yürütülen nükleer testler sebebiyle radyasyona maruz kalması, kendisine 1970 yılında lösemi teşhisi konulması ve bu durumun İngiltere'nin ailesini uyarmaması ve sağlığını takip etmemesinden kaynaklandığı iddiasına ilişkindir. Başvurucu, Birleşik Krallık'ın, babasının maruz kaldığı radyasyon miktarı ve bunun muhtemel sonuçları hakkında bilgilendirilmediği ve eğer bilgilendirseydi hastalığının daha erken teşhis ve tedavi edilmesinin mümkün olabileceği gerekçesiyle şikayetçi olmuştur. Mahkeme, radyasyon ile başvurucuya konan lösemi teşhisi arasında nedensellik bağı bulunmadığı, ayrıca Devletin o tarihte bunu bilemeyeceği, dolayısıyla 2. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin ilk paragrafının ilk cümlesinin Devlet'e yalnızca kasten ve hukuka aykırı olarak kişinin yaşamına son vermekten kaçınmayı değil, aynı zamanda kendi yetki alanındaki kişilerin yaşamlarını korumak için uygun adımları atmayı da emrettiği kanaatini bu kararda açıkça ifade etmiştir. *L.C.B. v. the United Kingdom*, App no 23413/94 (ECHR, 09 June 1998).

91 Çalışmada tehlikeli faaliyetler ve doğal afetlere ilişkin yaşam hakkı bağlamında pozitif yükümlülüğün çerçevesini en belirgin şekilde çizen kararlar anılan iki dava olduğundan konuya ilişkin diğer kararlar aynı ölçüde detaylandırmaya tabi tutulmamıştır.

92 Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye: AİHS Sistemi – AİHM Kararlarında Türkiye* (n 12) 155, 156.

olmuştur. AİHM söz konusu başvuruda, idarenin sorumluluğunda olan tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanabilecek ihlal iddialarını değerlendirmiştir⁹³.

Kararda, atıkların depolanması için bir sahanın kamu makamları tarafından işletilmesi “tehlikeli bir faaliyet” olarak tanımlanmış ve bu depolama işlemi neticesinde ortaya çıkan “can kaybı” kamu makamlarının sorumluluğunu doğuran “zarar” olarak kabul edilmiştir.⁹⁴ Meydana gelen zararın insan kaynaklı olarak değerlendirildiği “tehlikeli faaliyetler” veya işletilmesi devlet tarafından düzenlenen ve denetlenen durumlara ilişkin devlet yetkililerinin ihmalleri ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisi *Öneryıldız/Türkiye* kararında daha belirgin şekilde ortaya çıkmıştır.

Mahkeme, Sözleşme’nin 2. maddesinin yüklediği pozitif yükümlülükleri maddi ve usuli yönüyle ayrı ayrı değerlendirmiştir. Mahkeme *Öneryıldız/Türkiye* kararında, yaşam hakkını korumak üzere yasal ve idari bir çerçeve oluşturması yönündeki esasa ilişkin pozitif yükümlülüğünün “tartışmasız bir şekilde tehlikeli faaliyetler bağlamında da geçerli” olduğunun altını çizmiştir⁹⁵. Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında, doğası gereği tehlikeli olduğunu kabul ettiği endüstriyel (tehlikeli) faaliyetlerin bu yöndeki özel niteliklerine ve insan hayatına yönelik potansiyel risklerine yönelik düzenlemelerin önemine özellikle işaret edilmiştir. Bu düzenlemelerin tehlikeli faaliyetin ruhsatlandırılması, kurulması, işletilmesi, güvenliği ve denetimine ilişkin olması gerekliliğinin yanı sıra devlet, söz konusu tehlikeli faaliyetin doğasında var olan riskler nedeniyle yaşamı tehlikeye girebilecek bireylerin etkili bir biçimde korunmasını sağlamak üzere tedbirler almalıdır⁹⁶. Görüldüğü üzere, devletlerin tehlikeli faaliyetler bağlamındaki pozitif yükümlülüğünün kapsamı yalnızca tehlikeli çevresel faaliyetlerin uygulamaya konulmasından ibaret değildir. Mevcut davadaki türden tehlikeli etkinliklere ruhsat verilmesi, işletilmesi, güvenliğinin ve etkili denetiminin sağlanması, ortaya çıkan veya çıkması beklenen riskler nedeniyle yaşamı tehlikeye girebilecek kimselerin korunmasına yönelik tedbirler alınması da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁹⁷.

AİHM’nin, tehlikeli faaliyetlerin ortaya çıkardığı zarar, bir başka deyişle “yaşamın kaybı” neticesi ile devlet yetkililerinin pozitif edim yükümlülüğü arasındaki incelemesinde bir *risk değerlendirmesi* yaptığı görülmektedir. Kararda Mahkeme’nin değerlendirmesi özellikle iki koşul üzerinden şekillenmiştir: Patlamanın gerçekleştiği alanın yakınlarında yaşayan insanların hayatlarına yönelik gerçek ve yakın bir risk (*a real and immediate risk*) olup olmadığı ve yetkililerin bu riski *bilip bilmediği* veya *bilmesi gerekip gerekmediği* (“*knew or ought to have known*”)⁹⁸. Bölge halkının maruz kaldığı

93 Başvurucu, yaşam hakkı (AİHS 2. madde), adil yargılanma hakkı (AİHS 6. madde), özel hayata ve konuta saygı hakkı (AİHS 8. madde), etkin başvuru hakkı (AİHS 13. madde) ile mülkiyet hakkının (AİHS’e Ek 1 No.lu Protokol 1. madde) ihlali iddiasında bulunmuştur. *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004).

94 Çevre ve endüstriyel faaliyetler alanında Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen çeşitli metinlere atıfta bulunulmuştur. *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 60.

95 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 89-90.

96 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 71 ve para 90.

97 Yüksel Metin, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler’ (2010) 7(27) Uluslararası İlişkiler Dergisi 111, 126; Dilara Yüzer Eltimur, ‘AİHM ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Çevrenin Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri’ (2018) 12(145) Terazi Hukuk Dergisi 93, 103-106.

98 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 101; Albers (n 81) 123.

çeşitli tehlikelerin ve patlama riskinin mevcut raporlar vasıtasıyla⁹⁹ kamu makamlarınca önceden biliniyor olması veya bilinmesi gerektiğini ve buna rağmen gereken tedbirlerin alınmadığını göz önünde bulunduran Mahkeme, ilgili çöp sahası yakınında yaşayan kişiler için anılan tehlikelerin gerçek ve yakın bir risk teşkil ettiğinin altını çizmiştir. Söz konusu riske yol açan sahayı tesis ettiği ve işletmesine izin verdiği için ise devletin “Sözleşme’nin 2. maddesi uyarınca bu kişileri korumak için gerekli ve yeterli olan önleyici operasyonel tedbirleri almak gibi pozitif bir yükümlülükleri olduğuna” işaret etmiştir. Mahkeme, Sözleşme’nin 2. maddesinin gerektirdiği şekilde yaşam hakkının korunması kapsamını, tehlikeli faaliyetlerin doğasında bulunan *potansiyel riskleri* de kapsayacak şekilde genişletmiştir¹⁰⁰.

Devletin operasyonel tedbirler alma yükümlülüğü çerçevesinde aranan “gerçek ve yakın bir risk” teriminin belirsizliği ışığında, Mahkeme’nin bu unsuru kimi zaman uzun bir zaman dilimi, kimi zaman ve durumda ise daha kısıtlayıcı bir yorumla değerlendirdiği görülmektedir¹⁰¹. *Öneryıldız/Türkiye* davasında Mahkeme’nin patlama riskini patlamanın gerçekleşmesinden yıllar önce “yakın” olarak değerlendirdiği sonucu çıkmaktadır:

*“Mahkeme, patlama riskinin 7 Mayıs 1991 tarihli raporda vurgulanmasından çok önce ortaya çıktığını ve tesisin aynı koşullarda çalışmaya devam etmesi nedeniyle, bu riskin 28 Nisan 1993’te gerçekleşene kadar geçen süre içinde artmış olabileceğini göz önünde bulundurarak, söz konusu tehlikenin ne gerçekliğinin ne de aciliyetinin tartışmalı olduğunu düşünmektedir.”*¹⁰²

Alınması gereken bu önleyici tedbirler arasında halkın bilgi edinme hakkına Mahkeme tarafından özel bir vurgu yapılmıştır. Özellikle bu tür tehlikeli faaliyetler söz konusu olduğunda, halkın açık ve tam bilgiye erişimini temel bir insan hakkı olarak ifade eden AİHM¹⁰³, bu hakkın yaşam

99 Üsküdar Belediyesi’nin başvurusu üzerine Üsküdar Hukuk Mahkemesi tarafından görevlendirilen bilirkişinin hazırlamış olduğu 7 Mayıs 1991 tarihli bilirkişi raporuna göre, çöp sahası 1970’li yılların başında ilgili teknik standartlara aykırı olarak faaliyete geçmiş ve ardından, özellikle 14 Mart 1991 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Katı Atıkların Kontrolü Yönetmeliği’nde belirtilen sağlık ve güvenlik ve teknik gerekliliklere aykırı olmasına rağmen kullanılmaya devam etmiştir. *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 98.

100 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 97-101 ff.

101 Yakınlık unsuruna ilişkin zaman dilimini, olaydan hemen önceki günler çerçevesinde daha kısıtlayıcı şekilde değerlendirdiği bir örnek *Fernandes de Oliveira/Portekiz* davasıdır. Bir psikiyatri hastanesine gönüllü olarak yatırılan ve daha sonra intihar eden bir hastayla ilgili *Fernandes de Oliveira/Portekiz* davasında, yetkililerin, ilgili kişinin intihar ettiği günden önceki günlerde hayatına yönelik yakın bir risk olduğunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği yönünde bir saptama yapılmadığından 2. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Burada riskin yakınlığı değerlendirmesinde öne çıkan husus, Mahkeme’nin, Tabipler Birliği tarafından görevlendirilen bir psikiyatristin değerlendirmesine uygun olarak psikopatolojik durumları çok sayıda tanıya dayanan A.J. gibi yatan hastalarda intihar riskinin göz ardı edilemeyeceği, ancak bu riskin yakınlığının değişebileceği kanaatidir. *Fernandes de Oliveira v. Portugal* [GC], App no 78103/14 (ECHR, 31 January 2019) para 131. Oysa *Öneryıldız/Türkiye* davasında, Mahkeme’nin patlama riskini patlamanın gerçekleşmesinden yıllar önce yakın olarak değerlendirdiği görülmektedir. *Fernandes de Oliveira/Portekiz* davasının aksine, riskin yakın olduğu değerlendirmesi çok daha uzun bir zaman dilimi bağlamında değerlendirilmiştir. Stoyanova, ‘Fault, Knowledge and Risk within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights’ (n 29) 613.

102 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 100.

103 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 62.

hakkının korunması kapsamında da geçerli olduğunu ortaya koymuştur¹⁰⁴. Tehlikeli bir faaliyetin doğasında var olan risklerin ve muhtemelen sonuçlarının farkında olduğunu gözlemleyen Mahkeme kamu makamlarının, bölge sakinlerine “yaptıkları seçimler sonucunda karşılaşılabilecekleri riskleri değerlendirmelerini sağlayacak bilgileri sağlamak için herhangi bir tedbir alınmadığını” saptamıştır¹⁰⁵. Mevcut davada devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin yaşam hakkının korunması ile kamunun bilgi edinme hakkı arasında sıkı bir bağ kurulmuştur.

Mahkeme mevcut davada Hükümet’in Ümraniye’deki gecekondu sakinlerine bölgede karşılaşılabilecekleri riskleri değerlendirmelerini sağlayacak bilgileri verme noktasında da yetersiz kaldığını ve bölge halkının bilgi edinme hakkına saygı gösterilmemiş olduğunu tespit etmiştir. Yaşam hakkının etkili bir şekilde korunabilmesi için riskler ve bu risklerin azami düzeye nasıl indirilebileceğine ilişkin bilgi sağlama yönüyle devletin pozitif yükümlülüğü gündeme gelebilecektir¹⁰⁶. Mevcut davada Taraf Devlet’in 2. madde kapsamında sorumluluğunun saptandığı hususlardan biri kamunun bilgi edinme hakkının gözetilmemiş olmasıdır¹⁰⁷.

Bunun yanı sıra, atık toplama sahasının teknik standartlara uygun olmamasına rağmen tesis edilmesi ve işletilmesi, halkın yeterli düzeyde korunmasını sağlayacak adımlar atmaya teşvik edecek bir denetim sisteminin bulunmaması ve anılan risklerin insan hayatını tehlikeye atacak düzeye erişmemesi için çeşitli idari makamlar arasında koordinasyon ve işbirliği yapılmaması da devlet yetkililerine ve düzenleyici çerçeveye hasredilen kusurlar olmuştur. Bu bağlamda, kazaya yol açan olaylar dizisinde devlet makamlarının bölgede yaşayan sakinleri maruz kaldıkları yakın ve bilinen risklerden korumak üzere önleyici tedbirleri almadığı ve üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmediği kanaatine varan AİHM, Sözleşme’nin yaşam hakkını koruyan 2. maddesinin ihlali yönünden davalı Devlet aleyhine hükmetmiştir¹⁰⁸.

Ayrıca Mahkeme, sorumluluğu tespit edilen yetkililerin görevi ihmal sebebiyle cüzi para cezalarına mahkum edilmelerinin ve bu cezaların ertelenmiş olmasının, Devlet görevlilerinin kazadaki rolleri konusunda hesap verebilirliğini ve yaşam hakkını güvence altına alan ulusal mevzuatın etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamadığı kanaatindedir. Söz konusu ölüm olaylarının nedenlerini tespit edebilecek genellikle tek organ olmaları nedeniyle, kamu makamları soruşturma yürütmekle birincil düzeyde yükümlüdür. Buradan hareketle anılan davada, yetkililerin bu ölümlere yol açan kazayla ilgili soruşturma başlatmaları, soruşturma yürütülürken öncelikle yürürlükteki yasal çerçevenin neden işlemediğinin tespit edilmesi ve ölümle sonuçlanan olaylar zincirinde hangi sıfatla olursa olsun yer alan yetkililerin tespit edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Mevcut davada, tehlikeli bir faaliyetin yürütülmesinden kaynaklanan ölümcül bir kaza karşısında ceza yargılaması işleyişinin, hesap verilebilirliği ve ceza hukukunun caydırıcı işlevinin etkili uygulamasını sağlamadığından

104 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 90.

105 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 93, 101, 108.

106 *L.C.B. v. the United Kingdom*, App no 23413/94 (ECHR, 09 June 1998) para 36; Van Dijk (n 2) 32.

107 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 108-110.

108 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 108-110.

hareketle ve yaşam hakkını güvence altına alan yeterli korumanın olmaması nedeniyle 2. maddenin usul yönünden de ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹⁰⁹.

Öneryıldız/Türkiye davasında AİHM, *Osman testinde* operasyonel tedbirler için öncelikler ve kaynaklar açısından yetkililere imkansız ve orantısız bir yük yüklenmemesi gerektiği yönündeki argümanını¹¹⁰ yinelemiştir. Mevcut davada olduğu gibi zor sosyal ve teknik alanlarda Taraf Devletlerin sahip olduğu geniş takdir yetkisini hatırlatan Mahkeme¹¹¹, yaşam hakkı ve devletin mali olanakları olmak üzere yarışan ilkeler arasında bir dengelemeye gitmektedir. AİHM mevcut davada yaşam hakkı ve devletin mali olanakları arasında belirgin bir ölçülülük ve dengeleme testi uygulamış değilse de somut olayda bir gaz boşaltım tesisinin kurulması ile korunan yaşam hakkı ve zorlanan mali olanaklar karşı karşıya gelmektedir¹¹². Pozitif yükümlülüklerin sınırlarının saptanmasında devletin mali kaynaklarının yeterliliği önemli bir unsurdur¹¹³. Bu sınırlılığı izleyen Mahkeme, söz konusu patlama yaşanmadan önce çöp sahasına önleyici bir gaz boşaltım sistemi kurulmasının Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 65. maddesi ile düzenlenen "Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları"nı¹¹⁴ ve devletin kaynaklarını aşmaksızın veya politika sorunlarına yol açmaksızın etkili bir tedbir olabileceği kanaatine varmıştır¹¹⁵. Sözleşme'de düzenlenen hakların etkili bir biçimde korunması için devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında sosyal ve ekonomik alanda düzenleme yapması ve bu düzenlemelerin hayata geçirilmesi gerekmektedir¹¹⁶.

Öneryıldız/Türkiye kararı ortaya çıkan zararın insan faaliyetlerinden kaynaklanmasına yönelik iken *Budayeva ve Diğerleri/Rusya* kararında felaketin kaynağı bir "doğal afet" olmuştur. Anılan davada söz konusu olan doğa olayı bir toprak kayması olsa da Mahkeme, doğal afetler bakımından devletin sorumluluğunun ve pozitif yükümlülüğünün saptanmasındaki temel ölçütleri ortaya koymaktadır¹¹⁷. Hem tehlikeli faaliyetler hem de doğal afetler nedenlerine ilişkin kayıplar ve zarar konusunda hükmedilen kararlar büyük ölçüde benzerlik taşımaktadır¹¹⁸. İnsan kaynaklı tehlikeli faaliyetlerin neden olduğu felaketlerin önlenmesine yönelik katı standartları ortaya koyan *Öneryıldız/Türkiye* davasındaki özellikle önleyici eylem yaklaşımı, öngörülebilirliği daha zor olsa bile doğal felaketler

109 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 116-118.

110 *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 116.

111 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 107.

112 Gülfidan (n 57) 594-597.

113 Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Seçkin 2007) 279-282.

114 "MADDE 65 – Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir." Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer). Bu maddenin kenar başlığı "XIII. Sosyal ve ekonomik hakların sınırı" iken, 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunun 22. maddesiyle "Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları" olarak değiştirilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4709, Kabul Tarihi: 03.10.2001, RG 17.10.2001/24556 (Mükerrer).

115 *Öneryıldız v. Turkey* [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 107.

116 Boyar (n 17) 75.

117 Kemal Şahin, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı' (2013) 19(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 53, 69.

118 Erkan Duymaz, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı' (2012) 47 İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 121, 135-136.

açısından da önem arz etmektedir¹¹⁹. Bununla birlikte anılan davalarda “insan faaliyetlerinden kaynaklanan” zarar ile zararın “doğal afetten” kaynaklanması arasında kategorik nitelikte olmayan ancak belirli yönleriyle ince bir ayırım oluşmuştur.

Budayeva ve Diğerleri/Rusya davası Kabardey-Balkar Cumhuriyeti’nde (Rusya) Elbruz Dağı’na komşu, dağlık bir bölgede yer alan Tyrnauz kasabasında, 2000 yılının Temmuz ayında meydana gelen bir çamur kaymasına ilişkindir. Başvurucular, 18-25 Temmuz 2000 tarihleri arasında Tyrnauz’da meydana gelen toprak kayması ve çamur seli neticesinde yakınlarının hayatını kaybetmesi, kendi hayatlarının tehlikeye maruz kalması ve mallarının tahrip olmasından ulusal makamların sorumlu olduğu ve kendilerine etkili bir iç hukuk yolu sağlanmadığı iddiasıyla Rusya aleyhine başvuruda bulunmuşlardır¹²⁰.

Doğal afet nedeniyle ortaya çıkan kayıplardan ve zararlardan devletin sorumluluğunun olabileceğine ilişkin ilk karar olan *Budayeva ve Diğerleri/Rusya* davasında Mahkeme, burada da devletin alması gereken tedbirlere ilişkin pozitif yükümlülüğünün altını çizmektedir. Mahkeme, yaşam hakkına ilişkin olarak yalnızca hakka müdahale etmemek değil, aynı zamanda kendi yetki alanlarında bulunan kişilerin yaşamlarını korumak üzere uygun adımları atma konusunda devlete yüklediği pozitif yükümlülüğü yinelemiştir. Mahkeme, özel hayat ve konut hakkına yönelik planlama ve çevre konuları çerçevesinde *insan kaynaklı tehlikeli faaliyetlere* ilişkin içtihadında geliştirmiş olduğu ilkelere, yaşam hakkının korunması için de dayanılabileceğini ifade etmiştir¹²¹.

Öneryıldız/Türkiye davasındaki incelemesini takip eden Mahkeme, devletlerin yargı yetkisi dahilindeki kişilerin yaşamlarını koruma yükümlülüğünü *Budayeva ve Diğerleri/Rusya* davasında da hem esasa hem de usule ilişkin hususları içerecek şekilde değerlendirmiştir. Pozitif yükümlülüğünün esasa ilişkin yönüne dair değerlendirmesinde ilk olarak bu yükümlülüğün “her şeyden önce Devletin yaşam hakkına yönelik tehditlere karşı etkili bir caydırıcılık sağlamak üzere tasarlanmış yasal ve idari bir çerçeve oluşturmasını gerektirdiği” vurgulanmıştır¹²².

Ancak bununla birlikte, “insan kontrolünün ötesinde” olarak nitelendirilen doğal afetlerde zararın veya tehlikenin yakınlığını saptamak daha zor olduğundan doğal afetlere ilişkin vakalarda pozitif yükümlülükler, insan yapımı tehlikeli faaliyetlerde olduğu kadar geniş kapsamlı

119 Walter Kalin, ‘The Human Rights Dimension of Natural or Human-Made Disasters’ (2012) 55 German Yearbook of International Law 119, 137.

120 Söz konusu başvuru, Khalimat Khuseyevna Budayeva ve Fatima Khuseynovna Atmurzayeva tarafından 15 Mart 2002 tarihinde, Raya Meliyevna Shogenova tarafından 10 Nisan 2002 tarihinde, Nina Nikolayevna Khakhlova tarafından 18 Şubat 2002 tarihinde ve Andrey Aleksandrovich Shishkin ve Irina Ilyinichna Shishkina tarafından 9 Mart 2002 tarihinde yapılan beş başvurudan oluşmaktadır. İlgili başvuru, yaşama hakkı (AİHS 2. madde), özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (AİHS 8. madde), etkili başvuru hakkı (AİHS 13. madde) ve mülkiyet hakkının (AİHS’te Ek 1 No.lu Protokol 1. madde) ihlal edildiği iddialarına dayanmaktadır. *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 1-3.

121 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008), para 132, 133.

122 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 128 ff.

değerlendirilmemektedir. Mahkeme'nin yaklaşımı, doğal afetlerin insan kaynaklı faaliyetler alanı ile aynı nitelikte ve ölçüde devlet müdahalesini gerektirmediği yönünde gelişmiştir¹²³.

AİHM, devletlerin pozitif yükümlülüğünü yerine getirirken, özellikle “insan kontrolü dışında gerçekleşen meteorolojik bir olayla ilgili” acil yardım alanında alacağı tedbirleri seçme, öncelikleri belirleme ve kaynakları tahsis etme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını kabul etmiştir¹²⁴. Ancak *öngörülebilir* doğal afetler söz konusu olduğunda, “doğasında var olan riskler nedeniyle hayatları tehlikeye girebilecek vatandaşların etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için pratik tedbirler alma” görevlerinin bulunduğu hatırlatılmıştır¹²⁵. Mahkeme – insan kontrolü dışında bile olsa – doğal afet durumlarında dahi devletlerin can kaybını önlemeye yönelik pozitif yükümlülüklerini yerine getirmelerini beklemekte ve anılan karardaki incelemesini bu bağlamda derinleştirmektedir.

Mahkeme, Taraf Devlet'in 2. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüğünü maddi yönüyle değerlendirirken yaşanan felakete ilişkin artan risklerden önceden haberdar olmalarını sağlayacak vaka kayıtları olduğu ve yeniden gerçekleşmesi riskine ilişkin bir dizi uyarı almış olduklarını saptamıştır. Belgelere göre, ilk vakanın 1937 yılında tespit edildiği bölgede neredeyse her yıl hasarlı çamur kaymaları kaydedilmiştir¹²⁶. Bölgenin çamur seline yatkın bir alanda olduğu ve daha önce de bölgede çok kez çamur selinin meydana geldiğini ifade eden Mahkeme, bir denetim kurumu (Mountain Institute) tarafından yapılan risk ve tedbir uyarılarını hatırlatmıştır. Söz konusu Kurum, 1999 yılında da gerçekleşmiş olan “şiddetli bir çamur kayması nedeniyle hasar gören çamur koruma barajının onarılması gerektiği ve yeniden gerçekleşecek bir çamur kayması durumunda sivillerin zamanında tahliye edilmesini sağlayacak bir erken uyarı sistemi kurulması” yönünde çağrıda bulunmuştur. Kurum'un bir sonraki uyarısı ise çamur kaymasının muhtemel zamanı, kuvveti ve süresi hakkında tahminde bulunmak üzere “erken uyarı sisteminin çalışmasını sağlamak için gözlem noktalarının acilen kurulması” yönünde olmuştur¹²⁷.

AİHM nezdinde bu tehlike karşısında yapılması gereken işin kapsamı veya zamanlaması konusunda herhangi bir belirsizlik olmadığı açık olmakla birlikte, Hükümet'in bu tür adımları neden atmadığına ilişkin herhangi bir gerekçesi bulunmadığını not etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, 1999 yılındaki çamur kaymasından sonra bu amaçlara yönelik herhangi bir fon tahsis edilmediğine de ayrıca

123 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 174.

124 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 135.

125 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 132.

126 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 14.

127 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 148; Esin Gürsel, 'İdarenin Doğal Afetler Neticesinde Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluğu' (2018) 1(2) R&S – Research Studies Anatolia Journal 330, 338.

işaret etmiş ve devlet yetkililerinin koruma altyapısını yaklaşan tehlikeli sezona (çamur kayması mevsimine) hazırlamaları için de herhangi bir gerekçe göremediğini belirtmiştir¹²⁸.

Mahkeme'nin söz konusu kararında, artan doğal risk sebebiyle yeniden bir çamur kayması gerçekleşebileceği konusunda *Öneriyıldız/Türkiye* davasında olduğu gibi bölge halkını bilgilendirmenin önemine işaret edildiği görülmektedir. Benzer şekilde halkın etkili bir şekilde korunmasını sağlamak üzere önceden uyarıda bulunulması veya bölge sakinlerinin acil şekilde tahliye edilebilmesi için düzenlemeler yapmak gibi devletten temel pratik tedbirler alması beklenmektedir. Bu sebeple Mahkeme, devlet yetkililerinin Sözleşme'nin 2. maddesinin gerektirdiği şekilde yaşam hakkına yönelik tehditlere karşı etkili bir caydırıcılık sağlamak üzere tasarlanmış bir yasal ve idari çerçeve oluşturma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğinden hareketle maddi yönden ihlal olduğuna hükmetmiştir¹²⁹.

Mahkeme, doğa olaylarından kaynaklanan tehlikeler ve yıkımlara ilişkin vermiş olduğu kararlarında TarafDevletlerin pozitif adımlar atması gereken hususlarda geniş takdir yetkisi olduğuna işaret etmiştir. Bu bağlamda yalnızca çeşitli tedbirler alınması değil, bütüncül olarak halkın güvenliğini sağlamak üzere alternatif çözümler oluşturup oluşturmadığına bakma gerekliliğini vurgulamıştır. Ancak yine "pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli tedbirlerin seçimi konusunda takdir yetkisini kullanan" yetkililerin ihlal konusu olan kaza gününe kadar hiçbir tedbir almamış olması devlet yetkililerin ihmali ve pozitif yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmiştir¹³⁰. Mevcut davadaki inceleme, meydana gelen çamur kaymasının gerçekleşmesi ihtimalinin değerlendirilmesinden ziyade, yetkililerin normalden daha büyük ölçekte bir yıkıma neden olacağını bilip bilmedikleri ve bu nedenle doğal afetin sonuçlarını hafifletmeyerek pozitif yükümlülüğünü ihlal edip etmediğine ilişkindir¹³¹. Mahkeme, bu tehlikeli bölgedeki nüfusun yaşamına yönelik öngörülebilir tehdidin varlığı ve etkili bir yasal ve idari çerçevenin oluşturulmadığı göz önüne alındığında, yetkililerin söz konusu ihmalleri için hiçbir gerekçe bulunmadığına karar vermiş ve yaşam hakkı bağlamında ihlal kararı vermiştir¹³².

Başvurucuların yakını olan kişinin ölümüne ilişkin soruşturmanın binanın çökmesi sebebiyle ölümün gerçekleşmiş olduğu tespitinin ötesine geçmemesi ve yetkililerin olası sorumluluğuna ilişkin cezai, idari veya teknik bir incelemenin yapılmamış olması devletin usuli anlamda pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucuna götürmüştür. Tyrnauz'da gerçekleşen kazada Devletin sorumluluğunun hiçbir adli veya idari makam tarafından araştırılmadığını tespit eden Mahkeme, Sözleşme'nin 2.

128 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 149-151.

129 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 152-160.

130 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 156.

131 Albers (n 81) 123.

132 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 158-159, 165.

maddesinin usul yönünden de ihlal edildiği kanaatine varmıştır¹³³. Mevcut davada Mahkeme, yerel makamların bölge halkını yeterli düzeyde uyarmaması ve tehlike bölgesinden tahliye etmemesinin yanı sıra, yetkili makamların ihmaline ilişkin ciddi bir cezai soruşturma yürütülmemesi nedeniyle yaşam hakkının ihlali yönünde davalı devlet aleyhine karar vermiştir¹³⁴.

Biri tehlikeli faaliyetlerden diğeri doğal afetten kaynaklı her iki davada da devletin yaşam hakkına yönelik pozitif yükümlülüğünün *maddi* boyutunda öncelikle yasal ve idari çerçevenin oluşturulması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu çerçevenin kapsamına öncelikle (i) durumun veya faaliyetin özel niteliklerini ve yaşama yönelik potansiyel risk düzeyini dikkate alan düzenlemeler yapmak girmektedir. Ortaya çıkan zararın kaynağının tehlikeli faaliyetler olması halinde, bu tür faaliyetlerin ruhsatlandırılması, kurulması, işletilmesi, güvenliği ve denetlenmesini içeren düzenlemeler de bu kapsamda yer almaktadır. Keza Mahkeme tarafından söz konusu durum ve faaliyetlerle ilgili (ii) kamunun bilgi edinme hakkı pozitif yükümlülüğünün maddi boyutunun önemli bir bileşeni olarak vurgulanmıştır. Devlet pozitif yükümlülüğü kapsamında, mevcut veya ortaya çıkabilecek tehlikeler nedeniyle yaşamları riske girebilecek kişilere, riski değerlendirebilmeleri ve tedbirler alabilmeleri için yeterli bilgi verilmesini sağlamalıdır. Bunun yanı sıra, (iii) eksikliklerin ve sorumlular tarafından işlenen hataların saptanması için yasal ve idari çerçeve kapsamında uygun usullerin sağlanması gerekmektedir¹³⁵.

Her iki davada devletin yaşam hakkı bağlamında pozitif yükümlülüğünün usuli yönüne ilişkin olarak, ölüm olayının meydana gelmesi halinde, ilgili kamu makamlarının etkili bir soruşturma yürüterek yaşam hakkı ihlallerinin engellenmesi veya cezalandırılmasını sağlaması beklenmektedir¹³⁶. Devletin bu yükümlülüğü, bağımsız ve tarafsız bir soruşturma yürütülmesini kapsamakta ve söz konusu olaylar zincirinde yer alan kamu görevlilerinin tespitini gerektirmektedir¹³⁷. Ancak yaşam hakkının ihlali kasten değilse ve ihmal nedeniyle meydana gelen ölüm söz konusuysa, etkili soruşturma yürütme yönündeki yükümlülük mutlak olarak ceza davası açılması anlamına gelmemektedir. Bu anlamda, hukuki, idari ve hatta disiplin hukuku yeterli bir yanıt olabilmektedir¹³⁸. Ancak Mahkeme, özellikle tehlikeli faaliyetlere ilişkin olarak “olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu

133 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 162-165.

134 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 153-165.

135 *Öneryıldız v. Turkey [GC]*, App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 90; *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 129, 132; Council of Europe, ‘Manual on Human Rights and the Environment’ (n 82) 38.

136 *Öneryıldız v. Turkey [GC]*, App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 91; *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 138.

137 *Öneryıldız v. Turkey [GC]*, App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 94; *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 142.

138 AİHM, özel bir kişi tarafından işletilmesine belediye tarafından ruhsat verilen bir kamp alanında sele kapılarak hayatını kaybeden kampçıların yakınlarının yaptığı *Murillo Saldías ve Diğerleri/İspanya* başvurusundaki (76973/01, 28/11/2006) 2. maddeye ilişkin ihlal iddiaları karşısında, kapsamlı bir ceza yargılamasından önce idari yargı nezdinde açılan tazminat davalarının, Sözleşme’nin 35 § 1 maddesinin amaçları doğrultusunda etkili bir iç hukuk yolu olduğuna karar vermiştir. *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 141.

makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli tedbirleri almadığı durumlarda” yaşamı tehlikeye atan sorumlular aleyhine cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmamasının yaşam hakkının ihlaline sebebiyet verebileceğinin altını çizmiştir¹³⁹.

Her iki davada da özen yükümlülüğü benzer şekilde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, yetkililer tehlikeleri ve riskleri bilmekte veya bilmesi gerekmekte ancak bunun için birtakım önleyici tedbirler alma yoluna gitmemektedir¹⁴⁰. Bununla birlikte anılan davalar nezdinde doğal afetler ile tehlikeli faaliyetler arasında ortaya çıkan en önemli fark, Mahkeme'nin, “insan kontrolünün ötesinde” olarak nitelendirdiği ve öngörülemeyen doğaları nedeniyle doğal afetler karşısında devletlere daha geniş takdir marjı sağlama eğiliminde olmasıdır: “Belirli koşullarda Devlete atfedilebilecek pozitif yükümlülüklerin kapsamı, tehdidin kaynağına ve risklerden birinin veya diğerinin ne ölçüde hafifletilebileceğine bağlı olacaktır.” Devletin doğal tehlikelerin azaltılması yoluyla yaşamın korunmasına doğrudan müdahil olabileceği acil yardım alanlarında, “açıkça tanımlanabilen bir doğal tehlikenin yakınlığı” veya “tekrarlayan bir felaket” söz konusuysa bu durumda 2. madde kapsamında “yetkililerin yaşam hakkının korunması için ellerinden gelen her şeyi yapma konusunda pozitif yükümlülüğü” söz konusu olacaktır¹⁴¹.

Anılan davalar arasındaki fark, pozitif yükümlülükler bakımından takdir marjının, insan kaynaklı tehlikelerin aksine öngörülemeyen doğal afetler karşısında daha geniş yorumlanmasıdır¹⁴². Her iki bağlamda da devlet pozitif yükümlülük altındadır ancak insan faaliyetlerinden kaynaklanan bir zarar ortaya çıkmışsa devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin beklenti görece daha fazla olmaktadır¹⁴³. İnsan

139 *Öneryıldız v. Turkey [GC]*, App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004), para 93; *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 140; Council of Europe, ‘Manual on Human Rights and the Environment’ (n 82) 39-41.

140 Albers (n 81) 124.

141 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 137 ve para 175; Albers (n 81) 124.

142 Mahkeme, mevcut davanın amaçları doğrultusunda Sözleşme'nin 2. maddesinde öngörülen yaşam hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülükler ile Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi ile korunan mülkiyet hakkı kapsamındaki yükümlülükler arasında bir ayrım yapılması gerektiğini düşünmektedir. Mahkeme, insan kontrolünün ötesinde olan doğal afetlerin, devletin mülkiyet hakkı bağlamında aynı ölçüde müdahil olmasını gerektirmediği kanaatindedir. Buna göre, devletin malların doğal tehlikelerden korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri, insan yapımı tehlikeli faaliyetler alanında olduğu kadar geniş kapsamlı değildir. Mahkeme'ye göre, yaşam hakkının temel önemi, madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin kapsamının, yetkililerin afet yardımı alanında bu hakkın korunması için ellerinden gelen her şeyi yapma yükümlülüğünün içermesini gerektirirken, mal ve mülklerden barışçıl bir şekilde yararlanma hakkını koruma yükümlülüğü, koşullar gereğince makul olanın ötesine geçemez. Buna göre yetkililer, bireylerin mallarını hava tehlikelerinden korumak için hangi tedbirlerin alınacağına karar verirken, yaşamları korumak için gereken tedbirlere karar verdiğinden daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bu davada Mahkeme, çamur kaymasının son derece güçlü olduğunu ve Devletin önlem almaması ile fiziksel hasarın boyutu arasında açık bir nedensellik bağı bulunmadığını kaydetmiştir. Mahkeme ayrıca, iddia edilen ihmalin doğal güçlerin neden olduğu hasara katkıda bulunan ağırlaştırıcı bir faktör olmaktan öteye gidememiş olması nedeniyle, zararın tamamının Devletin ihmaline atfedilemeyeceğini ifade etmiştir. Tüm bunlardan hareketle Mahkeme, Sözleşme'nin 1 No.lu Ek Protokolü'nün 1. maddesiyle korunan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 175-178, 182. Kararda yaşam hakkı ve mülkiyet hakkının korunması arasında devletin sorumluluğuna ilişkin farka hakkında bkz. Şahin (n 117) 90-97.

143 Vladislava Stoyanova, ‘Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the ECHR’ (2018) 18(2) Human Rights Law Review 309, 326.

yapımı tehlikeli faaliyetlerde doğal afete göre zarar riskinin daha öngörülebilir olduğu varsayımına dayanan bu ayırmda, ilkinde devlete daha zorlu pozitif yükümlülükler yüklenebileceği kanaati oluşmuştur¹⁴⁴.

B. “OLGUSAL MELEZLİK”¹⁴⁵: TEHLİKENİN DOĞAL KAYNAĞI İLE İNSAN YAPIMI NİTELİĞİNİN İÇ İÇELİĞİ

Afet kaynaklarının doğal veya endüstriyel (tehlikeli) faaliyetler arasında ikili bir ayrıma tabi tutularak tanımlanması, afet araştırmaları literatüründe kimi yazarlarca eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, modern toplumlardaki afetler, endüstriyel veya doğal bir tehlikeden kaynaklandığı şeklinde keskin bir ayrıma konu edilemez; çünkü doğa olayları ile insan faaliyetleri ve ihmalleri etkileşime girdiğinden bir tür *olgusal melezlik* meydana gelmiştir¹⁴⁶. *Kolyadenko ve Diğerleri/Rusya* davasındaki durum, yaşamı tehdit eden felaketlerde doğa ve teknolojinin bu tür bir karışımla vuku bulduğu bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kolyadenko ve Diğerleri/Rusya davası, bir rezervuardan suyun acil şekilde ve hızla boşaltılması sonrasında ağır bir sel baskını nedeniyle yaşama yönelik büyük bir riskin ortaya çıkmasına ilişkindir. Vladivostok’da ortalama bir ayın yağışına eş değer yağış gerçekleştiği 7 Ağustos 2001 tarihinde, kritik şekilde yükselen su seviyesinin kontrol altına alınabilmesi için rezervuardaki suyun tahliye edilmesine karar verilmiştir. Tahliye edilen suyun kısa sürede yükselmesinin ardından başvuru sahiplerinin evleri su altında kalmıştır. Söz konusu sel, Mahkeme’nin “insan yapımı bir endüstriyel tesis” olduğunu ifade ettiği¹⁴⁷ rezervuardan su tahliye edilmesinin hemen ardından meydana gelmiştir. Tahliye kararı “istisnai şiddetteki” yağışlar nedeniyle alınmışsa da Mahkeme, felaketi doğal bir tehlike kaynaklı değil, endüstriyel bir tehlike kategorisinde değerlendirmiştir.

Mahkeme’nin tehlikenin kaynağına bağlı olarak devletin pozitif yükümlülük kapsamına dair yaklaşımı göz önünde bulundurulduğunda, felaketi doğal afet kaynaklı değerlendirmiş olsaydı davalı devlete daha geniş bir takdir yetkisi tanınması söz konusu olabilecekti. Mevcut davada ise 7 Ağustos 2001’deki yağmurun istisnai bir şiddette olduğunu kabul etmekle birlikte Mahkeme, rezervuarın işletilmesi söz konusu olduğunda, hava koşullarından bağımsız olarak yetkililerin, rezervuardan su tahliye edilmesi olasılığını ve bunun potansiyel sonuçlarını öngörmüş olmaları gerektiği kanaatine varmıştır¹⁴⁸.

Kolyadenko ve Diğerleri/Rusya davasında Mahkeme aynı şekilde devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında gerekli yasal ve idari düzenlemelerin yapılmış olmasına işaret etmiştir¹⁴⁹. Kamunun

144 Stoyanova, ‘Fault, Knowledge and Risk within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights’ (n 29) 616.

145 “Olgusal melezlik (phenomenal hybridity)” ifadesi Lauta ve Rytter’a ait olup felaketlerin, teknik ya da doğal bir tehlikeden kaynaklandığı şeklinde kesin bir tanımlama yapılamayacağı; zira doğal güçler ve insan faaliyetleri sıklıkla etkileşime girerek bir tür olağanüstü melezlik ürettiği şeklinde açıklanmıştır. Lauta and Rytter (n 80) 121.

146 *Ibid.*

147 *Kolyadenko and Others v. Russia*, App nos 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05 (ECHR, 28 February 2012) para 164.

148 *Kolyadenko and Others v. Russia*, App nos 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05 (ECHR, 28 February 2012) para 165; Lauta and Rytter (n 80) 121.

149 *Kolyadenko and Others v. Russia*, App nos 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05 (ECHR, 28 February 2012) para 157.

bilgi edinme hakkına ilişkin anılan diğer davalarda olduğu gibi önemli bir vurgu yapan Mahkeme, burada da halkın doğal tehlikeler hakkında bilgilendirme gerekliliğinin temel önleyici tedbirlerden biri olduğunu ifade etmiştir. Bu değerlendirmenin bir adım ötesine geçen Mahkeme, bölge halkına önemli bir su baskını durumunda ne yapılması gerektiğinin belirtildiği metinde yer alan bilgilerin kamuya aktarılma şeklinin veya içeriğinin belirgin olmadığını tespit etmiştir¹⁵⁰. Tehlikeli faaliyetler ve doğal afetlere ilişkin yaşam hakkını tehdit eden riskler karşısında kamunun bilgi edinme hakkının kapsamı ve niteliği özellikle göz önünde bulundurulmuştur.

AİHM'nin ilgili içtihadına bakıldığında, devletlere insan yapımı tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan felaketlerin neden olduğu tehlikelere karşı yaşamı koruma görevi ve gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirildiği görülmektedir¹⁵¹. Endüstriyel faaliyetler söz konusu olduğunda devletten beklenen “faaliyetin ruhsatlandırılması, kurulması, işletilmesi ve güvenliğini” düzenleme yükümlülüğünün karşısında, doğanın işleyişinin düzenlenmesi, ruhsatlandırılması veya tesis edilmesi mümkün olamayacaktır. Bununla birlikte, takdir marjına ilişkin tehdidin kaynağı hakkındaki bu olgusal farklılık, devletten doğal tehlikelerin olumsuz toplumsal sonuçlarını önlemesinin istenemeyeceği anlamına gelmemelidir. Doğal afetler için her ne kadar “insan kontrolünün ötesinde” nitelendirmesi yapmış olsa da bu olgusal ayırım için Mahkeme içtihadına daha belirgin bir gerekçelendirme yansımamıştır¹⁵².

Ortaya çıkan bu durum, her ne kadar doğal tehlikeler ile endüstriyel tehlikelerin birbirinden önemli oranda farklı olmadığına dair varsayılan bir sonuca götürmeyecekse de aradaki ayırım felaketin kaynağının ne olduğuna dair tek başına özcü bir anlayışa dayanmamaktadır. Dolayısıyla 2. madde bağlamında takdir marjının kapsamı belirlenirken, tehlikenin kaynağına yönelik insan yapımı veya doğal afet arasındaki ayırımın kategorik ve keskin bir biçimde sürdürülmesi zor görünmektedir¹⁵³.

C. “DEVLETLERİN ÜZERİNDE KONTROL SAHİBİ OLMADIĞI OLAYLAR”: DEPREM ÖRNEĞİ

Devletlerin yaşamın korunması için üstlendiği pozitif yükümlülüğü kapsamında kontrol (denetim) konusunun önem kazandığı görülmektedir. Zira Mahkeme, devletin bir tehlikeli faaliyet yürütmesi halinde veya buna izin verdiğinde, ortaya çıkabilecek riskin makul bir düzeye indirilmesini, “bir kurallar sistemi ve yeterli kontrol yoluyla” gerçekleştirebileceğini kabul etmiştir¹⁵⁴. Buna rağmen tehlikeli faaliyetler bir zarara yol açmaktaysa, zarar bir bireyin ihmalden veya talihsiz olayların bir araya gelmesinden değil, yetersiz yasal düzenlemelerden ya da yetersiz kontrolden kaynaklanıyorsa

150 *Kolyadenko and Others v. Russia*, App nos 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05 (ECHR, 28 February 2012) para 181.

151 Kalin (n 122) 135.

152 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 135.

153 *Lauta and Rytter* (n 80) 121-123.

154 *Mučibabić v. Serbia*, App no 34661/07 (ECHR, 12 July 2016) para 126.

devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelecektir¹⁵⁵. Ancak devletin herhangi bir denetiminin söz konusu olamayacağı, insan kontrolünün ötesinde olarak nitelenen doğa olayları ve afetlerde, devletin etkin önleyici tedbirler alma yükümlülüğü, tehlike kaynağının üzerindeki denetimden tehlike ile başa çıkma kapasitesini güçlendirme noktasına taşınmaktadır.

Yaşamın Mahkeme içtihadında “insan kontrolünün ötesinde” olarak nitelenen bir doğal afet nedeniyle tehlike altında olması durumunda devlete atfedilebilecek pozitif yükümlülüklerle ilişkin olarak *M. Özel ve Diğerleri/Türkiye*, Mahkeme'nin önemli hususlara temas ettiği bir dava olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵⁶. *M. Özel ve Diğerleri/Türkiye* davası, 17 Ağustos 1999 tarihinde İzmit'te meydana gelen depremde, sismik aktivite haritasında “büyük risk bölgesi” olarak sınıflandırılan bir bölgede yer alan Çınarcık ilçesinde çöken binaların altında kalan başvuruların aile üyelerinin ölümüyle ilgilidir. Davada V.G. Arsa Ofisi, binaların yapımında kullanılan malzemelerin yetersizliği ve uygun niteliğe sahip olmamasından hareketle, ölüme neden olan binaların çökmesinden sorumlu tutulmaktadır. Aleyhinde dava açılan üç şirket ortağı ve iki yöneticiye yönelik ceza yargılamasının sonunda sanıklardan ikisi mahkum edilirken, diğerleri hakkındaki yargılama zaman aşımına uğramıştır. Soruşturma izni bulunmaması nedeniyle, binaların çökmesinde sorumluluğu bulunduğu iddia edilen kamu görevlileri hakkında cezai kovuşturma başlatılması söz konusu olmamıştır¹⁵⁷.

Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamındaki incelemesine *Budayeva ve Diğerleri/Rusya* kararında vurguladığı gibi, devletin doğal afetlerde dahi kendi yetki alanlarındaki bireylerin yaşamlarının korunması için gerekli tedbirleri alma konusundaki pozitif yükümlülüklerine atıfta bulunarak başlamıştır¹⁵⁸. AİHM doğal afetlere ilişkin önceki kararlarındaki “insan kontrolünün ötesinde” nitelendirmesine ek olarak mevcut davada, bir doğal afet olan depremin “Devletlerin üzerinde kontrol sahibi olmadığı olaylar” olduğunu belirtmiştir. Ancak ardından devletlerin depremin “yıkıcı etkilerini asgari düzeyde tutmak amacıyla etkilerini azaltmaya yönelik tedbirler alma yükümlülüğü altında oldukları” tespitinde bulunmuştur. Buna ilişkin özel bir terim kullanmayı tercih eden Mahkeme, devlete yüklemiş olduğu söz konusu göreve ve tedbirlerin mahiyetine işaret etmek üzere “önleme yükümlülüğü (prevention obligation)” ifadesini kullanmıştır. Deprem gibi devletlerin üzerinde kontrol sahibi olmadığı doğa olaylarına yönelik önleme yükümlülüğü ile ne kast ettiğini ise “Devletin deprem gibi doğa olaylarının beklenmedik ve şiddetli doğasıyla başa çıkma kapasitesini güçlendirecek tedbirler almak” olarak açıklamıştır¹⁵⁹.

Mahkeme'ye göre, önleme yükümlülüğünün kapsamına *uygun mekânsal planlama ve kontrollü kentsel gelişim* dahildir. Davada söz konusu olan bölgelere ilişkin mekânsal planlama belgelerinin içerdiği bilgiler ve depremin meydana geldiği coğrafi alanın “afet bölgesi” olarak sınıflandırılmış

155 *Stoyanovi v. Bulgaria*, App no 42980/04 (ECHR, 9 November 2010) para 61; ‘Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights – Right to life’ (n 33) 13.

156 *M. Özel and Others v. Turkey*, App nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05 (ECHR, 17 November 2015) para 171.

157 *M. Özel and Others v. Turkey*, App nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05 (ECHR, 17 November 2015).

158 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 128-130; *M. Özel and Others v. Turkey*, App nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05 (ECHR, 17 November 2015) para 170.

159 *M. Özel and Others v. Turkey*, App nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05 (ECHR, 17 November 2015) para 173.

olması, Mahkeme nezdinde ulusal makamların etkilenen bölgedeki deprem riskinin farkında olduğuna ilişkin bir kanaat oluşturmuştur. Keza Mahkeme'ye göre, söz konusu bölgedeki inşaat izinlerinin özel koşullara tabi tutulması ve inşa edilen tüm binaların belirli imar standartlarına uygun olması gerekliliği, "inşaat ruhsatı vererek arazi kullanımını düzenlemekten sorumlu yerel makamların risk önleme konusunda ön saflarda yer aldığı ve birincil sorumluluğu taşıdığı" anlamına gelmektedir.¹⁶⁰ Her ne kadar ulusal hukuk nezdinde üç sanık hakkında zaman aşımı sebebiyle suçlamaların düşürülmesine karar verilmişse de Mahkeme, "[ilgili] binaları denetlemesi ve teftiş etmesi gereken yerel makamların bunu yapma yükümlülüklerini yerine getirmediğini" not etmeyi uygun bulmuştur¹⁶¹.

Mahkeme, aynı davada doğal tehlikeler bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamının "tehdidin kaynağına ve risklerden birinin veya diğerinin ne ölçüde azaltılabileceğine bağlı olacağına" işaret etmektedir¹⁶². Bu bağlamda Mahkeme, bu yükümlülüklerin, belirli bir davanın koşulları açıkça tanımlanabilen bir doğal tehlikenin yakınlığına işaret ettiği sürece ve özellikle de insan yerleşimi veya kullanımı için geliştirilmiş ayrı bir alanı etkileyen tekrar eden bir felaket söz konusu olduğunda uygulandığını ifade etmiştir. Mahkeme'nin bu ifadesinden, doğal tehlikeler bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerinin harekete geçirilmesini tehlikenin "yakın" ve "açıkça tanımlanabilir" olmasına bağladığı anlaşılmaktadır. Taraf Devletler aleyhine ihlal bulgusunu daha az olası hale getiren sınırlayıcı nitelikteki bu gereklilikler, özellikle *tehlikenin açıkça tanımlanabilirliği*, Mahkeme içtihadında belirgin bir unsur değildir¹⁶³.

Mahkeme'nin *M. Özel ve Diğerleri/Türkiye* davasındaki analizi, Sözleşme'nin 2. maddesinin usule ilişkin yönüyle sınırlı kalmış ve ceza yargılamasının yürütülmesine ilişkin iddiaları değerlendirmiştir. Mahkeme, özellikle yetkili makamların, ölümlere neden olan binaların çökmesine ilişkin sorumluları belirleme konusunda hızlı hareket etmediklerini tespit etmiş ve Sözleşme'nin 2. maddesi açısından usul başlığı altında etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁶⁴.

III. TEHLİKE KAYNAKLARINA İLİŞKİN DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN TESPİTİNDE MAHKEME'NİN İÇ İÇE GEÇEN İNCELEME UNSURLARI ÜZERİNE DEĞERLENDİRME

Mahkeme'nin tehlikeli faaliyetler ve doğal afetler karşısında bireyin yaşam hakkının korunması için devlete yüklediği pozitif yükümlülük incelemesi, yukarıda da ifade edildiği üzere öngörülebilirlik, insan kontrolünün ötesinde olma, makullük, takdir yetkisi gibi çeşitli bileşenlere bağlı olarak kategorik bir ayırım olmaksızın ancak kimi farklılıklar eşliğinde gerçekleşmektedir.

160 *M. Özel and Others v. Turkey*, App nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05 (ECHR, 17 November 2015) para 174.

161 *M. Özel and Others v. Turkey*, App nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05 (ECHR, 17 November 2015) para 175.

162 *M. Özel and Others v. Turkey*, App nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05 (ECHR, 17 November 2015) para 171.

163 Stoyanova, 'Fault, Knowledge and Risk within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights' (n 29) 616.

164 *M. Özel and Others v. Turkey*, App nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05 (ECHR, 17 November 2015) para 191-200.

Devletin insan yaşamına yönelik tehditlere karşı 2. madde kapsamında etkili koruma sağlamak üzere genel görevi, yasal ve idari çerçeve oluşturmak ve yaşamı korumak için uygun adımları atmaktır. Bu kapsamda insan yaşamını çeşitli tehlikelerden uygun şekilde koruma pozitif yükümlülüğünü yerine getirirken seçeceği uygun araçların ne olacağı takdir yetkisi kapsamında kendisine bırakılmıştır¹⁶⁵. Her ne kadar takdir yetkisinin kapsamı doğal afetlere nazaran tehlikeli faaliyetler söz konusu olduğunda daha geniş yorumlansa da içtihatla tehlike kaynaklarına ilişkin belirgin bir ayırım oluşturacak bir değerlendirme bulunmamaktadır.

Tehlikeli faaliyetler söz konusu olduğunda, doğasında barındırdığı mevcut ve potansiyel risklerin öngörülebilirliği açısından yaşamı korumak üzere alınabilecek uygun tedbirlerin saptanması görece kolay olabilir. Bu bağlamda tehlikeli faaliyetin ruhsatlandırılması, kurulması, işletilmesi, güvenliği ve kontrolünü düzenlemek devletin birincil sorumluluğu olduğundan faaliyet hayata geçirilmeden önce koruyucu ve önleyici tedbirler almak daha mümkündür. Ancak doğal afetler söz konusu olduğunda içtihatla öne çıkan tedbirler, tehlike hakkında uygun ve zamanında bilgi vererek bireylerin kendilerini tehlikeden kurtarmalarını sağlamak veya tehlikenin gerçekleşmesi halinde tahliyenin gerçekleşmesine imkân kılacak altyapıyı oluşturmaktır. Devletin kamuyu bilgilendirmesi yönündeki yükümlülüğü tek başına yeterli olmamakta, tehlikeden etkilenen kişilerin tehlikeden kaçınmasını sağlayacak tahliye gibi etkili tedbirlerin alınmış olmasının da sorumluluğun bir parçası olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bunun yanı sıra söz konusu tehlike için sel veya çamur tutma setleri kurulması gibi çeşitli fiziksel savunma bariyerleri oluşturmak veya uygun arazi planlaması ve imar düzenlemeleri gibi düzenleyici adımlar atmak uygun tedbirler olarak değerlendirilmektedir¹⁶⁶. Doğal afetlerin sebep olduğu yakın risklere maruz kalan veya kalması muhtemel kişilerin yaşamının, fiziksel bütünlüğünün ve sağlığının korunması için uyarı sistemleri veya toplanma alanlarının kurulması, afet yönetim komitelerinin oluşturulması gibi tedbirlere başvurmak, eğer bu tür tedbirlerin bireylerin yaşamını korumak için yeterli değilse tehlike altındaki kişilerin tehlike bölgesinden ayrılmasını sağlamak yaşamın korunmasına yönelik etkili tedbirler olarak örneklenmiştir¹⁶⁷.

Pozitif yükümlülük bağlamında uygun adımları atması ve uygun araçları seçmesi beklenen devlet için “uygun” kelimesinin anlamına ve kapsamına dair bir saptama yapmak güçtür. Bu zorluk aynı zamanda bir spektrumun iki ucu olarak *mutlak sorumluluk* ile *gerekli özeni göstermeme* arasında çeşitli şekilleri içermektedir. Devletin mutlak sorumluluğunda zarar gerçekleştiğinde kusur unsuruna bakılmaksızın devletin sorumluluğuna gidilecektir. Gerekli özeni göstermemek ise devletin zarar riskini bildiği veya bilmesi gerektiği ve fakat bunu önlemek için gereken tedbirleri almadığı takdirde devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır. AİHS kapsamında pozitif yükümlülükler, devlet yetkililerinin zarar riskini bilmesi ya da ihmali (bilmesi gerektiği) şeklinde olmasını gerektirdiği için ikinci türden bir yükümlülük olarak görülmektedir. Mahkeme'nin pozitif yükümlülüklerle

165 Lauta and Rytter (n 80) 127-129.

166 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 148; Lauta and Rytter (n 80) 127-128.

167 IASC – Kurumlararası Daimi Komite, ‘Doğal Afet Durumlarında İnsanların Korunması ile İlgili IASC Operasyonel Kılavuz İlkeleri’ Brookings – Bern Ülke İçinde Yerinden Edilme Projesi (çev Hakan Ataman, Sivil Toplum Geliştirme Merkezi 2011) 11-13.

ilişkin içtihadında zarar riski hakkında “biliyordu ya da bilmesi gerekirdi” standardında “biliyordu” devletin mevcut ve fiili bilgisini yansıtırken, “bilmesi gerekirdi” bir varsayılan bilgisini ve bir yönüyle de devlet yetkililerine atfedilebilecek bir ihmali ifade etmektedir¹⁶⁸.

Devletin mevcut bilgisi ile varsayılan bilgisi arasındaki ayrım açık olmamakla birlikte, “bilmesi gerekirdi” standardı da belirsizliğini korumaktadır. Mahkeme içtihadında, genel bir ilke olarak gerçek ve varsayılan bilgi ayrı ifade bulmuş olsa da somut olay analiz edilirken bu iki standart birleştirilmektedir. Devlet yetkililerinin bir zarar veya yıkım tehlikesinin varlığını bilmeleri gerekip gerekmediği sorusu, objektif öngörülebilirlik¹⁶⁹ veya bilimsel öngörülebilirlik ve makullük incelemesine tabi tutularak araştırılmaktadır. Devletin bir felakete ilişkin bilgi sahibi olduğu veya olması gerektiği sonucuna varmak üzere “objektif bilimsel araştırmalar”¹⁷⁰, “bilirkişi raporları”¹⁷¹ ve hatta devlet kurumları arasındaki mektuplar¹⁷² önemli bilgi kaynakları olarak görülmüştür. Makullük incelemesine ise kaynakların elverişliliği, mali olanaklar veya ulusal makamlar tarafından yapılması gereken operasyonel tercihler gibi unsurlar eşlik etmektedir¹⁷³. Mahkeme’nin çevresel tehlikelere yönelik gelişen içtihadında, yaşama yönelen riskin niteliğine ilişkin “gerçek ve yakın” olması¹⁷⁴ beklentisinin yanı sıra “ciddi”¹⁷⁵ olmasının da önem taşıdığı görülmektedir¹⁷⁶. Öte yandan Mahkeme, pozitif yükümlülüklerin kapsamının makullüğüne ilişkin “yetkililere imkansız ve orantısız bir yük getirmeyecek şekilde yorumlanması” gerektiğini konuya ilişkin içtihadında yinelemektedir¹⁷⁷. Sözleşme koruma sisteminde Mahkeme tarafından çerçevesi çizilen devletlerin pozitif yükümlülük tespitinde tüm bu unsurların iç içe ve birlikte değerlendirildiği bir izlek söz konusudur.

Mahkeme içtihadının “insan yapımı tehlikeli faaliyetler” alanında, zarar riskinin daha öngörülebilir olduğu varsayımı ve buna bağlı olarak devlete daha zorlu pozitif yükümlülükler yüklemiş olduğu¹⁷⁸

168 Stoyanova, ‘Fault, Knowledge and Risk within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights’ (n 29) 603-604.

169 Bir inşaat alanındaki su çukurunda bir çocuğun boğulmasına ilişkin Cevrioglu/Türkiye davasında, davalı devlet söz konusu inşaatın yeni başlamış olması nedeniyle kazanın öngörülebilir olamayacağını savunmuştur. Ancak Mahkeme, inşaat için bir izin ruhsatı verilmiş olduğundan devletin inşaat çalışmalarından ilk günden beri haberdar olduğunun varsayılabilirliği yönünde hüküm kurmuştur. *Cevrioglu v. Turkey*, App no 69546/12 (ECHR, 04 October 2016) para 68.

170 *Brincat and Others v. Malta*, App nos 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (ECHR, 24 July 2014) para 106.

171 *Öneryıldız v. Turkey [GC]*, App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 98.

172 *Nencheva and Others v. Bulgaria*, App no 48609/06 (ECHR, 18 June 2013) (French only) para 121.

173 Stoyanova, ‘Fault, Knowledge and Risk within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights’ (n 29) 606-610.

174 *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 116; *Fadayeva v. Russia* (Dec.), App no 55723/00 (ECHR, 16 October 2003); *Öneryıldız v. Turkey [GC]*, App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 101.

175 *Brincat and Others v. Malta*, App nos 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (ECHR, 24 July 2014) para 82.

176 Cour européenne des droits de l’homme, ‘Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l’homme – Environnement’ (n 16) 8.

177 *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998) para 116; *Öneryıldız v. Turkey [GC]*, App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004) para 107.

178 *Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008) para 135.

anlayışının karşısında “insan kontrolünün ötesinde” olan doğal olayların daha az öngörülebilir olduğu varsayılmaktadır¹⁷⁹. Mahkeme nezdinde bağımsız bir inceleme testi olmamakla birlikte, tehlikeye yönelik bir öngörülebilirlik değerlendirilmesi yapılmaktadır. Öngörülebilirlik arttıkça, zararın gerçekleşmesini önlemek için devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin beklenti de artacaktır¹⁸⁰: “Bir tehlike ne kadar öngörülebilirse, ona karşı koruma yükümlülüğü de o kadar büyük olur.”¹⁸¹

Özellikle günümüz toplumlarında görünürde doğa kaynaklı olan birçok felaketin ve ortaya çıkan yıkımın bir yönüyle insan yapımı olabileceği tartışılmaktadır. Örneğin imar kanunlarının, bina yönetmeliklerinin uygulanmadığı veya uygun inşaat malzemelerinin kullanılmamış olduğu ve yetkililer tarafından denetlenmemiş olan binaların deprem nedeniyle yıkılması halinde, doğa kaynağı ve insan unsuru etkileşim içine girmiş olmaktadır. İnsan ve devlet kontrolünün ötesinde olan aynı doğal tehlikeye maruz kalan iki ayrı toplumda birbirinden farklı sonuçlar doğabilmektedir¹⁸². Dolayısıyla bu anlamda öngörülebilirliği ve kontrolü oldukça az olan doğal afetler neticesinde daha mümkün olan, ortaya çıkan felaketin veya zararın yıkıcı etkisinin azaltılmasıdır. Özellikle şiddetli ve öngörülemeyen doğal afetler üzerinde kontrol oldukça güç olmaktadır. Ancak bununla birlikte kontrolün görece mümkün kılınabileceği alan doğal afetlerin olumsuz etkileridir. Bu anlamda her risk ve tehlikenin öngörülmesi mümkün değilse de zarara yol açabileceğinin öngörüldüğü durumlarda bu zararın önlenmesi için gereken tedbirlerin alınması mümkündür. Buradaki öngörülebilirlik depremin ya da bir doğa olayının ne zaman, ne şekilde ve ne şiddette olacağına ilişkin kesin bir öngörüden ziyade riskin ve olumsuz etkilerinin öngörülebilirliği hakkındadır. Devletlerin pozitif yükümlülüğü bu noktada devreye girmekte ve bu bağlamda kişinin yaşam hakkına ilişkin sorumlulukların gereği olarak kamu makamları, gerekli tedbirleri almakla yükümlü olmaktadır. Pozitif yükümlülüklerin olması gerektiği gibi yerine getirilmesi halinde tehlikeli faaliyetler ve doğal afetlerin ortaya çıkardığı risklerin önlenmesi ya da en aza indirilmesi ve dolayısıyla yaşamın korunması söz konusu olabilecektir.

Özellikle deprem kuşağında yer alan veya tekrar eden ve şiddetli yağış sezonlarının yaşandığı ülkeler açısından öngörülebilirlik değerlendirmesi, herhangi beklenmedik bir doğa olayından farklı yapılacaktır. Deprem örneği üzerinden Mahkeme'nin insan kontrolü dışında ve öngörülemez şiddetli doğal afetlere yönelik yaklaşımında, devletin bu bağlamdaki yükümlülüğü, felaketin boyutlarını en aza indirecek şekilde olumsuz etkilerini azaltmayı ve öngörülemeyen doğa olaylarının sonuçları ile başa çıkma kapasitesini artırmayı amaçlayan tedbirlerle sınırlanmıştır. Deprem özelinde bu yaklaşım, uygun arazi kullanımı, mekânsal planlama ve kontrollü kentleşme gibi tedbirleri karşılamaktadır. Keza afet sonrasında arama ve kurtarma için yeterli ve uygun operasyonel tedbirleri almak da pozitif yükümlülük kapsamında devlet açısından sorumluluk doğurmaktadır. Keza acil yardım alanındaki

179 *Kolyadenko and Others v. Russia*, App nos 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05 (ECHR, 28 February 2012) para 161.

180 *Stoyanova*, ‘Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the ECHR’ (n 143) 326.

181 *Finogenov and Others v. Russia*, App nos 18299/03 and 27311/03 (ECHR, 20 December 2011) para 243.

182 Jeff Dayton-Johnson, ‘Natural Disaster and Vulnerability’ (POLICY BRIEF No. 29, OECD Development Centre 2006) 6, 7.

bireylerin gıda, tıbbi yardım, güvenlik, barınma ve hijyen gibi temel ihtiyaçlarının da yaşam hakkı bağlamında gözetilmesi gerekmektedir.

Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında önleyici ve uygun tedbirlerin seçimi konusundaki takdir yetkisi bu yükümlülüğün sınırlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, öncelikler ve kaynaklar açısından belirli operasyonel tercihler devletin takdir yetkisini ilgilendiren bir konudur ve bu konuda devlet yetkililerine katlanılamaz aşırı yükler yüklenmemesi gerektiğine işaret edilmiştir. Devletin özellikle zor sosyal ve teknik alanlarda sahip olduğu takdir yetkisi ve 2. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği değerlendirmesinde davanın özel koşulları dikkate alınacaktır. Bu anlamda doğa olayları neticesinde meydana gelen felaketler insan kontrolü dışında gerçekleştiğinden, yetkililerin buna yönelik önleyici operasyonel tedbirler almaları gerekliliği, insan yapımı tehlikeli faaliyetlerde olduğundan daha dar şekilde yorumlanmaktadır.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi yalnızca devlet yetkililerinin kasten ve hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanan ölüm olaylarına ilişkin olmayıp aynı zamanda devletlerin kendi yetki alanlarındaki kişilerin yaşamlarını korumak için uygun adımları atmasını gerektirmektedir. Strazburg içtihadı insan haklarının güvence altına alınması için Taraf Devletlerin pozitif yükümlülüklerinin varlığını kabul etmekte ve belirlediği ilkeler doğrultusunda yükümlülüğün çerçevesini çizmektedir. Bu bağlamda Taraf Devletlerden yalnızca ihlalden kaçınmaları değil, insan haklarını ihlal ve ihlal tehlikelerinden korumak üzere pozitif edimde bulunmaları ve uygun tedbirler almaları beklenmektedir. İnsan hakları korumasının yatay etkisi, bu koruma kapsamına üçüncü tarafların neden olduğu ihlalleri de dahil etmektedir.

Devletlerin yaşamı korumak üzere üstlendikleri pozitif yükümlülüğün Strazburg içtihadı vasıtasıyla belirlenen maddi ve usuli boyutları koruma görevinin geniş çerçevesini çizer. Pozitif yükümlülüğün maddi (esasa ilişkin) boyutu, her şeyden önce devletin yaşam hakkının etkili bir şekilde korunmasını ve yaşama yönelik tehlikelerin etkili şekilde caydırılmasını amaçlayan yasal ve idari bir çerçevenin sağlanması görevini ifade etmektedir. Yaşam hakkının güvence altına alınması için etkili bir yasal çerçeve sağlamak yeterli olmamakta, pozitif yükümlülüğün usuli boyutu gereğince yaşam hakkını koruyan yasal çerçevenin etkili bir biçimde uygulanmasını sağlamak ve sorumluların belirlenmesi ve gerektiği halde cezalandırılmalarını sağlayacak etkili soruşturmanın yürütülmesi gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Taraf Devletlerin insan yapımı tehlikeli (endüstriyel) faaliyetler ve doğal afetler karşısında bireyin yaşam hakkının korunması için pozitif yükümlülüklerine işaret eden önemli kararlara hükmetmiştir. Devletlerin Sözleşme kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini inceleyen mevcut içtihadında, tehlikeli faaliyetler ve doğal afetlerden kaynaklanan ölüm olayları veya oluşan hayati tehlike bağlamında Mahkeme'nin değerlendirmelerinde keskin ve kategorik bir ayırım bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra her iki tehlike ve zarar kaynağına yönelik bağımsız bir inceleme testi de uygulanmamaktadır. Birbirine oldukça benzer yükümlülükler ve ilkeler saptanan her iki kaynağa ilişkin Mahkeme içtihadında, *Osman testinden* itibaren atıfta bulunduğu bilgi, makullük,

yaşama yönelik (gerçek ve yakın) risklerin değerlendirilmesi hususunda öngörülebilirlik gibi çeşitli hususlar iç içe geçmiştir.

Mahkeme *insan yapımı* tehlikeli faaliyetler ile *insan kontrolünün ötesindeki* doğal afetler arasında anılan niteliklerine göre ince ayrımları gözetmiştir. Bu anlamda doğa olayları neticesinde meydana gelen felaketler karşısında, devlet yetkililerinin buna yönelik önleyici operasyonel tedbirler almaları gerekliliği, insan yapımı tehlikeli faaliyetlerde olduğundan daha dar şekilde yorumlanmaktadır. Keza doğal afetler, insan yapımı tehlikeli faaliyetler ile karşılaştırıldığında öngörülebilirliğinin daha az mümkün olduğu noktasında ayrı bir nitelendirmeye tabi kılınmıştır. Tehlikeli faaliyetlerin doğası gereği bünyesinde barındırdığı riskler ve hatta potansiyel riskleri dahi kapsayacak şekilde ve açık bir yükümlülük referansı karşısında, doğal afetler söz konusu olduğunda devlet yetkililerinin öngörülebilir riskleri ortadan kaldırma yönündeki görevlerine işaret edilmektedir.

Bununla birlikte devlet yetkililerinin olası sonuçların farkında olduğu (“biliyordu”) veya farkında olması gerektiği (“bilmesi gerekirdi”) riskleri bertaraf etmek üzere önleyici uygun tedbirleri alma yükümlülüğü her iki tehlike ve zarar kaynağı için de geçerli olmaktadır. Doğal afetler ve tehlikeli faaliyetler karşısında devletin sorumluluğu, kendisinden makul olarak beklenebilecek olanı katlanılamaz olarak aşmayacak şekilde olanaklarını kullanmasını ve uygun tedbirleri almasını gerektirmektedir. Devletten, öngörülemez bir doğal afet dahi olsa yaşamın sona ermesine sebep olabilecek riskleri ve can kayıplarını en aza indirebilecek önleyici tedbirleri almış olması beklenmektedir. Keza devletin pozitif yükümlülüğünün maddi boyutundaki önemli hususlardan biri kamunun bilgi edinme hakkı olup hem tehlikeli faaliyetler hem doğal afetler karşısında yaşamı tehdit eden riskler konusunda, bu tehlikeye maruz kalan halkın bilgilendirilmesine özel önem atfedilmiştir. Bu bağlamda her iki risk kaynağına ilişkin tehlikeler karşısında özellikle buna maruz kalma ihtimali olan bireylerin karşı karşıya olduğu riskleri değerlendirebilmelerinin sağlanması ortak bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

Pozitif yükümlülük kapsamında yalnızca idari ve yasal çerçevenin tasarlanması ve etkin yürürlüğünün sağlanması yeterli olmamakta, yaşamın sona ermesine neden olan olaylar zincirinde sorumluluğun usuli olarak tespit edilmesi ve cezalandırılması da yaşam hakkının etkin şekilde korunmasında önem arz etmektedir. Devletin kendi yetki alanındaki kişilerin hayatlarını koruma (pozitif) yükümlülüğünün maddi ve usuli boyutları yalnızca düzenleyici yasal çerçeve sağlama ve tedbirler almayı değil, yaşamın sona ermesi halinde ölüm olayının etkili bir biçimde araştırılmasını da gerektirmektedir. Bu tür bir soruşturma yürütülürken yetkili makamların yürürlükteki düzenleyici çerçevenin neden işlemediğini ve yaşamın kaybına yol açan olaylar ve sorumluluklar zincirinde hangi sıfatla yer alırsa alsın ilgili yetkilileri tespit etmeleri gerekliliği hem doğal afetler hem de tehlikeli faaliyetler anlamında geçerli bir usuli yükümlülüktür.

Tehlikeli faaliyetler ve doğal afetler karşısında bireylerin yaşam hakkının korunmasına yönelik devletlere yüklenen pozitif yükümlülük değerlendirmesi Mahkeme açısından kategorik bir ayrımın konusu değildir. Ancak elbette her iki tehlike kaynağının birbirinden farklı niteliklerinin gözetilmesi, özellikle devletlerin üzerine katlanılamaz bir yük bırakılmaması anlamında önemli bir ölçüt olarak

değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte özellikle içinde bulunduğumuz yüzyılın koşullarında, afetlerin “doğal” olmadığına ilişkin azımsanmayacak ölçüde yaygınlaşan kanaat ve gerçekleşen felaketler, doğa ve insan unsurlarını birbirinden ayrı değerlendirmenin güç olduğu ve gittikçe de zorlaştığı bir aşamaya taşımıştır. Özellikle iklim değişikliği gibi çağın koşullarının ortaya çıkardığı afet risklerinin yaşamı önemli ölçüde tehdit ettiği görülmektedir. Yaşanan bazı felaketlerin kaynaklarında insan ve doğa unsuru iç içe geçmişken bu tür bir ayırmadan ziyade afet risklerinin azaltılması ve afet yönetimi üzerindeki görevlere odaklanması yaşamın korunmasında faydalı sonuçlar doğurabilecektir. Devletlerden doğal afetler karşısında, bilimsel ve objektif öngörülebilirliğin ötesinde bir öngörü ve denetim beklenmesi, tüm kaynaklarını buna hasretmesi veya mali kaynaklarının yeterliliğini aşması beklenemezse de makul ölçütler çerçevesinde doğal afetlerin insan yaşamına yönelik risklerini azaltması veya afetler karşısındaki kapasitesini güçlendirmesi beklenebilecektir. İnsan yaşamına yönelik çeşitli tehlike ve çevresel zararların bertaraf edilmesi suretiyle kişinin risklerden azade sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının korunması, diğer tüm insan haklarının hayata geçirilebilmesi anlamında devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında sağlayacakları en temel görevlerinden biridir.

KAYNAKÇA

- Akandji-Kombe J F, ‘Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights’ (Council of Europe, 2007) <<https://rm.coe.int/168007ff4d>> accessed 19 February 2023.
- Albers J H, ‘Human Rights and Climate Change – Protecting the Right to Life of Individuals of Present and Future Generations’ (2017) 28 Security and Human Rights 113-144.
- Algan B, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Seçkin 2007).
- Besson S, ‘Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : Un essai en dogmatique comparative’ (2003)1 Revue de droit suisse 49-96.
- Boyar O, ‘Bölüm III: Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki’ iç Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (3. Baskı, Beta 2013) 53-80.
- Brems E, ‘Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights’ in Eva Brems and Janneke Gerards (eds), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press 2014).
- Christoffersen J, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009).
- Council of Europe, ‘European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950’ <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> accessed 19 February 2023.
- Council of Europe, ‘Manual on Human Rights and the Environment’ (Second Edition, Council of Europe Publishing 2012).
- Cour européenne des droits de l’homme, ‘Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l’homme – Environnement’ (Conseil de l’Europe 2022) <https://echr.coe.int/Documents/Guide_Environment_FRA.pdf> accessed 4 March 2023.

- Dayton-Johnson J, 'Natural Disaster and Vulnerability' (POLICY BRIEF No. 29, OECD Development Centre 2006)
- Değirmencioğlu B, 'Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: "Pozitif Yükümlülük Doktrini" ve Türkiye'ye Yansması' (2021) 39(1) İnsan Hakları Yıllığı 55-104.
- Doğan İ, 'İkinci Bölüm: Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi' iç İlyas Doğan(ed), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (1. Baskı, Astana Yayınları 2021) 33-65.
- Doğmuş S, *AIHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri* (Seçkin 2018).
- Doğru O ve Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt* (1. Baskı, T.C. Yargıtay Başkanlığı, Şen Matbaa 2012).
- Donnelly J, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları* (Mustafa Erdoğan, Levent Korkut çev, Yetkin 1995).
- Duvic-Paoli L A, 'Prevention in International Environmental Law and the Anticipation of Risk(s): A Multifaceted Norm' in Monika Ambrus, Rosemary Rayfuse and Wouter Werner (eds), *Risk and Regulation of Uncertainty in International Law* (Oxford University Press, 2017).
- Duymaz E, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı' (2012) 47 İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 121-160.
- Ebert F C and Sijniensky R I, 'Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?' (2015) 15(2) Human Rights Law Review 343-368.
- Eide A, Report on the Right to Adequate Food as a Human Right (1987) UN Commission on Human Right, Economic and Social Council, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1987/23.
- European Court of Human Rights, 'Factsheet: Environment and the European Court of Human Rights' (Council of Europe, March 2020).
- European Court of Human Rights, 'Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights – Right to life' (Council of Europe, Updated on 31 August 2022).
- Garlicki L, 'The Right to Life under the European Convention on Human Rights' iç *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004) 89-98.
- Gözler K, *İnsan Hakları Hukuku* (Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin 2020).
- Gözbüyük Ş, Gölcüklü F ve Saygılı A, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi* (Onikinci Bası, Turhan Kitabevi 2019).
- Gülfidan O S, *Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri – Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme* (Yetkin Yayınları 2021).
- Gürsel E, 'İdarenin Doğal Afetler Neticesinde Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluğu' (2018) 1(2) R&S – Research Studies Anatolia Journal 330-343.
- Harris D. J, O'Boyle M, Bates E, Buckley Carla M, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan çev, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa 2013).
- Hunter-Henin M, 'France Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights' Chapter 3: in Dawn Oliver, Jörg Fedtke (eds), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study* (Routledge-Cavendish, London and New York 2007) 98-124.
- Kalin W, 'The Human Rights Dimension of Natural or Human-Made Disasters' (2012) 55 German Yearbook of International Law 119-148.
- Karan U, 'Bölüm I: Yaşam Hakkı' iç Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (3. Baskı, Beta 2013) 115-135.
- Knox J H, 'Horizontal Human Rights Law' (2008) 102(1) The American Journal of International Law 1-47.

- Lauta K C and Rytter J E, 'A Landslide on a Mudslide: Natural Hazards and the Right to Life under the European Convention on Human Rights' (2016) 7(1) *Journal of Human Rights and the Environment* 111-131.
- Lavrysen L, 'The Scope of Rights and the Scope of Obligations: Positive Obligations' in Eva Brems and Janneke Gerards (eds), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press 2014).
- Metin Y, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler' (2010) 7(27) *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 111-132.
- Özdek Y, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye: AİHS Sistemi – AİHM Kararlarında Türkiye* (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 2004).
- Özdek Y, *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı* (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü 1993).
- Ponce J, 'Afet Öncesi ve Sonrasında Kamusal Sorumluluklar ve Yükümlülükler: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları' çev İsmail Pamuk (2013) 8(111) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 393-407.
- Rainey B, McCormick P and Ovey C, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights* (Eighth edition, Oxford University Press 2020).
- Salihpaşaoğlu Y, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller* (Birinci Baskı, Adalet 2020).
- Spielmann D, 'The European Convention on Human Rights the European Court of Human Rights' Chapter 14: in Dawn Oliver, Jörg Fedtke (eds), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study* (Routledge-Cavendish, London and New York 2007) 427-464.
- Stoyanova V, 'Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the ECHR' (2018) 18(2) *Human Rights Law Review* 309-346.
- Stoyanova V, 'Fault, Knowledge and Risk within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights' (2020) 33(3) *Leiden Journal of International Law* 601-620.
- Sudre F, 'Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme' (1995) 23 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 363-384.
- Sunay R, 'İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu' (2015) 23(1) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9-52.
- Şahin K, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı' (2013) 19(3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 53-146.
- T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD), 'Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü' (Kasım 2014) 64, <<https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>> Erişim Tarihi 26 Şubat 2023.
- Tosun S, 'Özel Yaşamın Korunması Hakkı Bağlamında Negatif ve Pozitif Özgürlük' (2015) 3(1) *Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 141-170.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer).
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4709, Kabul Tarihi: 03.10.2001, RG 17.10.2001/24556 (Mükerrer).
- Uygun O, *Devlet Teorisi* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Van Dijk P, "Positive Obligations" Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the "Masters" of the Convention?' in (eds) Monique Castermans-Holleman and Fried Van Hoof and Jacqueline Smith, *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy: Essays in Honour of Peter Baehr* (Kluwer Law International, 1998).

- World Health Organization (WHO), 'Protecting Health from Climate Change' (Fact Sheet, March 2016)
- Xenos D, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights* (Routledge 2013).
- Yüzer Eltimur D, 'AİHM ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Çevrenin Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri' (2018) 12(145) Terazi Hukuk Dergisi 93-114.
- Yüzer Eltimur D, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri* (Onikilevha 2019).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, App no 55721/07 (ECHR, 7 July 2011)
- Anguelova v. Bulgaria*, App no 38361/97 (ECHR, 13 June 2002)
- Armani Da Silva v. the United Kingdom* [GC], App no 5878/08 (ECHR, 30 March 2016)
- Brincat and Others v. Malta*, App nos 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (ECHR, 24 July 2014)
- Budayeva and Others v. Russia*, App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECHR, 20 March 2008)
- Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*, App no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (ECHR (Ser. A), 23 July 1968)
- Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*, App no 47848/08 (ECHR, 17 July 2014)
- Cevrioğlu v. Turkey*, App no 69546/12 (ECHR, 04 October 2016)
- Ergi v. Turkey*, App no 23818/94 (ECHR, 28 July 1998)
- Fadayeva v. Russia* (Dec.), App no 55723/00 (ECHR, 16 October 2003)
- Fernandes de Oliveira v. Portugal* [GC], App no 78103/14 (ECHR, 31 January 2019)
- Giuliani and Gaggio v. Italy* [GC], App no 23458/02 (ECHR, 24 March 2011)
- Guerra and Others v. Italy* [GC], App no 14967/89 (ECHR, 19 February 1998)
- Gül v. Switzerland*, App no 23218/94 (ECHR, 19 February 1996), Dissenting Opinion of Judge Martens
- Güleç v. Turkey*, App no 21593/93 (ECHR, 27 July 1998)
- Hiller v. Austria*, App no 1967/14 (ECHR, 22 November 2016), Dissenting Opinion of Judge Motoc
- İlhan v. Turkey* [GC], App no 22277/93 (ECHR, 27 June 2000)
- Jasinskis v. Latvia*, App no 45744/08, (ECHR, 21 December 2010)
- Keenan v. the United Kingdom*, App no 27229/95 (ECHR, 03 April 2001)
- Kılıç v. Turkey*, App no 22492/93 (ECHR, 28 March 2000)
- Kolyadenko and Others v. Russia*, App nos 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05 (ECHR, 28 February 2012)
- L.C.B. v. the United Kingdom*, App no 23413/94 (ECHR, 09 June 1998)
- Lambert and Others v. France* [GC], App no 46043/14 (ECHR, 5 June 2015)
- Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* [GC], App no 56080/13 (ECHR, 19 December 2017)
- López Ostra v. Spain*, App no 16798/90 (ECHR, 09 December 1994)
- M. Özel and Others v. Turkey*, App nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05 (ECHR, 17 November 2015)
- Mahmut Kaya v. Turkey*, App no 22535/93 (ECHR, 28 March 2000)
- McCann v. the United Kingdom*, App no 18984/91 (ECHR, 27 September 1996)
- Mučibabić v. Serbia*, App no 34661/07 (ECHR, 12 July 2016)
- Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* [GC], App no 24014/05 (ECHR, 14 April 2015)
- Nachova and Others v. Bulgaria*, App nos 43577/98 and 43579/98 (ECHR, 06 July 2005)

- Nencheva and Others v. Bulgaria*, App no 48609/06 (ECHR, 18 June 2013) (French only)
Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania [GC], App no 41720/13 (ECHR, 25 June 2019)
Opuz v. Turkey, App no 33401/02 (ECHR, 09 June 2009)
Osman v. the United Kingdom, App no 23452/94 (ECHR 1998-VIII, 28 October 1998).
Öneryıldız v. Turkey [GC], App no 48939/99 (ECHR, 30 November 2004)
Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom, App no 46477/99 (ECHR, 14 March 2002)
Ramsahai and Others v. the Netherlands [GC], App no 52391/99 (ECHR, 15 May 2007)
Šilih v. Slovenia [GC], App no 71463/01 (ECHR, 09 April 2009)
Stoyanovi v. Bulgaria, App no 42980/04 (ECHR, 9 November 2010)
Vardosanidze v. Georgia, App no 43881/10 (ECHR, 7 May 2020)
X and Y v the Netherlands App no 8978/80 (ECHR, 26 March 1985)
Yaşa v. Turkey, App no 22495/93 (ECHR, 02 September 1998)

İHAM, Halet vs. Lüksemburg Büyük Daire Kararına İlişkin Bilgi Notu

Gizem KAPUCU* , Metin KOCATEPE** 

ÖZ

Bu bilgi notu, İHAM Büyük Dairesi tarafından 14 Şubat 2023 tarihinde verilmiş olan Halet vs. Lüksemburg kararının¹ nihai metnine ilişkindir.²

Lüksemburg vergi idaresi ile PricewaterhouseCoopers (PwC) isimli bağımsız denetim şirketi arasında bazı çok uluslu şirketler adına gerçekleştirilen “özel vergi anlaşmalarını”, PwC çalışanı olan başvuranın basına sızdırması sonucu karşılaştığı hukuki ve cezai sonuçların ifade özgürlüğünü (İHAS m.10) ihlal etmediğine ilişkin 3. Daire tarafından verilen kararın Büyük Daire’ye sevk edilmesi üzerine, İHAM Büyük Daire Guja kriterlerini uygulayarak m.10 kapsamında bir inceleme gerçekleştirmiştir. Bu inceleme neticesinde mahkeme 3. Daire kararının aksine başvurana verilen cezanın İHAS m.10’u ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu bilgi notu, Büyük Daire tarafından verilen kararın aktarılmasını ve kısa bir değerlendirmesini içermektedir.

Anahtar Kelimeler: Bilgi sızdırma, vergi hukukunda bilgi sızdırma, ifade özgürlüğü, vergi hukukunda ifade özgürlüğü, Lüksemburg sızıntıları.

ABSTRACT

The ECHR has examined whether the legal and criminal consequences that the applicant, who is a PwC employee, had faced as a result of leaking to the press the “special tax agreements” between the Luxembourg tax administration and the independent audit firm PricewaterhouseCoopers (PwC), violated the freedom of expression (Article 10 of the ECHR). Upon referral of the decision by Chamber 3 to the Grand Chamber, the Grand Chamber carried out an article 10 review applying the Guja criteria. As a result of this examination, the court concluded that contrary to the decision of the 3rd Chamber, the legal consequences on the applicant violated Article 10 of the ECHR. This fact sheet contains a quote and a brief assessment of the decision made by the Grand Chamber.

Keywords: Whistleblowing, Tax Whistleblower, Freedom of Expression, LuxLeaks.

1 İHAM, Halet vs. Lüksemburg, Başvuru no. 21884/18, 14 Şubat 2023 (HUDOC Database).

2 Büyük Daireye sevk edilen 3. Daire kararına ilişkin karar inceleme metninin 14.09.2022 tarihi itibarıyla yazımı tamamlanmış ve ilgili inceleme Aralık 2022 tarihinde Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 2’de yayımlanmıştır (Bkz. Gizem Kapucu – Metin Kocatepe, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Halet v. Lüksemburg Kararı: Vergi Hukukunda Bilgi Sızdırma (*Whistleblowing*)”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S.2, 2022, s.1451-1487). İlgili makalenin 1 nolu dipnotunda nihai kararın henüz yayınlanmadığına dikkat çekilmiştir. Bu bilgi notu, ilgili makalenin tamamlayıcısı olarak, nihai kararın kısa bir açıklamasını içermektedir.

* Arş. Gör., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9650-5692>.

** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1440-7683>.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Gizem KAPUCU

E-posta/E-mail: gizem.kapucu@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.05.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 19.05.2023

Başlangıç: Halet vs. Lüksemburg

PwC şirketinde çalışan Halet, vergi mükellefi olan müşterilerinin beyannamelerini merkezi bir şekilde hazırlamak, taramak ve kaydetmek için kullanılan güvenli bir bilgi teknolojileri ağına erişimi olan bir çalışandı. PwC'nin faaliyetlerinden biri de mükellef şirketler adına geçici vergi avantajları talep etmektir. Halet şirket içinde yürüttüğü faaliyetler nedeniyle bu taleplere ve Lüksemburg vergi idaresi ile yapılan anlaşmalara erişebilmekteydi.

2014 yılında gazeteciler konsorsiyumu tarafından gerçekleştirilen bir haber serisinde, PwC'nin müşterileri için vergi idaresi ile yaptığı bu anlaşmalar, bir internet sitesi üzerinden kamuoyunun bilgisine sunulmuştur. Luxleaks skandalı olarak adlandırılan bu gelişmeler, esasında bir başka PwC çalışanı olan A.D.'nin basına sızdırdığı belgelerle başlamıştır. Ardından Halet, Luxleaks skandalında adı geçen çok uluslu şirketlerin vergi beyannamelerini basına sızdırmıştır. Böylece, söz konusu şirketlerin ilgili anlaşmalara dayalı olarak vergi beyannamelerini düzenlediği bilgisi de basına yansımıştır.

Bunun sonrasında PwC içinde bir iç soruşturma yürütülmüş ve Halet işten çıkarılmıştır. Buna ek olarak adli ve hukuki davalara konu olan uyuşmazlık sonucunda Halet, hem bazı suçlardan adli para cezasına çarptırılmış hem de PwC'ye sembolik bir tazminat tutarı ödemek zorunda kalmıştır.

Karar: Guja kriterlerinin yeniden uygulanması

İHAM Kararı: Guja kriterlerinin yeniden uygulanması

İHAM, bilgi sızdırma faaliyetlerine ilişkin yapılan başvurularda, Guja içtihadında ortaya koyduğu kriterleri uygulayarak bir karar vermiştir. Bu kriterler şunlardır:

- i) birinci kriter: bilginin kamuya açıklanması yönteminden başka ihbarcının başka etkin araçlara sahip olmaması,
- ii) ikinci kriter: açıklanan bilginin kamu yararı açısından önem taşıması,
- iii) üçüncü kriter: açıklanan bilginin gerçek olması,
- iv) dördüncü kriter: bilgiyi sızdıran kişinin iyi niyetle (good faith) hareket etmesi,
- v) beşinci kriter: açıklanan bilginin amaçladığı kamu yararı ile bu açıklamanın verdiği zarar arasında bir dengenin olması (yarar-zarar testi),
- vi) altıncı kriter: bilgi sızdırana verilen cezanın orantılı olması (ağırlık/severity ölçümlemesi).

Bu kriterlerden ilk beşinin olayda olması durumunda, İHAM altıncı kriter kapsamında verilen cezanın ağırlığını inceleyerek, bu cezanın bilgi sızdırmanın ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğine karar vermektedir.

Halet kararına uygulanması:

İHAM, Guja kriterlerinden bilginin kamuya açıklanması yönteminden başka ihbarcının başka etkin araçlara sahip olup olmadığının incelenmesine ilişkin olarak, ifşa edilen vergi beyannamelerinin, Lüksemburg yasalarına uygun şekilde hazırlanmış olan belgeler olması ve başvuranın işverene/kamu idarelerine başvurmasının anlamsız olması nedeniyle, ifşa kanalı seçiminde kamuoyu ve basın dışında etkili bir kanal olmadığını kabul etmiştir (para.171-172).

İfşa edilen bilgilerin gerçekliği ve doğruluğu (para.173) ve bilgiyi sızdıran kişinin iyi niyetle (*good faith*) hareket etmesi (para.174) kriterleri ile ilgili olarak taraflar arasında bir ihtilaf olmadığını da vurgulamıştır.

Açıklanan bilginin amaçladığı kamu yararı ile bu açıklamanın verdiği zarar arasında bir denge (yarar-zarar dengesi) olmasını gerektiren Guja 5.kriteri kapsamında;

İHAM, ulusal mahkemelerin bu dengeyi incelerken yeterince ayrıntılı gerekçeler sunmaları gerektiğini belirterek (para.177.), ifşa kapsamındaki ifadenin/açıklamanın meydana geldiği bağlamı ve bunun hizmet ettiği kamu yararı ile ifşanın yol açtığı zararlı etkileri incelemiştir:

İtiraz edilen ifşanın bağlamı : İHAM'a göre, başvuranın ihtilaf konusu bilgileri ifşa ettiği sırada Lüksemburg'daki vergi uygulamalarına ilişkin kamuoyu tartışmasının halihazırda devam etmesi, tek başına bu bilgilerin kamu yararına olmadığı sonucunu doğurmaz, özellikle Avrupa'da o dönem süren kurumlar vergisi tartışması da bağlam değerlendirmesinde göz önünde bulundurulmalıdır (para.184).

Açıklanan bilgilerin kamu yararı etkisi: İHAM, vergisel bilgilerin yayınlanmasının, kamu yararına ilişkin olan bir kamuoyu tartışmasına katkıda bulunabileceğini kabul ettiğini yinelemiştir. Zaten mevcut davada, başvuru ve AD tarafından yapılan ifşaların kamu yararına olduğunu ve "Avrupa'da ve Lüksemburg'da uygulanan kurumlar vergisi, özellikle çok uluslu şirketlerin vergilendirilmesi, özel vergi anlaşmaları (*advanced tax agreements*), vergi şeffaflığı ve genel olarak vergi adaleti konusunda kamuoyu tartışmasına kapı açtığını" Lüksemburg ulusal mahkemelerinin de kabul ettiğinin altını çizmiştir (para.185). İHAM'a göre, Lüksemburg'daki vergiden kaçınma ve vergi optimizasyonu uygulamalarına ilişkin bir tartışmanın, söz konusu belgeler ifşa edildiğinde zaten devam ediyor olması, bu belgelerin tartışmaya katkı düzeyinin daha az olduğu yorumunu yapmak için yeterli değildir (para.187). Vergi beyannamesinin "vergi mükellefinin aldığı vergisel kararlar hakkında yetkilileri bilgilendiren" ve "indirim taleplerini ve kanunun öngördüğü çeşitli vergilendirme seçeneklerinin uygulanmasını" sağlayan bir belge olduğunu belirten İHAM, özel vergi anlaşmaları ve vergi beyannamelerinin farklı vergi uygulamalarına atıfta bulunan iki ayrı belge türü olsa da, bu iki tür belgenin ifşasının bir arada mevcut davada yürürlükteki vergilendirme uygulamalarının resmini oluşturmaya katkıda bulunduğunu tespit etmiştir. Kârlarını düşük vergi uygulayan ülkelere kaydırmak ve böylece diğer devletlerin vergi gelirlerini aşındırmak için çokuluslu şirketler tarafından uygulamaya konulan vergi stratejilerinin Lüksemburg'da ve Avrupa düzeyindeki etkilerinin belirlenmesine ilişkin tartışmalar bakımından da bu ifşanın katkısı olduğunu vurgulamıştır (para.188). Vergiye tabi herhangi bir mükellef, özel vergi anlaşmalarını anlayamasa da vergi beyannamesini anlayabilecektir. Böylece, başvuranın ifşa ettiği belgeler, vergi sisteminin

avantajlı olduğu yerlerden yararlanmak isteyen çok uluslu şirketlerin vergi uygulamalarının şeffaflaşmasına katkıda bulunacak ve bu anlamda, kamunun ilgilendiği bir konuda bilinçli bir görüş oluşturmasına yardımcı olabilecektir (para.191). İHAM, ayrıca, söz konusu ifşaya atfedilen kamu yararı ağırlığının hem ekonomik hem de sosyal açıdan çok uluslu şirketlerin mevcut konumundan bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindedir. Vergi gelirlerinin devletlerin ekonomileri ve bütçeleri üzerindeki rolü ve bazı çok uluslu şirketler tarafından kullanılabilir olan kâr aktarma gibi vergi stratejilerinin hükümetler için oluşturduğu önemli zorluklar da dikkate alınmalıdır. İHAM Büyük Daire bundan yola çıkarak, başvuran tarafından kamuya açıklanan çok uluslu şirketlerin vergi beyannameleri gibi vergisel uygulamalara ilişkin bilgilerin, vergi kaçakçılığı, şeffaflık, adalet ve vergi adaleti konularında süregelen tartışmaya şüphesiz katkıda bulunduğu sonucuna varmaktadır. Açıklanan bu bilgiler Lüksemburg'da, Avrupada ve vergi gelirleri etkilenebilecek diğer devletlerde kamuoyunu ilgilendiren bilgilerdir (para.192).

Açıklanan bilginin ortaya çıkardığı zarar: Büyük Daire, PwC'nin, özellikle müşterileri gözünde bir itibar zedelenmesine maruz kaldığını kabul etse de uzun vadeli bir zararın oluşmamış gibi görüldüğünü tespit etmiştir (para.194). Ancak ortaya çıkan zarar değerlendirmesinde yalnızca PwC'nin değil, buna bağlı olarak ortaya çıkacak diğer bağlantılı zararların da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan PwC'nin müşterileriyle ilgili olarak, söz konusu vergi beyannamelerinin ifşasının, en azından bir dereceye kadar, isimleri/unvanları kamuoyuna açıklanan çok uluslu şirketlerin de özel çıkarlarına ve itibarlarına zarar verebileceğini kabul etmiştir (para.196). İHAM, başvuranın yalnızca herhangi bir çalışanın işverenine karşı borçlu olduğu sadakat yükümlülüğü ile değil, aynı zamanda PwC tarafından yürütülen faaliyetler nedeniyle mesleki sır yükümlülüğüne de tabi olduğuna işaret etmiştir (para.197). Buradan yola çıkarak, Lüksemburg ulusal yargı makamlarının “imaaja zarar verme” ve “itibar kaybı” gibi genel ifadelerle belirttiği zararın “genel çıkarlardan daha ağır bastığına” yönelik kararını yeterli bir şekilde gerekçelendiremediği sonucuna ulaşmıştır (para.200).

Dengeleme testinin sonucu: Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında İHAM, ulusal mahkemeler tarafından gerçekleştirilen dengeleme uygulamasının belirli gereklilikleri karşılamadığını tespit etmiştir. Bir yandan Temyiz mahkemesinin ifşa edilen bilgilerdeki “kamu yararını” kısıtlayıcı bir yorumla ele aldığını, öte yandan ifşadan kaynaklanan “zararların tamamını” terazinin diğer tarafına koymadığını, sadece PwC'nin uğradığı zarara odaklanıldığını belirtmiştir. Bu nedenle mevcut davada olayın kendine özgü koşullarının yeterince değerlendirilmediği sonucuna varmıştır (para.201). Böylece, İHAM, söz konusu çıkarların dengelenmesi işini üstlenmiştir. Bu bağlamda, başvuran tarafından ifşa edilen bilgilerin “kamu yararına olduğunu” kabul ettiğini yineleyerek, söz konusu açıklamanın veri hırsızlığı yoluyla gerçekleştirildiğini ve başvuranın bağlı olduğu mesleki gizliliğin ihlal edildiğini vurgulamıştır. Bu durumda, ifşa edilen bilginin niteliği ve ifşasına bağlı “riskin” kapsamını göz önünde bulundurarak, ifşa edilen bilginin nispi ağırlığının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. İHAM, çok uluslu şirketlerin vergi uygulamalarına ilişkin hem ulusal hem de küresel düzeyde gerçekleştirilen kamuoyu tartışmalarında başvuran tarafından ifşa edilen bilgilerin tartışmalara katkı düzeyi konusunda şu kaniya varmıştır: “bu bilgilerin ifşa edilmesindeki kamu yararı, ortaya çıkardığı zararların tamamından daha ağır basmaktadır” (para.202).

İHAM bu tespitin ardından başvurucuya yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığına ilişkin incelemesini tamamlamak için başvurana verilen cezanın ağırlığı ile ilgili Guja 6. kriteri kapsamında;

Verilen cezanın orantılılık değerlendirilmesi bağlamında, cezanın hafif olup olmadığına bakılmaksızın, önemli olanın ilgili kişi aleyhine verilmiş olan hüküm olduğunu hatırlatarak, ihbarcıların asli rolü göz önünde bulundurulduğunda, ifade özgürlüğü üzerindeki herhangi bir aşırı kısıtlamanın, ifşa edilmesinde kamu yararı bulunan bilgilerin gelecekte ifşa edilmesini, yasa dışı faaliyetler veya şüpheli davranışlarla ilgili bildirim yapılması üzerinde caydırıcı etkiler yaratabileceğini vurgulamıştır. Bu durumda, Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan kamu yararına ilişkin bilgi alma hakkının tehlikeye girebileceğine dikkat çekmiştir (para.204). Mevcut davada, başvuran, işvereni tarafından işten çıkarıldıktan sonra, kamuoyunun yoğun ilgisi altında yürütülen kovuşturmanın sonunda 1.000 Euro adli para cezasına çarptırılmıştır. Verilen cezaların niteliği ve bunların etkilerinin ciddiyeti, özellikle de başvuranın veya diğer herhangi bir muhbirin ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcı etkisi dikkate alındığında, ulusal mahkemeler tarafından göz ardı edilmiş bir husus olmuştur. İHAM özellikle söz konusu menfaatleri tarttıktan sonra vardığı sonucu göz önünde bulundurarak, başvurana verilen cezanın izlenen meşru amaç kapsamında orantılı olmadığı kanaatindedir (para.205).

SONUÇ

İHAM Büyük Daire, başvurana verilen cezanın ifade özgürlüğü hakkına, özellikle de bilgi verme özgürlüğüne yönelik demokratik bir toplumda gerekli olan şartları sağlamayan bir müdahale olduğu ve Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Verilen bu karar, ifşa faaliyetleri ile ilgili “geriye gidişten dönüş”³ olarak nitelendirmek mümkündür. Kararın vergi hukukuna yansımaları, mükellefin özel hayatına saygı hakkına dair son yıllarda artan tartışmalara yeni bir boyut kazandıracak gibi görünmektedir.

Terazinin bir tarafında mükellefin vergisel bilgilerinin gizliliği ilkesi, bir diğer tarafında ise vergi adaleti kapsamında vergi yükünün mükelleflere adil bir şekilde dağıtılması ilkesi yer almaktadır. Vergi yükünün mükelleflere adil şekilde dağıtılması ilkesine aykırı vergisel anlaşmaların ve uygulamaların kamuya açıklanması durumlarında ise tartışma özel bir görünüme bürünmektedir. Bu son durumda terazinin bir tarafında kamunun bilgi alma hakkı ile bağlantılı olarak bilgi sızdırmanın ifade özgürlüğü, bir diğer tarafında ise sızdırılan bilgidен zarar gören şirketlerin ticari itibarı ve vergi mahremiyeti yer almaktadır. İHAM'ın bu dengeye mevcut davadaki yorumları, gelecekteki vergisel bilgilerin sızdırılması faaliyetleri için oldukça önemli bir kaynak değeri taşımaktadır.

3 Bkz. Kapucu/Kocatepe, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Halet v. Lüksemburg Kararı: Vergi Hukukunda Bilgi Sızdırma (*Whistleblowing*)”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S.2, 2022, s.1483.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'nın Tarafsızlığı ve Anayasa Değişikliği Kanun Tekliflerini İmzalaması Sorunu

Impartiality of the Speaker of the Turkish Parliament and Their Contested Authority to Sign Constitutional Amendment Proposals

Ahmet Melihşah ÇEVİLİK* 

ÖZ

9 Aralık 2022'de Meclis Başkanlığına sunulan ve Anayasa'nın 24 ve 41'inci maddelerinde değişiklik yapılmasını öngören 2/4779 esas numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'nın tarafsızlığına ilişkin birtakım soruları beraberinde getirmiştir. 2019 yerel seçimlerinde dönemin Meclis Başkanı'nın bir siyasi partinin belediye başkanı adayı olması vesilesiyle tarafsızlık fenomeninin yakın geçmişte de tartışılmış olması, Meclis Başkanı'nın tarafsızlığını sağlamaya yönelik mevcut düzenlemelerin güncel gelişmeler karşısında yetersiz kaldığını ortaya koymaktadır. Elinizdeki çalışmada "Meclis Başkanı'nın tarafsızlığı yasama çalışmalarının ve esas olarak Meclis Genel Kurulunun idaresi ile mi sınırlıdır?" sorusuna cevap aranmaktadır. Bu kapsamda Meclis Başkanı'nın yasama meclisi üyesi olmaktan kaynaklanan hak ve yetkileri, anayasa değişikliği kanun tekliflerine imza verme yetkisi özelinde incelenmektedir. Çalışmada, Genel Kurul çalışmalarının sıhhatle yürütülebilmesi ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin üzerine düşen işlevleri layıkıyla yerine getirebilmesi için Başkan'ın tarafsız olduğu izlenimi vermesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bunun yanında Meclis Başkanı'nın tarafsızlığına ilişkin somut ifadeler içeren, bu amaca yönelik daha net ve işlevsel sınırlamalar öngören hükümlere ihtiyaç duyulduğu genel olarak değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Meclis Başkanı, Tarafsızlık, Başkanlık Divanı, Meclis Başkanının Tarafsızlığı

ABSTRACT

The Proposal of Law Amending the Constitution of the Republic of Turkey with file number 2/4779, which was submitted to the Office of the Speaker on December 9, 2022, and envisages amendments to Articles 24 and 41 of the Constitution, brought along some questions regarding the impartiality of the Speaker of the Grand National Assembly of Turkey. The fact that the phenomenon of impartiality has also been discussed in the recent past because the Speaker of the era ran for election for the mayorship of a political party in the 2019 local elections reveals that the current regulations aimed at ensuring the impartiality of the Speaker are insufficient in the face of current developments. In the present study, an answer to the question: "Is the impartiality of the Speaker limited to the administration of the legislative work, mainly the Plenary of the Assembly?" is sought. In this context, it is examined that the authority of the Speaker to exercise the rights and powers arising from being a member of the legislative assembly, particularly their power to sign a proposal for a constitutional amendment. It is emphasized that the Speaker should give the impression of being impartial for the work of the General Assembly to be carried out properly and for the Grand National Assembly of Turkey to fulfill its duties adequately. In addition, it is generally considered that there is a need for provisions that contain concrete statements regarding the impartiality of the Speaker and that provide clearer and more functional limitations for this purpose.

Keywords: Grand National Assembly of Turkey, the Speaker, Impartiality, Bureau of the Assembly, Impartiality of the Speaker

* Araştırma Görevlisi, Tarsus Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-8239-029X.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ahmet Melihşah ÇEVİLİK

E-posta/E-mail: melihshahcevilik@tarsus.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 30.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 15.06.2023

GİRİŞ

9 Aralık 2022’de Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığına sunulan ve Anayasa’nın 24 ve 41’inci maddelerinde değişiklik yapılmasını öngören 2/4779 esas numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi hazırlık sürecinden itibaren farklı yönlerden eleştirilmiş, teklifin TBMM Başkanlığına sunulması akabinde kimi tartışmalara vesile olmuştur. Söz konusu tartışmalar anayasa değişikliği teklifinin amacı, gerekliliği, siyasi konjonktüre olan etkisi, içeriği ve hazırlık yöntemi çerçevesinde yoğunlaşmaktadır.¹

Cumhur İttifakı² milletvekillerinin imzasını taşıyan anayasa değişikliği teklifinde 27’nci Dönem TBMM Başkanı Mustafa Şentop’un imzasının bulunması teklifin tartışmalı yönlerinden birini oluşturmaktadır. Meclis Başkanı’nın bir anayasa değişikliği teklifine imza atması, Meclis Başkanı’nın tarafsızlığı ilkesiyle bağlantılı olarak birtakım soruları beraberinde getirmektedir. Buradan hareketle, çalışmada “Meclis Başkanı’nın tarafsızlığı yasama çalışmalarının ve esas olarak Meclis Genel Kurulunun idaresi ile mi sınırlıdır?” sorusuna cevap aranmakta; Meclis Başkanı’nın yasama meclisi üyesi olmaktan kaynaklanan hak ve yetkileri kullanma salahiyeti, anayasa değişikliği teklifleri bağlamında incelenmektedir.

I. TÜRKİYE’DE MECLİS BAŞKANLIĞI, TBMM BAŞKANLIK DİVANI VE TARAFSIZLIK İLKESİ

Meclis Başkanı’nın tarafsızlığı, yasama organı olan TBMM’nin temsil, müzakere, denetim ve yasama işlevlerinin layıkıyla yerine getirilmesini teminat altına almak üzere benimsenen anayasal bir ilkedir.³ Bu ilkeyle TBMM’yi Meclis dışında temsil etmek ve genel olarak parlamento çalışmalarını idare etmek ile görevlendirilmiş bulunan Meclis Başkanı’nın parlamentoda bulunan milletvekilleri, siyasi parti ve siyasi parti grupları karşısında tarafsız bir konumda bulunması; farklı siyasi görüşler arasında ayırım yapmaması amaçlanmaktadır. Böylece Meclis Başkanı’nın tarafsızlığı ilkesi sayesinde yasama faaliyetlerinin sıhhatle yürütülmesi teminat altına alınmış olmaktadır.⁴ 1982 Anayasası ve TBMM İçtüzüğü’ne göre Meclis Başkanı’nın tarafsızlığını değerlendirmeye geçmeden önce Türkiye’de tarafsızlık ilkesinin gelişimini ele almak yerinde olacaktır.

- 1 Tolga Şirin, ‘Cumhur İttifakı’nın Anayasa Değişikliği Önerisine Eleştiriler’ (T24, 13 Aralık 2022) <<https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/cumhur-ittifaki-nin-anayasa-degisikligi-onerisine-elestiriler,37806>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2023; ‘Özgür Özel: “Şentop, Tarafsızlığını Yitirdiğinin Bilincinde Olduğu İçin Tartışmaları Tarafsız Olması Gerekeceği Argümanı Üzerinden Yürütüyor. Kendisine O Makamı Boşaltmak Düşer’ (Anka Haber Ajansı, 12 Aralık 2022) <https://ankahaber.net/haber/detay/ozgur_ozel_sentop_tarafsizligini_yitirdiginin_bilincinde_oldugu_icin_tartismalari_tarafsiz_olmasi_gerekecegi_argumani_uzerinden_yurutuyor_kendisine_o_makami_bosaltmak_duser_115811> Erişim Tarihi 18 Nisan 2023.
- 2 2018 genel seçimleri öncesinde Adalet ve Kalkınma Partisi ile Milliyetçi Hareket Partisi tarafından kurulan seçim ittifakı, “Cumhur İttifakı” adını taşımaktadır.
- 3 Ayhan Döner, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2021) 309; Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku* (15. Baskı, Turhan 2007) 210-211; Mümtaz Soysal, *Anayasaya Giriş* (3. Baskı, İmge 2011) 296.
- 4 Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (14. Baskı, Seçkin 2021) 251; Fahri Bakırcı, Ömer Faruk Gençkaya, Ozan Ergül, Abbas Kılıç, Alp Aslan, Salim Işık ve İsmail Yüksel, *Parlamento Hukukuna Giriş* (Lykeion 2020) 172; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (6. Baskı, Beta 2004) 239-241.

A. TARAFSIZLIK İLKESİNİN GELİŞİMİ

Mümtaz Soysal tarafından *her parlamento hayatının temelini*⁵ teşkil ettiği ileri sürülen Meclis Başkanı'nın tarafsızlığı ilkesi Türk hukukunda anayasal düzeyde ilk kez 1961 Anayasası'nda düzenlenmiştir. Bu tarihten evvel, 1921 Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu'nun benimsediği kuvvetler birliği ilkesi dolayısıyla Meclis Başkanı'nın bütünüyle tarafsız olması söz konusu anayasanın uygulandığı dönem itibarıyla mümkün olmamıştır. Zira bu dönemde, meclis hükûmeti sisteminin doğal bir sonucu olarak Meclis Başkanlığı'nı işgal eden kişi, yasama ve yürütme organlarının başı olarak görev yapmaktadır.⁶ 1921 Anayasası'nın 9'uncu maddesine göre Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu tarafından seçilen Büyük Millet Meclisi (BMM) Reisi, İcra Vekilleri Heyeti'nin de doğal başkanı olup hem meclis adına imza yetkisine hem de vekiller heyetince alınan kararları tasdik etmeye yetkilidir. Aynı madde uyarınca İcra Vekilleri Heyeti üyeleri, Heyet Reisi'ni kendi aralarında seçme yetkisine sahiptir. Görüldüğü üzere, İcra Vekilleri Heyeti kendi içlerinden seçtikleri bir reise sahip olmakla beraber heyetin doğal başkanı BMM Reisi olmaktadır. 8 Temmuz 1922'de kabul edilen *İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanun* ile icra vekillerinin BMM Reisi tarafından aday gösterilmesi usulünden rücu edilmiş; icra vekilleri ile İcra Vekilleri Heyeti Reisi'nin BMM tarafından seçilmesi usulü benimsenmiştir. İcra Vekilleri Heyeti Reisi'nin doğrudan BMM tarafından seçilmesi usulünün benimsenmesinin somut karşılığı ise BMM Reisi'nin sahip olduğu otorite sayesinde İcra Vekilleri Heyeti'ne de reis olarak seçilmesi olmuştur.⁷ Dolayısıyla 1921 Anayasası döneminde benimsenen hükûmet sistemi sonucunda Mustafa Kemal Paşa hem meclis başkanı hem de hükûmet başkanı olarak görev icra etmiş ve devlet başkanlığı makamına özgü kimi fonksiyonları da fiilen uhdesinde toplamıştır.⁸ 1921 Anayasası'nın hazırlık günlerinden itibaren BMM ile Mustafa Kemal Paşa arasında yetki paylaşımı noktasında sık sık anlaşmazlıklar yaşanmış olsa da⁹ dönemin siyasi rejimi, Meclis Başkanlığı makamı ile yürütmenin başı olmayı birbirine eklemleyerek bütün kuvvetlerin yasama meclisinde toplandığı bir yapıda Meclis Başkanı'nı *siyaset üstü bir hakem* konumuna getirmeye çalışmıştır.¹⁰

Cumhuriyeti ilan eden 29 Ekim 1923 tarihli yasa ile Cumhurbaşkanlığı makamı tesis edilmiştir. Böylelikle saf parlamenter hükûmet sistemi yolunda önemli bir dönüşüm gerçekleşmiş, icra vekillerinin Meclis tarafından seçilmesi prensibinin yerini Cumhurbaşkanınca Meclis üyeleri arasından seçilen bir Başvekil makamı ve bu Başvekil'in kurduğu ve Meclis tarafından onaylanan bir Vekiller Heyeti almıştır.¹¹ Meclis Başkanı'nın sahip olduğu yürütmeye ilişkin kimi yetkilerin

5 Mümtaz Soysal, 'Türk Parlamentolarında Meclis Başkanlarının Durumu' (1957) 12(2) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 76, 81.

6 ibid 78.

7 Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (32. Baskı, YKY 2019) 274.

8 ibid 269-270.

9 ibid 275.

10 Tolga Şirin, 'Meclis Başkanlığı Hakkında Notlar: Modelleri, Anayasal Tarihi ve Tarafsızlığı' iç Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği (ed), *TBMM Yüzüncü Yıl Armağanı* (Tekin 2022) 973. Bununla birlikte Mustafa Kemal Paşa o dönemde Müdafaa-i Hukuk Grubu'nun başkanı olması sebebiyle aktif olarak Meclis içi siyaset de yürütmektedir bkz. ibid 974.

11 Tanör (n 7) 283-285.

Cumhurbaşkanlığı makamına intikal ettirilmesi ile devlet başkanlığı, hükümet başkanlığı ve meclis başkanlığı makamları birbirinden ayrı hüviyetlere kavuşmuştur. Dolayısıyla Cumhuriyet'in ilanı ve Mustafa Kemal Paşa'nın Cumhurbaşkanı seçilmesi Meclis Başkanı'nın tarafsızlığına giden süreçte kritik birer tarihsel fenomen olarak belirlemektedir. Nitekim Cumhuriyet'in ilk Meclis Başkanı olarak 1 Kasım 1923'te göreve gelen Ali Fethi (Okyar) Bey, Meclis Başkanı olduktan sonra yaptığı konuşmada taraflı olmayacağını vurgulamış¹² ve Ali Fethi Bey'den sonra Meclis Başkanlığı makamına gelen Kazım (Özalp) Bey'in de aynı şekilde tarafsız olacağını vurgulaması ile Türkiye parlamento tarihinde adeta bir gelenek ortaya çıkmıştır.¹³

2 Mayıs 1927 tarihli TBMM Dahili Nizamnamesi ise Meclis Başkanı'nın tarafsızlığını sağlamaya yönelik açık hükümlerin yer aldığı ilk metin olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴ Nizamname'nin "Reis ve kâtiplerin müzakereye iştirakleri" başlıklı 90'ıncı maddesine göre:

"(1) Reis, meseleler müzakere edilir ve reye [oya] konurken leh ve aleyhte asla reyini [fikirini] izhar etmez [açığa vurmaz/belirtmez].

(2) Yalnız meseleler reye kondukta reyini [oyunu] verir.

(3) Bir müzakereye karışmak isterse Reislik mevkiini diğer bir Reise bırakarak hitabet kürsüsüne iner ve ancak müzakerede bulunan madde veya mesele reye iktiran ettikten [oylandıktan] sonra tekrar mevkiine çıkar.

(4) Fakat bu nizamnamenin tatbiki dolayısıyla söz söylese yukardaki fıkra ahkâmı cereyan etmez.

(5) Söz istiyen kâtipler de bu usule tabidirler."¹⁵

Nizamname'de Meclis Başkanı'nın partisi ile olan ilişkisine dair herhangi bir sınırlama öngörülmesi de mezkûr hüküm özellikle Meclis Başkanı'nın görüşülmekte olan meseleler hakkında fikir beyan etmesine ilişkin sınırlamalar getirmesi itibarıyla tarafsızlık vizyonunu sağlamaya yönelik önemli bir gelişmedir. Bu düzenleme ile yasama sürecinin işlerliğinin ve özel olarak Başkan'ın diğer milletvekilleri karşısında tarafsız olduğu izleniminin amaçlandığı bu bağlamda ifade edilmelidir.

Çok partili hayatın ilk Meclis Başkanı olan ve Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) Parti Divanının doğal üyesi bulunan Kazım Karabekir de Başkanlık seçimi sonrasında yaptığı konuşmalarda tarafsızlık vurgusunda bulunan isimlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Başkanlığı döneminde bilhassa TBMM'de tansiyonun yükseldiği anlarda takındığı soğukkanlı ve görece tarafsız tutumuyla Karabekir'in görece tarafsız bir Meclis Başkanı olduğu ifade edilmektedir.¹⁶ Politik tartışmalara girmekten çekinmeyen, aktif siyaset yapan halefleri ise söz konusu bu "tarafsızlık" vizyonunu

12 Şirin (n 10) 975.

13 ibid 976.

14 Soysal (n 5) 81; Şeref İba, 'TBMM Başkanvekillerinin Tarafsızlığı ve Sorumluluğu Üzerine' (2002) 26(235) Mülkiye Dergisi 7, 11.

15 '02.05.1927 Tarihli Dahili Nizamname' (Türkiye Büyük Millet Meclisi Resmî İnternet Sitesi) <<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/yirmi-yedi-ictuzuk>> Erişim Tarihi 12 Haziran 2023.

16 Şirin (n 10) 978.

bozmuştur. Nitekim Meclis Başkanı seçildikten sonra yaptığı konuşmada M. Şükrü Saraçoğlu tarafsızlık vurgusunda bulunmayan Meclis Başkanları arasında yerini almıştır. Büyük bir destekle Meclis Başkanı seçilen, Saraçoğlu’nun halefi, Refik Koraltan ise seçim sonrası konuşmasında “tam bir tarafsızlık” vurgusunda bulunmuş ancak başkanlığı süresince taraflı davranmaktan geri durmamıştır.¹⁷ Koraltan’ın bu tarafgir tutumu, Yassıada Yargılamaları’na konu olmuş, hakkında hazırlanan iddianamede “DP’nin kurulduğu andan ihtilale kadar bu partinin protokolde üçüncü mevkiini işgal ettiği” vurgulanmıştır. Meclis Başkanlık Divanını parti grubunun emir ve talimatlarına açık hale getirdiği; Meclis’teki müzakereleri tarafsız olarak idare etmediği, aksine partizanca bir tutum sergilediği; bu suretle muhalefetin denetim imkânlarını yok ettiği; Meclis’i temel fonksiyonlarını icra etmekten alkoyarak diktatörlüğün yerleşmesine katkı sağladığı iddia edilmiştir.¹⁸ Yargılama sonunda hazırlanan gerekçeli kararda Mahkeme, “çağdaş demokrasilerde titizlikle riayet edildiği hâlde, Koraltan’ın hiçbir zaman tarafsızlığa riayet etmediğinin yanında Başkan vekillerini de kendisi gibi davranmaya zorladığı” değerlendirmesinde bulunmuştur.¹⁹ Dönemin Cumhurbaşkanı, Başbakanı ve Meclis Başkanı’nın aynı siyasi partiden gelmesinin doğal bir sonucu olan bu deneyim, Meclis Başkanı’nın tarafsızlığını güvence altına almak amacıyla anayasal düzeyde ilke ve kurallar benimsenmesine vesile olmuştur. Bu doğrultuda, Meclis Başkanlık Divanının tarafsızlığını sağlamak amacıyla 1961 Anayasası’nın 84’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasında kesin sınırlamalar getirilmiş, burada benimsenen kurallar küçük bir farkla 1982 Anayasası’nda da aynen muhafaza edilmiştir. İlgili hükmün tahliline geçmeden evvel, tarafsızlık ilkesiyle ilgisi dolayısıyla 1982 Anayasası’na göre Meclis Başkanlık Divanının teşekkülünü incelemek yerinde olacaktır.

B. 1982 ANAYASASI VE TBMM İÇTÜZÜĞÜ’NE GÖRE TBMM BAŞKANLIK DİVANI²⁰

Yasama sürecinin etkin ve verimli olarak işlemlenmesini sağlamak; yasama meclisindeki çalışmaların planlama, idare ve denetiminde tarafsızlığı temin etmek üzere benimsenen ilke ve kurallar söz konusudur. Her bir parlamento bu amaca matuf kendi iç yapısını ve çalışma düzenini belirleyen kurullarla yönetilir.²¹ Anayasalar söz konusu bu kurulların ilkesel düzeyde belirlendiği, parlamentonun iç yapısı ve çalışma yöntemine ilişkin esaslar içeren temel metinler olarak karşımıza çıkmaktadır.

17 Bu konuda bkz. Şirin (n 10) 977-979.

18 Erol Yüksel, ‘Refik Koraltan’ın Anayasayı İhlal Davasında Yargılanması: Suçlamalar ve Savunma’ (2016) (40) Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi 373, 383-384.

19 ibid 391.

20 Westminster geleneğinin takipçisi olan ülke parlamentolarında parlamentonun idaresi kolejyal olarak değil yalnızca meclis başkanınca görülen bir iştir. Buna karşın Başkanlık Divanı (Fransa’da *Bureau*) yasama meclisinin yönetimine ilişkin farklı gelenekler arasında özellikle Kıta Avrupası modelinde gözlemlenen kolejyal yapıyı ifade eder. Bu yapılar, siyasal partilerin parlamentoda sahip oldukları koltuk sayısı ile orantılı olarak şekillenmekte, parlamentonun idaresini farklı parti grupları arasında paylaşmaktadır. Bu konuda bkz. Şirin (n 10) 955, 959. Örneğin Almanya Federal Meclisinde her bir siyasi parti grubu Başkanlık Divanında en az bir Başkanvekili ile temsil edilmektedir bkz. Kadir Candan, ‘Koalisyon Kültürüne Dayalı Bir Parlamenter Sistem Örneği: Almanya Federal Cumhuriyeti’ Semra Gökçimen (ed), *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem (Almanya, Güney Afrika, Hindistan, İngiltere, İtalya ve Japonya Örnekleri)* (TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları 2017) 44.

21 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt 1* (2. Baskı, Ekin 2020) 871.

Bununla birlikte bütün hususları anayasalarda öngörmek mümkün değildir ve temsili rejimlerde parlamentoların kendi organizasyonu ve çalışma düzenini tek taraflı olarak belirleyebileceği genel olarak kabul edilmektedir. “Yöntemsel bağımsızlık ilkesi” olarak adlandırılan bu ilke, parlamentonun bilhassa yürütme karşısında özerkliğinin işaretidir. Bu nedenledir ki, anayasalarda yasama meclislerinin kendi “iç kanunlarını” yapabilme yetkisine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmasa dahi, yasama organının kendi iç organizasyon ve çalışma yöntemlerini belirleyen kurallar tesis edebilme yetkisine sahip oldukları ileri sürülmektedir.²² İşte, parlamento tarafından alınan bir kararla tesis edilen bu genel kurallar içtüzük olarak adlandırılmaktadır. Şüphesiz, yasama organının kendi organizasyonunu ve çalışma düzenini belirleyebilmesi konusunda sahip olduğu yetkinin de anayasa kuralları uyarınca sınırlanmış olduğunu; söz konusu kuralların anayasaya uygun olması gerektiğini bu bağlamda ifade etmek gerekir.²³

1982 Anayasası TBMM’nin iç organizasyonu ve yasama faaliyetlerinin icrasına ilişkin kimi esaslar belirlemiş olmakla birlikte, TBMM çalışmalarının TBMM’nin kendi hazırlayacağı içtüzük hükümleri uyarınca yürütüleceği Anayasa’nın 95’inci maddesinin birinci fıkrasında “Türkiye Büyük Millet Meclisi, çalışmalarını, kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürütür” ifadesiyle ayrıca ve açıkça düzenlenmektedir. Yasama işlerinin etkin ve verimli olarak yürütülmesi, parlamento barışının sağlanması, parlamentoda bulunan siyasi parti gruplarının uzlaşa içerisinde hareket etmesi ve özellikle iktidar ile muhalefet arasında denge kurulabilmesi özel olarak önem arz ettiğinden TBMM Genel Kurulunun yönetimi ve TBMM’nin idaresinden sorumlu olan Başkanlık Divanının teşkiline ilişkin birtakım hususların doğrudan Anayasa tarafından düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.²⁴ Divanın kuruluş ve işleyişi, Meclis çalışmalarının ayrılmaz bir parçasıdır ve TBMM Başkanı’nın tarafsızlığı hakkında değerlendirmelerde bulunabilmek için Başkanlık Divanının teşekkülü hakkında birtakım tespitlerde bulunmak gerekmektedir.

Anayasa’nın 94’üncü maddesinin birinci fıkrasına göre TBMM Başkanlık Divanı: (i) Meclis Başkanı, (ii) Başkanvekilleri, (iii) Kâtip üyeler ve (iv) İdare Amirleri’nden oluşmaktadır. Söz konusu bu organizasyon uyarınca siyasi parti gruplarının Başkanlık Divanında güçleri oranında temsilini sağlamak üzere Anayasa 95’inci maddenin ikinci fıkrasındaki genel ifade ile yetinmeyerek Başkanlık Divanına ilişkin olarak “üye sayısı oranında temsil” koşulunu 94’üncü maddenin ikinci fıkrasında yinelemiştir.²⁵ Fıkranın birinci cümlesi uyarınca, “Başkanlık Divanı, Meclisteki siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında Divana katılmalarını sağlayacak şekilde kurulur”. Bununla birlikte anayasa yapıcı iradenin Divan’ın üye sayısını doğrudan belirlemek yerine bu işi içtüzüğe bıraktığı da bir gerçektir.²⁶

22 Yöntemsel bağımsızlık ilkesi ve içtüzük hazırlama yetkisi hakkında bkz. ibid 872; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (21. Baskı, Yetkin 2021) 241.

23 Osman Korkut Kanadoğlu ve Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (2. Baskı, On İki Levha 2021) 393.

24 Bakırcı, Gençkaya, Ergül, Kılıç, Aslan, Işık ve Yüksel (n 4) 161-162, 171.

25 Volkan Has, ‘Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Çalışma Düzeni’ (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2008) 37.

26 Siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında Başkanlık Divanında temsiline ilişkin olarak, tüm siyasi parti gruplarının Divanda temsilinin gerekip gerekmediği sorusu 1961 Anayasası döneminde gündeme gelmiştir. TBMM Genel Sekreterliği’nin talebi üzerine, İstanbul Üniversitesi ve Ankara Üniversitesi akademisyenleri söz konusu Anayasa

TBMM İçtüzüğü ise 9'uncu maddede Meclis Başkan ve Başkanvekillerinin sayısı 1'e 4 olarak öngörmektedir. Aynı madde, Danışma Kurulunun teklifi ile Kâtip üyelerin ve İdare Amirleri'nin sayısının Genel Kurulca değiştirilebileceğini hüküm altına almaktadır. Mezkûr madde uyarınca, "güç oranında temsil" ilkesine uygun olarak, parlamentodaki siyasi parti gruplarının Başkanlık Divanında temsilini sağlamak üzere Başkanlık Divanı üye sayısı her yasama dönemi başında belirlenmektedir. Başka bir ifadeyle, Başkanlık Divanında bütün siyasi parti gruplarının temsilini parlamento hukukuna özgü bir gereklilik olarak gören anayasa yapıcı iktidar, Başkanlık Divanının üye sayısını kesin olarak belirlemek yerine bunu Meclisin iradesine bırakmaktadır.²⁷ Dolayısıyla Divanın üye sayısını TBMM'de grubu bulunan bütün siyasi partilerin katılımını temin etmek üzere düzenlemenin mümkün ve hatta anayasal bir gereklilik olduğu değerlendirilebilir.

Parti gruplarının Divanda temsiline ilişkin ayrıntılı hükümler TBMM İçtüzüğü'nün 11'inci maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, İçtüzük madde 9'da sayısı sabit bir biçimde belirlenen dört Başkanvekilliğinin ne şekilde dağıtılacağı düzenlenmektedir. Buna göre, Başkanvekilliklerinden ikisinin TBMM üye tam sayısının salt çoğunluğunu elinde bulunduran parti grubuna tahsisinden sonra kalan Başkanvekillikleri oransal olarak diğer siyasi parti gruplarına dağıtılmaktadır. Başkanvekilliğine ilişkin İçtüzük'te belirlenen sınırlı sayı ilkesi ile iki Başkanvekili koltuğunun Meclis çoğunluğunu elinde bulunduran siyasi parti grubuna tahsisinin, güç oranında temsil ilkesiyle bağdaşmayacağı bu bağlamda ileri sürülebilir. Anayasa siyasi partilerin Başkanlık Divanına güçleri oranında katılımını öngörmekte fakat Divandaki koltuk dağılımına ilişkin özel bir esas getirmemektedir. Dolayısıyla İçtüzük'teki hükümler görünüşte Anayasa'ya uygun olmakla birlikte, Anayasa düzenlemesinin Başkanlık Divanının tarafsız olması amacına yöneldiği, tarafsızlık ilkesinin ise en çok Genel Kurulun yönetimi bahsinde gündeme geleceği değerlendirildiğinde; Başkanvekili sayısının da her yasama dönemi başında yeniden değerlendirilebilir olması gerektiği ifade edilmelidir.

İlgili hükümler eleştiriye açık olmakla birlikte Anayasa'da benimsenen güç oranında temsil ilkesi ile gerçekleştirilmesi hedeflenen temel amacın her bir siyasi parti grubunun en az bir üye ile yasama meclisinin idaresinden sorumlu olan Başkanlık Divanında temsilini sağlamak; böylelikle Divanın görevlerini tarafsızca yerine getirip getirmediğini siyasi parti gruplarının denetimine açmak olduğu ifade edilmelidir.²⁸ 1961 Anayasası döneminde verilen bir Anayasa Mahkemesi kararında değinildiği üzere:

hükümünün nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin görüş bildirmişlerdir. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü ile Ankara Üniversitesi'nden Bülent Esen'in kanaati, TBMM'de bulunan bütün siyasal parti gruplarının, güçlerine bakılmaksızın, Başkanlık Divanında temsil olunması gerektiği yönündedir. Ankara Üniversitesi'nden İlhan Arsel ise mezkûr hükmün mutlak bir eşitliği amaçlamadığını fakat hakkaniyet esasına matuf olduğunu değerlendirmiş; bu nedenle siyasi parti gruplarından ancak gücü yetenlerin Divanda temsil edilebileceği yönünde görüş bildirmiştir. Bu konuda bkz. ibid 38-39.

27 Anayasa Mahkemesi, E 1967/6 K 1968/9, 27.02.1968.

28 Gerçekten de Anayasa'nın 94'üncü maddesi hükmü hem (i) siyasi parti gruplarının güçleri oranında Divan'a katılmasını hem de (ii) güçleri fark etmeksizin bütün siyasi parti gruplarının Divan'a katılmasını gerektirmektedir. Has'ın isabetle belirttiği üzere TBMM'de bulunan "tüm siyasi parti gruplarının temsil edilmediği bir ortamda, siyasi parti gruplarının güçleri oranında temsil edildiğini söylemek mümkün değildir." Bkz.: Has (n 23) 39. O dönem yürürlükte bulunan Dahilî Nizamname'nin ilgili hükmünde Başkanlık Divanı üye sayısı 13 olarak belirlendiğinden, 2 Kasım 1966'da alınan Millet

“84. maddenin açık ve kesin olan birinci fıkrası, meclislerde grubu bulunan siyasî partilerin, güçleri ne olursa olsun, meclislerin başkanlık divanlarında yer alabilmelerini ve katılmanın grupların güçleri oranında olmasını zorunlu kılar. Anayasa koyucusunun bu hükümle güttüğü başlıca erek, divanların görevlerinde yansız davranmalarının sağlanmasıdır.”²⁹

II. TBMM BAŞKANI'NIN TARAFSIZLIĞI

Yasama sürecinin etkili ve verimli işleyebilmesinin temel koşulu, yasama meclisinin idaresinde tarafsızlığı sağlamaktır. Başkanlık Divanı her ne kadar kurul olarak Meclis'in idaresinde birtakım yetkilere sahip olsa da TBMM'nin idaresi esas itibarıyla Meclis Başkanı'nın sorumluluğundadır. Örneğin, İçtüzük madde 14'te TBMM'nin idari ve mali işleri ile kolluk işlerinin yürütülmesi ve denetimi Meclis Başkanı'nın görevleri arasında sayılmıştır. Meclis Başkanı'nın temel görevi ise Meclis tartışmalarının idaresi³⁰ ve Meclis'in dışarıda temsili³¹ olarak ifade edilebilir. Söz konusu kritik konumu itibarıyla Meclis Başkanı'nın üyesi bulunduğu siyasi parti ve diğer partiler karşısında tarafsızlığının teminat altına alınması parlamento işleyişi açısından bir gerekliliktir.

Farklı siyasal sistemlere bakıldığında, yasama meclisinin idaresinden sorumlu kişilerin tarafsızlığı prensibinin özellikle *Commonwealth* (İngiliz Milletler Topluluğu) üye devletlerinde ve Kıta Avrupası Geleneği'ne mensup devletlerde gözlemlenen genel bir ilke olduğu ifade edilebilir.³² Örneğin parlamentarizmin orijini olan İngiltere'de, *Westminster* modelin tarihsel gelişimi içerisinde ortaya çıkan *Speaker*³³ makamı sahip olduğu otorite ve tarafsızlığı ile ön plana çıkmaktadır.³⁴ Parlamentodaki nizamın muhafaza ve müdafaasından tartışmaları yöneten başkan sorumludur ve bu nedenle yasamanın selameti başkanın tarafsızlığına duyulan itimatla ilişkilendirilir. Zira tarafsız

Meclisi Genel Kurulu kararı uyarınca Türkiye İşçi Partisi Grubu Divanda temsil edilmemiştir. Konunun Anayasa Mahkemesi'ne intikal etmesi akabinde Mahkeme söz konusu kararı Anayasa'ya aykırı bularak şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “İçtüzük hükümleri, ancak Anayasa kuralları ile sınırlı olarak ve o kurallara uyarlıkları oranında bir uygulama yeri bulabilir. İçtüzükte öngörülmemiş, Anayasa'nın getirdiği yeniliklere ilişkin konularda veya İçtüzüğün Anayasa ile çelişen hükümlerinde Anayasa'ya uyar bir uygulama yolunun tutulması gereklidir... İçtüzüğün Başkanlık Divanını 13 kişiden kuran hükmü (Madde 5) değişmez bir kural olarak kabul edilemez. Millet Meclisindeki bütün siyasî parti gruplarının – en zayıf güçte olan da dahil – Başkanlık Divanına katılmalarının sağlanması başka bir yoldan mümkün olamıyorsa bu sayının değiştirilmesi tabii ve zorunlu olur... Başkanlık Divanında herhangi bir partinin mutlak söz sahibi olması değil, divanın tarafsızlık içinde çalışması ve tarafsızlığını koruyabilecek bir bünyede olması kuraldır... Millet Meclisi Başkanlık Divanının bünyesinin, Anayasa'nın buyruğuna göre ayarlanıp düzenlenmesi, belki ortaya başka güçlükler ve sakıncalar da çıkaracaktır. Ancak bunlar ne kadar çeşitli ne kadar ağır olursa olsun, önlenmeleri için bir yol bulunabileceği gibi, bulunmasa dahi böyle bir durumun siyasî parti gruplarının Anayasa ile tanınmış haklarından yoksun edilmelerini hiçbir zaman haklı kılamayacağı apaçıktır.” Anayasa Mahkemesi, E 1967/6 K 1968/9, 27.02.1968.

29 Anayasa Mahkemesi, E 1967/6 K 1968/9, 03.05.1968.

30 Soysal (n 5) 81; TBMM İçtüzüğü madde 14'te de “Genel Kurul görüşmelerini yönetmek” Meclis Başkanı'nın görevleri arasında sayılmaktadır.

31 Meclis Başkanı, bir kurum olarak meclisi temsil ettiği kadar, İngiltere'deki kökeni itibarıyla parlamentodaki ifade özgürlüğünün de (başka bir ifadeyle, yasama sorumsuzluğunun) temsilcisidir. Bu konuda bkz. ‘The Speaker, Deputy Speakers and Officers’ in D. R. Elder (ed), *House of Representatives Practice* (7th edn, Parliament of Australia, Department of the House of Representatives 2018) 166.

32 Meclis Başkanlığı hakkında karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Şirin (n 10) 954 vd.

33 Avam Kamarasınca alınan kararların Monark'a iletilmesi görevini üstlenen kişi olduğundan ötürü bu ismi almıştır.

34 Vicky Lee, ‘Impartiality of Speaker’ (2008) Legislative Council Secretariat Information Note IN01/08-99, 2 <<https://www.legco.gov.hk/yr08-09/english/sec/library/0809in01-e.pdf>> accessed 27 April 2023.

olduğuna inanılan bir başkanın yönetimindeki bir parlamento kendi çalışma usulüne uygun olarak işlemektedir. Dolayısıyla başkanın meclis içindeki tartışmalara dahil olmaması; mecliste görüşülen konularda fikir beyan etmekten geri durması gerektiği kabul edilir.

Karşılaştırmalı hukukta yasama meclisi başkanının tarafsızlığına ilişkin yeknesak bir normatif çerçeve ya da uygulama bulunmama ile birlikte³⁵ tarafsızlığın parlamentarizme özgü doğal bir ilke olarak geliştiği ifade edilebilir. Ancak bir Meclis Başkanı'nın hakikaten tarafsız davranıp davranmadığını tespit etmenin mümkün olmayacağı; tarafsızlığı temin etmeye yönelik uygulama ve normların bu amaç karşısında yeter güvence sağlayamayacağı da bu bağlamda tartışılan konular arasında yer almaktadır. Örneğin Mümtaz Soysal Meclis Başkanı'nın tartışmalara katılmasına ilişkin getirilen sınırlamaların Başkan'ın tarafsızlığını sağlama konusunda tek başına yeterli olmayacağı kanaatindedir. Soysal'a göre aksi bir anlayış meseleyi basitleştirmek anlamına gelmektedir. Çünkü tartışmalara katılmasa dahi Meclis Başkanı, sahip olduğu yönetim kudreti ve takdir hakkı dolayısıyla sürmekte olan tartışmaları istediği doğrultuda yönlendirme; kendisi ile karşıt görüşte olan milletvekillerinin söz hakkını sabote edebilme imkânına sahiptir.³⁶ Söz konusu bu itiraz haklı bir itiraz olmakla birlikte anayasal düzeyde benimsenen ilkelerin en azından bu amaca yönelik bir çabanın ürünü olduğu kabul edilmelidir.

Farklı bir perspektiften bakıldığında, bir kişinin tarafsız davranıp davranmadığı o kişinin durduğu tarafın bilinirliği ile de ilişkilendirilebilir. Daha açık bir ifadeyle, hangi siyasi parti mensubu/destekçisi olduğu, dolayısıyla hangi doğrultuda düşündüğü ya da düşüneceği bilinmeyen bir kişinin diğerlerine karşı nasıl muamele ettiğinin, iş ve işlemlerinde tarafsız davranıp davranmadığının ayırdına varmak o kadar da kolay olmayabilir. Bu durum bilhassa parti disiplininin güçlü olduğu siyasal sistemler bakımından dikkate değer bir noktaya tekabül etmektedir. Dolayısıyla meclis başkanlarının siyasi partilerle olan ilişkilerine yönelik benimsenen ilkeleri bu hususu da dikkate alarak değerlendirmek gerekmektedir.

A. TBMM BAŞKANI'NIN TARAFSIZLIĞINI SAĞLAMAYA YÖNELİK ESASLAR

1. TBMM Başkanı'nın Seçimine İlişkin Düzenlemeler

TBMM Başkanı'nın tarafsızlığını temin etmeye yönelik düzenlemelerin başında Başkan'ın seçimini konu alan hükümler gelmektedir³⁷. Anayasa siyasi parti gruplarının Meclis Başkanlığı için aday gösteremeyeceğini (m. 94/2) ve Başkan seçiminin gizli oyla yapılacağını (m. 94/4) hüküm altına almakta; Başkan'ın nitelikli çoğunluk ile seçilmesini teşvik eden yeter sayıları öngörmektedir (m. 94/4).

Siyasi parti gruplarının aday göstermesini engelleyen kural, parti gruplarının alacakları bir kararla parlamenterlerin iradesini sınırlayamaması amacına yöneliktir.³⁸ Siyasi partilerin adaylıkla ilgili

35 Başkan'ın tarafsızlığına ilişkin farklı geleneklerdeki ilke ve uygulamalar hakkında bkz. Şirin (n 10) 954-964.

36 Soysal (n 5) 82.

37 Fahri Bakırcı, *Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulundaki Yerleşik Uygulamalar* (TBMM Basımevi 2015) 59.

38 Bakırcı, Gençkaya, Ergül, Kılıç, Aslan, Işık ve Yüksel (n 4) 172; Şeref İba, *Türkiye'de Meclis Başkanlığı ve Başkanlık Divanı*

çalışmalar yapmasının önünde bir engel bulunmasa da bu kural aracılığıyla müstakbel Meclis Başkanı'nın parti kimliğinin geri planda olması ve Başkan'ın TBMM'nin ortak iradesiyle seçilmesi amaçlanmaktadır.³⁹ Buna karşın Şeref İba tarafından haklı olarak eleştirildiği üzere, mezkûr düzenleme Meclis pratiği karşısında işlevsel bir nitelik taşımamaktadır. Zira aday gösterimi siyasi parti gruplarınca yapılamasa da aday önermelerinde bir partinin bütün ya da önde gelen bazı üyelerinin veya yalnızca parti liderinin imzasının bulunması o aday üzerinde zımnî bir grup kararı alınmış gibi bir işlev görmektedir. Bu nedenden ötürü düzenleme pratikte milletvekillerinin siyasi parti grubu olarak belirli bir adayı desteklemesinin önüne geçmeye engel olmamaktadır.⁴⁰ Başkan'ın seçimine ilişkin benimsenen bu kural, Başkan'ın siyasi partiler karşısında eşit mesafede bulunmasını sağlamaya yönelik bir eğilimin var olduğunu ya da en azından böyle bir vizyon yaratılmaya çalışıldığına işaret eder.⁴¹

Başkan seçiminin gizli oyla yapılması esası da benzer şekilde, milletvekillerinin siyasi parti gruplarının baskısından azade biçimde oylamaya katılmasına hizmet etmektedir.⁴² Ayrıca, gizli oy ile seçilen bir Başkan kimin kendisine oy verip vermediğini bilememektedir. Dolayısıyla, bu düzenlemeyle milletvekillerinin müstakbel Başkan'ın sırf oylamada destekledikleri kişi dolayısıyla kendilerine karşı tarafgir tutumda bulunacağı tedirginliğini yaşamaksızın Başkan seçiminde iradelerini özgürce ortaya koyabilmesi hedeflenmektedir.

Meclis Başkanı seçiminde nitelikli çoğunluk arayışı ise Başkan'ın tarafsızlığını temin etmeye yönelik benimsenen diğer bir kuraldır. Anayasa madde 94/4'e göre Meclis Başkanı'nın ilk iki turda seçilebilmesi için Meclis üye tam sayısının 2/3'ünün oyu aranmaktadır. Yapılan ardışık iki oylamada bu nitelikli çoğunluğa ulaşamadığı takdirde üçüncü oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğunu alan aday Başkan seçilecektir. Nihayet üçüncü turda da yeter oy şartı sağlanamazsa, üçüncü turda en çok oy alan iki aday arasında dördüncü bir oylama yapılacak ve bu oylamada önde gelen aday Başkan seçilmiş olacaktır. Meclis Başkanı'nın nitelikli çoğunlukla seçilmesini teşvik eden bu kural siyasi partilerin Başkanlık seçiminde müzakere etmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla bu kuralın nihai hedefinin, farklı siyasi partilerin şahsiyeti ve dürüstlüğüne güvenilen bir kişi üzerinde uzlaşmaya çalışması olduğu değerlendirilebilir.

2. TBMM Başkanı'nı Diğer Milletvekillerinden Ayıran Kısıtlamalar

Meclis Başkanı'nın seçimine ilişkin düzenlemelerin Başkan'ın tarafsızlığını temin etmeye olan katkısını bütünüyle yadsımak mümkün değildir. Ancak esas itibarıyla Başkan'ın tarafsızlığını temin etmeye yönelik açık hükümler söz konusu amaca doğrudan katkı sunmaktadır. İlgili amaca matuf Anayasa madde 94/son hükmüne göre: “*Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı, Başkanvekilleri,*

(Nobel 2001) 127-128.

39 İba (n 38) 127; Kasım Erdem ve Mehmet Solak, *Grand National Assembly of Turkey* (2nd edn, Grand National Assembly of Turkey Department of Research Services 2012) 18.

40 İba (n 38) 127.

41 ibid 128.

42 Bakırcı, Gençkaya, Ergül, Kılıç, Aslan, Işık ve Yüksel (n 4) 173.

üyeleri buldukları siyasi partinin veya parti grubunun Meclis içinde veya dışındaki faaliyetlerine; görevlerinin gereği olan haller dışında, Meclis tartışmalarına katılamazlar; Başkan ve oturumu yöneten Başkanvekili oy kullanamazlar.”

Söz konusu bu fıkra 1961 Anayasası'nın 84'üncü maddesine karşılık gelmektedir. 1961 Anayasası'ndaki düzenlemeden farkı ise yalnız Başkan'ın değil, oturum yöneten (nöbetçi) Başkanvekili'nin de oy kullanamayacağını hüküm altına almış olmasıdır.⁴³ Düzenleme uyarınca Meclis Başkanı ve Başkanvekillerine getirilen sınırlamalar aşağıdaki gibidir:

	<i>Üyesi bulunulan siyasi parti ya da parti grubunun faaliyetlerine katılma</i>	<i>Görev gereği olan haller dışında Meclis tartışmalarına katılma</i>	<i>Oy kullanma yetkisi</i>
Meclis Başkanı	<i>Yasak</i>	<i>Yasak</i>	<i>Yok</i>
Başkanvekilleri	<i>Yasak</i>	<i>Yasak</i>	<i>Oturum yönetenin yok</i>

a. TBMM Başkanı'nın Siyasi Parti Üyeliği ve Siyasi Partilerle İlişkiler

Anayasa, siyasi parti gruplarının Başkanlık için aday gösteremeyeceğini kesin olarak yasaklamış olsa da ne Anayasa ne de İçtüzük, Meclis Başkanı seçilen kişinin partisi ile olan ilişkisinin sonlanacağına dair bir hüküm içermektedir. Anayasa yapıcı iradenin tercihi, Başkan'ın siyasi parti üyeliğini sonlandırmak yerine, parti faaliyetlerine katılma yasağıyla sınırlı kalmıştır. Başka bir ifadeyle, Meclis Başkanı seçilen kişinin parti üyeliğinin sonlanması biçiminde menfi bir sonuç ortaya çıkmamakta ve fakat TBMM Başkanı'nın (ve Başkanvekillerinin) mensubu bulunduğu siyasi parti ya da parti grubunun faaliyetlerine katılımı kesin olarak engellenmektedir. 1982 Anayasası Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun 1/463 esas numaralı raporunda ilgili düzenlemenin gerekçesi olarak *“Başkanın tarafsızlığı esas kabul edilerek mensup olduğu siyasi partinin veya parti grubunun Meclis içindeki ve dışındaki faaliyetlerine katılmaması kabul edilmiştir”*⁴⁴ ifadesine yer verilmiş; Danışma Meclisince kabul edilen metnin gerekçesinde ise *“Başkanın parti faaliyetlerine tarafsızlığına ve oy kullanmaması esasına bağlı kalmıştır”*⁴⁵ denilmek suretiyle parti faaliyetlerine katılma engelinin Başkan'ın tarafsızlığı ile ilgili olduğu açıkça kayıt altına alınmıştır. Aynı biçimde, hükmün 1961 Anayasası'ndaki karşılığı olan 84'üncü maddenin gerekçesinde de *“Meclis Başkanlık divanlarının tarafsızlığını sağlayacak ve siyasi grupların Meclis çalışmalarının temel unsurlar olarak bu çalışmaya katılmalarını temin edecek hükümler bu maddelerde yer almıştır”* değerlendirmesinde

43 Oturum yöneten Başkanvekillerinin de oy hakkından menedilmesi, Danışma Meclisince kabul edilen maddenin Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nda yeniden düzenlenmesi sonucunda gerçekleşmiştir.

44 ‘Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu 1/463’, iç Danışma Meclisi Tutanak Dergisi Cilt 7, S. Sayısı 166’ya 1’inci Ek, 45 <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c007/dm__02007120.pdf> Erişim Tarihi 27 Nisan 2023.

45 Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gereççeli)* (3. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları 2021) 562.

bulunulmuştur. İlgili düzenlemelerde Meclis Başkan ve Başkanvekillerinin siyasi parti faaliyetlerine katılımının engellenmesi suretiyle, mensup olunan siyasi partiler ile aralarındaki bağın bütünüyle kaldırılmadığı ancak bu bağın “askıya alındığı” ifade edilebilir.⁴⁶ Bu düzenleme ile siyasi parti mensubiyetinden kaynaklanan parti faaliyetlerine katılma gerekliliğine rağmen ilgili kişiler siyasal etkinliklerden vareste tutulmaktadır. Dolayısıyla düzenlemenin amacının tarafsızlığa ilişkin genel bir intiba yaratmak olduğu değerlendirilebilir. Düzenleme yerinde görülmekle birlikte “parti faaliyeti” ifadesinin muğlaklığı sebebiyle eleştiriye açıktır.

Meclis Başkanı'nın parti ilişkisinin tamamıyla sonlandırılması ya da sonraki seçimlerde parlamentoya girebilmesini temin edecek ayrıcalıklı bir konum öngören bir kural, bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir husustur. Örneğin on dokuzuncu yüzyılın başlarından itibaren bir dizi yazılı olmayan kural uyarınca Avam Kamarası başkanları siyasi parti kimliklerinden ve siyasi faaliyetlerden vazgeçmektedir.⁴⁷ Meclis Başkanı'nın tarafsızlığı vizyonuna önemli bir katkısı olan bu gelenek, Meclis Başkanı'nı siyasi parti tartışmalarının üzerinde bir konuma yerleştirmekte ve parlamenterlerin Başkan'ın tarafsızlığına itimat etmesini sağlamaktadır. Böylelikle Meclis Başkanlığı onursal kimliğini muhafaza edebilmektedir. Görevinden istifa etmeyen ve politik hayatını sonlandırmayan bir Başkan'ın parlamento üyeliğine ve Başkanlığa yeniden seçilmesini temin eden parlamento hukukunun yazılı olmayan kurallarını da burada zikretmek gerekir. Gelenek odur ki, genel seçimlerde yeniden aday olan Meclis Başkanı “yeniden seçilmek isteyen Meclis Başkanı” (*the Speaker seeking re-election*) olarak seçime girmektedir.⁴⁸ Böylece Meclis Başkanı, seçilme kaygısıyla günlük siyasi tartışmalara dahil olmamakta ve hatta yeniden seçilebilmek için herhangi bir kampanya süreci yürütmemektedir. Başkanlık makamına duyulan saygı o kadar yüksektir ki büyük siyasi partiler Başkan'ın seçim bölgesinde ona rakip aday çıkarmamaktadır. Böylece parlamentoya girmesi ve hatta hükümet değişikliğinde dahi Meclis Başkanı olarak göreve devam etmesi garanti altına alınan Başkan partiler arası çatışmalardan ayrı tutulmakta, politik meselelerde tarafsız kalmaktadır.⁴⁹ Ayrıca yeniden seçilme kaygısı taşımayan Başkan, kendisini o makama taşıyan eski partisi karşısında da özerkliğini muhafaza edebilmekte; politik baskılara muhatap olmamaktadır.⁵⁰

46 İba (n 14) 13.

47 Matthew Laban, 'More Westminster than Westminster? The Office of Speaker across the Commonwealth' (2014) 20(2) The Journal of Legislative Studies 143, 144; Bede Harris, 'Reforming the Office of Speaker' (2016) 41(2) Alternative Law Journal 89, 89.

48 Harris (n 47) 91.

49 Bu durum İngiliz Milletler Topluluğu üye devletlerinin tümünde geçerli değildir. Kimi örneklerde meclis başkanlığından ayrıldıktan sonra bakanlık yapan ve sonradan tekrar meclis başkanlığı görevine dönenler söz konusudur. Oysa bu tür bir uygulama Westminster'da hiçbir şekilde gerçekleşmez. Bir kez meclis başkanı olarak seçilen kişi siyasi bir makam için koltuğunu terk etmeyeceği gibi; başkanlıktan istifa ettiği vakit, aynı zamanda parlamento üyeliğini de sonlandırmaktadır. Bkz. Laban (n 47) 144-145. Yazar, İngiliz Milletler Topluluğu üyesi birçok devlette yasama meclisi başkanlarının Westminster tarzı bir tarafsızlığı henüz tam olarak sağlayamadıklarını değerlendirmektedir. Avustralya, Kanada ve Yeni Zelanda gibi uzun yıllar parlamenter geçmişi olan ülkelerde bile görevdeki başkanın siyasi parti üyesi olmaya devam ettiğini ve seçimlerde parti adayı olarak yer aldığını aktarmaktadır. Şu bir gerçektir ki, İngiliz Milletler Topluluğu'nda başkanlık makamı halen gelişmektedir ve gerek Westminster geleneğini yaratan otantik örnek gerek diğer parlamento gelenekleri birbirlerini karşılıklı olarak etkilemeye devam etmektedir. Bkz. ibid 154.

50 Lyle Skinner, 'Impartiality of the Speaker: Politics versus Convention in New Brunswick's 55th Legislature' (University of New Brunswick 2008) 13-14 <https://www.academia.edu/33628049/Impartiality_of_the_Speaker_Politics_versus_Convention_in_New_Brunswicks_55th_Legislature> accessed 27 April 2023; Albert A. Austen, 'The Impartiality of the

TBMM Başkanı'nın partisi ile olan üyelik bağı bağlamında tartışılması gereken bir diğer husus ise Anayasa'nın 94'üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan siyasi partilerin Başkanlık için aday gösterme yasağı ile mantıken tutarsız görünen bir hükmün İçtüzük'te yer almasıdır. İçtüzük madde 12/4'te yer alan düzenlemeye göre: “*Mensup olduğu siyasî parti ile üyelik bağı sona eren veya Türkiye Büyük Millet Meclisinde grup kurma hakkını kaybeden bir siyasî parti mensubu üyenin, Başkanlık Divanındaki görevi kendiliğinden sona erer.*”

Düzenlemenin temel amacının siyasi parti gruplarının Başkanlık Divanında güçleri oranında temsilini muhafaza etmek olduğu değerlendirilebilir. Bununla beraber, düzenlemede kendisi de doğal olarak Başkanlık Divanının üyesi bulunan Meclis Başkanı müstesna tutulmadığına göre, mensubu bulunduğu siyasi parti ile arasındaki üyelik ilişkisi sonlanan Meclis Başkanı'nın da bu kural gereği görevinin sona ereceği aşıkardır.⁵¹ Türk parlamento tarihinde emsali görülmeyen bu durumun siyasi partilerin Başkan aday gösterme yasağı ile çeliştiği ifade edilebilir. Parti kimliğinden bağımsız olarak seçilen Başkan'ın görevdeyken parti değiştirmesi tarafsızlık ilkesi gereği yasaklanabilir olmakla beraber, kendi iradesi dışında gerçekleşen parti üyeliğindeki bir değişim dolayısıyla Başkan'ın görevinin sona ermesi anlaşılabilir değildir. Sonuçta parti mensubiyeti sonra eren bir Başkan'ın başka bir siyasi parti üyeliğine girmeksizin bağımsız bir parlamenter olarak kalması mümkündür. Hatta anayasal bir kural olmamakla birlikte, tarafsızlık izlenimi vermek amacıyla Meclis Başkanı'nın Başkan seçilmesi akabinde kendi iradesiyle parti üyeliğini sonlandırma imkânını bütünüyle ortadan kaldırmamak gerekir. Parti kimliğinden bağımsız olarak göreve gelen; adaylık ve göreve gelme aşamasında siyasi parti üyeliği şart koşulmayan, aksine siyasi parti gruplarının aday göstermesi yasaklanan bir makamın bu tarz bir düzenleme kapsamına alınması anlaşılabilir olmadığı gibi güç oranında temsil ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.⁵² Çünkü güç oranında temsil ilkesi Meclis Başkanı'ndan ziyade genel olarak Başkanlık Divanındaki diğer üyeler bakımından anlam ifade etmektedir.

b. TBMM Başkanı ve Meclis Tartışmaları

TBMM Başkanı'nın tarafsızlığını sağlamaya yönelik bir diğer anayasal kural Meclis tartışmalarına katılma yasağıdır. Anayasa'ya göre, Başkan ve Başkanvekilleri görev gereği olan haller dışında TBMM Genel Kurulu ve komisyonlardaki tartışmalara katılamazlar.⁵³ Parlamento doğası gereği kamusal

Speaker of the House of Commons' (1960) 23(2) The Journal of the Rutgers University Library 48, 50; Meclis Başkanı'nın politik tartışmalara dahil olmaması geleneği Başkan görevden ayrıldıktan sonra da devam etmektedir. Zira Başkan'ın görev sonrası Lordlar Kamarasına atanması mümkündür ve Lordlar Kamarasına atıldığı takdirde Kamaranın ileri gelen üyelerine ayrılan ön sıralara (bu kişilere *cross-bencher* denilmektedir) oturur bkz. 'The Speaker' (2010) House of Commons Information Office Factsheet M2, 4 <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons-information-office/m02.pdf>> accessed 27 April 2023. Ayrıca bkz. Murat Bilgin, 'Parlamenter Sistemin Doğduğu Ülke: İngiltere' iç. Semra Gökçimen (ed), *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem (Almanya, Güney Afrika, Hindistan, İngiltere, İtalya ve Japonya Örnekleri)* (TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları 2017) 205; Harris (n 44) 89.

51 İba (n 38) 123-124.

52 Aynı yönde bkz. ibid 128. Bununla beraber, “güç oranında temsil” ilkesi dolayısıyla parti kimliği ile Divana seçilen diğer üyelikler bakımından bu düzenlemenin yerinde olduğunu ifade etmek gerekir.

53 Erdem ve Solak (n 39) 18.

politikaların belki de en hararetli şekilde tartışıldığı kurumdur. Genel Kurul görüşmelerini, Meclis tartışmalarını yönetmekle görevlendirilmiş bulunan bir yetkilinin alelade bir parlamenter gibi bu tartışmalarda görüş bildirmesi hem Genel Kurulun idaresinde tarafsız davranılıp davranılmadığı hususunda bir şüphe yaratacak hem de söz konusu makamın vakarına yakışmayan tartışmalara sürüklenmesiyle sonuçlanabilecektir. Böyle bir durum ise yasama sürecinin sıhhatle yürümesi önünde engel yaratmakla beraber, Başkan'ın otoritesini ve saygınlığını da olumsuz yönde etkileyebilecektir. Bu nedenden ötürü anayasa yapıcılar TBMM Başkanı ve hatta Başkan'a nazaran tarafsızlık hususunda görece daha az kısıtlanan Başkanvekillerinin Meclis tartışmalarına katılmasını kesin olarak engelleme yönünde bir tercihte bulunmuştur.

Burada değinilmesi gereken hususlardan biri, Başkanvekillerinin tartışmalara katılmasını engelleyen kuralın 1961 Anayasası döneminde, Cumhuriyet Senatosu'nda söz isteyen bir Başkanvekilinin talebinin reddedilmesi akabinde gelişen süreç neticesinde Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş olmasıdır. Mahkeme, *“Başkanvekillerinin, oturumlara Başkanlık etmedikleri zamanlarda da Meclis tartışmalarına katılamamaları, onları yasama meclisi üyesi olmalarından gelen asıl hak ve yetkilerini kullanma olanağından yoksun bırakmak”* anlamına geleceği; diğer parlamenterlere nazaran Başkanvekillerini kısıtlı bir konuma getirmek isteyen Anayasa koyucunun bu durumu Anayasada açık ve kesin bir hükümlerle düzenlemesi gerektiği, oysa bu yönde açık ve kesin bir hüküm olmadığı, bu nedenle söz konusu yorumun Anayasa ile bağdaştırılamayacağı değerlendirmesinde bulunmuştur.⁵⁴ Ayrıca Mahkeme'ye göre:

“Öte yandan dâva konusu karara göre, Başkanvekilliği ile de görevlendirilmiş bulunan bir Yasama Meclisi üyesi, toplanma yetersayısının aranmasında hesaba, görüşmeler sonunda oylamaya katılacak, fakat tartışmalara katılıp kendi görüşünü açıklayamayacaktır. Bundan da oy kullanmasının – hele açık oylamaya başvurulduğunda onun tarafsızlığını bozmayacağı, vereceği oy doğrultusunda konuşmasının ise tarafsızlığını bozacağı gibi çelişik bir sonuç çıkar.”

Mahkeme Başkanvekillerinin parlamento üyesi olmaktan kaynaklanan hak ve yetkilerini kullanımına ilişkin açık ve kesin bir yasak olmadığı sürece diğer üyelere kıyasla kısıtlı bir konumda olmadığı değerlendirilmesinde haklıdır. Ancak 1982 Anayasası'nda olduğu gibi 1961 Anayasası da Başkanvekillerinin görev gereği olan hâller dışında Meclis tartışmalarına katılamayacağını açıkça düzenlemektedir. İlgili düzenleme oturuma başkanlık etmeyen Başkanvekillerinin de tartışmalara katılamayacağına ilişkin herhangi bir şüpheye mahal vermemektedir. Oy kullanmak, açıkça bir taraf seçmek anlamına gelmekle birlikte Meclis tartışmalarının aktif bir öznesi olmak da taraf olmaya ve bunu sergilemeye imkân sağlamaktadır. Bu itibarla tartışmalara katılmak, oy kullanmaya kıyasla tarafsızlık ilkesi ile bariz bir çelişki yaratmaktadır. Bu konudaki düzenlemeler özel olarak tarafsızlık ilkesine yönelik olmakla birlikte, Başkan ve Başkanvekillerinin tartışmalara katılmasını kısıtlayan hükümler onların işgal ettikleri makamın vakarına yakışmayan politik çatışmalara sürüklenmesini de engellemekte; dolayısıyla Başkanlık Divanının saygınlığına yönelik de teminat sağlamaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Şeref İba'nın isabetli biçimde yorumladığı üzere Mahkeme'nin mezkûr

54 Anayasa Mahkemesi Kararı, E 1970/32 K 1971/22, 23.02.1971.

kararı Başkanvekillerinin tarafsızlığını Genel Kurulun idaresine indirgemektedir.⁵⁵ Öte yandan Başkanvekillerinin siyasi parti faaliyetlerine katılmasını engelleyen hükmün de bu karar uyarınca, Başkanvekillerini diğer milletvekillerine kıyasla kısıtlı bir milletvekili konumuna getirecek şekilde geniş yorumlanmaması gerekmektedir. Oysa Mahkeme'nin yaptığı bu muhakeme Anayasa'nın açık hükümleri ile bağdaşmamaktadır. Başkan'ın da Başkanvekillerinin de tarafsızlığı, Genel Kurul görüşmelerinin idaresi ile sınırlı olmayıp genel niteliktedir.

Tartışmalara katılma yasağının İçtüzük'teki karşılığının Anayasa'ya uygun olup olmadığı ise tartışılması gereken bir diğer husus olarak karşımıza çıkmaktadır. İçtüzük madde 64'ün birinci ve ikinci fıkrası şu hükümleri içermektedir: “(1) Genel Kurula başkanlık eden Başkan veya Başkanvekili, asıl konu görüşülürken ve oylanırken hiçbir surette görüşünü açıklayamaz. (2) Başkan veya başkanvekilleri, görevlerinin yerine getirilmesinin gerektirdiği haller dışında tartışmalara katılamazlar; kişisel savunma hakları saklıdır.”

İkinci fıkradaki düzenleme Anayasa hükmü ile paralel bir içeriğe sahip olsa da birinci fıkradaki hükmün mefhum-u muhalifi, Genel Kurula başkanlık etmeyen Başkan veya Başkanvekillerinin *asıl konu görüşülürken ve oylanırken görüş açıklayabileceği* yönündedir.⁵⁶ Böyle bir yorum ise Başkan ve Başkanvekillerine yönelik tartışmalara katılma yasağı karşısında şüpheli bir duruma mahal vermektedir. Zira Genel Kurulda görüşülen herhangi bir meselede görüş açıklamak, tartışmalara katılmak anlamına gelmektedir ki bu yorum Anayasa'da ve İçtüzük'ün ilgili maddesinin ikinci fıkrasında yer alan tartışmalara katılma yasağı ile çelişmektedir. Dolayısıyla İçtüzük'ün ilgili düzenlemesinin yeniden gözden geçirilmesi gerektiği bu bağlamda ifade edilmelidir.⁵⁷

c. TBMM Başkanı'nın Oy Kullanma Salahiyeti

Yasama meclisi başkanı parlamenter olmaktan kaynaklanan kimi yetkileri kullanırken diğer parlamenterlere kıyasla kısıtlanmış bir konumda bulunmaktadır. Bu durum meclis başkanlarının oy hakkına ilişkin olarak da gündeme gelmekte olup hukuk sistemlerinde benimsenen ilke ve kuralların birbirinden farklılaştığı bilinmektedir. Karşılaştırmalı anayasa hukukuna bakıldığında örneğin Westminster modelin hâkim olduğu İngiliz Milletler Topluluğu üyesi birçok devlette, parlamento başkanının oy hakkının bulunmadığı; yazılı bir engel olmasa bile parlamento hukukuna özgü teamüller gereği Başkan'ın oy hakkından imtina ettiği kabul edilmektedir.⁵⁸ Başkan yalnızca yapılan bir oylamada eşitlik (*tied vote*) olması durumunda oy kullanmaktadır.⁵⁹ Belirleyici oy (*casting vote*) adı verilen bu durumda Başkan'ın birtakım ilkelere göre hareket etmesi gerekmektedir.⁶⁰ Örneğin

55 İba (n 14) 14.

56 Türk parlamento geleneğinde Meclis Başkanı'nın Genel Kurula başkanlık etmesinin istisnai oluşu da dikkate alındığında “görüş açıklama,” “tartışmalara katılma,” “tarafsızlık” arasındaki ilginin, Başkan'ın tarafsızlığına ilişkin şüphelerin sık sık gündeme gelmesine sebep olacağı bu bağlamda ifade edilmelidir.

57 Aksi durumda İçtüzük'ün Anayasa ile çelişen hükümlerinin Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması gerektiğinin de altını çizmekte yarar vardır.

58 Austen (n 50) 50; Laban (n 47) 144.

59 ‘The Speaker’ (n 50) 2; Austen (n 50) 50.

60 Lee (n 34) 3; Laban (n 47) 144.

mümkün olması durumunda tartışmalara devam edilmesi, kararın gelecek bir zamana ertelenmesi yönünde oy vermesi gerekir.⁶¹ Bu mümkün olmadığı durumda oylanın gelecekte sağlanması mümkün bir çoğunluk tarafından karara bağlanması olasılığını temin edecek yönde oyunu kullanacaktır. Başkan'ın oy vermesi gereken durumlarda gözetmesi gereken bir diğer husus da bir kanun teklifi oylanırken onu değiştirmek yerine kanun metnini olduğu haliyle kabul ya da reddetmek olmalıdır.⁶²

Türkiye'de ise Anayasa, Meclis Başkanı ve oturumu yöneten nöbetçi Başkanvekili'nin oy hakkının bulunmadığını açıkça hüküm altına almaktadır. Bu durum, Meclis Başkanı'nın diğer milletvekillerine kıyasla meclis üyesi olmaktan kaynaklanan hak ve yetkileri kullanmak bakımından kısıtlanmış bulunduğunu ortaya koymaktadır. Çalışmanın devamında milletvekillerine tanınan yetkilerden birinin, anayasa değişikliği teklifine imza verme yetkisinin, Meclis Başkanı tarafından kullanımı tarafsızlık ilkesi bağlamında değerlendirilecektir.

III. TBMM BAŞKANI'NIN ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİNE İMZA VERMESİ OLAYININ TARAFSIZLIK İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Öncelikle ifade edilmelidir ki, Anayasa'nın 94'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca Meclis Başkanı ve diğer Başkanlık Divanı üyeleri TBMM üyeleri arasından seçilmektedir. Anayasa Başkanlık Divanına seçilen milletvekillerinin milletvekili olarak statüsüne ilişkin bir değişiklik öngörmemektedir. Dolayısıyla gerek Meclis Başkanı gerek diğer Divan üyeleri, görevlerine devam ederken aynı zamanda milletvekili statülerini de muhafaza etmektedirler.

Bununla birlikte Başkanlık Divanı üyelerinin Anayasa, İçtüzük ve diğer mevzuat hükümleri ile Meclis teamüllerinden kaynaklanan görev ve yetkileri ifa ederken tabi oldukları birtakım kurallar vardır ve bunlardan Başkan'ın tarafsızlığı ilkesine ilişkin olanlar yukarıda ele alınmıştır. Başkan'ın görev ve yetkilerini ifa ederken sınırları tarafsızlık ilkesi ile çizilen sorumluluğu, doktrinde *başkanın tarafsızlığı* ve *başkanın tutumu* olarak iki ayrı kapsamda değerlendirilmektedir. İba, başkanın tarafsızlığının dar anlamda *siyasal tarafsızlık* anlamına geldiğini; başkanın tutumunun ise yasama meclisinin idaresindeki uygulamalar ile belirlendiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla başkanın tutumu ile kastedilen *yönetmelik tutarlılık* ile yönetimdeki *hukuka uygunluk* durumudur.⁶³

Meclis Başkanı'nın bu göreve seçilmesi akabinde devam eden milletvekili statüsü, Başkan'ın milletvekillerine tanınan yetkileri kullanmasına imkân sağlamaktadır. Söz konusu yetkiler yasama organı olan TBMM'nin temsil, müzakere, denetim ve yasama fonksiyonlarının bir gereği olup genel görüşme, meclis araştırması, meclis soruşturması önergesi verme gibi bazıları milletvekillerinin kolektif olarak hareket etmesini gerektirirken; yazılı soru önergesi verme ve kanun teklifi sunma gibi bazıları yalnız bir milletvekili tarafından kullanılabilen yetkiler arasında yer almaktadır.

61 Austen (n 50) 50.

62 Bu konuda karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. Lee (n 34) 6. Ayrıca bkz. Skinner (n 50) 58.

63 İba (n 38) 125.

Çalışmanın çıkış noktası olan ve Meclis Başkanı'nın tarafsızlığına ilişkin olarak gündeme gelen anayasa değişikliği teklifi de bu bağlamda milletvekilleri tarafından kolektif olarak kullanılabilen bir yetkidir. Anayasa'nın 175'inci maddesinin birinci fıkrasında anayasa değişikliği teklifinin TBMM üye tam sayısının üçte biri tarafından sunulabileceği hüküm altına alınmaktadır. Bununla birlikte değişiklik teklifinin siyasal partilerce ya da parti grubu olarak sunulmasına imkân yoktur. Gerçi parti disiplininin bir gereği olarak bir parti programıyla önemli derecede örtüşen anayasa değişikliklerinin genellikle belirli partilerin milletvekilleri tarafından imzalandığı pratik bir gerçektir. Fakat bu durum anayasa değişikliği tekliflerinin anayasa hukuku açısından siyasal partilerce yapılabileceği değerlendirmesine imkân sağlamamaktadır. Dolayısıyla anayasa değişikliğine imza atmayı parti faaliyeti olarak nitelemeye imkân bulunmamaktadır.⁶⁴

Meclis Başkanı'nın tarafsızlığı ilkesi ile doğrudan ilgili bulunan anayasa kuralları (AY m. 94/6) açısından değerlendirildiğinde, Başkan'ın anayasa değişikliği teklifine imza vermesi *prima facie* hukuka uygun olarak yorumlanabilir. Zira anayasa tarafsızlık ilkesine ilişkin olarak Başkan'ın yalnızca parti faaliyetlerine ve Meclis tartışmalarına katılma ile oy kullanma yetkisine ilişkin yasaklar öngörmektedir. Öte yandan TBMM İçtüzüğü'nün 64'üncü maddesinde de Başkan'ın ne kanun teklif etme yetkisine ne de anayasa değişikliği teklifine imza verme yetkisine bir sınırlama getirilmiştir. Öyleyse TBMM Başkanı Şentop'un 2/4779 esas numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'ne imza atması hangi sebeple eleştirilmektedir?

Anayasa hukukçusu Tolga Şirin, mezkûr değişikliğe yönelik eleştirilerini aktardığı yazıda şu değerlendirmede bulunmaktadır:

"Sayın Şentop AK Parti üyesidir. Fakat diğerlerinden farklı yanı, Meclis'teki oturumları tarafsızca yönetmekle yükümlü olmasıdır. Türk anayasa hukukunda, meclis başkanlarının anayasa değişikliği gibi hassas bir konuda pozisyon almaması gerektiği ve Meclis Başkanlığına sunulacak değişiklik teklifine imza koymaması gerektiği düşünülür. Bu, boşuna değildir. Meclis İçtüzüğüne (md. 64) göre meclis başkanı, teklifler görüşülürken ve oylanırken hiçbir surette görüşünü açıklayamaz, prensip itibarıyla tartışmalara katılamaz. Bu nedendir ki örneğin 2001 değişikliklerinde Meclis Başkanı Ömer İzgi'nin,

64 Burada ayrıca ifade etmek gerekir ki, 9 Aralık 2022'de TBMM Başkanlığına sunulan anayasa değişikliği teklifi partili Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın talimatı ile hazırlanmış; henüz TBMM Başkanlığına sunulmadan evvel 5 Aralık 2022'de Adalet Bakanı Bekir Bozdağ tarafından "Cumhur İttifakı Meclis Grubu, AK Parti ve MHP Anayasa'nın 24'üncü maddesine iki fıkra ekleyen ve Anayasa'nın 41'inci maddesinin birinci fıkrasını başlığıyla birlikte değiştiren anayasa değişiklik teklifini imzaya açtı" ifadeleriyle TRT Haber'de tanıtımı yapılmıştır. Bkz. 'Bakan Bozdağ Başörtüsüne İlişkin Anayasa Değişiklik Teklif Metninin İçeriğini Canlı Yayında Açıkladı' (TC Adalet Bakanlığı Youtube Kanalı, 5 Aralık 2022) <https://www.youtube.com/watch?v=CKrRcC_wNpM> Erişim Tarihi 18 Nisan 2023. Bu durum Tolga Şirin tarafından şu ifadelerle eleştirilmiştir: "Sayın Bozdağ, bir milletvekili değildir. Halk tarafından seçilmiş de değildir ve/veya milletvekillerinin güvenoyu ile göreve gelmemiştir. Atamayla işbaşı yapan bir bürokratın, münhasran milletvekillerine özgülenmiş bir yetkiyi göz ardı edip anayasa değişikliği teklifini, onlardan önce kamuoyuna açıklaması ve paketi tanıtmayı, milletvekillerinin önüne geçerek üstlenmesi eleştiriye açıktır. Hatırlatmak gerekir: Bekir Bozdağ'ın da yıllar önce söylediği gibi 'atanmışlar, seçilmişlere üstün gelemez.'" Bkz. Şirin (n 1). Bu eleştiriye ek olarak, Bozdağ'ın ifadelerindeki "Cumhur İttifakı Meclis Grubu, AK Parti ve MHP" vurgusuna da dikkat çekmek gerekir. Adalet Bakanı anayasa değişikliği teklif etme yetkisinin TBMM üyelerinin inhisarında bulunduğunu; parti gruplarının anayasa değişikliği teklifi etme yetkisinin bulunmadığını pek tabii bilmektedir. Ancak yapılan bu vurgu TBMM Başkanı Şentop'un da partili kimliği ile teklife imza verip vermediği konusundaki şüpheyi ve dolayısıyla tarafsızlığını yitirdiğine ilişkin eleştirileri destekler mahiyettedir.

2004 değişikliklerinde Meclis Başkanı Bülent Arıncı'nın, 2010 değişikliklerinde Meclis Başkanı Mehmet Ali Şahin'in, 2017 değişikliklerinde Meclis Başkanı İsmail Kahraman'ın adının teklif sunanların arasında olmadığı görürüz. Süregelen anayasal uygulamadan sapma, dikkat çekicidir." Şirin (n 1).

Buradan hareketle TBMM Başkanı'nın anayasa değişikliği teklifine imza atması olayını iki açıdan değerlendirmek mümkündür. Bunlar: (1) TBMM'deki yerleşik uygulamalar ile (2) TBMM İçtüzüğü'nün 64'üncü maddesidir.

A. TBMM'DEKİ YERLEŞİK UYGULAMA UYARINCA MECLİS BAŞKANI'NIN ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİNE İMZA VERMESİ

Parlamento hukuku, parlamentoların oluşum ve işleyişine ilişkin kurallar bütünü olarak tanımlanmakta ve bir hukuk dalı olarak parlamento hukukunun kaynakları yazılı ve teamüli kaynaklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Parlamento hukukunun yazılı kaynaklarının geçerlilikleri, kural koymaya yetkili bir organ tarafından çıkarılmış olmalarından kaynaklanmaktadır. Buna karşın teamüli kaynaklar bakımından kural koymaya yetkili bir organdan bahsedilmemekte; bu tür normlar belirli bir uygulamanın sürekli biçimde tekrar edilmesi ve tekrar edilen bu uygulamaya uyulması gerektiğine ilişkin bir inanca dayanmaktadır.⁶⁵ Başka bir ifade ile teamül, *süreklilik* adı verilen ve esasen ne kadar bir sürenin bu koşulu sağladığına ilişkin kesin bir öncül sunmayan bir *maddi unsur* ile *genel inanç* adı verilen, belirli bir uygulama ya da davranış biçimine uyulması gerekliliği ya da zorunluluğuna gönderme yapan *manevi/sübjektif unsurdan* oluşmaktadır.⁶⁶

Klasik anayasa hukuku doktrininde yazısız anayasal kuralların varlığı ve geçerliliğine dair tartışmalar geniş bir yer tutmakta olup teamüle ilişkin değerlendirmeler esas itibarıyla hukuk sisteminin teamüli bir nitelik taşıyıp taşıyamaması, başka bir ifadeyle yazılı anayasa sistemleri ile yazısız anayasa sistemleri arasındaki ayrım uyarınca yapılmaktadır.⁶⁷ Genel kabul İngiltere gibi yazısız anayasa sistemlerinde teamüllerin hukuki değere sahip olduğu yönündedir.⁶⁸ Zira anayasal sistemin kendisi teamüli bir nitelik taşımakta; anayasa normlarının birçoğu yazılı olmayıp bizzat teamüllerden oluşmaktadır.⁶⁹ Bu tür kurallar, İngiliz anayasa hukukunda anayasa konvansiyonları (*conventions of the Constitution*) olarak adlandırılmakta ve gerek kamuoyu gerek anayasal organlar arasında bu normlara uyulmasına ilişkin bir konsensüs bulunmaktadır. Avam Kamarası Başkanı'nın tarafsızlığına ilişkin kurallar bu grupta yer almaktadır. Ne var ki bu tür kurallar hukuken müeyyidelendirilmemiş olmalarından ötürü kimi yazarlar tarafından hakiki anlamda hukuk kuralı olarak görülmemekte; yalnız *siyasal/*

65 Bakırcı (n 37) 1.

66 ibid 1; Salih Taşdoğan, "Türk Anayasa Hukukunda Yasama Fonksiyonunun Sınırlılığı" (Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi 2022) 271. Gözler, genel olarak hukuk teamülleri bakımından bu iki şarta ayrıca hukuki unsur adı verilen, "hukuk düzeni tarafından müeyyidelendirilmiş olma" şartını eklemektedir. Ancak bu koşul İngiliz anayasa sistemi gibi yazısız anayasa sistemlerinde dahi anayasa teamülleri bakımından geçerli değildir. Zira bu tür normlar üzerinde uyulması gerektiğine ilişkin konsensüs bulunmakla birlikte, uyulmaması durumunda bağlayıcılığına ya da zorla uygulanması gerektiğine ilişkin yargı kararı almaya imkân bulunmamaktadır. Gözler (n 21) 230-234.

67 Gözler (n 21) 233; İlker Gökhan Şen, 'Anayasal Teamül Nedir? "Yazısız Anayasa" Kuralları için Bir Tanımlama Denemesi' (2013) (24) Yasama Dergisi 37, 38; Bakırcı (n 34) 2.

68 Gözler (n 21) 233.

69 Bakırcı (n 37) 2.

anayasal ahlak normları olarak nitelenmektedir. Başka bir deyişle hukuken müeyyidelendirilmemiş olmalarından ötürü anayasa konvansiyonlarını yargı eliyle uygulamaya koymak mümkün olmamaktadır.⁷⁰

Yazılı anayasa sistemlerinde ise anayasal teamüller: (i) anayasa metnindeki boşlukları dolduran “tamamlayıcı teamüller” (*praeter constitutionem*), (ii) anayasa metnindeki muğlaklığı gidermek üzere başvurulabilen “yorumlayıcı teamüller” (*secundum constitutionem*) ve (iii) anayasanın açık düzenlemeleri ile çelişen “anayasaya karşı teamüller” (*contra constitutionem*) olarak üçe ayrılmaktadır. Fransız anayasa hukuku doktrininde tamamlayıcı ve yorumlayıcı teamüller genel olarak kabul görülmekle birlikte, anayasaya karşı teamüllerin hukuki değeri ve geçerliliği noktasında bir uzlaşının bulunmadığı değerlendirilmektedir.⁷¹

Bununla birlikte yazılı ve katı anayasa sistemlerinde anayasa teamüllerini bütünüyle reddeden yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin Raymond Carré de Malberg’e göre anayasa, alelade kanuna kıyasla değiştirilmesi güç bir hukuki metin olup yasama yetkisini sınırlandırmaktadır. Salt bu husus dahi teamülî anayasa hukuku olasılığını dışlamaya yeter görülmektedir. Çünkü teamüller yazısız olmalarından ötürü değiştirilmesi için özel bir usul gerektirmez. Bu nedenle anayasa ve teamül arasında açık bir bağdaşmazlık söz konusudur.⁷² Gerçekten de herhangi bir yazılı metinde, Anayasa’da ya da İçtüzük’te yer almayan teamüllerin anayasa hukuku açısından hukuk normu olarak niteliği hukuk sistemlerinin yazılı ve hiyerarşik normlar bütününe dayandığı Kıta Avrupası geleneğinde oldukça şüpheli görünmektedir. Türkiye de yazılı ve katı anayasa sistemine sahip Kıta Avrupası geleneğinin bir parçasıdır. Bu nedenle Gözler, Türk hukukunda anayasal düzeyde bir teamülden bahsedilemeyeceği kanaatindedir. Zira anayasanın değiştirilmesi, başka bir deyişle anayasal düzeyde bir kural tesis edilebilmesi için Anayasa’nın 175’inci maddesindeki usulün izlenmesi gerekmektedir. Ayrıca Anayasa’nın hiçbir yerinde teamül, hukukun kaynağı olarak zikredilmemiştir.⁷³ Gözler’e göre “*Aynı şey Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü için de geçerlidir. İçtüzükte hukukun kaynağı olarak teamüle bir gönderme yoktur. O nedenle, Meclis İçtüzüğü’nün düzenlediği konularda, hukuken geçerli, yani bağlayıcı, uyulması zorunlu bir teamülün varlığından söz edilemez.*”⁷⁴

Söz konusu bu düşünce pozitivist teorinin doğal bir sonucu olarak görülmelidir ki bu nedenden ötürü eleştirilmektedir. Fahri Bakırcı, TBMM uygulaması dikkate alındığında böylesi bir görüşün anayasa hukukunun bir alt dalı olan parlamento hukukunda karşılığının bulunmadığını değerlendirmektedir. Zira İçtüzük uygulamasında teamüllere yer verilmekte olup⁷⁵ “*Türk parlamento*

70 Gözler (n 21) 126-127, 234; Şen (n 68) 44.

71 Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler (n 21) 235 vd.; Şen (n 68) 40 vd.

72 Gözler (n 21) 238.

73 Gözler (n 21) 248-249. Bu nedenle teamülün bağımsız bir hukuk kaynağı olarak nitelenmesine imkân bulunmamaktadır. Yalnız Türk Medeni Kanunu (m. 1) ve Türk Ticaret Kanunu (m. 1) ilgili maddelerinden dolayı medeni hukuk ve ticaret hukukunda teamülün hukuken geçerliliğe sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu örneklerde bile teamüllerin geçerliliği yazılı bir hukuk kuralından kaynaklanmaktadır.

74 Kemal Gözler, “Türk Anayasa Hukukunda Teamül Olabilir mi?” (1999) (56) Türkiye Günlüğü <www.anayasa.gen.tr/teamul.htm> Erişim Tarihi 27 Nisan 2023.

75 Bakırcı (n 37) 4.

*hukukunda teamüllerin hukuki geçerliliklerinin olmadığı iddiası uygulamayı yansıtmamaktadır. Türk parlamento hukukunda hem boşluk dolduran, hem mevcut kuralları yorumlayan ve hem de mevcut kurallara aykırı olan teamüller bulunmaktadır.*⁷⁶ Rona Aybay da Meclis çalışmaları bakımından önemi itibarıyla Meclis gelenekleri ya da teamüllerinin geniş anlamda içtüzük kaynakları arasında yer aldığını belirtmektedir.⁷⁷ İçtüzük'te hüküm bulunmayan hallerde ya da belirli bir içtüzük kuralının yorumunda daha önceki uygulamaların nasıl yapıldığına ilişkin araştırmalar yapıldığını aktaran yazar, TBMM Dahili Nizamnamesi'nin milletvekillerine dağıtılan metninde bazı maddelere eski uygulamaları hatırlatan notlar eklendiğini saptamaktadır. Yazar bu notların teamül değeri taşıdıkları ölçüde İçtüzük hukukuna kaynaklık edebileceğini ve fakat bunların hukuken bağlayıcı olduğunu ileri sürmenin mümkün olmadığını değerlendirmektedir.⁷⁸

Tarafı olduğumuz görüşe göre, anayasal teamüllerin anayasa metninin *hukuk ötesi* bir boyutunda yer aldığını kabul etmek gerekmektedir.⁷⁹ Buna göre anayasal teamül meselesini ele almanın en makul yöntemi, onu hukukilik tartışmasından ayrı olarak ele almaktır.⁸⁰ Bu bağlamda anayasal teamüller pozitif hukuk nezdinde değil ve fakat siyaset bilimi ve felsefesi açısından değerlendirilmelidir. Çünkü teamüllerin uygulanıp uygulanmadığını hukuken denetleme imkânı bulunmamaktadır. Hukuk uygulamasına yol gösterse bile bağlayıcı olmadıklarından, yaptırımla desteklenmediklerinden ötürü Dicey'nin izinde anayasal teamüller “siyasal ve anayasal ahlak kuralları”⁸¹ olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla bunlar, belirli bir iş veya eylemin hukuksal değil ancak siyasal ve sosyal açıdan meşruiyetine dair yapılacak değerlendirmelerde dikkate alınabilirler.

Öyleyse, somut olaya dönecek olduğumuzda, Şirin'in verdiği örneklerin teşviki ile TBMM'nin resmi internet sitesinde yapılacak bir taramanın TBMM Başkanlarının anayasa değişikliği teklifine imza atması olayının siyasal meşruiyetine dair değerlendirmeye imkân sağlayacağı ileri sürülebilir. TBMM resmi internet sitesinde yaptığımız tarama neticesinde 1982 Anayasası'nda yapılan 19 anayasa değişikliğinden 16'sının teklif bilgilerine erişilebilmiştir.⁸² Söz konusu bu 16 anayasa değişikliğinden ikisinde dönemin Meclis Başkanı'nun imzasının bulunduğu saptanmıştır. (4121 Kanun Numaralı) 1995 anayasa değişikliği teklifinde Meclis Başkanı Hüsamettin Cindoruk'un, (5428 Kanun Numaralı) 2005 anayasa değişikliğinde Meclis Başkanı Bülent Arınç'ın imzası bulunmaktadır. 1995 anayasa değişikliğinin DYP, ANAP, SHP Grup Başkanvekillerince ortaklaşa hazırlandığını ve örgütlenme özgürlüğü, dernek, vakıf, sendika ve kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları, siyasi partiler, seçme ve seçilme hakkı gibi oldukça geniş bir alanda değişiklikler getirdiği; 2005 anayasa değişikliğinin ise bütçenin hazırlanması, uygulanması ve kontrolüne ilişkin Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak amacı taşıdığı ve genel olarak parlamentonun bütçe hakkını güçlendiren değişiklikler

76 Bakırcı (n 37) 7.

77 Rona Aybay, 'Yasama Meclislerinin İçtüzükleri' iç *Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı* (Siyasi İlimler Türk Derneği 1976) 283.

78 ibid 298.

79 Şen (n 68) 49.

80 Şen (n 68) 55.

81 Gözler (n 19) 234.

82 1987, 1993 ve (5678 Kanun Numaralı) 2007 anayasa değişikliklerinin teklif bilgilerine internet sitesinden erişmek mümkün olmamıştır.

öngördüğü de bu bağlamda ifade edilmelidir. Dolayısıyla istisnaları olmakla birlikte genel itibarıyla Meclis Başkanı'nın anayasa değişikliği tekliflerine imza atmaması yönünde *yerleşik bir uygulamanın* bulunduğu değerlendirilebilir. Buna karşın (i) süregelen uygulamanın bir teamül oluşturacak düzeyde geçmişinin bulunmadığı; (ii) –uygulamadaki sapmalar nedeniyle– tekrarlanan uygulamaya uyulması gerektiğine dair inancın henüz TBMM Başkanları düzeyinde tam anlamıyla yerleşmediği itirazlarının bu bağlamda haklı olarak ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekmektedir. Sonuç itibarıyla TBMM'deki uygulamaların somut olayı değerlendirmek açısından ne bağlayıcı bir dayanak ya da norm sağladığı ne de sağlam bir temeli olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle konunun bir de içtüzük hükümleri uyarınca değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

B. TBMM İÇTÜZÜĞÜ'NÜN 64'ÜNCÜ MADDESİ UYARINCA MECLİS BAŞKANI'NIN ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİNE İMZA VERMESİ

Değerlendirmeye geçmeden önce “Başkanın görüşme ve oylamalara katılmaması” başlıklı söz konusu İçtüzük hükmünü hatırlamak gerekir:

“(1) Genel Kurula başkanlık eden Başkan veya Başkanvekili, asıl konu görüşülürken ve oylanırken hiçbir surette görüşünü açıklayamaz.

(2) Başkan veya başkanvekilleri, görevlerinin yerine getirilmesinin gerektirdiği haller dışında tartışmalara katılamazlar; kişisel savunma hakları saklıdır.

(3) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı oy kullanamaz.

(4) Başkanvekilleri oturuma başkanlık yapmadıkları zaman, oy kullanabilir ve oyunun rengini belirtmek üzere söz alabilirler.

(5) Görüşmelere katılmak isteyen bir kâtip üye Başkanlık kürsüsünde görevli ise, yerini bir diğerine bırakmak zorundadır.”

Söz konusu bu hükümler Anayasa'nın 94'üncü maddesinin altıncı fıkrasındaki Meclis tartışmalarına katılma ve oy kullanma sınırlamaları ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Bunun yanında, İçtüzük'ün 64'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının konu özelinde ayrıca değerlendirilmesi icap etmektedir. Tartışmalara katılma yasağının kapsamının belirlenmesi sorunun çözümü bakımından yol gösterici olacaktır. Hükümde geçen “tartışma” ifadesinin neyi karşıladığını değerlendirebilmek için 2 Mayıs 1927 tarihli mülga Dahilî Nizamname'nin 90'ıncı maddesinin üçüncü fıkrasındaki karşılığına bakılabilir: “[Başkan] Bir müzakereye karışmak isterse Reislik mevkiini diğer bir Reise bırakarak hitabet kürsüsüne iner ve ancak müzakereye bulunan madde veya mesele reye iktiran ettikten [oylandıktan] sonra tekrar mevkiine çıkar.”

Görüldüğü üzere, metinlerde geçen “müzakere” ve “tartışma” ifadelerinin dar anlamda kullanıldığı telakki edilmelidir. Yukarıda, ilgili başlıkta ele alındığı üzere Anayasa'da ve İçtüzük'te hüküm altına alınan “tartışmalara katılma yasağı”nın kapsamı Meclis Genel Kurulu ve komisyonlarda gerçekleşen tartışmalarla sınırlıdır.

Meclis Genel Kurul görüşmelerinin yönetimi yürürlükteki İctüzük'ün 14'üncü maddesinde TBMM Başkanı'nın asli görevleri arasında sayılmaktadır. Ancak 15'inci maddede ise Başkanvekillerinin TBMM Başkanı yerine Genel Kurul görüşmelerini yönetmekle görevli olduğu; Başkanvekillerinin hangi birleşim veya oturumları yöneteceklerine de Başkan'ın karar vereceği düzenlenmektedir. Söz konusu bu hüküm uyarınca Genel Kurul yönetim işi uygulamada belirli bir sırayla TBMM Başkanvekillerince yerine getirilmektedir. Başkanlık tarafından aylık olarak hazırlanan Divan Nöbet Çizelgesi'nde bir ay dört haftaya bölünmekte ve her bir hafta için bir Başkanvekili'nin Genel Kurul yönetimini üstlenmesi sağlanmaktadır. Açıkça ifade etmek gerekir ki, Genel Kurul toplantılarının yönetimi kural olarak Meclis Başkanı'na ait olan ancak uygulamada Meclis Başkanı'ndan ziyade Başkanvekillerince yerine getirilen bir görevdir. Bununla birlikte Başkan'ın yasama yılının açılış ve kapanış toplantıları, bütçe görüşmelerinin ilk ve son günleri, 23 Nisan özel oturumu gibi kimi törensel ve önemli günlerde Genel Kurula bizzat başkanlık ettiği ifade edilmelidir.⁸³

İctüzük madde 64'ün birinci fıkrasını değerlendirecek olursak, evvela ilgili düzenlemenin *Genel Kurula başkanlık etmeyen Başkan veya Başkanvekillerinin asıl konu görüşülürken ve oylanırken görüş açıklayabileceği sonucuna varmaya elverişli olduğu* ancak böyle bir yorumun Başkan ve Başkanvekillerine yönelik tartışmalara katılma yasağı karşısında şüpheli bir duruma mahal verdiği yönündeki yukarıdaki düşüncemizi hatırlatmak isteriz. Çünkü Genel Kurulda görüşülen bir meselede görüş açıklamak, tartışmalara katılmak anlamına gelmekte olup bu yorum, Genel Kurula başkanlık edip etmediğine bakılmaksızın Anayasa'nın Başkan ve Başkanvekillerine yönelik olarak getirdiği "görevlerinin gereği olan haller dışında, Meclis tartışmalarına katılamazlar" amir hükmü ile bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, mezkûr düzenleme Başkan'ın TBMM Genel Kurulunda asıl konu görüşülmeden evvel görüş açıklanmasını konu alan herhangi bir hüküm içermemektedir. Oysa bir kanun teklifi Genel Kurula gelmeden önce TBMM Başkanı söz konusu kanun teklifine ilişkin olarak menfi yahut müspet bir yorum yapabileceği gibi doğrudan ya da dolaylı olarak bir siyasi parti grubunun görüşleri lehine veya aleyhine görüş beyan edebilir. Bu durum "*Genel Kurula başkanlık eden Başkan veya Başkanvekili, asıl konu görüşülürken ve oylanırken hiçbir surette görüşünü açıklayamaz*" düzenlemesinin amacıyla çelişmektedir. Genel Kurul yönetimine ilişkin olarak Başkan'ın ve Başkanvekillerinin tutumu, yasamanın etkili ve verimli çalışması açısından fevkalade önemlidir. Genel Kurulda görüşülecek bir konu ya da kanun teklifine dair evvelce açıklanan bir görüş ya da bu yönde yorumlanabilir bir eylem (örneğin siyasal partiler arasında bir uzlaşma sağlanmamış olan; farklı siyasal eğilimlerin farklı yönde konumlandığı önemli bir anayasa değişikliği teklifine imza vermek) Genel Kurulu yöneten Başkan'ın tarafsız ve hukuka uygun davranıp davranmadığına ilişkin şüpheye mahal verecektir. Dolayısıyla yazılı düzenlemenin görüş açıklama yasağını asıl konunun görüşülmesi ve oylanması zamanı ile sınırlaması karşısında bu yasağı, meselenin Genel Kurula gelmesi öncesini de kapsayacak şekilde değerlendirmek mümkün olmasa bile Genel Kurulu yönetecek kişinin bunu bilerek hareket etmesi gerekmektedir.

83 Bakırcı, Gençkaya, Ergül, Kılıç, Aslan, Işık ve Yüksel (n 4) 170; Bakırcı (n 37) 48-49.

Sonuç olarak gerek Meclis Başkanı'nın gerek Başkanvekilleri'nin milletvekili olmaktan kaynaklanan kanun teklif etme ve anayasa değişikliği teklifine imza verme yetkisi bakımından yazılı herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bununla beraber, özellikle Genel Kurula başkanlık edecek olan Başkan veya nöbetçi Başkanvekillinin kendi tarafsızlığına ilişkin algıyı bozacak davranışlardan kaçınması; konu görüşülmeden evvel kendi iradesini açığa çıkaran herhangi bir tutum sergilememesi gerekir. Bu itibarla, özel bir hüküm bulunmasa bile yasama işlerinin selameti açısından özellikle siyasi niteliği bulunan kanun ve anayasa değişikliği tekliflerine Başkan ve Başkanvekillerinin imza vermektan imtina etmesi uygun olacaktır. Ancak özellikle altını çizmek gerekir ki bu yönde hukuki bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Somut olay açısından değerlendirecek olduğumuzda, bir şekilde milletvekili olmaktan kaynaklanan yetkisini kullanarak 2/4779 esas numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'ne imza veren TBMM Başkanı Şentop ile teklifte imzası bulunan Başkanvekillerinin ilgili anayasa değişikliği teklifinin Genel Kurulda görüşüleceği oturumlarda Başkanlık Kürsüsü'nde bulunmamaları; başka bir ifadeyle oturum yönetmemeleri mevcut sorunun çözümüne katkı sağlayacaktır. Zira tarafsızlıktan çok daha önemli olan, tarafsız olduğuna ilişkin intibadır. Tarafsızlığı şüpheye düşen bir Başkan Genel Kurulun idaresinde olabildiğince tarafsız davranırsa dahi, bu intiba zarar gördüğünden ötürü Meclis'in işlerini sıhhatle yürütmesi mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

TBMM üyelerinin yasama faaliyetlerine ilişkin olarak başvuracakları birincil merci Meclis Başkanlığıdır. Bunun yanında TBMM Meclis Başkanı tarafından temsil olunur ve Meclis içerisinde yürütülen iş ve işlemler genel itibarıyla Meclis Başkanı'nın sorumluluğundadır. İşbu nedenlerden ötürü Meclis Başkanı'nın tarafsız olarak çalışması, kendi üzerine düşen görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanırken milletvekilleri ve siyasi partiler arasında ayırım yapmaması gerekir. Nitekim bu gereklilik nedeniyle Anayasa ve İçtüzük başta olmak üzere parlamento hukukumuzun temel kaynakları ve Meclis pratiği Başkan'ın tarafsızlığını sağlayacak ilke ve uygulamalar öngörmektedir. Elinizdeki çalışma, 9 Aralık 2022'de TBMM Başkanlığına sunulan ve Anayasa'nın 24 ve 41'inci maddelerinde değişiklik yapılmasını öngören 2/4779 esas numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'ne Meclis Başkanı Şentop'un imza vermesiyle gündeme gelen "TBMM Başkanı'nın tarafsızlığı" fenomenini genel itibarıyla ele almakta ve somut olaya ilişkin değerlendirme ve öneriler ortaya koymaktadır. Bu itibarla:

(1) İstisnaları olmakla birlikte, Meclis Başkanı'nın anayasa değişikliği tekliflerine imza atmaması yönünde *yerleşik bir uygulamanın* bulunduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte (i) süregelen uygulamanın bir teamül oluşturacak düzeyde geçmişinin bulunmadığı, (ii) tekrarlanan uygulamaya uyulması gerektiğine dair inancın henüz TBMM Başkanları düzeyinde tam anlamıyla yerleşmediği de bir gerçektir. (2) Meclis Başkanı'nın milletvekili olmaktan kaynaklanan kanun teklif etme ve anayasa değişikliği teklifine imza verme yetkisi bakımından herhangi bir anayasal kısıtlama

bulunmasa da Genel Kurula başkanlık edecek olan Başkan veya nöbetçi Başkanvekili'nin kendi tarafsızlığına ilişkin algıyı bozacak davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Dolayısıyla yasama işlerinin selameti açısından özellikle siyasi niteliği bulunan kanun ve anayasa değişikliği tekliflerine Başkan ve Başkanvekillerinin imza vermektan imtina etmesi uygun olacaktır.

Tarafsızlıktan daha mühimi, tarafsız olduğuna ilişkin verilen intibadır. Zira Genel Kurulda tartışmaları yöneten Başkan, başvuracağı usuller ve sahip olduğu takdir hakkı nedeniyle mensubu olduğu siyasi parti lehine; parlamentodaki diğer görüşler aleyhine bir tutum sergileme imkânına her zaman sahiptir. Ancak şahsiyetine ve dürüstlüğüne güvenilen, tarafsız olduğuna itimat edilen bir Başkan'ın tarafsız ve adil bir yönetim icra ettiği düşünülür. Bu nedenle Genel Kurul çalışmalarının sıhhatle yürütülmesi, TBMM'nin üzerine düşen işlevleri layıkıyla yerine getirebilmesi için Başkan'ın tarafsız olduğu izlenimi vermesi gerekmektedir.

Bununla birlikte, tarafsızlığı şüpheye düşen tek Meclis Başkanı Mustafa Şentop değildir. Yakın tarihte, TBMM Başkanı Binali Yıldırım'ın 2019 yerel seçimlerinde İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı için Adalet ve Kalkınma Partisi'nin adayı olması da tartışmalara vesile olmuştur.⁸⁴ Görünen o ki, TBMM Başkanı'nın tarafsızlığını sağlamaya yönelik mevcut düzenlemeler ortaya çıkan gelişmeler karşısında yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla, Meclis Başkanı'nın tarafsız olduğuna ilişkin somut ifadeler içeren; bu amaca yönelik daha net ve işlevsel sınırlamalar öngören hükümlere ihtiyaç olduğu değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- '02.05.1927 Tarihli Dahili Nizamname' (Türkiye Büyük Millet Meclisi Resmî İnternet Sitesi) <<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/yirmi-yedi-ictuzuk>> Erişim Tarihi 12 Haziran 2023.
- 'Bakan Bozdağ Başörtüsüne İlişkin Anayasa Değişiklik Teklif Metninin İçeriğini Canlı Yayında Açıkladı' (TC Adalet Bakanlığı Youtube Kanalı, 5 Aralık 2022) <https://www.youtube.com/watch?v=CKrRcC_wNpM> Erişim Tarihi 18 Nisan 2023.
- 'Özgür Özel: "Şentop, Tarafsızlığını Yitirdiğinin Bilincinde Olduğu için Tartışmaları Tarafsız Olması Geremediği Argümanı Üzerinden Yürütüyor. Kendisine O Makamı Boşaltmak Düşer' (Anka Haber Ajansı, 12 Aralık 2022) <https://ankahaber.net/haber/detay/ozgur_ozel_sentop_tarafsizligini_yitirdiginin_bilincinde_oldugu_icin_tartismalari_tarafsiz_olmasi_gerekmedigi_argumani_uzerinden_yurutuyor_kendisine_o_makami_bosaltmak_duser_115811> Erişim Tarihi 18 Nisan 2023.
- 'TBMM Başkanı İstifa Etmelidir' (İstanbul Barosu, 2 Ocak 2019) < <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=14072&Desc=TBMM-Başkanı-İstifa-Etmelidir>> Erişim Tarihi 30 Nisan 2019.
- 'The Speaker, Deputy Speakers and Officers' in D. R. Elder (ed), *House of Representatives Practice* (7th edn, Parliament of Australia, Department of the House of Representatives 2018) 165-216.
- 'The Speaker' (2010) House of Commons Information Office Factsheet M2, <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons-information-office/m02.pdf>> accessed 27 April 2023.

84 Bu konuda bkz. Şirin (n 10) 986 vd; 'TBMM Başkanı İstifa Etmelidir' (İstanbul Barosu, 2 Ocak 2019) < <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=14072&Desc=TBMM-Başkanı-İstifa-Etmelidir>> Erişim Tarihi 30 Nisan 2019.

- 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu 1/463', iç Danışma Meclisi Tutanak Dergisi Cilt 7, S. Sayısı 166'ya 1'inci Ek, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM__d02/c007/dm__02007120.pdf> Erişim Tarihi 27 Nisan 2023.
- Atar Y, *Türk Anayasa Hukuku* (14. Baskı, Seçkin 2021).
- Austen AA, 'The Impartiality of the Speaker of the House of Commons' (1960) 23(2) *The Journal of the Rutgers University Library* 48-52.
- Aybay R, 'Yasama Meclislerinin İchtüzükleri' iç *Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı* (Siyasi İlimler Türk Derneği 1976) 283-326.
- Bakırcı F, Gençkaya ÖF, Ergül O, Kılıç A, Aslan A, Işık S ve Yüksel İ, *Parlamento Hukukuna Giriş* (Lykeion 2020).
- Bakırcı F, *Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulundaki Yerleşik Uygulamalar* (TBMM Basımevi 2015).
- Bilgin M, 'Parlamentar Sistemin Doğduğu Ülke: İngiltere' iç. Semra Gökçimen (ed), *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamentar Sistem (Almanya, Güney Afrika, Hindistan, İngiltere, İtalya ve Japonya Örnekleri)* (TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları 2017) 189-235.
- Candan K, 'Koalisyon Kültürüne Dayalı Bir Parlamentar Sistem Örneği: Almanya Federal Cumhuriyeti' iç Semra Gökçimen (ed), *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamentar Sistem (Almanya, Güney Afrika, Hindistan, İngiltere, İtalya ve Japonya Örnekleri)* (TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları 2017) 33-101.
- Döner A, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2021).
- Erdem K ve Solak M, *Grand National Assembly of Turkey* (2nd edn, Grand National Assembly of Turkey Department of Research Services 2012).
- Gözler K, 'Türk Anayasa Hukukunda Teamül Olabilir mi?' (1999) (56) *Türkiye Günlüğü* <www.anayasa.gen.tr/teamul.htm> Erişim Tarihi 27 Nisan 2023.
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt 1* (2. Baskı, Ekin 2020).
- Gözübüyük Ş, *Anayasa Hukuku* (15. Bası, Turhan 2007).
- Harris B, 'Reforming the Office of Speaker' (2016) 41(2) *Alternative Law Journal* 89-92.
- Has V, 'Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2008).
- İba Ş, 'TBMM Başkanvekillerinin Tarafsızlığı ve Sorumluluğu Üzerine' (2002) 26(235) *Mülkiye Dergisi* 7-23.
- İba Ş, *Türkiye'de Meclis Başkanlığı ve Başkanlık Divanı* (Nobel 2001).
- Kanadoğlu OK ve Duygun AM, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (2. Baskı, On İki Levha 2021).
- Laban M, 'More Westminster than Westminster? The Office of Speaker across the Commonwealth' (2014) 20(2) *The Journal of Legislative Studies* 143-155.
- Lee V, 'Impartiality of Speaker' (2008) *Legislative Council Secretariat Information Note IN01/08-99*, <<https://www.legco.gov.hk/yr08-09/english/sec/library/0809in01-e.pdf>> accessed 27 April 2023.
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (21. Baskı, Yetkin 2021).
- Skinner L, 'Impartiality of the Speaker: Politics versus Convention in New Brunswick's 55th Legislature' (University of New Brunswick 2008) <https://www.academia.edu/33628049/Impartiality_of_the_Speaker_Politics_versus_Convention_in_New_Brunswicks_55th_Legislature> accessed 27 April 2023.
- Soysal M, 'Türk Parlamentolarında Meclis Başkanlarının Durumu' (1957) 12(2) *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 76-83.
- Soysal M, *Anayasaya Giriş* (3. Baskı, İmge 2011).
- Şen İG, 'Anayasal Teamül Nedir? "Yazısız Anayasa" Kuralları için Bir Tanımlama Denemesi' (2013) (24) *Yasama Dergisi* 37-58.

- Şirin T, 'Cumhur İttifakı'nın Anayasa Değişikliği Önerisine Eleştiriler' (T24, 13 Aralık 2022) <<https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/cumhur-ittifaki-nin-anayasa-degisikligi-onerisine-elistiriler,37806>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2023.
- Şirin T, 'Meclis Başkanlığı Hakkında Notlar: Modelleri, Anayasal Tarihi ve Tarafsızlığı' iç Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği (ed), *TBMM Yüzüncü Yıl Armağanı* (Tekin 2022) 973-997.
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (6. Bası, Beta 2004).
- Tanör B, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (32. Baskı, YKY 2019).
- Taşdöğen S, 'Türk Anayasa Hukukunda Yasama Fonksiyonunun Sınırlılığı' (Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi 2022) 271.
- Yılmazoğlu YE ve Perdecioğlu İE, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)* (3. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları 2021).
- Yüksel E, 'Refik Koraltan'ın Anayasayı İhlal Davasında Yargılanması: Suçlamalar ve Savunma' (2016) (40) Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi 373-395.

Sosyal Medyada Paylaşılan Çocuklara Ait Görüntülerin Müstehcenlik Suçları (TCK m. 226/3 ve 226/5) Bağlamında Değerlendirilmesi

The Evaluation of Posted Children's Images on Social Media in the Context of Obscenity Crimes (TCC art. 226/3 and 226/5)

Neslihan CAN* 

ÖZ

Bilgi ve iletişim olanaklarının yaygınlaşması ile birlikte çocuklar, akranları ve farklı yaş gruplarından insanlarla etkileşime kolaylıkla geçebilmekte ve özellikle sosyal medyada fotoğraf ve videolar olmak üzere hem kendilerine ait hem de başkalarına ait müstehcen olabilecek özel hayat kapsamında kalan görüntülerini yayabilmektedirler. Bu kolaylıkla birlikte sosyal medyada gerek fail gerekse de mağdur olarak sanal zorbalık, sanal cinsel istismar, tehdit, şantaj, hakaret, özel hayatın gizliliğinin ihlali, müstehcenlik gibi ceza hukukunun muhtevastındaki fiillerle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu çalışmanın amacı; sosyal medyada çocuklara ait müstehcen görüntülerin kaydedilmesi, ele geçirilmesi, bulundurulması ve yayılması fiillerinin Türk ceza Hukukundaki karşılığını tespit etmektir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için de öncelikle müstehcenlik kavramının ne olduğu, müstehcenlik ve çocuk pornografisi arasındaki ayrımın ne olduğu ve hangi durumda müstehcen içeriğin ceza hukukunun müdahalesini gerektirdiği ele alınacaktır. Ayrıca Türk Ceza Kanununun (TCK), sosyal medya ile daha geniş kitlelere ulaşabilen çocuk pornografisi ile mücadelede yeterli olup olmadığı değerlendirilecektir. Çalışmada, özellikle Türk hukukunda çocuk pornografisinin sınırlarını çizmek bakımından hukuk dogmatigi yönteminden yararlanılacaktır. İfade özgürlüğü perspektifinden çocuk pornografisine ilişkin yasaklar, Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında detaylıca değerlendirildiğinden müstehcenliğin muhtevastının belirlenmesi için Amerikan Yüksek Mahkeme ve Yargıtay kararlarına da karşılaştırmalı olarak temas edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk pornografisi, Temsili çocuk görüntüsü, Siber Suçlar Sözleşmesi, Sosyal medya, Müstehcenlik.

ABSTRACT

As information and communication tools become more widely available, they allow children to interact with their peers and adults of various ages. They have more opportunities to share photos and videos of themselves and others on social media, including obscene ones belonging to their private sphere. This leads them to face up to criminal proceedings as sometimes victims or perpetrators of cyberbullying, online grooming, threats, blackmail, defamation, violation of privacy and obscenity. This study aims at detecting the counterparts of the acts such as saving, obtaining, possessing, and disseminating obscene images of children on social media under Turkish criminal law. To fulfill this goal, the study firstly questions what obscenity means, how the obscene material might be subject to criminal law acts, and how to distinguish between obscenity and child pornography. Besides, it further evaluates whether the Turkish Criminal Code sanctions on this issue are sufficient or not, as social media enables child pornography to spread widely. The study takes a formal-dogmatic approach to defining child pornography in Turkish criminal law. Since the prohibitions on child pornography are scrutinized in depth by the US Supreme Court in terms of free expression, the study compares cases from Supreme Court and the Turkish Court of Cassation to determine the content of obscenity.

Keywords: Child pornography, Virtual child images, Convention on Cybercrime, Social media, Obscenity.

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi; Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ORCID: 0000-0002-6990-8274.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Neslihan CAN

E-posta/E-mail: neslihan.can@erdogan.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 13.03.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 17.05.2023

GİRİŞ

“Hayatımın her gününü birinin benim fotoğraflarımı göreceği, beni tanıyacağı, tekrar ve tekrar rezil olacağıma dair sürekli bir korkuyla yaşıyorum. Birinin bana, sadece küçük bir kız çocuğuyken kamera önünde istismar edilen bana, baktığını bilmek beni çok yaralıyor.”¹

Günümüzde dijital teknolojiler akıllı telefon, tablet ve dizüstü bilgisayarlar aracılığıyla kullanılmakta ve bu yolla toplumsal ilişkiler tesis edilmektedir. Bu ilişkileri mümkün kılan bir araç olarak sosyal medya uygulamaları², gerçek hayatta birbirini hiç görmemiş insanlar arasında cinsel içerikli, müstehcen, çıplak ya da yarı çıplak fotoğraflar gönderme veya alma yani *sexting* yoluyla sanal bir cinsel ilişki tesis edebilmektedir³. ABD’de yürütülen Ulusal Genç Çevrimiçi Mağduriyet çalışması da *sexting* ve pornografinin⁴ ne denli yaygın olduğunu teyit etmektedir. Söz konusu çalışmada, kendileri ile mülakat yapılan savcılar, *sexting* ile ilgili savcısı oldukları ceza davalarının yüzde altmış ikisinde sanık olarak en az bir gencin bulunduğunu, bu davaların yüzde seksen dördünde de suça sürüklenen çocukların çocuk pornografisi üretimi suçundan yargıldıklarını belirtmiştir⁵.

Sosyal medya ile beraber müstehcenlik; *sexting*, intikam pornosu ve sanal zorbalık pek çok olayda iç içe geçmiş durumdadır. Bu nedenle öncelikle bu kavramların açıklanmasında fayda vardır. *Sexting* (cinsel içerikli mesajlaşma); özellikle gençlere hasredilen bir kavram olarak, kişinin kendisinin veya ekran grubundan bir başkasının müstehcen fotoğrafını çekmesi ve iletmesi anlamına gelmektedir⁶. *Pew Survey* isimli anket uyarınca *sexting*; aralarında duygusal ilişki bulunan iki kişinin birbirine, geçmişte aralarında duygusal ilişki bulunan taraflardan birinin ilişki sona erdiğinde bir başkasına veya aralarında duygusal bir ilişki olmaksızın bir ilişki başlatmak amacıyla birinin bir diğerine müstehcen içerikli fotoğraf göndermesi gibi üç farklı biçimde gerçekleşmektedir⁷. İntikam pornosu, Birleşik Krallık Ceza Adaleti ve Mahkemeler Kanununda (*Criminal Justice and Courts Act*) suç olarak düzenlenmiş olup “fotoğraf veya videoda görünen kişinin rızasız olmaksızın ve bu kişiye ıstırap çektirmek amacıyla mahrem

- 1 Söz konusu beyan, dört yaşından dokuz yaşına kadar amcası tarafından çocuk pornografisinde görüntüleri kullanılmak üzere cinsel istismar edilmiş Amy takma isimli kıza aittir. Bkz. Paul C. Cassell vd., ‘Not Just ‘Kiddie Porn’: The Significant Harms from Child Pornography Possession’ Carissa Byrne Hessick (Ed.) *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 191.
- 2 Christian Fuchs, ‘Social Media and the Public Sphere’ (2014) 12 (1) *TripleC* 66.
- 3 Shaheen Shariff ve Ashley DeMartini, ‘Defining the Legal Lines: eGirls and Intimate Images’ Jane Bailey ve Valerie Steeves (Ed.) *eGirls, eCitizens* (University of Ottawa Press, 2015) 285; April Gile Thomas ve Elizabeth Cauffman, ‘Youth Sexting as Child Pornography? Developmental Science Supports Less Harsh Sanctions for Juvenile Sexters’ (2014) 17 (4) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 632.
- 4 ABD’de sexting kapsamında gerçekleşen müstehcen görüntü gönderme fiilleri, genel itibarıyla çocuk pornografisi olarak cezalandırılrsa da bazı eyaletlerde bu durumlar için ayrı bir yaptırım kategorisi oluşturulmuştur. Örneğin Illinois eyaletinde reşit olmayan bir kişinin uygunsuz görsel tasvirlerinin elektronik olarak yayılması danışmanlık alma veya kamu hizmetine yararlı bir işte çalışma ile yaptırma bağlanmıştır. Utah’ta da pornografik ürün göndermekten mahkûm olan on altı ve on yedi yaşındaki çocukların fiili A derece, on altı yaşından küçük olanların fiili ise B derece kabahat olarak tasnif edilmiştir. Çocuğun bu fiili tekrarlaması halinde ise çocuk, üçüncü derece suç ile yargılanacak ve en az bin dolar para ve on dört gün hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bkz. Thomas ve Cauffman (n 3) 636.
- 5 Wendy Walsh vd, ‘Challenges in Investigations and Prosecutions of Child Pornography Crimes’ Carissa Byrne Hessick (Ed.) *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 229.
- 6 Kelly Tallon, ‘Addressing Sexting in Schools’ (2010) 30 *Child Legal Rights Journal* 1.
- 7 ibid.

cinsel fotoğraf veya videosunun yayılması” olarak tanımlanmıştır⁸. Sanal zorbalık ise bir kişi veya kişi grubundan sosyal medya ve elektronik ortamdaki iletişim vasıtasıyla temadi eden şekilde uzun süreye yayılan ve mağdurun kırılğanlaştırılarak ruh sağlığının bozulmasına neden olan mağdur tarafından karşı koyulamayan saldırgan ve kasıtlı bir fiildir⁹. ABD’de basına yansımış bir olayda on üç yaşında bir kız çocuğu olan H.W. göğüslerinin fotoğrafını erkek arkadaşına göndermiş ve arkadaşıda bu görüntüleri sınıflarında bulunan diğer çocuklara göndermiştir. Bunun üzerine H.W. fotoğrafları gören çocuklar tarafından taciz ve zorbalığa maruz kalmış, ardından da intihar etmiştir¹⁰. Hem durumun çocuklar üzerinde intihara varan etkisi hem de sosyal medya ile beraber bireyin özel hayat alanında kabul edilen aile, çıplaklık ve cinsellik gibi konuların bir anda kamusal alana kayması ile özel alan-kamusal alan¹¹ ve bunların gerektirdiği koruma arasında ayırım yapmak zorlaşmaktadır. Ancak mesele, çocuğun cinsel sömürüye konu edilmesi olduğunda özel hayat korumasından yararlanabilecek cinsellik veya çıplaklık alanı ceza hukukunun müdahalesine konu olmaktadır¹². Zira çocuğun müstehcen görüntülerinin konu olduğu çeşitli fiillerin suç haline getirilmesinin sebebi, bu türden ürünlerin ve çevrimiçi uygulamaların, pedofiller arasında fikir, fantezi ve tavsiye alışverişine neden olabileceği ve çocuklara yönelik cinsel suçlar konusunda potansiyel failleri cesaretlendirebilir olabileceğine dair endişedir¹³.

TCK’da da çocuğun sömürüden korunması için çocuk pornografisi, bu ad altında olmasa da müstehcenlik suçu kenar başlığıyla¹⁴ TCK m. 226/3’te üretilmesi, bulundurulması ve dağıtımı gibi çeşitli fiillerle ve TCK m. 226/5’te de yayılması yasak olan bir suç haline getirilmiştir. Bu çalışmada sosyal medya üzerinden çocuğa ait müstehcen görüntülerin elde edilmesi aşamasından yayılmasına kadarki aşamada gerçekleşen fiillerin TCK bağlamında hangi suçları gündeme getireceği Yargıtay kararları ışığında ceza hukuku genel hükümler bağlamında kullanılan suç sistematiği yöntemi uygulanmak suretiyle incelenecektir.

8 Can Yavuz, *Cinsel İçerikli Görüntülerin Rıza Dışı Paylaşımı İntikam Pornosu* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021) 12.

9 Neslihan Can, ‘Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı’ (2022) 13 (50) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 118.

10 Thomas ve Cauffmann (n 3) 640; Tallon (n 6) 2; Söz konusu olay için bkz. Randi Kaye, ‘How A Cell Phone Picture Led to Girl’s Suicide’ (CNN, 7 Ekim 2010) <<http://edition.cnn.com/2010/LIVING/10/07/hope.witsells.story/index.html>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2023.

11 *Habermas*’ın meşhur hayat alanları teorisine göre her birey kamusal, özel ve giz alanına sahiptir. Kamusal alan toplumun eleştirel kamusal tartışma ortamına katılabileceği ve herkese açık olan alandır. Dergi, gazete, televizyon gibi araçlar da kamusal alanın medyasıdır. Söz gelimi ticari ve siyasi faaliyetler kamusal alana ait kabul edilirken aile hayatı ve cinsellik gibi bireyin sınırlı bir çevre ile paylaştığı özel alanı dâhilindedir. Giz alanı ise bireyin hiç kimse tarafından bilinmesini istemediği alanıdır. Liberal anlayışa göre de özellikle özel alan ve giz alanı devletin müdahalesinin minimal düzeyde olması gereken alanlardır. Bkz. Jürgen Habermas, ‘The Public Sphere’ (1974) (3) *New German Critique* 49, 53; Fuchs (n 2) 60, 89; Louise Marie Roth, ‘The Right to Privacy Is Political: Power, the Boundary between Public and Private, and Sexual Harassment’ (1999) 24 (1) *Law & Social Inquiry* 49.

12 Amy Adler, ‘The Perverse Law of Child Pornography’ (2001) 101 (2) *Columbia Law Review* 210; İfade özgürlüğü karşısında çocuk pornografisinin ABD Yüksek Mahkeme kararlarındaki tarihsel serüveni için bkz. Carissa Byrne Hessick, ‘The Expansion of Child Pornography’ (2018) 21 (3) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 324 vd.

13 Bkz. Explanatory Report ETS 185 Cybercrime (Convention) 15 <<https://rm.coe.int/16800cce5b>> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023; Adler (n 12) 216; Füsün Sokullu Akıncı, ‘Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi’ (2001) 59 (1-2) *İÜHFİM* 31.

14 Bizatihi çocuk pornografisinin değil de müstehcenliğin de ayrıca cezalandırılmış olmasının Türk Ceza Hukuku Reformu ile hedeflenen birey ve birey özgürlüğü yaklaşımı ile bağdaşır olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Veli Özer Özbek vd, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022) 885.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

A. TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

TCK m. 226'da birden fazla farklı suç müstehcenlik üst başlığı altında düzenlenmiş olup, her bir suç bağlamında korunan hukuki değerler esas olarak "kamu ahlakı" üst başlığıyla formüle edilmiştir¹⁵. Örneğin maddenin birinci fıkrası ve dördüncü fıkrası birbirinden farklı değerleri korumaktadır. Birinci fıkra, müstehcen ve zararlı yayınların çocuklardan uzak tutulması suretiyle çocukların ruh sağlığını ve buna ilaveten yetişkinlere ait müstehcen görüntülerin belirli koşullar haricinde aleni olarak kamusal alana yayılmasını önleyerek kamu ahlakını korumaktadır¹⁶. Maddenin dördüncü fıkrasında ise insan cinselliğinin araçsallaştırılması suretiyle doğal olmayan yoldan, hayvanlarla veya ölmüş insan bedeni üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlara konu içeriğin üretimi ve yayılması suç olarak düzenlenerek insan onuru korunmaktadır.

TCK m. 226/3 bakımından ise korunan hukuki değer ne olduğu tartışmalıdır. İlk görüş uyarınca bu suçla çocuğun yararının korunması amaçlanmaktadır. Zira çocuk pornografisiyle hem çocuk üzerinde pornografi normalleştirilerek çocuğun pedagojik gelişimi olumsuz etkilenmekte hem de bu görüntülerin yayılmasıyla pedofillerin artma riski bulunmaktadır¹⁷. Hatta fuhşa sürüklenen çocukların cinsel sömürde kullanılmalarının da fuhşu normalleştirmek ve çocuğun direncini kırmak üzere pornografik içeriklerde kullanılmasıyla başladığı ileri sürülmüştür¹⁸. İkinci görüşe göre ise korunan hukuki değer görüntüdeki çocuğun müstehcenliğe dair korunması değil, çocuk pornografisinin normalleştirilmesinin önlenmesidir¹⁹. İkinci görüşün bu noktada argümanına göre, ortada bir insan olmaksızın temsili çocuk görüntüsüyle de çocuk pornografisi üretilebildiğinden bu suçla korunan çocuk olamayacaktır. Ancak ilk görüş uyarınca ve Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesinin Açıklayıcı Raporu uyarınca; çocuk pornografisinde kullanılan reşit görünmeyen bir kimse veya temsili çocuk görüntüsü olsa dahi çocuklar korunmaktadır. Zira çocuk pornografisi suç haline getirilerek; failerin çocukları pornografik fiillere katılmaya teşvik etme veya baştan çıkarmak için kullanabileceği davranışlara karşı koruma amaçlanmaktadır²⁰.

Bu muhtevada karşılaştırma yapabilmek adına ABD hukukunun da konuyla ilgili yaklaşımı ele alınmalıdır. Yasama organı olan Kongre, çocuk pornografisi bulundurma ve izlemenin cezalandırılması

15 Nitekim Özbek, tek bir madde ile farklı hukuki değerlerin kül halinde korunmaya çalışılmasının da kanun yapma tekniğine uygun olmadığını vurgulamıştır. Bkz. Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009) 27; Bunun yanında söz konusu maddeyle korunan hukuki değer kamusal ahlakı olmasının örf ve âdete dayalı cezalandırma yapılamayacağı, yani kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Özbek vd (n 14) 889; Ersan Şen, 'TCK m.226/4'ün Anayasaya Aykırılığı Sorunu' <<https://sen.av.tr/tr/makale/tck-m-226-4-un-anayasaya-aykirliligi-sorunu>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

16 Ali Kemal Yıldız, 'Müstehcenlik' *Özel Ceza Hukuku, C. VII: Genel Ahlak Karşı Suçlar-Aile Düzenine Karşı Suçlar* (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020) 55.

17 Özbek (n 15) 118-119.

18 R. Barri Flowers, 'The Sex Trade Industry's Worldwide Exploitation of Children' (2001) (575) *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 151; Adler (n 12) 243; Hessick (n 12) 325.

19 Yıldız (n 16) 73-74.

20 Explanatory Report ETS 185 Cybercrime (Convention) (n 17) 16; bkz. Sokullu Akıncı (n 13) 33.

halinde pornografiye olan talebin azalması ile bağlantılı olarak çocuk pornografisi üretiminin azalacağını belirtmiştir²¹. Bu anlayışın rasyosu piyasa arz-talebidir, ancak doktrinde konunun iktisadi bir yaklaşımla izahının çocuk pornografisi özelinde geçerli olmadığı savunulmuştur. Şöyle ki çocuk pornografisi piyasası meşru ticari bir pazar olarak faaliyet göstermemektedir. Ayrıca pornografik içerik üreten ve yayan çoğu kimse bir kazanç elde etmek için değil, bireysel olarak söz konusu “piyasada” bir yer edinmek fikri ile hareket etmektedir. Nitekim çocuk pornografisi bulunduranların yakalanması veya yargılanmasının pornografik ürün üretimini azalttığına dair ampirik bir sonuç da ortaya koyulmamıştır²².

ABD Yüksek Mahkemesi ise çocuk pornografisine karşı kilometre taşı olan *Ferber v. New York* kararında çocuğun pornografik materyallerde kullanımının hem çocuğa hem de toplumun tamamına ağır zararları olduğunu belirtmiştir²³. Yüksek Mahkemeye göre pornografide kullanılmak suretiyle sömürülmüş çocuklar, yaşamının ilerleyen döneminde sağlıklı ve şefkate dayalı bir ilişki geliştirme yeteneğinden yoksun kalmakta, cinsel işlev bozuklukları yaşamakta ve yetişkinliğinde çocuk istismarcısı olma eğilimi peyda olabilmektedir. Bu nedenlerle de çocuk pornografisi, cinsel istismar veya fuhuştan daha büyük bir risk barındırmaktadır, zira çocuğun pornografik görüntülerinin kaydedildiğini bilmesi, bu görüntülerin ileriki yıllarda pornografi sektöründe dolaşımında olacağına dair devamlı bir endişe içinde yaşamasına neden olmaktadır. Öyle ki çocuğun yer aldığı pornografik video ya da diğer görüntülerin yer aldığı ürünlerin üretimi çocuğun hayat boyu yaşayacağı travmanın yalnızca ilk safhasını teşkil etmektedir²⁴.

TCK m. 226/3'te korunan hukuki değerın ne olduğu ve kime ait olduğu, maddedeki fiillere rıza göstermenin hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmediğini belirlemek için önemlidir. Kanaatimizce

- 21 Cassell vd (n 1) 189; Çocuk pornografisi bulundurmanın cezalandırılmasının ardında yatan nedenler şu üç başlıkta ele alınmıştır: İlki, çocuk pornografisi bulundurmanın cezalandırılmasıyla bu görüntülerin üretimi nihai olarak azalacaktır. İkincisi çocuk pornografisi bulunduranlar çocuk istismarı için ciddi bir risk teşkil etmektedirler ve yakalanmaları ve yargılanmaları çocuğun korunmasına hizmet edecektir ve son olarak çocuk pornografisi bulundurmak çocuğun istismarı teşkil eden diğer suçlardan daha ciddi ve vahim olduğundan bu fiillerin muhakemesinde adli makamların elindeki kaynakların artırılmasına odaklanılmalıdır. Bkz. Carissa Byrne Hessick, 'Questioning the Modern Criminal Justice Focus on Child Pornography Possession' Carissa Byrne Hessick (Ed.), *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 151-152; Türk doktrininde de çocuk pornografisinin üretimden yayılmaya kadarki tüm aşamaların suç olarak düzenlenmesiyle çocuk pornografisinin azalacağına ilişkin görüş için bkz. Sokullu Akıncı (n 13) 32.
- 22 Hessick (n 21) 152; Söz konusu argüman Anglosakson mahkeme kararlarında sıklıkla kendisine yer bulmaktadır. Örneğin Kraliyet Mahkemesi bir öğretmenin çocuklara ait hayâsızca fotoğraflarının internette indirilmesine ilişkin mahkûm edilmiş ve Yargıç *Michael Heath* gerekçesinde "Böylesi materyallerin indirilmesi çocukların istismar edilmesini teşvik etmektedir" ifadesine yer vermiştir. Bir iş insanının çocuklara ait hayâsızca fotoğrafların üretildiği görüntüleri indirmesi dolayısıyla verilen mahkûmiyet hükmünde de Yargıç *Evans* "Sanık gibi kişiler olmadığında çocukların fiziksel ve cinsel istismar edildiği görüntülerin üretimi daha az teşvik edilecektir." gerekçesine yer vermiştir. Bkz. Susan Ost, 'Children at Risk: Legal and Societal Perceptions of the Potential Threat That the Possession of Child Pornography Poses to Society' (2002) 29 (3) *Journal of Law and Society* 452.
- 23 Karar için bkz <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep458/usrep458747/usrep458747.pdf>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2023; Amy Adler, 'The 'Dost Test' in Child Pornography Law: Trial by Rorschach Test' Carissa Byrne Hessick (Ed), *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 83; Genevieve Lakier, 'The Invention of Low-Value Speech' (488) *Public Law and Legal Theory Working* (The Law School University of Chicago, 2014) 47.
- 24 *New York v. Ferber* Case, Akt. Cassell vd (n 1) 190-191; Adler (n 12) 216; Tallon (n 6) 2 vd; Özellikle görüntüleri intikam pornosuna konu olan kişilerin iş bulamama, sağlık, ısrarlı takip ve mağdur suçlayıcılık kapsamında ikincil mağduriyetlerine dair bkz. Yavuz (n 8) 55 vd.

bunun için çocuk pornografisinin yasaklanmasının ardında yatan nedeni irdelemek gerekir. Çocuk pornografinin yasak olmasının ardında; pornografi sektöründe kullanılan çocuğun fiziksel ve cinsel olarak istismar edilebilmesi ve çocuk pornografisiyle toplumun genel ahlakının yozlaşacağı anlayışı yer almaktadır²⁵. TCK bağlamında çocuğun fiziksel istismardan veya cinsel istismardan korunması için vücut dokunulmazlığına karşı suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ihdas edilmiştir ve bunlarda korunan hukuki değer bireye aittir. Çocuk pornografisiyle yozlaşacağına inanılan toplum ahlakı ise belirli bir bireye ait değer olmayıp kamu düzeninin unsurlarındandır ve kamuyu oluşturan herkese aittir. Dolayısıyla üzerinde belirli bir bireyin tasarrufta bulunma veya yasaklanan fiillere rıza gösterme imkânı kamu ahlakı bakımından mümkün değildir. Bu nedenlerle de TCK m 226/3 ile korunan hukuki değer bireysel olarak çocuğa ait cinsel dokunulmazlık veya ruh sağlığı değil, kamu ahlakıdır.

B. ÇATIŞAN HUKUKİ DEĞERLER

1. Çocuk Pornografisi ile Mücadele vs. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal

Çocuğun müstehcen görüntülerinin özel ya da kamusal hayatın neresinde olduğunu tespit için özel hayatın sınırının da tespiti gerekmektedir. Bireyin belirli sayıda kimse ile paylaştığı ve bunun dışındaki kimselerce bilinmesini ve ulaşılabilir olmasını istemediği alan özel alandır²⁶. Cinsellik, aile hayatı, hastalık ve ölüm olayları özel hayat kapsamındadır²⁷.

ABD Yüksek Mahkemesinin *A.H. v. Florida* kararına konu olayda, on altı yaşındaki A.H., on yedi yaşındaki erkek arkadaşı J.G.W. ile cinsel ilişki sırasındaki görüntülerini erkek arkadaşının da rızasıyla kayda almış ve görüntüler hiçbir zaman üçüncü kişilere gönderilmemiştir. Ancak her ikisi de birbirlerinin görüntülerini kaydedip bilgisayarlarına depoladıklarından çocuk pornografisi suçundan mahkûm edilmiştir. A.H. Yüksek Mahkemeye başvurusunda, mahkûmiyetle cinsel davranışta bulunma ve özel hayatının korunması hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü de mahkeme sanıkların mahremiyet konusunda haklı beklentisinin bulunmadığı sonucuna varmıştır. Zira görüntüler, kendileri haricinde kimseyle paylaşılmamışsa da daha sonraki bir zamanda bu görüntülerin başkalarıyla paylaşılması mümkündür²⁸. Yargıtay da ABD Yüksek Mahkemesiyle benzer yaklaşımda olup çocukla gerçekleşen cinsel ilişki sırasında, bu cinsel ilişki suç teşkil etsin veya etmesin, yapılan görüntü kaydını TCK m. 226/3-c. 1 kapsamında müstehcen ürün üretimi olarak değerlendirmektedir.

2. Çocuk Pornografisi ile Mücadele vs. İfade Özgürlüğü

Mutlak bir mahiyeti olmayan ifade özgürlüğünün sınırlamaya konu olduğu hallerden biri de çocuk pornografisidir. Tüm ifadelerin ABD Anayasası Birinci Tadilinde teminat altına alınan

25 Ost (n 22) 437.

26 Fuchs (n 2) 74.

27 Behiye Eker Kazancı, 'Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması' (2007) 9 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145.

28 Thomas ve Cauffmann (n 3) 638.

ifade özgürlüğü korumasından yararlanıp yararlanamayacağı ABD Yüksek Mahkemesi tarafından tartışılmıştır²⁹. Mahkeme içtihatlarından doğan bir kavramsallaştırma ile de ifade özgürlüğünden yararlanamayacak veya daha sınırlı yararlanabilecek bir “*düşük değerde ifadeler (low-value speech)*” kategorisi bulunmaktadır. Bunun nedeni ise ticari reklamlar, karalamalar, müstehcenlik, dini değerleri aşağılayıcı sözler ve saldırgan içerikli ifadelerle eksik değerde olan ifadenin muhtevası dikkate alınmak suretiyle, bu ifadenin toplumsal değerinin olmayışı veya az olmasıdır. Toplumsal değer barındırmayan bu ifadeler ne kamusal tartışmaya katkı sunmakta ne de hoşla gitmeyecek olsa da bir fikir veya siyasi bakış açısı ortaya koymaktadır. Bunun yanında muhataplarında dikkate değer bir bilişsel etkisi de bulunmamaktadır. Bu kategori, ifadelerin serbest olmasını öngören sistem içerisinde dahi çok uzun zamandır hukuka aykırı olarak tavsif edilmiştir. Bu kategori içinde kendine yer bulan müstehcenlik de tıpkı kategorideki diğerleri gibi doğası itibarıyla politik bir fikir barındırmayan ve cinselliğin ön planda olduğu içeriklerdir. Bir fikirden farklı olarak da cinsellik ve cinsel ilişkinin iğrendirici bir tasvirini ortaya koymaktadır. Yüksek Mahkemenin ifade özgürlüğüne ilişkin bu kategorisi özü itibarıyla faydacı felsefi düşüncenin hukuk uygulamasına yansımalarıdır³⁰. Zira ifade özgürlüğü kamusal tartışmaya katkı sunmaya yarayan ve bu sayede gerek birey gerek toplumsal düzeyde gelişmeyi mümkün kılmalıyken³¹, müstehcenliğin böyle bir hedefi olmayıp yalnızca cinsel dürtüleri tetiklemekte ve bireyleri tahrik etmeyi hedeflemektedir. Bu nedenlerle ifade özgürlüğü korumasına layık olmayan müstehcenlik, 1860 ABD toplumundaki müstehcenlik karşıtı hareketlerin de etkisiyle eyaletler nezdinde ceza hukuku düzenlemelerine konu olmuştur³².

Her ne kadar müstehcenlik ve dolayısıyla çocuk pornografisi ifade özgürlüğü korumasından yararlanamayacaksa da buna dair hukuki düzenlemenin belirli olması gerekmektedir. Örneğin ABD hukukunda 1996 tarihli Çocuk Pornografisinin Önlenmesi Kanunuyla (*Child Pornography Prevention Act-CPPA*) temsili çocuk pornografisi yasaklanmışsa da Yüksek Mahkeme söz konusu hükmün ifade özgürlüğünü ihlal edecek şekilde belirsiz olması sebebiyle maddeyi ilga etmiştir. 2003 tarihinde ise CPPA’da değişiklik yapılmış ve “reşit görünmeyen bir kişinin cinsel eylemde bulunduğuna dair tasvir” yerine, “cinsel davranışta bulunan reşit olmayan birine ait olan veya bundan neredeyse ayırt edilemez görünen bilgisayar görüntüsü veya bilgisayar tarafından oluşturulmuş görüntü” ifadesi tercih edilerek çocuk pornografisinin kapsamı daraltılmıştır³³.

29 Bkz. *Roth v. United States*, No. 582. Argued April 22, 1957 Decided June 24, 1957 <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep354/usrep354476/usrep354476.pdf?loclr=bloglaw>> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023; ABD’de ifade özgürlüğünün liberal perspektiften hakikat ile temellendirilmesi sürecine dair bkz. Tolga Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-1* (İstanbul, Tekin Yayınevi, 2020) 49 vd.

30 İfade özgürlüğü korumasından yararlanamayan bu kategoriye dair detaylı bilgi için bkz. Lakier (n 23) 2 vd; İfade özgürlüğü karşısında çocuk pornografisinin ABD Yüksek Mahkeme kararlarındaki tarihsel serüveni için bkz. Hessick (n 12) 324 vd.

31 Söz konusu yaklaşımımız ifade özgürlüğünün hakikat temeline dayanmaktadır. Hakikat temelinde ifade özgürlüğünün pornografi ve nefret söylemleri karşısında tutumu için bkz. Şirin (n 29) 82 vd.

32 Bkz. Geoffrey R. Stone, ‘Sex, Violence, and the First Amendment’ (2007) (74) *The University of Chicago Law Review Special Issue: Commemorating Twenty-Five Years of Judge Richard A. Posner 1863-1865*.

33 Sanette Nel, ‘Child Pornography and The Internet-A Comparative Perspective’ (2008) 41 (2) *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 226, dn. 31; Hessick (n 12) 325.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

1. Fail

Müstehcenlik suçları bakımından kanun koyucu özel bir faillik vasfı aramamış olup herkes bu suçların faili olabilmektedir. TCK m. 20/2 uyarınca tüzel kişilerin bir suçun faili olabilmesi mümkün değilse de cinselliğin metalaştırılıp bir tüzel kişilik bünyesinde kâr getirir bir yol olmasını önlemek için kanun koyucu TCK m. 226/6 ile tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanmasına imkân tanımıştır. Bu düzenlemeden hareketle özellikle çalışma konusu kapsamında çocukların modellik ve film/dizi ajansları bünyesinde çocuk oyuncu ya da manken olarak yer alıp da müstehcen görüntülerinin elde edilmesi halinde müstehcenlik suçu oluştuğunda ajansın varsa tüzel kişiliği veya yayın şirketi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Bu tedbirler müsadere ve faaliyet izninin iptalidir³⁴. Pornografik içerik üretiminde kullanılan kamera, ışık gibi prodüksiyon malzemeleri suçun işlenmesinde kullanılan eşya olarak eşya müsaderesine konu olacağı gibi meydana gelen CD, fotoğraf, film gibi ürün de suçtan meydana gelen eşya olarak eşya müsaderesine konu olacaktır. Hatta cezalandırılabilirliğin alanına girmemişse de herhangi bir şekilde ele geçirilen ve bulunan çocuk pornografisi içeriği de TCK m. 54/4 kapsamında üretimi ve bulundurulması yasak eşya olarak eşya müsaderesinin konusu olacaktır.

2. Mağdur

Ceza hukuku teorisi uyarınca mağdur korunan hukuki değer sahibi kişi olduğundan çocuk pornografisinin mağdurunun kim olduğunun tespiti suçla korunan hukuki değerdeki tartışmalı durumun neticesi olarak tartışmalıdır. Mağdurun belirlenmesi, pornografik içerikte yer alan çocuğun bizzat ürünü üretmesi halinde fail ve mağdur sıfatı birleşmeyeceğinden önemlidir. Nitekim doktrinde bir görüşe göre TCK m. 226/3 ile mağdur aynı zamanda toplumu oluşturan herkes olduğundan çocuğun da bu suçun faili olabileceği ileri sürülmüştür³⁵. Yani TCK m. 226/3'te her ne kadar müstehcen üründe çocuk yer almışsa da, suçta yalnızca somut bir mağdur olarak çocuk değil, toplumu oluşturan herkes mağdurdur. Diğer görüşe göre ise müstehcenlik suçlarıyla toplumu oluşturan herkes mağdur olmakla beraber özellikle TCK m. 226/1 bent a ve b'de ayrıca mağdur kendisine müstehcen görüntü gösterilen, verilen, okutulan, dinletilen çocuklar, yani somut bireylerdir³⁶.

34 Söz konusu güvenlik tedbirlerine dair detaylı bilgi için bkz. Özbek (n 15) 98 vd; Nur Centel 'Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu – Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması' (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3319 vd; Mahmut Koca ve İlhan Üzümler, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022) 669 vd.

35 Özbek (n 15) 124.

36 Özbek (n 15) 55; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 5. Cilt (M. 197-254) (Ankara, Adalet Yayınevi, 2021) 7525; TCK m. 226/3 bakımından çocuğu suçun mağduru olarak tasnif eden görüş için bkz. Gökhan Taneri, 'Müstehcenlik Suçu' (2018) 13 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 590.

Kanaatimizce Türk hukukunda çocuk pornografisi suçu ile korunan hukuki değer kamu ahlakı olduğundan bu noktada belirli bir kişi değil, toplumu oluşturan herkes mağdurdur. Bu sonuca maddenin lafzından hareketle de varılabilir. Zira TCK m. 226/1'de “bir çocuğa” ifadesi kullanılmışken maddede yer alan diğer suçlarda “çocuklar” şeklinde belirli bir kimseye vurgu yapmayan ifadeler kullanılmıştır³⁷. Çocuk pornografisi bakımından pornografik içerikte kullanılan çocuk bireysel olarak suçun mağduru değilse de elbette ki çocuğun içerikteki cinsel davranışa rıza gösterme ehliyeti ve rızasının bulunup bulunmamasına göre cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçlarının mağduru olabilir³⁸.

3. Suçun Konusu

TCK'da kamu ahlakı üzerinde bir bozulma, yani bir zarar veya somut bir zarar tehlikesi meydana gelmeden önce müstehcenlik ve bu kapsamda çocuk pornografisi bir soyut tehlike suçu olarak düzenlenmek suretiyle cezalandırılmak istenmiştir³⁹. Çocuk pornografisinin konusu, içeriğinde çocuğun kullanıldığı müstehcen üründür ve bu ürünün maddesel bir varlık göstermesi gerekmiyip elektronik ortamda bulunması da yeterlidir⁴⁰. TCK m. 226/3 uyarınca müstehcen üründe çocuğun kullanılması gerekmektedir, çocuktan anlaşılacak olansa TCK m. 6 uyarınca on sekiz yaşını doldurmamış kişilerdir. Her ne kadar Siber Suçlar Sözleşmesinde taraf devletlerin çocuk pornografisini cezalandırırken çocuk kavramının on altıdan daha küçük olmamak üzere bir yaşta düzenlemelerine imkân tanınmışsa da Türk hukukunda çocuk ifadesi tercih edildiğinden genel hükümlerden ayrılmak mümkün değildir⁴¹.

Bu muhtevada evlilik ile reşit olan çocuğun suçun konusu olup olmayacağı da değerlendirilmelidir. Doktrinde TCK m. 226 bağlamında bu kişilerin çocuk sayılmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁴². Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir, şöyle ki failin müstehcen görüntüde kullanılan kişinin evlilikle reşit kılınıp kılınmadığını veya hangi ülke hukukuna göre reşit kılınmış olduğunu bilebilmesi mümkün değildir. Ayrıca evlilikle veya sair şekilde reşit kılınmış çocuğun suça konu olamayacağı kabul edilirse örneğin Türk hukukundan çok daha erken bir yaşta evlenmenin mümkün olduğu bir ülkeden temin edilmiş bir çocuk pornografisi görüntüsünü bulunduran failin görüntüdeki çocuk reşit olmamış olsa dahi çocuğun reşit olduğunu zannettiği ve suçun konusunda hataya düştüğü savunmasını yapması olasıdır. Bu halde de söz konusu savunmayla kastı kaldıran hatadan

37 Bu hususu suçun konusu olarak ele alan bkz. Taneri (n 36) 598. Yazara göre TCK m. 226/1'de suçun konusu “çocuğa müstehcenlik” iken m. 226/3'te “çocuğun müstehcenliğidir”.

38 Aynı yönde Yıldız (n 16) 57; Aksi yönde m. 226/3-c. 1'de mağdurun çocuk olduğuna dair bkz. Gökcan ve Artuç (n 36) 7525.

39 Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt IV*, (3.bs, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1985) 220.

40 İzzet Özgenç, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi’ (2020) 24 (2) AHBVÜHFD 273.

41 Örneğin Birleşik Krallıkta Çocuğun Korunması Kanununda çocuk on altı yaşın altındakiler, pornografik görsel ise hayâsızca fotoğraf, film ve filmdeki hayâsızca bir fotoğraf olarak tanımlanmıştır. Bkz. Ost (n 22) 440.

42 Bkz. Özbek (n 19) 55; Gökcan ve Artuç (n 36) 7525; Ancak Özbek, eserinin ilerleyen bölümlerinde TCK m. 226/3'teki çocuk pornografisi suçu bağlamında mağdurun henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olduğunu belirtmiştir. Bkz. Özbek (n 15) 122.

yararlanan faillere cezadan bağışıklık sağlanabilecektir. Bunun yanında doktrinde yazarların reşit kılınmış çocuk bakımından aksi kanaatte olması, TCK m. 226/1'deki suçlarda mağduru somut bir kimse olarak değerlendirmeleri dolayısıyladır⁴³. Nitekim bu noktada yazarlar, verdikleri örnekte⁴⁴ de söz gelimi evlilikle reşit kılınmış eşine müstehcen dergi veren eşin durumunun TCK m. 226/1 bent 1 kapsamında suç olmasını mantıklı bulmamaktadırlar. Oysa burada maddenin lafzı itibarıyla evlilikle reşit kılınmış kimse de bu suçun konusu olabilir, ancak burada eşine dergi veren failin cezalandırılmamasının sebebi, eşlerin birbirine karşı Türk Medeni Kanunu m. 185 kapsamındaki hak ve yükümlülüğünü yerine getirmesindedir. Yani hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni mevcuttur, bunun yanında eşin bu fiilinin cezalandırılması demek özel hayatına orantısız müdahale etmek manasına gelecektir. Ezcümle TCK m. 226/3'teki suçlarla korunan hukuki değerlerden biri de çocukların cinsel sömürüye araç olmasının önlenmesi olduğuna göre bu noktada suçun konusu evli veya değil çocuk yani on sekiz yaşını doldurmamış kişi olacaktır.

Çocuk pornografisinde yalnızca gerçek bir çocuğun kullanılması gerekmez, zira Siber Suçlar Sözleşmesiyle uyumlu olmak adına 24.03.2016 tarihli 6698 sayılı Kanun ile çocuk pornografisinde suçun kapsamı genişletilmiş ve çocuk gibi görünen kimseler veya temsili çocuk görüntülerinin de suça konu olabileceği eklenmiştir. Çocuk gibi görünen kimse, gerçekte çocuk olmasa da içerikte tasvir ve sunum itibarıyla on sekiz yaşını doldurmamış görünen kimsedir. Temsili çocuk görüntüsü (*virtual child pornography/ pseudo-photograph/computer-generated images*)⁴⁵ ise gerçek olmayan, bilgisayar ortamında yaratılmış çocuk pornografisi içeriğidir. Yani müstehcen bir anime, karikatür veya çizgi filmdeki çocuk tasviri çocuk pornografisine sübut verebilmektedir. Çocuk pornografisi olan bir içerikte gerçek bir insan bulunmasa dahi niçin failin cezalandırıldığıının ele alınmasında fayda vardır. Bu nedenlerden ilki uluslararası sözleşmelerle uyumlu olmak ve yükümlülükleri yerine getirme isteğidir, zira hem Siber Suçlar Sözleşmesi hem de Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi) devletlere sanal çocuk pornografisini cezalandırma yükümlülüğü getirmiştir. Yükümlülük olmanın yanında başka bir neden, özellikle pedofillerin çocukları kendileriyle cinsel ilişkiye girme konusunda bu sanal görüntüleri kullanmak suretiyle “avlayabilme” ihtimallerini bertaraf etme isteğidir⁴⁶. Sanal çocuk pornografisinin cezalandırılması gerekliliğine ilişkin bir diğer argüman ise sanal çocuk pornografisinin gerçek çocuk pornografisinden ayırt edilemez olduğu iddiasıyla neredeyse hiçbir failin gerçek çocuk pornografisi bulundurmaktan cezalandırılmayacak olmasına yönelik endişedir. Şöyle ki mevzuat uyarınca sanal görüntüler çocuk pornografisi suçuna konu olmazsa sanıklar, haklarındaki çocuk pornografisi bulundurma fiili için pornografik görüntünün gerçek bir çocuk olmadığını veya gerçek bir çocuk olduğu noktasında hataya düştüğünü iddia ederek mahkûm olmalarını engelleyebileceklerdir⁴⁷.

43 Çocuğu suçun mağduru olarak değerlendirir de evlilikle reşit kılınmış çocuğun da suçun mağduru olabileceğine dair bkz. Taneri (n 36) 590-591.

44 Bkz. Gökcan ve Artuç (n 36) 7525.

45 Adler (n 12) 244; Nel (n 33) 226.

46 Michael Veber, 'Virtual Child Pornography' (2004) 18 (1) Public Affairs Quarterly 76.

47 ibid 77.

Belirtelim ki temsili çocuk görüntülerinin çocuk pornografisine konu olup olamayacağı ABD Yüksek Mahkemesi tarafından da *Ashcroft v. Free Speech Coalition* davasında ele alınmıştır. Mahkeme, CPPA kapsamında bilgisayar ortamında hazırlanmış çocuk tasvirlerinin, gerçek bir çocuk kullanılıp istismar edilmediği için çocuk pornografisine konu olamayacağı sonucuna varmıştır. Ancak söz konusu temsili görüntüler yine de çocuk pornografisinden ayrı bir suç olan müstehcenliğe konu olabilecektir, zira çocuk istismarı olarak tarif edilen çocuk pornografisi yazılı şekilde de gerçekleşebilmektedir⁴⁸.

Temsili çocuk görüntüsü haricinde “*morphing image*” denilen biçimi değiştirilmiş görüntülerin çocuk pornografisine konu olup olamayacağı değerlendirilmelidir. Biçim değiştirme (morflama) işleminde, orijinal görüntü tamamen veya büyük ölçüde farklı görünecek şekilde düzenlenir. Bu işlemin sanal ortamda görünümü çoğu zaman; failerin Facebook gibi web sitelerinden kişilerin fotoğraflarını indirmesi ve ardından, bu kişilerin cinsel ilişkiye düşkün olduklarını göstermek için uygunsuz bir durumdaki başka bir görüntüye dönüştürmesi yoluyla olmaktadır. Sonraki adımda da failer, biçim değiştirmiş görüntüleri yayma ve görüntüsü kullanılanların toplumdaki statüsünü baltalama tehdidi yoluyla mağdurlara şantaj yapmaktadırlar⁴⁹. Biçim değiştirmiş müstehcen çocuk görüntülerinin üretiminde bir çocuk istismar edilmemişse de temsili çocuk görüntüsünden farklı olarak kimliği tespit edilebilir gerçek bir çocuğun görüntüsü mevcuttur^{50 51}. Kanaatimizce biçimi değiştirilmiş görüntü de belirli bir kişiyi tanımlanabilir kılması hasebiyle kişinin kendi görüntüsü üzerinde kişilik hakkı için ceza hukuku korumasından yararlanmalıdır⁵². Bu sebeple de biçimi değiştirilerek müstehcen bir hale getirilen çocuğa ait görüntü de çocuk pornografisine konu olabilir.

a. Müstehcenlik Kavramının Muhtevasının Belirlenmesi

Çocuğa ait görüntünün müstehcen olmasından ne anlaşılmalıdır? Kamuya açık bir reklamda kullanılan ve kadın çıplaklığını temsil eden bir görüntü müstehcen midir?⁵³ Estetik ve sanatsal bir terim olarak müstehcenlik; geleneksel (*conventional*), Dionysosçu (*dionysian*) ve sapkın (*perverse*) müstehcenlik olmak üzere tasnif edilmiştir. Geleneksel müstehcenlik, toplumda yerleşik cinsel kalıp ve uygulamalara saldıran herhangi bir ürünün niteliğidir ve özünde cinsel olarak ana akımdan farklı olanı sunmaktır⁵⁴. Dionysosçu müstehcenlik ise toplumun aşırı cinsellik olarak nitelendirdiği

48 Bkz. Adler (n 23) 84.

49 Rajat Misra, 'Cyber Crime Against Women' (2013) <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2486125>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2023 5.

50 *Sokullu Akıncı*'ya göre gerçek insan görüntüleri üzerinde oynanması yoluyla elde edilen değiştirilmiş görüntüler de Siber Suçlar Sözleşmesi m. 9/2-c kapsamındadır. Bkz. *Sokullu Akıncı* (n 13) 33.

51 Adler (n 23) 85; Belirtilmelidir ki bazı hallerde birden çok çocuğun görüntüleri birleştirilip biçim değiştirilerek tek bir çocuk görüntüsü ortaya çıkarılabilmektedir. Bkz. Özge Duman, 'Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)' (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019) 113; Eğer bu suçun mağduru, çocuk pornografisi üretiminde kullanılan çocuk kabul edilirse bu durumda bir fiille birden çok çocuk mağdur olduğu için failin aynı neviden fikri içtima uyarınca cezalandırılması gerekecektir.

52 Kişinin görüntüsü üzerindeki hakkının yalnızca video veya resim dâhilinde bir formatta değil; karikatür, animasyon, fotomontajında da mevcut olduğuna dair bkz. Eker Kazancı (n 27)134.

53 Özellikle Batı kültüründe kadınların tipik olarak daha az mahremiyeti, kadın bedenine ve benliğine daha fazla erişim sağlanmasının beklenmesi ve kadınlar açısından bir kendini ifşa etme normu sosyal etkileşimin bir parçası olmuştur. Bkz. Roth (n 11) 65.

54 Abraham Kaplan, 'Obscenity as an Esthetic Category' (1955) 20 (4) *Law and Contemporary Problems* 551.

hayattan alınan coşkulu zevkin ifadesidir⁵⁵. Nitelik itibarıyla bu iki tür müstehcenliğin dışında olan sapkın müstehcenlik ise ne geleneksel müstehcenliğin aksine kabul edilmiş standartlara bir saldırıdır ne de Dionysosçu müstehcenlik gibi kısıtlamalara rağmen bir dürtünün teşvik edilmesidir. Sapkın müstehcenlik, bizatihi kabul edilmiş standartları belirleyen bir norma aykırılık ve cinselliği iğrenç, tiksindirici şekilde sunumdur⁵⁶.

Hukuk dogmatğine konu bir kavram olarak müstehcenlik ise öncelikle erotizmden ayrılmaya çalışılmıştır, ardından pornografi ile arasında olan fark ortaya konulmak istenmiştir. Erotizm veya erotik ürün, sanatsal ve estetik bir değer ihtiva eden ve muhatabına bunu sunan ifade çeşididir ve bu haliyle ceza hukukunda yasaklanmış bir durum değildir. Örneğin tek başına estetik ve sanatsal değeri olan bir çıplaklık, üründe kullanılan kişiyi metalaştırmıyor ve hayvani bir cinsel dürtü uyandırmıyorsa bu durumda müstehcenlik suçuna konu olmayacaktır⁵⁷. Nitekim doktrinde de müstehcen olan bir içeriğin her zaman pornografik olmadığı, ancak pornografik olan şeyin her zaman için müstehcen olduğu belirtilmiştir⁵⁸. Söz gelimi bir içerikte yalnızca cinsel ilişkinin bulunması o içeriğe doğrudan pornografik vasfını kazandırmamaktadır⁵⁹. Bir ürünün pornografik olarak nitelendirilebilmesi için insan cinselliğini hayvanileştirmesi, cinsel arzuyu mutlaklaştırması, insanı cinsel şehvetin yöneleceği bir obje durumunu getirmesi ve cinselliği sunuş itibarıyla ağır, abartılı, estetik bir anlam olmaksızın salt kaba bir duruma sokması gerekmektedir⁶⁰.

Müstehcenlik, Türk hukuk düzenlemelerinde de gerek 765 sayılı TCK gerekse de 5237 sayılı TCK'da kendine yer bulmuştur. 765 sayılı TCK m. 426/1'de müstehcen ve hayâsızca eşyalara dair vasıflandırma "*Halkın ar ve hayâ duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlâka aykırılık*" olarak yapılmışken 5237 sayılı TCK'da herhangi bir müstehcenlik tanımı veya vasıflandırması yer almamıştır. Bunun yerine TCK m. 226'nın ilk beş fıkrasında konusu "*müstehcen yazı, söz, görüntü içeren ürün*" yahut "*müstehcen görüntü, yazı veya söz*" şeklindeki fiiller farklı cezai müeyyidelerle karşılanmıştır. Madde gerekçesinde ise müstehcenliğin normatif bir kavram olduğu, toplumda hâkim değer ölçülerince ve 225. maddedeki hayâsızca hareketler kavramına yönelik açıklamalar ışığında ele alınması gerektiği belirtilmiştir⁶¹. Hayâsızca hareketlere dair madde gerekçesinde ise "*toplumun sahip olduğu ortak edep (ar ve hayâ) duygularının, edep törelerinin ihlali, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlak temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketlerin*" bu mahiyette olduğu belirtilmiştir⁶². Türk doktrininde de müstehcenliğin sınırının belirlenmesinde istismarın varlığının da dikkate alınması gerektiği, yani toplumda hâkim olan ortak ar ve edep duygusunu incitir şekilde cinsel arzuları tatmine yönelen ve cinselliği tahrik ve istismar eden görüntü, yazı ve sesin müstehcen olduğu ileri sürülmüştür⁶³.

55 İbid 554.

56 İbid 556.

57 Aynı yönde bkz. Yıldız (n 16) 61; Gökcan ve Artuç (n 36) 7527; Duman (n 51) 5; Detaylı bilgi için bkz. Özbek (n 15) 19 vd.

58 Taneri (n 36) 565; Kaplan (n 54) 549.

59 Şirin (n 29) 105.

60 Taneri (n 36) 565-566.

61 Bkz. Mehmet Emin Artuk vd, *Gerekçeli Ceza Kanunları* (23. bs, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021) 272.

62 Bkz. İbid 270.

63 Bkz. Yıldız (n 16) 59; Özbek (n 15) 18.

ABD hukukunda ise müstehcenlik, öncelikle ifade özgürlüğünden yararlanıp yararlanmayacağına dair Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında kendine yer bulmuştur. Müstehcenlik ve ifade özgürlüğü kesişiminde önde gelen *Roth v. United States*⁶⁴ davasında Yüksek Mahkeme, daha önemli menfaatlerin bulunduğu sınırlı bir alana tecavüz edenler hariç; en ufak toplumsal öneme sahip, alışılmışın dışında ve aykırı hatta toplumda hâkim olan iklime karşı nefret içeren fikirlerin dahi ifade özgürlüğü korumasından yararlanacağını belirtmiştir. Ancak Mahkemeye göre, Birinci Tadilin zımni tarihi de gözetildiğinde tamamiyle toplumsal önemden yoksun olan müstehcenlik bu korumanın dışında kalacaktır. Ayrıca Mahkeme, bir ürünün müstehcen nitelikte kabul edilmesi için gereken şartları da bu kararıyla ortaya koymuştur. Buna göre ürün; bütün olarak oluşturulma amacı veya baskın etkisi gözetildiğinde özünde cinsel arzuları uyandırıyor ve sıradan, ortalama bir insan üzerinde bu etkinin doğma ihtimali, ürünün sanatsal veya diğer amaçlara dayalı olarak bulundurulmasından daha baskınsa bu durumda müstehcendir⁶⁵. Mahkeme müstehcenlik tanımına dair bu kriterlerini *Memoirs v. Massachusetts*⁶⁶ kararında farklı ifadelerle yeniden ortaya koymuştur. Buna göre bir ürün; bir bütün olarak ele alındığında baskın teması cinsel ilişkiye dair şehvet düşkünlüğüyse, cinsel konuların tasviriyle ilgili çağdaş toplum standartlarını ihlal ettiğinden dolayı aşırı şekilde saldırgansa ve ürün toplumsal değerden yoksunsa müstehcendir⁶⁷. Mahkeme, 1973 tarihli *Miller v. California* içtihadında ise ürünün toplumsal değerden yoksun olmasını değerlendirmemiş ve yerele göre değişebilir olan toplumsal normlar temelinde müstehcenlik vasıflandırmasını eyaletlere bırakmıştır⁶⁸.

Konuyla ilgili uluslararası hukuk düzenlemeleri ışığında bir görüntü ve sair materyale hangi içeriğin müstehcenlik vasfı verdiği de değerlendirilmelidir. Örneğin Siber Suçlar Sözleşmesi m. 9/2'de cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit olmayan kişinin görüntüleri, reşit görünmeyen kişinin görüntüleri ve reşit olmayan bir kişiyi temsil eden görüntüler “pornografik ürün” olarak nitelendirilmiştir. BM Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol m. 2/1-c'de de çocuk pornografisi “*çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi*” olarak tanımlanmıştır⁶⁹. Yine Lanzarote Sözleşmesi de paralel bir çocuk pornografisi tanımı benimsemiştir⁷⁰.

64 *Roth v. United States*, No. 582. Argued April 22, 1957.-Decided June 24, 1957, karar için bkz. <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep354/usrep354476/usrep354476.pdf?loclr=bloglaw>> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023.

65 Thomas R. Mulray, ‘Obscenity, Pornography and Censorship’ (1963) 49 (9) American Bar Association Journal 869.

66 *Memoirs v. Massachusetts*, No. 368, Argued December 7-8, 1965-Decided March 21, 1966, karar için bkz. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/413/>> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023.

67 Thomas ve Cauffmann (n 3) 633-634; Oldukça subjektif bir yapısı olan şehvet düşkünlüğünden ne anlaşılması gerektiği de ele alınmalıdır. Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan Model Ceza Kanunu uyarınca özü itibarıyla örf adet uyarınca kabul edilenin sınırları ötesinde çirkin ve marazi bir şekilde çıplaklık, cinsel ilişki, ekskresyona düşkünlüktür. Bkz. Mulray (n 65) 870.

68 *Miller v. California*, No. 70-73, Argued January 18-19, 1972, Reargued November 7, 1972, Decided June 21, 1973, karar için bkz. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/>> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023; Thomas ve Cauffmann (n 3) 634. Miller kararından çıkarılabilecek müstehcenlik kriterleri; ürünün yerel toplum standartları uyarınca ortalama bir insan tarafından bütünü itibarıyla şehvet arzusuna hitap etmesi, ürünün açıkça rahatsız edici bir biçimde cinsel davranışları tasvir etmesi ve yine bütün olarak ciddi edebi, sanatsal, politik ve bilimsel değerden yoksun olmasıdır. Bkz. Şirin (n 29) 109.

69 <https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarinadairsozlesmeyeek.pdf> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023.

70 Bkz. m. 20/2 “çocuk pornografisi”, çocuğu gerçek veya temsili açık bir cinsel davranış içinde görsel olarak gösteren

Çocuk pornografisi; bir çocuğun, başka çocuklarla, yetişkinlerle, hayvanlarla veya yabancı objelerle cinsel eylemlerde bulunduğunu tasvir eden fotoğraf, dergi, video kaydı, ses kaydı, hareketli fotoğraflar, internet sitelerindeki görüntü şeklindeki içeriklerdir⁷¹. Uluslararası sözleşmeler; devletlere çocuk pornografisini suç olarak düzenleme yükümlülüğü yüklemişse de buna ilişkin bir tanım yapılmamış, bunun yerine nelerin çocuk pornografisi olduğu sayılmıştır. Genel itibarıyla çocuk pornografisi video ya da fotoğraf şeklinde görsel içeriğe sahip basit (*softcore*) veya aşırı (*hardcore*) formu olabilen, içeriğinde çocuğun yer aldığı üründür. Basit formunda tahrik edici pozlar, çıplak çocuk görüntüleri veya çocuğun genital bölgesi yer alırken, bu görsellerde çocuk tek başına olabileceği gibi bir yetişkin ya da çocukla cinsel eylemler gerçekleştirebilir. Aşırı formunda ise bazı durumlarda ölüme yol açabilecek kadar çocuğa fiziksel zarar da verebilecek sadist cinsel eylemler yer almaktadır⁷².

Çocuk pornografisi, basit bir tanımla, içeriğinde çocuğun yer aldığı müstehcen üründür. Doktrinde çocuk pornografisi yerine, “çocuk istismarı materyali”, “çocuğun cinsel istismarı materyali”, “belgelenmiş çocuğun cinsel istismarı” ve “temsili çocuk istismarı” gibi kavramların ikamesi önerilmiştir⁷³. TCK’da çocuk pornografisi gibi bir kavram bulunmamakta ise de TCK m. 226/3’tü çocuk pornografisinin yasaklandığı anlaşılmaktadır⁷⁴.

ABD federal hukukuna göre ise çocuk pornografisi, çocuğun cinsel ilişki, hayvanlarla cinsel ilişki, mastürbasyon, sado-mazoşist ilişki, cinsel organlarının veya kasık bölgesinin şehvetli bir şekilde sergilenmesi şeklindeki cinsel içerikli bir fiilde kullanımı olarak tanımlanmıştır⁷⁵. Güncel bir örnek olarak New Jersey eyaleti çocuk pornografisi düzenlemesi bu meyanda ele alınabilir. Öncelikle belirtilmelidir ki 2017 yılında yeni bir düzenleme yapılarak çocuk pornografisi kapsamı New Jersey’de genişletilmiştir. Bu değişiklik öncesi çocuk pornografisi, pek çok eyaletteki gibi çocuğun yasaklanmış cinsel eylemlerde⁷⁶ bulunmasının tasviri iken, değişiklikle beraber cinsel eylemlerin ayrıca çocuğun cinselliği teşvik eden şekilde davrandığını sunan görüntüler de çocuk pornografisi olarak tanımlanmaktadır. Kanun, çocuğun cinselliği teşvik eder şekilde davrandığını sunan görüntünün ne olduğunu da belirtmiştir. Buna göre şu bentlerde yer alan tasvirler çocuk pornografisidir:

a. kanunun yasakladığı cinsel eylemler manasında, çocuğun tamamen veya anlaşılabilir bir şekilde kapatılmış mahrem bölgelerini pozla, kompozisyonla, biçim veya canlandırılmış şehvet uyandıran ayrıntılar yoluyla çocuk üzerinde şehvet düşkünlüğünü toplamaya yetecek kadar şehveti ifade eden tasvirler, veya

herhangi bir materyal veya çocuğun cinsel organlarının esas itibarıyla cinsel amaçlarla gösterilmesi”. <<https://rm.coe.int/168046e1de>> Erişim Tarihi 01 Şubat 2023.

71 Flowers (n 18) 151.

72 Ost (n 22) 439; Aşırı (hardcore) formda pornografinin ne olduğuna ilişkin net bir kriter bulunmasa da ürünü oluşturanın muhatabına içeriğin konu ve temasını bir kenara bırakarak yalnızca pornografiyi bulmak üzere odaklanmasını veya muhatabında cinsel ilişki veya cinsel diğer eylemlere dair kışkırtıcı ve çarpıcı düşünce uyandırmayı amaçladığı içeriktir. Bkz. Mulray (n 65) 874.

73 Cassell vd (n 1) 189.

74 Bkz. Yıldız (n 16) 70; Duman (n 51) 117; Özgenç (n 40) 253.

75 Adler (n 23) 85-86.

76 Yasaklanmış cinsel eylemlerden anlaşılması gereken cinsel birleşme, anal ilişki, mastürbasyon, hayvanlarla cinsel ilişki, sadizm, mazoşizm, oral seks, cinsel uyarılma için çıplaklık, penetrasyondur. Bkz. N.J. Stat. Ann. § 2C:24-4(b)(1). Akt. Hessick (n 12) 328, dn. 39.

b. kanunun yasakladığı cinsel eylemler manasında, çocuğun mahrem bölgeleri ile temas halinde olan pozla, kompozisyonla, biçim veya canlandırılmış şehvet uyandıran ayrıntılar yoluyla çocuk üzerinde şehvet düşkünlüğünü toplamaya yetecek kadar şehveti ifade eden tasvirler, veya

c. muhatabında cinsel uyarılma ve cinsel haz uyandırmayı amaçlayan önemli edebi, sanatsal, politik veya siyasi değeri olmayan herhangi bir çocuk tasviri⁷⁷.

b. Çocuk Pornografisinde İçerik Değerlendirilirken Model Ajan⁷⁸ Kim Olacaktır?

Müstehcenlik ve çocuk pornografisi içeren ürünün cinselliği teşvik etmesi, ar ve hayâ duygularıyla bağdaşmaması veya şehveti tasvir etmesi gerektiği çeşitli ceza hukuku düzenlemelerinde ve doktrinde ortaya konulmuştur. Peki çocuğun içeriğinde yer aldığı bir ürünün “şehvetli” ve “hayâ” ile bağdaşır olup olmadığı, kimin bakış açısından değerlendirilecektir? Müstehcenlik vasıflandırması yapılırken ürün haricinde ürünü meydana getiren failin amacı da gözetilerek harici bir değerlendirme mi yoksa yalnızca bizatihi ürünle sınırlı bir değerlendirme mi yapılacaktır?

Örneğin Yargıtay, komşusunun banyosuna ait soba borusuna cep telefonu koyup banyo yapan on bir yaşındaki çocuğun çıplak görüntülerini telefonuna kaydeden sanığın fiilinin özel hayatın gizliliğinin ihlali olmanın yanı sıra çocuk pornografisi içeren ürün üretme olduğu kanaatinde⁷⁹. Başka bir kararında ise Yargıtay, on üç yaşındaki mağdurun üzerinde alt ve üst iç çamaşırları bulunan yarı çıplak fotoğrafın Facebook’tan yayınlanması fiilinin m. 226/5 değil, görüntülerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (m. 134/2) kapsamında olduğunu belirtmiştir⁸⁰.

Banyo yapmakta olan bir çocuğun görüntüsünün pornografik olup olmadığı ABD Temyiz Mahkemesi 10. Dairesi tarafından da ele alınmıştır ve mahkeme, banyoyu cinsel aktivite ile ilişkilendirilen bir yer kabul ettiği için görüntünün pornografik olduğu sonucuna varmıştır. Ancak bu kararın aksine Oklahoma Bölge Mahkemesi banyonun kesin olarak cinsel aktivite ile ilişkilendirilen bir yer olmadığı kanaatinde⁸¹. Temyiz Mahkemesi 8. Dairesi ise failin gizlice bir çocuğun kıyafetini değiştirme anını kaydettiği videoyu değerlendirirken video bir cinsel aktivite içermese de sanığın bu görüntüyü kendi çocuk pornografisi arşivine koymasını gözeterek çocuk pornografisi suçu olduğu sonucuna varmıştır⁸².

77 ibid 328-329.

78 Anglosakson hukukunda “reasonable person standard” olarak isimlendirilen bu ölçütün, Türk Ceza Hukuku literatüründe özellikle taksirli suçlarda öngörüsüne sıklıkla başvuru model ajan kavramıyla ifade edilmesinin uygun olduğu kanaatindeyiz. Söz konusu standarda, 1837 yılında meşhur İngiliz mahkemesinin *Vaughn v. Menlove* davasında başvurulmuştur. Olayda, bir çiftçinin komşusunun kulübesinin yakınına yığıldığı samanlar alev almış ve kulübe yanmıştır. Fail, samanların kulübenin yanmasına neden olabileceğini düşünmediğini ve bu sebeple sorumlu olmaması gerektiğini ileri sürmüştü de mahkeme faili bu standarda tabi tutarak fiilinin objektif olarak makul olmadığı sonucuna varmıştır. Anglosakson mahkemeleri bu standarda göre değerlendirme yaparken herkesi aynı “model ajan” olarak değil, örneğin gözleri görmeyen bir kişinin gören bir kişiye göre değil, nesnel makul bir görmeyen kişi olarak ele almaktadır. Söz konusu standarda dair bkz. Legal Information Institute, “reasonable person” <https://www.law.cornell.edu/wex/reasonable_person 14.05.2023> Erişim Tarihi 13 Mayıs 2023.

79 Bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2018/4868, K. 2018/11056, KT. 21.11.2018

80 Yargıtay 12. CD, E. 2020/12489, K. 2021/4327, KT. 26.5.2021.

81 Akt. bkz. Adler (n 23) 89.

82 ibid 93.

Türk doktrinde müstehcenlik değerlendirmesi yapılırken objektif ve sübjektif kıstaslar ortaya konulmuştur. Yani model ajan olarak toplumdaki ortalama bir kimse esas alınmak suretiyle görüntü, yazı veya ses bu kimsenin ar ve edep duygularını incitecek ise müstehcenliğin objektif kıstası sağlanmıştır. Ayrıca üründe salt cinsel uzvun görünmesi, kadın veya erkeğin çıplak olması veya cinsel ilişki görüntülerinin müstehcen olmadığı ileri sürülmüştür⁸³. Zira savunulan görüşe göre bu ürün estetik kaygılardan uzak, tiksindirici boyutta olmalıdır⁸⁴. Sübjektif kıstasa göre ise bu ürünü oluşturan kişinin cinsel arzuları tahrik etme ve uyandırma saikinin bulunup bulunmadığı gözetilmektedir⁸⁵.

Peki çocuğun görüntüsü ile tahrik edilen cinsel duygular kime ait olmalıdır? Model ajan kim olacaktır? Örneğin sahilde mayo ile güneşlenen bir çocuk görüntüsü bir pedofil bakımından şehvetli bulunabilirse de çocuğun görüntüsünü kaydeden kimse TCK m. 226/3-c. 1 bakımından çocuğun kullanıldığı bir görüntünün üretiminden cezalandırılacak mıdır? Bu konu, ABD yargısı tarafından da objektif ve sübjektif değerlendirmeye konu olmaktadır. Sübjektif değerlendirmeye yol açan mesele “görüntü, izleyicide cinsel bir tepki uyandırmayı amaçlamış mıdır?” sorusudur, zira bu sorunun cevabı ortalama bir izleyici için pedofilden farklı olacaktır. ABD Temyiz Mahkemesinin 9. Dairesi, fotoğrafçının şehvet düşkünlüğünü ve “kendisinden veya benzer düşünen pedofillerden oluşan bir izleyici kitlesini” ele alarak bu değerlendirmenin yapılması gerektiği kanaatinde⁸⁶. Objektif standart uyarınca ise ele alınacak mesele; görüntünün cinsel dürtülere hitap edip etmediği veya bunu amaçlayıp amaçlamadığı değil, görüntüdeki çocuğun cinsel bir karaktere sahip olup olmadığıdır. Temyiz Mahkemesinin 1. Dairesi pedofil bir kimse model ajan olduğu takdirde bir market zincir kataloğunda yer alan çocuğun görüntüsünün dahi pornografik olacağını belirtmiştir⁸⁷. Bir görüntünün müstehcen olup olmadığını değerlendirirken mahkemelerin “pedofil bakışına (pedophilic gaze)” bürünerek yargılama yapması beklenemeyeceğinden Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla bu hususu tespate çalışmıştır.

ABD Yüksek Mahkemesinin *United States v. Dost*⁸⁸ kararında çocuğun yer aldığı görüntünün şehvetli olmasından ne anlaşılacağına dair altı kriter ortaya konulmuş ve doktrinde *Dost ölçütü* olarak yerleşmiştir. Buna göre şu altı sorunun cevaplanması gerekmektedir:

1. Görselin odak noktası çocuğun cinsel organ veya kasık bölgesi midir?
2. Görselin kurgusu cinsel olarak müstehcen midir? Genellikle cinsel aktivite ile ilişkilendirilen bir yer veya poz söz konusu mudur?

83 Erem (n 39) 222.

84 Yıldız (n 16) 59-60.

85 İbid 60.

86 Adler (n 23) 91.

87 İbid; Çocuk istismar ve sömürüsü kapsamında elde edilen görüntüler Avrupa ve Birleşik Krallı tipolojilerinde müstehcen değerlendirilmesi yapılırken farklı sonuçlara yol açabilmektedir. Örneğin Avrupa'nın COPINE (Combating Pedophile Information Networks in Europe/Avrupa'da Pedofili ile Mücadele Bilgi Ağları) tipolojisinde erotik olmasa da mayolu çocuk veya oyun oynayan çocuk görüntüleri de müstehcen olarak yer almaktayken, Birleşik Krallık'ın SAP (Sentencing Advisory Panel/ Cezalandırma Danışma Kurulu) tipolojisinde bunlar müstehcen değildir. Oysa pedofil bakışıyla bunların da müstehcen olma potansiyeli mevcuttur. Bkz. Can (n 9) 131-132.

88 Karar için bkz. <https://scholar.google.com/scholar_case?case=948.204.7682589425170&hl=en&as_sdt=100.000.00000002&as_vis=1> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023.

3. Çocuğun yaşı gözetildiğinde, görüntüdeki çocuk doğal olmayan bir pozda veya uygun olmayan bir kıyafette midir?
4. Çocuk tamamen veya kısmen giyinik veya çıplak mıdır?
5. Görsel, cinsel aktivitede bulunma noktasında çekingenlik veya istek gösteriyor mudur?
6. Görsel, muhatabında cinsel bir tepki uyandırmak için tasarlanmış mıdır?⁸⁹

Yüksek Mahkemeye göre çocuğun yer aldığı içeriğin “şehvetli” olmak suretiyle pornografik kabul edilebilmesi için tüm bu kriterlerin kümülatif bir şekilde karşılanması da gerekmemektedir⁹⁰. *United States v. Knox*⁹¹ davasında ABD Temyiz Mahkemesi Üçüncü Dairesi, bir görselin çocuk pornografisi olarak kabul edilebilmesi için çocuğun çıplak olmasının da gerekmediğini belirtmiştir. Söz konusu karar Başsavcılık tarafından Yüksek Mahkemeye taşınmış ve Yüksek Mahkeme, Dairenin “şehvet” değerlendirmesinde çok ileri gittiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Ancak Daire, doğrudan çıplak olmasa da en azından cinsel organın ayırt edilebilir olması durumunda “şehvetli” olma kriteri bakımından ürünün pornografik olacağından ısrarcı olmuştur⁹².

Yargıtay uygulamasına göre ise müstehcen üründen anlaşılması gereken; müstehcenlik unsuru olarak çocuğun kullanıldığı resim, film, video, ses kaydı, çizgi filmidir⁹³. Müstehcenliğe ilişkin ölçütler ise ürünün “*cinsel arzuları tahrik ve istismar etmesi*” ve “*toplumun sahip olduğu ortak edep duyguları ile yerleşik edep kurallarını incitici nitelikte*” olmasıdır⁹⁴. Anlaşılacağı üzere toplumsal değer yargılarına göre dinamik bir tanıımı olacağı düşünülen⁹⁵ müstehcenliğin ne olduğu bir yazılı hukuk kuralıyla düzenlenmemiştir⁹⁶. Yazılı olarak neyin müstehcen olduğu açıkça düzenlenmemişse de bu vasıflandırmada dikkate alınacak şüphesiz bireysel bir ahlak anlayışı olmayacaktır⁹⁷ ki bu husus suçu “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” kenar başlığı ile düzenlenen kanunun sistematığından de çıkarılabilir.

89 Adler (n 23) 87; Hessick (n 12) 330.

90 Adler (n 23) 88. Ancak bu kriterlerin kaçının karşılanması gerektiği noktasında da ABD mahkemeleri arasında bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Mahkemeler altısının birden karşılanmasını aramasa da en az kaçının aranması gerektiği net değildir. Örneğin ABD Temyiz Mahkemesi 10. Dairesi jürinin altı kriterden yalnızca birinin karşılanmasını yeterli bulurken, 3. Daire en azından iki kriterin olayda bulunmasını aramaktadır.

91 *United States v. Knox*, No. 977, Argued Aug. 17, 1992. Decided Oct. 15, 1992, <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/977/815/305694/>> Erişim Tarihi 4 Şubat 2023.

92 Adler (n 12) 240.

93 Yargıtay 18. CD, E. 2019/7009, K. 2019/14159, K.T. 10.10.2019.

94 Örneğin bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2014/19535, K. 2015/4333, K.T. 09.03.2015; Yargıtay 12. CD, E. 2014/19480, K. 2015/5315, K.T. 30.03.2015.

95 Erem (n 39) 219.

96 ABD’de de Kongre tarafından neyin müstehcen olduğu veya müstehcenliğin ne olduğu açıkça düzenlenmemiştir. Yazarlar tarafından çocuk pornografisine ilişkin federal ceza kanunları da oldukça muğlak ve belirsiz bulunmakta ve çerçeveyi tamamlama uygulamacı olan mahkemelere bırakılmaktadır. Bkz. Y.Y, ‘Child Pornography, the Internet, and the Challenge of Updating Statutory Terms’ (2009) 122 (8) *Harvard Law Review* 2206.

97 Erem (n 39) 220; AY ve AİHS’de birtakım hak ve özgürlüklerin sınırlandırma nedeni olarak genel ahlakın da sayılması dolayısıyla burada dikkate alınacak ahlak anlayışının genel ahlak olduğuna dair bkz. Duman (n 51) 21; Müstehcenlik kriteri olarak “toplumun ar ve hayâ duygularından” neyin anlaşılması gerektiği Birleşik Krallık İstinaf Mahkemesinin *R v. Graham Kerr* davasında ortaya konulmuştur. Buna göre çocuğu toplumda standart kabul edilmiş edep kuralları gözetildiğinde ortalama insan bakımından hayâsızca bulunan fotoğraflar Çocuğun Korunması Kanunu (Protection of Children Act) uyarınca hayâsızcadır. Bkz. Ost (n 22) 440.

Ayrıca Türk doktrininde nelerin müstehcen olmadığı ortaya konularak müstehcenlik kavramının içeriği yanlış değerlendirmelerden uzaklaştırılmaya çalışılmıştır. Buna göre zamanın ruhuna göre olan çıplaklık ve bilimsel veya sanatsal değeri olan cinsellik kompozisyonunun müstehcenlik suçuna konu olmayacağı ileri sürülmüştür⁹⁸. Bir ürünün normatif bir kavram olarak müstehcen olup olmadığına karar verecek olan şüphesiz yargılamayı yürüten mahkemedir. Mahkeme, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu m. 2 uyarınca müstehcenlik suçuna ilişkin resmi bilirkişi olarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kuruluna görüşünü almak üzere başvurabilir. Ancak mahkemelerin bilimsel veya sanatsal eserler dahilindeki ürünler söz konusu olduğunda bilirkişi incelemesine başvurması, bunun dışındaki ürünler için hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel hukuki bilgiyle ürünün müstehcen olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir⁹⁹.

c. Kanaatimiz

Kanaatimizde bir ürünün müstehcen olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken model ajan olarak pedofil birey ele alınırsa, ceza muhakemesine konu edilen; müstehcen ürün olmaktan çıkıp pedofilik zihin okumaya dönecektir. Model ajan olarak pedofil bireyin kabul edilmesi gayet sıradan olan çocuk görüntülerinin dahi pornografik bulunmasına ve ceza hukukunun belirlilikten ayrılmasına zemin oluşturabilir. Oysa ceza hukuku muhakkak genel ahlakı da korumak hedefindeyse bu kavramın içeriği belirlenirken keyfilikten uzak durulmalı, belirli bir grubun kişisel düşüncelerine dayalı olmamalı, kavram temel ceza hukuku ilkeleri ve hukukun genel ilkelerine aykırı okunmamalı ve hak sınırlama rejimi uyarınca demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük gözetilmelidir¹⁰⁰. Örneğin yukarıda ele alınan New Jersey eyaleti mevzuatındaki çocuk pornografisi düzenlemesinin ilk iki bendi objektif anlamda pornografik içerik tavsifi yapmıştır. Düzenlemenin c bendindeki hüküm ise muhatapta uyandırabilecek cinsel tepki gözetilerek yani sübjektif yaklaşım uyarınca çocuk pornografisi tavsifi yapmıştır. Doktrinde de bu sübjektif duruma neden olan bendin çok geniş ve göreceli olması sebebiyle eleştirildiği anlaşılmaktadır¹⁰¹.

Model ajan olarak pedofil bireyin esas alınması, bazı pedofillerin sıradan ve “masum” olan çocuk tercihleri¹⁰² de gözetildiğinde ifade özgürlüğü üzerinden problematik bir duruma yol açabilmektedir. Zira bir pedofilde şehvet uyandırır da “sıradan” bir çocuk görüntüsünü kaydeden kişinin çocuk pornografisi üretiminden mahkûm edilmesi, hem mahkûmun hem de toplumun geri kalanının ifade özgürlüğüne ket vuracaktır. Hatta salt bu görüntüleri yayınlayanlar hakkında ceza soruşturması yürütülmesi dahi sanatsal ifade özgürlüğü ve ticari ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki oluşturabilecektir. Örneğin ticari ifade özgürlüğü bağlamında

98 Gökcan ve Artuç (n 36) 7528-7529.

99 Gökcan ve Artuç (n 36) 7530; Duman (n 51) 13.

100 Özbek vd. (n 14) 887.

101 Eleştiri için bkz. Hessick (n 12) 329.

102 Adler (n 12) 260; Durumun vehameti ve pedofil bireyin model olmasının sakıncaları için şu örnek de yetecektir. Üyelerinin çoğu cezaevinde olan bir pedofil derneği, Kuzey Amerikalı Oğlancılar Derneği, (North American Man Boy Love Association/NAMBLA [dernek isminin Türkçeye çevirisi yazara aittir]) ile yapılan bir araştırmada kendileri ile mülakat yapılan üyelerden bir kısmı Disney Channel veya gün ortasında yayınlanan filmlerdeki çocukları görmeyi de erotik olarak kışkırtıcı bulduklarını ifade etmiştir. Akt. Adler (n 12) 260.

1999 yılında ABD kamuoyunda oldukça ses getiren bir örneğe de bu meyanda değinmekte fayda vardır. *Calvin Klein* isimli dünyaca ünlü marka, çocuk iç çamaşır koleksiyonu için reklam panolarında yer alan dört-beş yaşlarında iki erkek çocuğun kanepede zıplarken fotoğrafını siyah-beyaz biçimde kullanır. Slogan olarak da “Çocuklar gülümsüyor, gülüyor ve kendileri oluyor” yazar. Ancak gerek medyada gerekse de kamusal figürler nezdinde reklam “kışkırtıcı” ve “pornografik” olarak nitelendirilir. Pornografiye Karşı Uluslararası Merkez (*International Center for Pornography*) tarafından ise “anneleri tarafından çekilebilecek tesadüfen reklama konu olmuş masum ve sıradan bir fotoğraf” olarak değerlendirilmiştir¹⁰³. Sanatsal ifade özgürlüğü bakımından da ünlü fotoğrafçı Tiernet Gearon’un Londra Sanat Galerisindeki sergisinden bir örnek vermek gerekir. Sanatçının sergi açılışının ardından sergide sunulan kumsaldaki çıplak çocuk ve karda idrarını yapan çocuk fotoğrafı kamuoyu tarafından ciddi eleştirilere uğramıştır. Basında çocukların herhangi bir fotoğrafının kullanılmasının toplumun ahlaki standartları için bir tehdit olduğu konusunda itirazlar yankılanmıştır. Ancak dönemin Kültür Bakanı tarafından sergiye sansür uygulanmaması konusunda uyarılar yapılmıştır. Kraliyet Kovuşturma Hizmetleri de galeri ve sanatçı hakkında çocukların hayâsızca fotoğraflarının ifşası hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermiştir, gerekçe ise serginin toplum ahlaki üzerinde herhangi bir zarara yol açmamasıdır¹⁰⁴.

ABD Yüksek Mahkemesi’nin kararlarından türetilmiş *Dost kriterleri* de ürünün müstehcen olup olmadığına gereken cevabı verememektedir, zira sübjektiftir. Söz gelimi sahil gibi bir kamusal alanda gömleği açık bir çocuk görüntüsünün de çocuğun yaşı gözetildiğinde “uygun olmayan bir kıyafette” bulunması mümkün olabilecektir¹⁰⁵. Bir ürünün müstehcen olup olmadığı değerlendirilirken; pedofil bakışıyla ürün pornografik olarak nitelendirilecek, ortalama bir insanın bakışıyla ise müstehcen bulunmayacaktır. Bu sonuç da suçta ve cezada kanunilik ve alt ilkesi belirlilik bakımından niyaz edilen ceza hukuku güvencesini temin edemeyecektir.

Günümüzde internet çağının çocuklar üzerinde bir getirisi olarak, müstehcenlik ve çocuk pornografisi kavramlarının tanımlanması ve çerçevesinin belirlenmesi gitgide zorlaşmaktadır. Bu zorluğu aşabilmek adına kanaatimizce ürünün fail tarafından ortaya konulma amacı ve bu amacın dış dünyaya yansıtılması müstehcenlik ve çocuk pornografisinin tespitinde dikkate alınmalıdır. Örneğin sanatsal fotoğraf çekimi gibi estetik bir kompozisyon içinde çıplak bir çocuğun yer alması müstehcen değildir. Yani pedofil bireyler gözetilerek söz konusu kompozisyon içinde kişinin cinsel dürtülerinin uyanabilir olması pedofil kişi model ajan kapsamında olmadığından müstehcenlik suçu gündeme gelmeyecektir. Zira muhatabında cinsel tepki uyandırmak için tasarlama kriteri ele alınırken cinsel uyarılma ve tahrik pedofil bireyler uyarınca değil, tahrikin objektif mahiyeti uyarınca ele alınmalıdır. Cinsel uyarılma ve tahrikin istismara yönelik olması hali dışında müstehcen olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir¹⁰⁶. Bu kriterin varlığını ispatlama noktasında mahkemeler sanığın iştiğal ettiği işi de gözetebilirler¹⁰⁷.

103 Adler (n 12) 256-257.

104 Ost (n 22) 445.

105 Adler (n 23) 88.

106 Özbek vd (n 14) 888.

107 Hollanda Ceza Kanunu m. 240b/3’te çocuk pornografisi suçunun bu işi meslek veya alışkanlık haline getiren kişiler tarafından işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bkz. Özbek (n 15) 36.

4. Fiil

Müstehcen görüntüden neyin anlaşılması gerektiği tespit edildiğine göre çocuğun müstehcen görüntülerinin sosyal medyada paylaşılmasının hangi suçlara konu olduğunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle kişinin görüntülerinin özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134), kaydedilmesi, yayılması, ele geçirilmesi kişisel verilerin kaydı (TCK m. 135), kişisel verilerin elde edilmesi ve yayılması (TCK m. 136) suçlarını, müstehcen ürünlerin bulundurulması veya yayınlanması gözetildiğinde müstehcenlik suçlarını (TCK m. 226/3 ve 5) gündeme getirebilir.

Müstehcen görüntü mahiyeti itibarıyla kişisel veri değil, özel hüküm olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun konusunu oluşturmaktadır, zira müstehcen görüntü kişinin herkesle paylaşılmasını istemeyeceği ve özel hayat kapsamında kalan bir veridir¹⁰⁸. Bu görüntü de müstehcenlik ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarına konu olabilecektir. Konuyla ilgili yargı uygulamasından örnek verilmesi gerekirse mağdurun göğüs bölgesi çıplak olan üst bedenine ait görüntü¹⁰⁹ veya on dört yaşındaki mağdurun çıplak ve cinsel organının görüldüğü fotoğraf¹¹⁰ müstehcen olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca Yargıtay içtihatlarına göre; içeriğinde çocuğun kullanıldığı üründe çocuğun cinsel ilişkide bulunması, cinsel arzuları tahrik edecek şekilde cinsel organlarını göstermesi ve hatta iki çocuğun müstehcen sayılır şekilde birbirlerine sarılmaları da m. 226/3'teki müstehcenlik suçuna konu olabilecektir¹¹¹.

Çalışma konusu itibarıyla fiil bahsinde yalnızca maddenin üçüncü ve beşinci fıkrasındaki yani çocuk pornografisinin konu olduğu suç tipleri ele alınacaksa¹¹² da beşinci fıkranın ayrı bir suç mu yoksa üçüncü fıkradaki suçların nitelikli hali mi olduğu değerlendirilmelidir. TCK m. 226'nın ilk beş fıkrasında seçimlik hareketli ayrı suçlar düzenlenmekte, hatta üçüncü fıkrada iki ayrı suç tipi yer almaktadır¹¹³, nitekim madde gerekçesi de bu hususa işaret etmektedir. Doktrinde başka bir görüşe göre ise ikinci ve beşinci fıkralar ayrı bir suç olmayıp müstehcenlik suçunun nitelikli halleridir¹¹⁴. Zira TCK'nın çeşitli maddelerinde fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli haldir ve müstehcenlik suçu için de bu ayırmadan sapmaya gerek bulunmamaktadır. Kanaatimizce beşinci fıkra madde gerekçesinin vurguladığı gibi ayrı bir suçtur ve bu tespitin pratik sonucu içtima bahsinde kendisini gösterecektir.

108 Aynı doğrultuda Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2014/11530, K. 2015/584, K.T. 19.1.2015.

109 Yargıtay 12. CD, E. 2020/629, K. 2021/17, K.T. 11.1.2021.

110 Yargıtay 12. CD, E. 2021/1557, K. 2021/5658, K.T. 07.07.2021.

111 YCGK, E. 2014/603, K. 2015/66, 24.03.2015.

112 Belirtelim ki maddenin ikinci fıkrasında müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlamak veya yayınlanmasına aracılık etme fiilleri cezalandırılmaktadır. Söz konusu yayınlama fiili beşinci fıkrada da zikredildiği için iki fıkra arasındaki farkın tespiti gerekmektedir. İkinci fıkra uyarınca müstehcen görüntünün sahibinin çocuk ya da yetişkine ait olması gerektiği belirtilmemişse de beşinci fıkrada münhasıran çocuğa vurgu yapıldığından, ikinci fıkradaki suçun konusu olan müstehcen görüntü, yazı ya da sözün sahibi çocuk olmayacaktır. Bu sebeple de söz konusu fıkra çalışma kapsamında bırakılmıştır.

113 Yıldız (n 16) 52; Özbek (n 15) 26; Özgenç (n 40) 279-280; Bkz. Yargıtay 4. CD, E. 2020/15644, K. 2021/9009, K.T. 11.03.2021; Kanun koyucunun TCK m. 226/5'i ayrı bir suç tipi olarak düzenlemesinin esin kaynağı olarak Alman Ceza Kanununda çocuk pornografisinin basın ve yayın yoluyla işlenmesinin ayrı düzenlenmesi olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Özbek (n 15) 165.

114 Duman (n 51) 84.

a. Çocuk Pornografisi Üretimi

TCK m. 226/3-c. 1’de çocuk pornografisi suçunun gündeme gelebilmesi için çocuğun müstehcen görüntülerin üretiminde kullanılması gerekmektedir¹¹⁵. TDK uyarınca üretmek sırasıyla; “aynı türden canlıları çoğaltmak”, “ekonomik bir etkinlik sonucu ürün elde etmek” ve “oluşturmak, yaratmak, meydana getirmek” anlamlarını taşımaktadır¹¹⁶. Üretimde kullanılmak; çocuğun müstehcen ürün üretim zincirinin herhangi bir halkasında bulunması değil, ürünün içeriğinde müstehcen bir şekilde yer almasıdır. Yargıtay kararları uyarınca üretmekten anlaşılması gereken, söz gelimi çocuğun müstehcen görüntülerinin bir dergide yayımlanması gibi bir yapım sonucu ürün meydana getirmektir¹¹⁷. Söz konusu suç; hareketin şekline göre icrai, sayısına göre tek hareketli ve icrasına göre ise ani bir suçtur.

TCK m. 226/3-c. 1’deki suç tipinin Yargıtay kararlarındaki en sık görünümüne, failin özel bir yazılım vasıtasıyla sosyal medyada konuştuğu çocuğun müstehcen bir durumda olduğu sırada görüntülerini bilgisayara kaydedilmesi örnek olarak verilebilir¹¹⁸. Yargıtay’a göre resim, ses, yazı içeriğinde çocuğun müstehcen görüntüsünün bulunması m. 226/3-c. 1’deki suçun oluşumu için yeterlidir¹¹⁹. Müstehcen görüntüyü faille gönderen bizzat mağdursa ve fail bu görüntüyü sosyal medyada paylaşmışsa bu noktada TCK m. 226/3-c. 1 değil, m. 226/5 oluşacaktır, zira görüntüyü üreten fail değildir¹²⁰.

Çocuğun müstehcen görüntünün üretiminde kullanılmış olması için cinsel istismarın gerekip gerekmediği de ele alınmalıdır¹²¹. TCK m. 226/3’te Alman CK m. 184b’deki gibi fiilin ayrıca cinsel istismar niteliği taşıması gerektiği belirtilmediğinden kullanmanın cinsel istismarı da aşan daha geniş bir kavram olduğu kabul edilmiştir¹²². Bu muhtevada görüntüde yalnızca masturbasyon yapan bir çocuğun bulunması da çocuk pornografisidir, zira görüntüdeki cinsel davranış bizzat çocuk tarafından da gerçekleştiriliyor olabilir. Ancak TCK m. 226/3’ün lafzı itibarıyla çocuğun bu davranışa başkası tarafından yönlendirilmiş olması gerekmektedir¹²³. Nitekim maddede failin çocuğu kullanan bir kişi olması gerektiği ifade edildiğinden çocuğun kendisine ait müstehcen görüntüleri kaydetmesi “çocuğun pornografik ürün üretiminde kullanılması” olmayacaktır. Bu hal çocuğun hile, hata, tehdit veya sair bir yolla kendine ait müstehcen bir görüntüyü kaydetmesini sağlayan kişinin; bağıllık kuralına konu bir fiili bulunmadığından şerik olarak sorumlu tutulmasına engel olsa da; şartları varsa TCK m. 28/1-c. 2 yollamasıyla dolaylı fail veya hataya düşürme yoluyla dolaylı fail olmasına engel değildir.

115 Tarafımızca “çocuk pornografisi üretimi” olarak ifade edilen TCK m. 226/3-c. 1’deki suç tipi için ağır (nitelikli) müstehcenlik ve “müstehcen ürün üretiminde çocukların, temsili çocuk görüntülerinin ya da çocuk gibi görünen kişilerin kullanılması suçu” ifadesi tercih edilmiştir. Bkz. Duman (n 51) 85.

116 <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 7 Ocak 2023.

117 YCGK, E. 2014/603, K. 2015/66, 24.03.2015.

118 Yargıtay 18. CD, E. 2015/32348, K. 2017/9727, K.T. 27.09.2017.

119 Yargıtay 18. CD, E. 2015/29886, K. 2017/2091, K.T. 22.02.2017.

120 Örneğin bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2020/629, K. 2021/17, K.T. 11.1.2021.

121 Bu durum yabancı literatürde “dual offender”, yani hem çocuğu istismar eden hem de çocuk pornografisine erişenin aynı kişi olması durumunu belirtmektedir. Bkz. Walsh vd (n 5) 220.

122 Özbek (n 15) 126.

123 Özbek (n 15) 127.

Çocukla cinsel ilişkiye giren failin çocuğun rızasıyla görüntüyü kendisi için veya sınırlı sayıda insanla paylaşmak üzere kayda almasının “üretim” fiilini karşılayıp karşılamadığı incelenmelidir. Doktrinde ve Yargıtay uygulamasında çocuk pornografisi suçunun oluşması için mağdurun rızasının bulunup bulunmaması veya failin ürünü kişisel kullanımı için veya ticari amaçla oluşturup oluşturulmaması önemli değildir¹²⁴. Bu durum mahkemece cezanın belirlenmesi (TCK m 61) aşamasında nazara alınabilir. Oysa doktrinde de işaret edildiği üzere¹²⁵, söz gelimi rızaya dayalı olarak cinsel ilişkiye giren on altı yaşındaki bir çocuğun görüntüsünün bulunduğu cinsel birliktelik mağdur çocuk şikâyetçi olmadığında cezalandırılmayacaktır. Ancak fail, söz konusu cinsel ilişki anındaki kayıtlarla elde edilen telefondaki görüntü sebebiyle TCK m. 104’ten daha ağır bir ceza ile yani beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ve adli para cezasıyla cezalandırılabilir. Böylesine bir çelişkiye mahal vermemek adına da söz konusu fıkradaki çocuk pornografisi suçunun oluşması için görüntünün profesyonel çekim olup olmadığının ve görüntüde yer alanların para alıp almadığının da gözetilmesi gerektiği önerilmiştir¹²⁶.

Kanaatimizce kanun koyucunun bu suçta hapis cezasına ek olarak adli para cezası da öngörmesi, bu suçta ekonomik bir karakter görmesi ve çocuğa ait müstehcen görüntülerin ticari malzeme olmasını önlemek istemesindedir. Oysa görüntüdeki çocuğun, cinsel davranışa, rıza verme ehliyetinin bulunması kaydıyla, rıza gösterip de kişisel amaçlı kayıt yapması veya kayda izin vermesi bu amaçla bağdaşmamaktadır. Nitekim kaydı yapanın bizzat reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru çocuk olması halinde, çocuk pornografisi ile korunan hukuki değeri de gözettiğimizde kaydı partnerine gönderen mağdur çocuk bir anda TCK m. 226/3-c.2’deki suçun faili olacaktır. Ancak ceza hukuku yoluyla yasaklanmaya çalışılan çocuk pornografisi, esasında fail dışındaki bir kimse/kimselerin hak ve özgürlüklerini korumak üzere ihdas edilmiştir. Bu noktada çocuğun korunması hedefleniyorsa bu koruma TCK m. 104 ve 134 ile sağlanabilmektedir, ayrıca 226/3-c. 1 uyarınca cezalandırma yapmak ceza hukukunun gerektirdiği korumanın çok ötesindedir. Bunun yanında özel hayatı üzerinde tasarrufta bulunma ehliyetine sahip bir çocuğun rızası ile cinsel eylemlerde bulunduğu bir anı kaydetmesi veya kaydettirmesi sonucunda ceza yaptırımı ile karşı karşıya kalması özel alana ait bireylerin yaşam biçimine de müdahale etmek anlamına gelecektir¹²⁷. Nihai olarak on beş yaşını tamamlamış ve özel hayatı üzerinde tasarrufta bulunma ehliyeti bulunan çocuğun, rızası ile gerçekleşen cinsel eylemlerde bulunduğu görüntüsünün rızaya dayalı olarak kaydedilmesi ve kişisel kullanım için bulundurulmasının TCK m. 226/3’ü oluşturmadığı kanaatindeyiz. Örneğin Kanada Ceza Kanunu m. 163.1 uyarınca yayma amacı ile çocuk pornografisi üretme, bastırma, yayımlama veya bulundurma fiilleri ve çocuk pornografisini ithal etme, dağıtma, satma veya dağıtma amacıyla

124 Bkz. Gökcan ve Artuç (n 36) 7540; Özbek (n 15) 126; Özgenç (n 40) 273.

125 Bkz. Yıldız (n 16) 72; Belirtilmelidir ki ABD’de çocuk pornografisine dair federal düzeydeki düzenlemeler uyarınca çocuk pornografisi içeren görüntülerin indirilmesinin cezası en az beş yıl hapis, çocuğun yer aldığı müstehkir görüntülerin indirilmesi veya çok sayıda görüntüyü bulundurmanın cezası on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası olmaktadır. Bkz. Walsh vd (n 5) 227; Hatta çocuk pornografisiyle daha etkili mücadele etmek adına cezalar geçmişe göre artmaktadır. Örneğin 1995 yılında Montana eyaletinde çocuk pornografisi bulundurmanın cezasının üst sınırı altı ay hapis cezası iken on yıl hapis cezasına çıkarılmıştır. 2003 yılında Georgia eyaleti, çocuk pornografisi bulundurma kabahatini suç olarak değiştirmiş ve cezasını beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası olarak belirlemiştir. Bkz. Hessick (n 21) 149.

126 Yıldız (n 16) 72.

127 Söz konusu tespiti m. 226/4’teki “doğal olmayan ilişki” bakımından değerlendirmesi için bkz. Şen (n 15).

bulundurma cezalandırılmaktadır. Türk hukukunda da bulundurma ve üretmek fiillerinin “yayma” ve “satma veya dağıtma” amacına matuf olmak kaydıyla cezalandırılması gerektiği kanaatindeyiz¹²⁸. Nitekim bazı yazarlar tarafından da rıza vermeye ehil küçükler arasında gerçekleşen cinsel içerikli yazışmalarda müstehcen görüntülerin bulunmasının, bu yazışmalarda elde edilen görüntülerin yazışmanın muhatabı dışındaki üçüncü kişilere gönderilmesinden farklı sonuç bağlanması gerektiği savunulmuştur¹²⁹.

b. Çocuk Pornografisinin Konu Olduğu Çeşitli Fiiller

Failin cinsel ilişkiye girdiği çocukla olan görüntülerini kaydedip bir depolanabilir belleğe aktararak arkadaşına verdiğini düşünelim. Bu durumda failin sorumluluğunu belirlemek için seçimlik hareketli bir suç olan TCK m. 226/3-c. 2'yi ele almak gerekmektedir. Bu bentte çocuk pornografisi içeriklerinin bulundurulması ve dağıtımı söz konusu olmaktadır. Zira maddede; çocuğa, çocuk gibi görünen kişilere veya çocuk temsillerine ait görüntü, ses ya da yazıların olduğu müstehcen ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, satışı, nakli, depolanması, ihracı, bulundurulması ya da başkalarının kullanımına sunulması seçimlik hareketli ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla failin aynı müstehcen görüntüyü ihraç etmesi, ardından da başkalarının kullanımına sunması halinde tek bir suç söz konusu olduğundan fail yalnızca TCK m. 226/3-c. 2 uyarınca cezalandırılacak, olayda birden fazla seçimlik hareketin gerçekleşmesi cezanın belirlenmesi aşamasında alt sınırdan uzaklaşma nedeni olarak ele alınabilecektir. Söz konusu suç; hareketin şekline göre icrai, icranın şekline göre ise bulundurma ve depolama fiilleri mütemadi olmak üzere diğer seçimlik hareketleri ani olan bir suçtur.

Çalışmada sosyal medya bağlamında çocuklara ait müstehcen ürünler ele alındığından burada her bir seçimlik hareket değil, yalnız sosyal medya ile ilişkilendirilebilir olanlar ele alınacaktır. Öncelikle bir internet platformuna neyin “sosyal medya” vasfını kazandırdığının tespiti uygun olacaktır. Bir internet platformunun “sosyal” vasfını kazanabilmesi için bilişsellik, iletişim ve işbirliğine zemin hazırlar mahiyette olması gerekmektedir¹³⁰. Sosyal medya, Milenyumun ilk yıllarından itibaren “trend” bir kavram, aynı zamanda da Facebook, Twitter, YouTube, Wikipedia, LinkedIn, Tumblr, Pinterest, Instagram ve diğer sosyal arkadaşlık siteleri ile blog platformlarında kullanıcı ve yatırımcıları etkilemeyi gaye edinen bir pazarlama yolu olmuştur¹³¹. Sosyal medya; senkron ya da asenkron bir şekilde etkileşim halinde bulunan kullanıcılar tarafından oluşturulan içeriğin üretildiği, depolandığı ve dağıtıldığı çevrimiçi sistemlerdir. Bu etkileşim yapılandırılmış, yarı-yapılandırılmış veya yapılandırılmamış olmak üzere üç şekilde sağlanabilmektedir. Etkileşim, yapılandırılmış yani Ekşi Sözlük'teki gibi bir blogda ileti biçiminde cevaplar, yarı-yapılandırılmış yani Facebook'taki gibi arkadaşlar arasında tartışma ya da Twitter gibi konu başlıklarının belirli bir kimseye ait olmadığı ve belirsiz sayıda kullanıcı tarafından hashtag açmak suretiyle içeriğin çoğaltılabildiği yapılandırılmamış platformlarda gerçekleşebilir¹³². Sosyal medyada paylaşılan

128 Nel (n 33) 224.

129 Thomas ve Cauffmann (n 3) 637.

130 Fuchs (n 2) 58.

131 ibid.

132 Peter John Chen, *Australian Politics in a Digital Age* (Anu Press, 2013) 74-75.

bir fotoğraf, video veya ses kaydının TCK m. 6/1-g kapsamında yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan bir yayın ve sosyal medyanın da basın ve yayın yolu kanalı olup olmadığı ele alınmalıdır. Zira çalışma konusu bakımından çocuk pornografisi içeriğinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması veya yayınlanmasına aracılık edilmesi ya da çocukların görmesi, dinlemesini, okumasını sağlama TCK m. 226/5'te, çocuk pornografisi üretimi suçundan farklı olarak, çocuk pornografisi olan ürünün yayımlanması veya çocuklara erişiminin sağlanması olarak ayrıca düzenlenmiştir¹³³.

Yargıtay¹³⁴ sosyal medya üzerinden çocuk pornografisi içeriği paylaşımının belirli sayıda kişiye ulaşma imkânının bulunup bulunmamasına göre TCK m. 226/5'teki hangi fiilin sübut bulduğuna kanaat getirmektedir. Yayma fiili, örneğin herkese açık bir sosyal medya hesabı üzerinden (public account) paylaşım yapmak suretiyle gerçekleşmiş ise bu durumda ürünün belirsiz sayıda kişiye ulaşma imkânı söz konusudur ve çocuk pornografisi içeriği basın ve yayın yoluyla yayınlanmıştır. Ancak çocuk pornografisi içeriği gizli bir sosyal medya hesabı (private account) üzerinden yalnızca takipçiler ile paylaşılmışsa bu durumda TCK m. 226/3-c. 2 anlamında “başkalarının kullanımına sunma” ve eğer takipçiler arasında çocuklar varsa TCK m. 226/5 anlamında “çocukların görmesini sağlama” suçları oluşacak, failin sorumluluğu TCK m. 44 uyarınca belirlenecektir. Bir başka ihtimal olarak fail, sosyal medya hesabının sunduğu özel doğrudan mesajlaşma (direct message) hizmeti ile belirli sayıda kişiler ile çocuk pornografisi içeriği paylaştığında yine suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi sübut bulmayacaktır. Ezcümle sosyal medya üzerinden gerçekleşen bir çocuk pornografisi içeriğinin paylaşımının TCK bağlamında suçun basın ve yayın yoluyla gerçekleşmiş olabilmesi için potansiyel muhatabının belirsiz sayıda kişi olması gerekmektedir.

Sosyal medya platformlarıyla iletişimde ülke sınırı bariyerinin bulunmadığı nazara alındığında sosyal medya hesabı üzerinden yabancı bir ülkedeki görüntünün Türkiye'deki sosyal medya kullanıcıları ile paylaşılmasının çocuk pornografisi ithali olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Yargıtay tarafından ülkeye sokmadan ithal etmek anlaşılmaktadır ve ürünün ülkeye ne yollarla sokulduğunun bir önemi bulunmamaktadır¹³⁵. Yabancı bir ülkede bulunan bir çocukla sosyal medya üzerinden tanışıp çocuğun kendisine müstehcen görüntülerini göndermesini sağlayan fail, bu görüntüleri kendi sosyal medya hesabından paylaştığında müstehcen görüntüyü ülkeye sokmuş mu olacaktır? Suça konu olan müstehcen görüntüdeki çocuğun yabancı ülkede bulunması nedeniyle Türkiye'de bu görüntüleri paylaşan fail hükümde yer alan “ülkeye sokma” fiilini mi gerçekleştirmiştir? Kanaatimizce Yargıtay ürünün ülkeye ne şekilde sokulduğunun önemli olmadığını belirtmişse de ülkeye sokmadan anlaşılması gereken, fiziksel olarak müstehcen görüntü içeren ürünün ülke sınırından geçerek Türkiye'ye varmasıdır¹³⁶. Ancak görüntü internet üzerinden faile ulaştırıldığında, maddesel olarak ürünün bir yer değişiminden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Failin bu müstehcen görüntüleri umuma açık olarak sosyal medya üzerinden paylaşımı şeklindeki fiili ise basın ve yayın yoluyla bu ürünün içeriğinin yayılmasına sübut vermektedir.

133 Özgenç (n 40) 280; Sosyal medya ve müstehcenliğe dair ayrıca bkz. Ramazan Özkepir vd, *Sosyal Medya ve Basın Hukuku* (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2022) 360 vd.

134 Bkz. Yargıtay 18. CD, E. 2017/1867, K. 2017/6815, 31.05.2017; Yargıtay 4. CD, E. 2020/15644, K. 2021/9009, K.T. 11.03.2021; Aynı yönde bkz. Duman (n 51) 141.

135 YCGK, E. 2014/603, K. 2015/66, 24.03.2015.

136 Aksi yönde bkz. Yıldız (n 16) 75; Gökcan ve Artuç (n 36) 7541.

Çocuk pornografisi içeren ürünün bulundurulması ürünün failin zilyetliğinde olmasıdır. Yargıtay müstehcen görüntü içeren ürünün bulundurulması için sistematik şekilde ürünü bulundurma veya depo etmeyi aramaktadır¹³⁷. Fail; çocuğun kullanıldığı müstehcen görüntüyü kendisi için saklamış, depo etmiş veya kaydetmişse görüntü üzerinde zilyet olduğundan TCK m. 226/3-c. 2'deki bulundurma seçimlik hareketinden sorumlu olacaktır. Ayrıca Yargıtay ülkeye sokma fiili için failde ticari bir saikin bulunmasını ararken, başkalarının kullanımına sunma veya bulundurma fiili için böyle bir saik aramamaktadır¹³⁸. Ticari saikin ispatı için müstehcen ürünün adedi belirleyici olacaktır. Nitekim ABD hukukunda da bu hususa dikkat edilmektedir, zira sanıklar spam mailler dolayısıyla pornografik içeriğin otomatik olarak bilgisayarlarına indiği ve kastının bulunmadığı savunmasında bulunabilmektedir. Bu nedenle de mahkemeler şu hususları gözetmektedir: Öncelikle sanıkta bulunan çocuk pornografisi içeriği üçten az olmalıdır. Sanık derhal ve iyi niyetle kolluk makamları hariç bir başkasının söz konusu görüntülere veya bunların bir kopyasına erişmesine veya muhafaza etmesine izin vermemiş olmalıdır. Son olarak sanık söz konusu görüntülerin yok edilmesi için atılması gereken tüm adımları yerine getirmiş olmalı veya durumu kolluk makamlarına haber vermiş olmalı ve makamların bu görüntülere erişmesini temin etmelidir¹³⁹.

Çocuk pornografisi içeren ürünün depolanması ise depolama iradesinin bulunarak bu ürünlerin saklanmasıdır. Bu iradenin var olup olmadığının tespiti için de görüntülerin temin edildikten sonra ne kadar süre ile tutulduğu, görüntü sayısı, silinen görüntünün tekrar elde edilebilmesi için bir sınıflandırma veya uygulama bulunup bulunmadığını araştırmaktadır¹⁴⁰. Depolama ve bulundurma arasındaki ayrım, depolamanın bir veri depolama işlevine sahip araçta ürünün bulundurulmasıdır¹⁴¹.

Başkalarının kullanımına sunma ise ürünün mülkiyeti failde bulunmak kaydıyla bir başka kimseye ivazlı veya ivazsız bir şekilde söz gelimi ödünç olarak veya kiralarak zilyetliğinin geçirilmesidir¹⁴². Başkalarının kullanımına sunma internet uygulamaları vasıtasıyla da gerçekleştirilebilir. Görüntünün internet üzerinden umuma değil de belirli bir veya birkaç kişiye gönderilmesi halinde başkalarının kullanımına sunma fiili gerçekleşmiş olacaktır¹⁴³.

B. MANEVİ UNSUR

TCK m. 226'da saik, amaç veya suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğine dair özel bir ibare bulunmadığından maddedeki müstehcenlik suçları olası kastla da işlenebilir. Failin kastı suçun tüm

137 YCGK, E. 2014/603, K. 2015/66, 24.03.2015.

138 YCGK, E. 2014/603, K. 2015/66, 24.03.2015; Yargıtay 18. CD, E. 2015/29886, K. 2017/2091, K.T. 22.02.2017; Birleşik Krallık İstinaf Mahkemesinin *R. v. Toomer* kararında, Çocuğun Korunması Kanununda nitelikli hal olarak düzenlenmemişse de cezanın alt ve üst sınırlar arasında tayininde cinsel sömürünün ticari amaçla gerçekleşip gerçekleşmemesi, ürünün mahiyeti ve sanığın karakteri dikkate alınmıştır. Bkz. Ost (n 22) 440.

139 Nel (n 33) 228.

140 Duman (n 51) 123. Karar için bkz. Yargıtay 18. CD., E. 2016/9048, K.2018/11261, K.T. 18.09.2018,

141 Duman (n 51) 125.

142 İbid 126.

143 Gökcan ve Artuç (n 36) 7544; Müstehcen görüntüye gayri muayyen sayıda kişinin ulaşma imkânı olmadığından bu halde m. 226/5 oluşmayacaktır. Bkz. Taneri (n 36) 601.

maddi unsurları gibi müstehcen içerikte yer alan kişinin veya temsili görüntünün çocuk olduğunu da kapsamalır¹⁴⁴. Örneğin yetişkin pornografi filmi üretmek için filmde yetişkin zannedilerek oynatılan kişi aslında on sekiz yaşını doldurmamış bir kimse olmasına rağmen yaşını saklamışsa, söz konusu müstehcen filmi üreten failin kastının suçun konusunu kapsayıp kapsamadığını değerlendirmek gerekir. Doktrinde “iradi körlük”¹⁴⁵ olarak isimlendirilen bu halde fail, filmde oynamak isteyen kişinin çocuk olmasını olasılık dahilinde görmüş ve buna rağmen kimlik sorma, yaşını öğrenme gibi herhangi bir araştırmaya girmeksizin bu riski üstelenmişse TCK m. 226/3-c. 1 bakımından olası kastı mevcuttur. Elbette bu noktada para kazanma ya da sair bir saikle yaşını saklayarak ya da sahte bir kimlik kullanarak bir yetişkin filmde yer alan çocuğun durumunu ayrı değerlendirmek gerekir. Bu durumda içeriği üreten failin, filmde kullanılanın bir çocuk olduğunu bilmediğinden suçun konusunda hata dolayısıyla kastı kalkacaktır, ancak pornografik içerikte yer alan çocuk hataya düşürme yoluyla TCK m. 226/3-c. 1’in dolaylı faili olabilecektir.

Çocuk pornografisine ilişkin ABD federal hukukunda da suçun manevi unsuru Türk ceza Hukuku ile aynı olup pornografik ürünün üretimi, bulundurulması ve ticaretine dair fiillerin kasten (“knowingly”) işlenebileceği düzenlenmiştir¹⁴⁶. Ancak Siber Suçlar Sözleşmesi m. 9, taraf devletlere çocuk pornografisini yasaklama ve cezai yaptırım ile karşılama yükümlülüğü getirirken farklı bir manevi unsur öngörmüştür. Sözleşmeye göre bir bilgisayar sistemi üzerinden dağıtmak amacıyla çocuk pornografisi üretme fiili cezalandırılacaktır, yani bilgisayar sistemi üzerinden dağıtma amacı aranmıştır¹⁴⁷. Oysa TCK m. 226/3-c. 1’deki suç olası kastla da işlenebilen ve suçun oluşumu için herhangi bir saik veya amacın aranmadığı bir suç tipidir. Oysa çocuk pornografisi üretimi ve dağıtımına dair kanun koyucunun bu suç tiplerini ihdas amacını gözeterek bir manevi unsur tayini isabetli olabilirdi. Zira TCK’daki çocuk pornografisine dair suçların her biri bakımından kanun koyucu, hapis cezasının yanında beş bin güne kadar adli para cezası öngörmüştür. Kanaatimizce bu muhtevada kanun koyucunun, adli para cezasını TCK m.52’den ayrılarak beş bin güne kadar tayin etmesi suçun ekonomik karakterine yaptığı bir vurgudur. Bu yüzdendir ki çocuk pornografisi üretimi bakımından kanun koyucunun manevi unsur olarak “ticari amaçla” veya “yayma amacıyla” içeriğin üretilmesi şeklinde bir ibare ilave etmesi uygun olacaktır. Bunun yanında spam e-postalar, virüsler ve internetin dehlizlerindeki birtakım sorunlar gözetildiğinde elektronik cihazlara kolaylıkla sirayet edebilen çocuk pornografisinin konu olduğu diğer fiiller bakımından suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğine dair “içerikte yer alanın çocuk, temsili çocuk görüntüsü veya çocuk gibi görünen kimse olduğunu bilerek” şeklinde bir hükmün bulunması isabetli olurdu.

144 Örneğin Kanada ceza hukukunda çocuk pornografisine ilişkin suçlarda failin kastının görüntüde kullanılan çocuğun on sekiz yaşında veya daha büyük olduğuna dair iddiası çocuğun yaşının doğrusunu öğrenmek için makul olan tüm adımları atıp atmadığının mahkemece analizini gerektirmektedir. Bkz. Nel (n 33) 225.

145 Bkz. Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi 2019) 237-238.

146 Bkz. 2002 tarihli Çocuk Müstehcenliğini ve Pornografisini Önleme Kanunu (Child Obscenity and Pornography Prevention Act); Y.Y (n 96) 2209.

147 Bkz. Explanatory Report ETS 185 Cybercrime (Convention) (n 17) 17.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

1. İlgilinin Rızası

Çocuğa ait müstehcen görüntünün fail tarafından çocuğun rızasına dayalı olarak elde edilmesi halinde, hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası kapsamında ele alınması gerekmektedir. Çocuğun görüntüsünün kaydedildiğinin farkında olup olmaması özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bağlamında belirleyici olacaktır, zira kişinin rızası olmaksızın müstehcen görüntüsünün söz gelimi bir başkasına gösterilmesi, kaydedilmesi veya yayılması biçimindeki ihlal fiilleri TCK m. 134'e sübut verecektir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu serbest hareketli bir suçtur, ancak suçun görüntünün kaydı suretiyle gerçekleşmesi fiilden kaynaklı daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli haldir. Çocuğun görüntülerinin kaydına rıza göstermesi halinde ise özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşmayacaktır, zira ergin olmasa da çocuğun görüntüsü yani kişilik hakkı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunması caizdir. Ancak çocuğun, görüntülerinin kayda alınmasının mahiyetini anlayabilen yani bu noktada ayırt etme gücü bulunan bir kişi olması gerekmektedir.

Yargıtay ise ayırt etme gücünün bulunup bulunmamasından ziyade, cinsel istismar suçu için bir kriter olan on beş yaşını tamamlamış olmayı özel hayatın gizliliğini ihlal suçu için de uygulamaktadır¹⁴⁸. On beş yaşını tamamlamamış çocuğun, görüntülerinin kaydına rıza¹⁴⁹ gösterdiği kişinin bizzat onu cinsel istismar eden kişi olması çocuğun özel hayatının gizliliği üzerinde tasarrufta bulunabilmesine imkân tanımamaktadır. Zira hem TCK m. 103 hem de m. 134 bağlamında gerçekleşen tipik fiile çocuğun rıza göstermesi mümkün değildir, bu nedenle de failin cinsel istismar fiilini gerçekleştirirken zaten çocuğun bedenini göstermeye rızasının olduğu iddiası isabetli olmayacaktır.

Rıza vermeye ehil bir çocuğun rızaya dayalı olarak özel hayatına ilişkin görüntüleri faille paylaşması halinde TCK m. 134/1 oluşmamaktaysa da failin bu görüntüleri çocuğun rızası hilafına ifşa etmesi ile m. 134/2 oluşmaktadır. Yani çocuğun özel hayatına ilişkin görüntü kapsamında gösterdiği rıza kül halinde o görüntülerin herhangi bir suça konu edilebilmesi için değil, yalnızca somut olay kapsamındaki fiile ilişkindir¹⁵⁰. Ayrıca ifşa edilen görüntülerin bir başkası tarafından basın-yayın yoluyla yayımlanması halinde bu da m. 134/2'ye vücut verecektir. Görüntüyü ifşa eden failin ifşasını

148 YCGK, E. 2013/14-551, K. 2014/311, K.T. 10.6.2014; Yargıtay'ın özel hayat üzerinde ilgilinin rızasını cinsel suçlar konusundaki yaş kriterinden hareketle belirlemeye çalışmasının ve on beş yaşını tamamlamış çocuğun özel hayatı üzerinde rızası ile gerçekleşen fiillerin hukuka uygun olduğu tespitinin isabetli olmadığına dair bkz. Özgenç (n 43) 263.

149 Belirtilmelidir ki Yargıtay'ın m. 134 bağlamında rızayı "hukuka uygunluk nedeni" olan rıza bağlamında değerlendirmektedir. Oysa kanaatimizce özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda açık bir şekilde maddede yer almasa da ihlal, bizatihi bünyesinde rızaya aykırılığı taşımaktadır ve bu; rızanın hukuka uygunluk nedeni olan rıza değil, tipikliği kaldıran rıza olduğu manasına gelmektedir. Aynı yönde bkz. Özgenç (n 40) 275.

150 Eker Kazancı (n 27) 153; Fail, mağdura ait müstehcen görüntüleri rızaya dayalı bir biçimde elde etmişse de sonrasında intikam amaçlı bu görüntüleri sosyal medyada yayabilmektedir. İntikam pornosu ABD basınına ve yargı kararlarına da yansımıştır. P.A. isimli 18 yaşındaki erkek fail, kavgalı olduğu on altı yaşındaki eski kız arkadaşının çıplak fotoğraflarını yüzlerce farklı kişiye gönderdiğinden çocuk pornografisinden mahkûm olmuş ve cinsel suç mahkûmları siciline de kaydedilmiştir. Bkz. Vicki Mabrey ve David Perozzi, 'Sexting': Should Child Pornography Laws Apply? <<https://abcnews.go.com/Nightline/phillip-alpert-sexting-teen-child-porn/story?id=10252790>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2023; Bu durum intikam pornosu veya cinselleştirilmiş sanal zorbalık gibi isimlerle anılmakta ve bunun temelinde de cinsiyetçilik ve kadın düşmanlığının yer aldığı ileri sürülmüştür. Bkz. Shariff ve DeMartini (n 3) 283.

bizatihi basın-yayın yoluyla gerçekleştirmesi veya öncelikle bir kişiye görüntüyü ifşa edip ardından sosyal medyada da paylaşması halinde cezalandırılmayan sonraki hareket olarak değerlendirilmeli ve fail tek bir kez özel hayatın gizliliğini ihlal (m. 134/2) suçundan cezalandırılmalıdır. Ancak görüntüyü ifşa eden kişiden farklı bir kişinin görüntüyü sosyal medyadan yayımlaması halinde, yani ifşanın ifşası durumunda bu ikinci ifşayı yapan kişi de m. 134/2-c. 2'nin açık hükmü uyarınca cezalandırılmalı, görüntünün hâlihazırda zaten ifşa edildiği savunmasından yararlanmamalıdır.

TCK m. 226/3 veya m. 226/5'te müstehcen içerikteki çocuğun rızasının olup olmadığını yukarıda değerlendirdik¹⁵¹. Kanun koyucu yaşına veya rızasının varlığına bakılmaksızın çocuğun, çocuk pornografisinde kullanılmasına cevaz vermemiştir¹⁵². Örneğin Yargıtay kararına konu bir olayda on dört yaşındaki kız çocuğu mağdur, internette tanışıp arkadaş olduğu on yedi yaşındaki faile kendi rızasıyla yarı çıplak ve sutyensiz olan fotoğraflarını göndermiş ve kendi Facebook şifresini de faille paylaşmıştır. Bir süre sonra mağdurla arası bozulan fail, mağdura ait bahsi geçen görüntüleri, şifresini bildiği mağdurun Facebook hesabından paylaşmıştır. Yargıtay söz konusu olayda hem TCK m. 134/2 hem de m. 226/5'in oluştuğunu ve farklı neviden fikri içtima kuralı uyarınca failin yalnızca m. 226/5'ten cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır¹⁵³. En nihayetinde Yargıtay'a göre mağdurun on beş yaşını tamamlamamış bir çocuk olması durumunda özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bağlamında ve yaşı dikkate alınmaksızın müstehcenlik suçları bağlamında ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olmayacaktır.

2. Hakkın Kullanılması

Ebeveyn tarafından çocuğa ait görüntülerin sosyal medyadan paylaşılmasının velayet hakkı kapsamında kaldığını belirtmek gerekir. Örneğin Alman CK m. 184b'de çocuk pornografisi fiilinin cinsel istismar biçiminde olması arandığından örneğin çocuğuna banyo yaptıran ebeveynin bunu kayda alması hali salt çocuk çıplak bir şekilde görüntüde yer aldığından pornografi olarak nitelendirilmemektedir¹⁵⁴. Ancak velayet hakkının sınırlarının aşılması ve ebeveynin bu noktada kaydettiği ya da paylaştığı çocuğa ait görüntünün yukarıda muhtevası çizilen müstehcenlik kapsamında kalması halinde elbette ebeveyn de çocuk pornografisine ilişkin suçlardan mahkûm olabilecektir. ABD Yüksek Mahkemesi, *People v. Pinkoski* kararında altı yaşındaki kızına zincirleme şekilde kötü muamele eden annenin kızını cinsel bir gösteride kullanma, cinsel gösteriye teşvik etme ile cinsel gösteri görüntüsünü bulundurma fiillerini birinci derece cinsel istismar ve birtakım fotoğraflarla çocuğun üstün yararını tehlikeye sokma kapsamında ele almıştır. Söz konusu fotoğraflarda kızın göbeği, göğsü ve poposu çıplak bir şekildedir, ayrıca şortu ve gömleği aşağı indirilmişken vücudunun ön tarafı görünmektedir. Mahkeme, çocuk fotoğraflarda çıplak olsa da kaba bir şekilde müstehcen bir cinsel organ gösteriminin söz konusu olmaması sebebiyle görüntüleri pornografik olarak nitelendirmemiştir¹⁵⁵.

151 Bkz. "Fiil" bahsinde "Çocuk Pornografisinin Üretilmesi" alt başlığı.

152 Özgenç (n 40) 253.

153 Yargıtay 12. CD, E. 2014/19535, K. 2015/4333, K.T. 09.03.2015.

154 Özbec (n 15) 126 dn. 31.

155 Thomas ve Cauffmann (n 3) 637.

Hakkın kullanılmasına dair bir diğer hukuka uygunluk sebebi bizzat müstehcenlik suçuna dair maddede düzenlenmiştir. AY m. 28'in bir görünümü olarak TCK m. 226/7'de bilimsel eserler bakımından külli olarak, sanatsal ve edebi eserler bakımından ise çocuk pornografisi üretimi ve ticareti hariç tutularak ve çocuklara erişimin sınırlandırılması kaydıyla müstehcenliğin bilim ve sanat hürriyeti kapsamında olabileceği hükme bağlanmıştır. Hukuka uygunluk nedenleri sınırlı sayıda olmamak üzere TCK'nın genel hükümler kısmında zikredilmişse de özel hükümlerde bir hukuka uygunluk nedenine özel olarak yer verilmesi gereksiz bulunabilir¹⁵⁶. Ancak söz konusu hükmün, tıpkı TCK m. 128, TCK m. 218/1-c. 2, TCK m. 285/6 veya TCK m. 301/3 gibi kanun koyucunun bir hakkın kullanılmasının suç olamayacağını uygulamacıya hatırlatmak için gerekli olduğu kanaatindeyiz.

III. KUSURLULUK

TCK genel hükümler kısmında sayılan kusurluluğu kaldıran veya etkileyen hallerin müstehcenlik suçları bakımından da şartları varsa uygulanmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak hususi olarak sosyal medya üzerinden tanışan çocukların kendi aralarında cinsel içerikli yazışma yapması ve muhatabının telkin veya teşvikiyle kendine ait müstehcen görüntüyü muhatabıyla paylaşması halinin kusurluluk bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle çocuğun rızası ile gerçekleşen bir cinsel ilişkinin kaydedilmesinin görüntüyü kaydeden bakımından TCK m. 226/3-c.1, görüntünün kaydedilmesini isteyen çocuk bakımından ise bu suça azmettirme olması TCK m. 30/4 bağlamında hata hükümlerini gündeme getirecektir. Buradaki kaçınılmazlık değerlendirmesi de kişinin eğitim durumu, sosyal durumu gibi şahsi durumunun gözetilmesini gerektirmektedir. Örneğin sosyal medyayı sıklıkla kullanan ortalama bir insanın müstehcen bir görüntüyü paylaşmanın hukuka aykırı olduğunu bilmediğine dair iddiasının hayatın olağan akışı ile bağdaşır olması gerekmektedir.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Suçun özel görünüş biçimlerinden teşebbüs ve iştirak bakımından ceza hukuku genel hükümlerden ayrı hususi olarak bir açıklama yapma gereği bulunmadığından bu başlık altında yalnızca tartışmalı olan içtima meselesine temas edilecektir. Örneğin failin sosyal medya üzerinden görüştüğü ve tehdit ederek on yedi yaşındaki mağdurun çıplak fotoğraflarını cep telefonuna kaydettiği olayda failin sorumluluğu nasıl tespit edilmelidir? Fotoğrafın çekilmesi, TCK m. 226/3-c. 1 kapsamında çocuk pornografisi üretimi ve bilgisayar ya da cep telefonunda tutulması ayrıca TCK m. 226/3-c. 2 kapsamında çocuk pornografisi bulundurmak olarak mı değerlendirilecektir?

Yargıtay bahsi geçen olayda hem TCK m. 134 hem de m. 226/3-c. 1'in işlendiğini ve farklı neviden fikri içtima kuralının uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır¹⁵⁷. Oysa farklı neviden fikri

156 765 sayılı Kanunda müstehcenlik suçuna ilişkin düzenlemenin ilk halinde bilim ve sanat hürriyetine dair bir vurgu yer almamaktaydı. 2003 yılında 4693 sayılı Kanun ile m. 426'ya "Bilim ve sanat eserleri ile edebi değere sahip olan eserler bu madde kapsamı dışındadır" hükmü eklenmiştir. Söz konusu eklemenin İtalyan Ceza Kanunu m. 529'da bilim ve sanat eserlerinin müstehcen sayılmayacağına dair hükmün kanun koyucuyu etkilediği kanaatindeyiz. İtalyan Ceza Kanunundaki hüküm için bkz. Erem (n 39) 223.

157 Yargıtay, 8. CD, E. 2018/5145, K. 2018/9639, K.T. 20.9.2018; Banyo yapan çocuğun görüntülerini gizlice kaydeden sanığın fiilinin TCK m. 134/1 ve m. 226/3-c. 1'i oluşturduğuna dair bir başka karar için bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2018/4868, K. 2018/11056, K.T. 21.11.2018.

içtima için failin tek bir fiille birden fazla farklı suç işlemesi gerekmekte iken TCK m. 226/3'teki çocuk pornografisi üretme ve bulundurma tek bir fiil değil, ayrı fiillerdir. Bu noktada çocuk pornografisi üretmenin ardından bulundurma fiilinin cezalandırılmayan sonraki hareket yahut çocuk pornografisi üretmenin bulundurmaktan önce gelen cezalandırılmayan önceki hareket olup olamayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir. Belirtelim ki görünüşte içtimanın birer görünümü olarak cezalandırılmayan önceki hareket tüketen-tüketilen norm ilişkisinin bir sonucudur. Bunun uygulanabilme şartları ise; tipik ve hukuka aykırı birden fazla hareketin bulunması, her iki hareketin de aynı konu, aynı mağdur ve aynı veya benzer mahiyetteki hukuki değeri ihlal etmesi, ilk hareketten diğerine geçişte haksızlıkların nicelik veya nitelik itibarıyla artırılmış olması ve son olarak failin sonraki hareketinin cezalandırılabilir olması gerekmektedir¹⁵⁸. Çocuk pornografisi nezdinde, failin çocuğu cinsel içerikli bir filmde kullanarak çekim yapması ve ardından da bu filmi bilgisayarında saklaması örneğinde cezalandırılmayan önceki hareketten söz edilemeyecektir. Zira müstehcen film üretimi için çocuğu kullanan kişinin TCK m. 226/3-c. 1'de ihlal ettiği hukuki değer ile bu filmi bulundurmayla ihlal ettiği hukuki değer aynı olsa da müstehcen görüntü üretmenin haksızlık içeriği, müstehcen ürün bulundurmanın haksızlık içeriğinden fazladır. Nitekim kanun koyucunun birinci cümledeki üretme suçu için öngördüğü yaptırım, ikinci cümledeki müstehcenlik suçu için öngördüğü yaptırımdan daha ağırdır. Oysa çocuk pornografisi bulundurmanın haksızlık içeriği, üretmeden daha ağır olsaydı kanun koyucu bulundurmayı üretmeden daha ağır bir yaptırımla karşılardı. Söz konusu örnekte failin ürettiği çocuk pornografisi içeriğini sosyal medyada paylaşması halinde ise TCK m. 226/3-c. 1'in m. 226/5 bakımından cezalandırılmayan önceki hareket olup olmadığı da incelenmelidir. Kanaatimizce bu hususta da haksızlık içeriği ikinci hareketle artırılmadığından, her ne kadar hapis cezasının alt sınırı m. 226/3-c. 1'e göre bir yıl daha fazlaysa da, bu suçun m. 226/5 karşısında cezalandırılmayan önceki hareket olduğundan söz edilemeyecektir. Zira her iki suç tipiyle de aynı hukuki değer korunmakta ve haksızlık artırılmamaktadır ve cezalandırılmayan önceki hareketle hedeflenen daha ağırın cezalandırılmasıyla diğerinin cezalandırılma amacının ve toplumsal değerinin bulunmaması söz konusu olmamaktadır¹⁵⁹.

Çocuk pornografisi üretmenin; failin TCK m. 226/3-c. 2'de yer alan fiillerden birini veya birkaçını işlemesi halinde sonraki fiillerinden dolayı cezalandırılmamasının mümkün olup olmadığı da tüketen-tüketilen norm ilişkisi bağlamında ele alınmalıdır. Cezalandırılmayan sonraki hareketin şartları ise sonraki fiille ilk fiilden başka bir hukuki değer ihlal edilmemesi ve mevcut zararın artırılmamış olmasıdır¹⁶⁰. Kanaatimizce görünüşte içtima nezdinde arz edilen örnek olayda çocuk pornografisi üretmenin ardından bu görüntünün söz gelimi satışa arz edilmesi veya sosyal medyada paylaşılması failin aynı olması kaydıyla cezalandırılmayan sonraki harekettir. Zira TCK m. 226/3-c. 1 ve c. 2'deki suçlarla aynı hukuki değer olarak kamu ahlakı korunmaktadır. Her ne kadar çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünün ihraç edilmesiyle daha fazla kişinin çocuğu göreceği mümkün olsa da burada mevcut zararın artırıldığı söylenemez, zira zarar suçun konusu, korunan hukuki değer veya

158 Erkan Sarıtaş, 'Cezalandırılmayan Önceki Hareketler' (2022) 80 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 629 vd.; Kayhan İçel, *Suçların İctimai* (İstanbul, Sermet Matbaası, 1972) 179 vd.

159 Sarıtaş (n 158) 635; Aynı durum cezalandırılmayan sonraki hareket için de geçerlidir. Bkz. İçel (n 158) 196.

160 İçel (n 158) 180, 197.

mağdur nezdinde değerlendirildiğinde aynıdır. Müstehcen görüntü içeriğinde kullanılan çocuğun özel hayat kapsamında maruz kaldığı zarar, müstehcenliğin yanında bireye ait değerleri koruyan cinsel suçlar veya özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında failin bu suçlardan cezalandırılması suretiyle göz önünde bulundurulmaktadır. Bu nedenle de failinin aynı olması kaydıyla TCK m. 226/3-c. 1'deki suçun ardından işlenen m. 226/3-c. 2 veya TCK m. 226/5 cezalandırılmayan sonraki hareket olarak ele alınmalıdır. Bu bahiste şunu da ele almakta fayda vardır ki aynı fail tarafından işlenen ikinci suç her ne kadar cezalandırılmayan sonraki hareket olarak değerlendirilirse de ilk fiile bir iştiraki olmaksızın ikinci fiile iştirak eden kişi cezalandırılacaktır. Zira cezalandırılmayan sonraki fiil bağımsız bir fiil teşkil etmektedir¹⁶¹.

1. Zincirleme Suç

Fail, çocuğa ait müstehcen görüntüleri farklı zamanlarda sosyal medyada paylaştığında veya aynı anda farklı sosyal medya platformlarında paylaştığında zincirleme suç hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk senaryoda elbette aynı mağdura, yani TCK m. 226/5 nezdinde toplumu oluşturan herkese karşı farklı zamanda aynı suç işlenmekte olup zincirleme suç hükmü uygulanacaktır. Belirtelim ki failin birinci günkü sosyal medyadaki çocuk pornografisi paylaşımında A isimli çocuk kullanılmışken, ikinci günkü paylaşımında B isimli çocuğun olması halinde mağdur farklı olmayacaktır ve bu durum zincirleme suçun oluşumuna engel değildir.

Yargıtay'ın zincirleme suçta hukuki kesinti olarak ele aldığı iddianamenin düzenlenmesi müstehcenlik suçları bakımından da aynen geçerlidir. Aralarında birer yıl bulunan iki farklı aramada sanığın dükkânında TCK m. 226/4'e konu müstehcen ürün ele geçirilmiştir ve aradaki bir yılda ilk suç için henüz iddianame düzenlenmediğinden Yargıtay zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir¹⁶².

Yargıtay TCK m. 226/4 kapsamındaki müstehcen görüntüleri basın ve yayın yoluyla çocukların görmesini sağlama fiiline ilişkin olayda farklı tarihlerde görüntüyü gören her bir çocuğu suçun mağduru olarak kabul etmiş ve mağdur sayısınca suçun oluştuğu sonucuna varmıştır. Bunun yanında kararda çocukların aynı ortamda bulunması halinde tek bir fiille aynı neviden fikri içtima hükmü uyarınca failin cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir¹⁶³. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu yaklaşımı hatalıdır, zira öncelikle TCK m. 226'daki suçların mağduru belirli bir kimse olmayıp toplumu oluşturan herkestdir. Söz konusu olayda da çocuğa müstehcen ürün gösteren kişinin fiili ile görüntü gösterdiği veya sosyal medya üzerinden gönderdiği her bir çocuğa karşı cinsel taciz suçu sübut bulmuştur. Ancak müstehcenlik suçu bakımından suçun konusu müstehcen görüntü aynı olduğu için tek bir konu üzerinde farklı zamanlarda aynı suç işlenmiştir. Bu halde de farklı tarihlerde farklı çocuklara gönderilen müstehcen görüntüler, cinsel tacizin yanında TCK m. 226/5'in zincirleme suç biçiminde işlenmesidir, yani Yargıtay'ın bu noktada gerçek içtima uyarınca failin mağdur çocuk

161 ibid 202.

162 Yargıtay 9. CD, E. 2021/26565, K. 2022/4785, KT. 24.5.2022; Benzer yönde Yargıtay 4. CD, E. 2021/30775, K. 2021/27682, KT. 25.11.2021.

163 Yargıtay 4. CD, E. 2020/12616, K. 2020/21476, KT. 24.12.2020.

sayısınca müstehcenlik suçu oluştuğuna ilişkin kararı isabetli değildir. Nitekim bu suçun mağduru çocuk değil, toplumu oluşturan herkestir. Yargıtay'ın müstehcen görüntüyü aynı anda aynı ortamda birden fazla çocuk gördüğünde aynı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği görüşü de hatalıdır. Zira bu halde tek bir fiil olarak müstehcen görüntü gösterme, tek bir konu olarak müstehcen ürün, tek bir mağdur olarak toplumu oluşturan herkes ve tek bir suç olarak TCK m. 226/5'teki suç mevcuttur.

2. Farklı Neviden Fikri İçtima

Failin cinsel arzularını tatmin amacı ile mağdurun müstehcen bir duruma gelmesini sağlaması cinsel istismar veya cinsel taciz suçlarının sübutu bakımından da değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bu muhtevada bir örnek verilecek olursa; fail kendisini karşı cinsten bir kimliğe büründürerek on yaşındaki mağduru kandırarak, çocuğun cinsel organları görünecek şekilde soyunmasını sağlamış ve sonra da bu görüntüleri kişisel bilgisayarında kaydedip Facebook üzerinden yayınlamıştır. Yargıtay söz konusu olayda hem cinsel taciz, hem özel hayatın gizliliğini ihlal hem de TCK m. 226/5'in oluştuğu sonucuna varmıştır ve farklı neviden fikri içtima kuralını uygulamıştır¹⁶⁴.

Öncelikle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun müstehcenlik suçu karşısındaki durumu değerlendirilmelidir. Doktrinde, TCK m. 134/2'nin müstehcenlik suçu karşısında genel norm olduğu ve genel-özel norm ilişkisi sebebiyle failin yalnızca müstehcenlik suçundan mahkûm edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶⁵. Yargıtay ise bazı hallerde hem müstehcenlik hem özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluştuğunu ve farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiğini kabul ederken, bazı hallerde ise sadece müstehcenlik suçunu değerlendirmektedir. Örneğin bir kararında, on dört yaşındaki zihinsel engelli mağdurun, fail tarafından yönlendirilerek tamamen soyunması ve cinsel organı görünen fotoğraflarının failin cep telefonuna kaydedilmesi fiilini¹⁶⁶ sadece müstehcenlik suçu olarak değerlendirmiştir. Başka bir kararında ise on dört yaşındaki mağdurun görüntülerini cep telefonuna kaydeden sanığın fiilini hem cinsel taciz, hem özel hayatın gizliliğini ihlal hem de TCK m. 226/3 kapsamında değerlendirerek farklı neviden fikri içtima hükmünü uygulamıştır¹⁶⁷.

164 Yargıtay 12. CD, E. 2014/19480, K. 2015/5315, K.T. 30.03.2015.

165 Özgenç (n 40) 275-276; Orijinal hali müstehcen olmayıp da üzerinde işlem yapılmak suretiyle örneğin *deep fake* uygulamasıyla müstehcen bir hale büründürülen görüntünün, sahibinin özel hayatının gizliliğini ihlal ettiği söylenemeyecektir. Zira burada gerçek anlamda kişinin özel hayatında söz konusu müstehcen görüntü bulunmamaktadır. Bkz. Eker Kazancı (n 27) 153; *Deep fake* uygulamasının *deepnude* adlı bir versiyonu geliştirilmiş ve uygulamaya kişinin giyinik fotoğrafı yüklenerek çıplak hali elde edilebilmektedir. Uygulama kapatılmış olsa da benzer uygulamaların türetilmesi zor olmayacaktır. *Deepnude*'a ilişkin değerlendirme için bkz. Yavuz (n 8) 44; Belirtelim ki *Aschcroft* davasında ABD Yüksek Mahkemesi temsili çocuk görüntülerinin çocuk pornografisi kapsamında olup olmadığını değerlendirmişse de biçimi değiştirilmiş görüntüler bakımından bir değerlendirme yapmamıştır. Buna rağmen biçimi değiştirilmiş görüntülerin gerçek bir çocuğun menfaatinin kapsamına aldığını ve *Ferber* davasındaki gerçek çocuk görüntülerine daha yakın olduğunu belirtmiştir. Bkz. Hessick (n 12) 326.

166 Yargıtay 12. CD, E. 2020/12489, K. 2021/4327, K.T. 26.5.2021.

167 YCGK, E. 2014/14-603, K. 2015/66, KT. 24.03.2015; Bu halde TCK m. 105'in olmadığına dair bkz. Yargıtay 14. CD, E. 2015/4690, K. 2019/9925, KT. 21.5.2019; Yargıtay 14. CD, E. 2014/9227, K. 2017/4650, KT. 11.10.2017; Failin istemesi üzerine çıplak görüntüyü on beş yaşın altındaki mağdurun gönderdiği halde durum için bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2019/3737, K. 2020/843, K.T. 22.1.2020.

Benzer bir başka olayda da sanık, arkadaşlık ettiği on beş yaşındaki mağdur kız çocuk ile MSN üzerinden görüntülü konuştuğu sırada mağdurun üzerini çıkarmasını istemiş ve mağdurun üst bedeni çıplak olduğu sırada gizlice görüntüyü bilgisayarına kaydetmiştir. Mağdurun sanıkla arkadaşlığını bitirmesi üzerine sanık söz konusu fotoğrafları mağdura ait Facebook hesabından yayınlamıştır. Yargıtay bu olayda mağdurun rızasız olmaksızın görüntülerin kaydedilmesi fiilinin hem 226/3-c. 1 hem de 134/1'i oluşturduğu ve bu suçlar arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Sanığın bu görüntüleri ifşası ise ayrıca TCK m. 226/5'teki suça sübut vermiş ve failin hem TCK m. 226/3-c. 1 hem de m. 226/5'ten ayrıca cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır¹⁶⁸. Kanaatimizce de TCK m. 226/3 ve 5'te farklı fiiller ayrı suçlara sübut verdiğinden failin gerçek içtima hükmü uyarınca cezalandırılması isabetlidir¹⁶⁹.

Ancak Yargıtay içtihatlarının bu noktada yeknesak olduğu söylenemez. Örneğin Yargıtay bir kararında, içeriğinde çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünü bulunduran ve basın veya yayın yoluyla yayan kişinin aynı kişi olması halinde hem TCK m. 226/3-c. 1 hem de m. 226/5'in oluştuğunu ancak tek bir fiil olması sebebiyle farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği kanaatindedir¹⁷⁰. Oysa burada bulundurma ayrı bir tipik fiil, yayma ise ayrı bir tipik fiildir. Dolayısıyla farklı neviden fikri içtimadan bahsedilemez. Olsa olsa burada cezalandırılmayan önceki hareket-sonraki hareket değerlendirilmesi yapmak gerekir. Burada da sonradan gerçekleşen hareket haksızlık içeriğini artırdığı için cezalandırılmayan sonraki harekete gidilemez. Cezalandırılmayan önceki hareket değerlendirmesi yapılmalıdır.

Doktrinde müstehcenlik ile beraber farklı suçların oluşmasının da mümkün olduğu ve bu halde failin gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir¹⁷¹. Bu sava ilişkin de bir kimsenin müstehcen görüntülerinin kaydedilerek ardından yayılacağı tehdidi ile o kişiden menfaat temini fiili örnek gösterilmiştir. Söz konusu örnek uyarınca failin hem müstehcenlik, hem özel hayatın gizliliği hem de şantaj suçunu işlediği ve bu sebeple gerçek içtima uyarınca ayrı cezalandırılmalıdır. Belirtelim ki bu olayda fail üç suç için de ayrı ayrı cezalandırılmayacaktır, zira mağdurun müstehcen görüntüsünün telefonuna kaydetmesi hem m. 134/2 hem de 226/3-c. 1'i oluşturmaktadır ve m. 44 uyarınca fail yalnızca m. 226/3-c. 1'den cezalandırılacaktır. Bu görüntüleri yayacağına ilişkin tehdidi ise ayrı bir fiil olup m. 107/2'ye sübut vermektedir ve görüntüyü kaydetme ile yayma tehdidi ayrı fiiller olduğundan fail hakkında gerçek içtima uygulanarak hem TCK m. 226/3-c. 1 hem de 107/2'den ceza verilmesi gerekmektedir.

İçeriğinde çocuğun kullanıldığı pornografik materyalde çocukla cinsel ilişki şiddet kullanma yoluyla veya hayvanlarla yani TCK m. 226/4 kapsamındaki bir fiille birlikte de gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda TCK m. 226/3 ve 226/4 arasında bir içtima değerlendirmesi yapmak gerekebilir. TCK m. 226/3-c. 1, c. 2 ve m. 226/4 birbirinden farklı suçlardır. Örneğin on iki yaşındaki bir çocuğa şiddet uygulanarak bir yetişkinle cinsel ilişkiye girmesi sağlanıp bu görüntüler kaydedildiğinde ve

168 Yargıtay 12. CD, E. 2021/5277, K. 2021/6888, K.T. 13.10.2021.

169 Aynı yönde bkz. Yıldız (n 16) 78; Gökcan ve Artuç (n 36) 7552.

170 Yargıtay 4. CD, E. 2020/15644, K. 2021/9009, K.T. 11.03.2021.

171 Taneri (n 36) 581.

bir depolanabilir belleğe yüklendiğinde birden çok suç gündeme gelecektir. Öncelikle çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel ilişki fiili TCK m. 103/2 ve 103/4'ten cezalandırmayı gerektirir, çocuk üzerinde cebir kullanılarak bu görüntünün üretilmesi ise hem m. 226/3-c. 1 bağlamında çocuk pornografisi üretmek hem de m. 226/4 bağlamında şiddet kullanılarak¹⁷² cinsel davranışa ilişkin görüntü üretmek suçlarını oluşturacaktır. Ardından bu görüntülerin bir bellekte saklanması ise m. 226/3-c. 2 uyarınca çocuk pornografisi bulundurma suçuna sübut verecektir. Bu noktada da failin gerçek içtima uyarınca cinsel ilişki dolayısıyla TCK m. 103/2 ve 4, çocuk pornografisi ürünü oluşturma dolayısıyla m. 226/3-c. 1 ve bu ürünü bulundurma dolayısıyla da m. 226/3-c. 2'den cezalandırılması gerekmektedir.

V. YAPTIRIM VE MUHAKEME

TCK m. 226/3-c. 1'de düzenlenen çocuk pornografisi üretimi suçu bakımından kanun koyucu kümülatif bir yaptırım modeli benimseyerek beş yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörmüştür. Fıkranın devamında düzenlenen çocuk pornografisinin konu olduğu çeşitli fiiller bakımından da adli para cezasına esas gün sayısı aynı olmakla beraber hapis cezasının alt ve üst sınırı daha kısa olup iki yıldan beş yıla kadardır. TCK m. 226/5'te düzenlenen çocuk pornografisinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması ve yayınlanmasına aracılık edilmesinin yaptırımında da adli para cezasının maksimum gün sayısı beş bin gün olup hapis cezası ise altı yıldan on yıla kadardır.

Zamanaşımı bakımından çocuğun pornografik içeriğe konu olduğunu bilmemesi halini özel olarak değerlendirmek gerekir. Zira bazı durumlarda çocuk, müstehcen görüntülerinin sosyal medyada paylaşılma suretiyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini bilmeyebilir. Bu halde yayılma fiilini öğrendiği tarihten itibaren altı aylık süre içerisinde şikâyet hakkından yararlanabileceksede de bu hakkın TCK m. 134'ün zamanaşımı süresi içerisinde kullanılması gerekmektedir. Sanal âlemden unutulmanın güçlüğü karşısında zamanaşımı süresi dolduktan sonraki bir tarihte kendisine karşı işlenen fiilden haberdar olan mağdur için ise TCK m. 66/6'nın zamanaşımına dair özel hükmü ele alınmalıdır. İlgili hüküm uyarınca üstsoy veya üzerinde hüküm veya nüfuz sahibi olan fail tarafından çocuğa karşı suç işlendiğinde zamanaşımı süresi çocuğun on sekiz yaşını doldurduğu, yani on dokuz yaşından gün aldığı tarihten itibaren başlayacaktır.

Müstehcenlik ile birlikte özel hayatın gizliliğini ihlal suçu da işlenmişse özel hayatın gizliliğini ihlal suçu şikâyete tabi olduğundan TCK m. 73 kapsamında süreç işletilmelidir. Şikâyet hakkını çocuk yerine veli veya vasinin kullanıp kullanamayacağı da değerlendirilmelidir. Çocuğun ayırt etme gücüne sahip bir kişi olması halinde şikâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, şikâyetin çocuk tarafından yapılması gerekir. Yargıtay bu noktada çocuğun şikâyet hakkını bizzat kullanıp kullanamayacağını on beş yaş ve ayırt etme gücünün varlığı uyarınca tespit etmektedir. On beş yaşını tamamlamış ve ayırt etme gücüne sahip çocuk şikâyet hakkının sahibi iken bu iki şarttan birinin sağlanamaması halinde çocuğun üstün yararı ve özel hayatının korunması için veli ya da vasi

172 Şiddet kullanılarak cinsel davranışta bulunmak ve buna dair görüntü üretmek "şiddet kullanma" bakımından hem cinsel istismar suçunun nitelikli hali dolayısıyla hem de m. 226/4 bakımından suçun bir unsuru olacaktır. Bu durum ise bir hususun çifte değerlendirmeye konu teşkil etmesi demektir. Bu olayda m. 226/4 farklı neviden fikri içtima nedeniyle çifte değerlendirme yasağına aykırılık oluşturmamışsa da bu yasağın vurgulanmasında fayda vardır.

tarafından şikâyet hakkı kullanılacaktır. Veli ya da vasinin bizatihi suçun faili olması durumunda ise çocuk için bir kayyım tayin edilerek kayyım tarafından şikâyetin yapılması gerekecektir¹⁷³.

Farklı neviden fikri içtima kapsamındaki suçlardan biri uzlaştırmaya tabi diğeri ise uzlaştırmaya tabi değilse örneğin on beş yaşını tamamlamış çocuğun rızasına aykırı olan çıplak görüntülerinin kaydedilmesinde TCK m. 134/1-c. 2 şikâyete tabi olduğundan uzlaştırma kapsamında kalırken, TCK m. 105 ve 226/3 bu kapsamda değildir. CMK m. 253/3-c. 2'de uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmesi halinde uzlaştırma hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak söz konusu hükümle kast edilen söz gelimi konutta hırsızlık suçunu işleyen failin hem konut dokunulmazlığını ihlal hem de hırsızlık suçunu işlemesidir ki burada TCK m. 142/4 hükmü gereği farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanmamaktadır. Çalışma konusu olan olayda ise tek bir fiille birden çok suç oluşmaktadır. Farklı neviden fikri içtima kuralı, her bir suç bağımsızlığını korurken cezalandırma aşamasında dikkate alınmakta ve faile bunlardan en ağırının cezası olan bu anlamda tek bir ceza verilmektedir. Nitekim Yargıtay da failin çıplak görüntüyü cep telefonuyla kaydetmesi fiilinin bu üç suçu oluşturduğu, failin müstehcenlikten cezalandırılması ancak özel hayatın gizliliğini ihlal suçu dolayısıyla hakkında uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁴.

SONUÇ

Çocukların müstehcen görüntüleri, sexting, intikam pornosu ve sanal zorbalık amaçlarıyla failer tarafından sosyal medyada yayınlanmakta veya yayınlanmasa bile failin bulundurduğu süre boyunca çocuk üzerinde yayılabileceği korkusunu doğurmaktadır. Bu çalışmada da Türk ceza Hukukunda bu fiillerden TCK m. 226/3 ve 226/5'e konu olanları ele alınmıştır. Yargıtay uygulaması ve doktrinde özellikle bu suçlarla korunan hukuki değer ve mağdurun kim olduğu soruları çocuk pornografisinin suç haline getirilmesinin arkasında yer alan rasyoya uygun cevaplanmadığından bu suçtan mahkûmiyetlerde bir enflasyon söz konusu olmaktadır. Örneğin on beş yaşını tamamlamış ve ayırt etme gücü bulunan bir çocuk rızasıyla bir kimseyle cinsel eylemlerde ve hatta cinsel ilişkide bulunduğu yine rızası üzerine partnerinin herhangi bir kimseye göndermeksizin salt kendisi için kaydettiği görüntü dolayısıyla TCK m. 226/3-c. 1 ve kaydı muhafaza ettiğinde de TCK m. 226/3-c. 2 dolayısıyla cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Yani cinsel ilişkide bulunma fiili için TCK m. 104'teki şikâyet şartı olmadığında fail bireysel bir hukuki değer ihlali için cezalandırılmazken, görüntüyü çocuğun rızasıyla kaydetmesi dolayısıyla toplumsal bir hukuki değer ihlali ile cezalandırılmaktadır. Oysa söz konusu müstehcen ürün topluma yansımamış, toplum ahlakını bozma riski barındırmamış ve görüntüde yer alan çocuk da istismar edilmemiş veya cinsel sömürüye konu olmamıştır. Çocuğun cinsel ilişki içinde olduğu görüntünün kaydı sosyal medyada yayılmasa bile gelecekte yayılabileceğine ilişkin endişe, Yargıtay'ın ve doktrinin tutumunda etkili olabilir. Ancak belirtmelidir ki bu bakış açısı hazırlık hareketlerinin cezalandırılması manasına gelmektedir. Uygulamacıya önerimiz, böylesine örneklerde TCK m. 30/4 yasak hatası değerlendirmesi yapmaktan

173 Bkz. Yargıtay 2. CD. 20.12.2005/24169-30095.

174 Yargıtay 12. CD, E. 2020/2239, K. 2020/5688, K.T. 04.11.2020.

imtina etmemeleridir. Bu noktada ayrıca kanun koyucuya önerimiz çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünün “yayıma amacı” ve “ticari amaca” matuf olarak üretilmesinin veya “çocuk pornografisi üretimi ve dağıtımını meslek haline getirmiş kişiler tarafından işlenmesini” nitelikli hal olarak düzenlemesidir.

Bu çalışmada çocuk pornografisi üretme, bulundurma, dağıtım, basın ve yayın yoluyla yayılması gibi TCK m. 226/3 ve 5'teki suçların çözümlenmesi suç sistematığına göre yapılmıştır. Buna göre bu suçlarla korunan hukuki değer maddenin sistematik yorumu ile kamu ahlakıdır ve mağduru da belirli bir çocuk değil, toplumu oluşturan herkeştir. Buna göre de doktrin ve uygulamanın müstehcen içerikte kullanılan çocuğu bu suçların mağduru olarak ele alan yaklaşımı yerine, bir birey olarak çocuğa TCK'nın “Kişilere Karşı Suçlarıyla” koruma sağlanması gerektiği kabul edilmelidir. Zira çalışma konusu müstehcenlik suçları özelinde korunan hukuki değer kamu ahlakı ve birey bazında değil, genel olarak çocukların cinsel sömürüye konu olmasının önlenmesidir.

Çalışmada bir ürüne müstehcenlik vasfını verenin ne olduğu da değerlendirilmiştir. Kanaatimize göre bu sorunun cevabı, muhatabında cinsel tepki uyandırmak için tasarlanmış olmasıdır. Ürünün fail tarafından ortaya konulma amacı ve bu amacın dış dünyaya yansıtılması mahkemelerde dikkate alınmalıdır. Burada muhatap belirlenirken de ortalama bir insan bakış açısına başvurulmalı, pedofilik zihin okumaya mahal verir bir yaklaşım söz konusu olmamalıdır. Zira aksi durum sanat galerisinde sunulan kumsaldaki çocuk fotoğrafının dahi müstehcen olabileceği sonucunu doğurur ve bu durum ürünü oluşturan kimsenin ve toplumun geri kalanının ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğurur.

KAYNAKÇA

- Adler A, ‘The “Dost Test” in Child Pornography Law: Trial by Rorschach Test’ Carissa Byrne Hessick (Ed.) *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 81-108.
- Adler A, ‘The Perverse Law of Child Pornography’ (2001) 101 (2) *Columbia Law Review* 209-273.
- Artuk ME vd, *Gereğeli Ceza Kanunları* (23. bs, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021).
- Can N, ‘Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı’ (2022) 17 (50) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 115-138.
- Cassell PC vd, ‘Not Just ‘Kiddie Porn’: The Significant Harms from Child Pornography Possession’ Carissa Byrne Hessick (Ed.) *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 187-212.
- Centel N, ‘Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu – Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması’ (2016) 65 (4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3313-3326.
- Chen PJ, *Australian Politics in a Digital Age* (Anu Press, 2013).
- Duman Ö, ‘Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)’ (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019).
- Eker Kazancı B, ‘Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması’ (2007) 9 (1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 131-164.
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt IV*, (3.bs, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1985).
- Flowers RB, ‘The Sex Trade Industry’s Worldwide Exploitation of Children’ (2001) (575) *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 147-157.
- Fuchs C, ‘Social Media and the Public Sphere’ (2014) 12 (1) *TripleC* 57-101.

- Gökcan HT ve M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 5. Cilt (M. 197-254) (Ankara, Adalet Yayınevi, 2021).
- Habermas J, 'The Public Sphere' (1974) (3) *New German Critique* 49-55.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi 2019).
- Hessick CB, 'Questioning the Modern Criminal Justice Focus on Child Pornography Possession' Carissa Byrne Hessick (Ed.) *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 147-164.
- Hessick CB, 'The Expansion of Child Pornography' (2018) 21 (3) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 321-344.
- İçel K, *Suçların İctimai* (İstanbul, Sermet Matbaası, 1972).
- Kaplan A, 'Obscenity as an Esthetic Category' (1955) 20 (4) *Law and Contemporary Problems* 544-559.
- Kaye R, 'How A Cell Phone Picture Led to Girl's Suicide' (CNN, 7 Ekim 2010) <<http://edition.cnn.com/2010/LIVING/10/07/hope.witsells.story/index.html>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2023.
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022).
- Lakier G, 'The Invention of Low-Value Speech' (2014) (488) *Public Law and Legal Theory Working Papers* (The Law School University of Chicago, 2014).
- Misra R, 'Cyber Crime Against Women' (2013) <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2486125>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2023.
- Mulray TR, 'Obscenity, Pornography and Censorship' (1963) 49 (9) *American Bar Association Journal* 869-875.
- Nel S, 'Child Pornography and The Internet-A Comparative Perspective' (2008) 41 (2) *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 221-244.
- Ost S, 'Children at Risk: Legal and Societal Perceptions of the Potential Threat That the Possession of Child Pornography Poses to Society' (2002) 29 (3) *Journal of Law and Society* 436-460.
- Özbek VÖ vd, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022).
- Özbek VÖ, *Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009).
- Özgenç İ, 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi' (2020) 24 (2) *AHBVÜHFD* 251-288.
- Özkepir R vd, *Sosyal Medya ve Basın Hukuku* (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Roth LM, 'The Right to Privacy Is Political: Power, the Boundary between Public and Private, and Sexual Harassment' (1999) 24 (1) *Law & Social Inquiry* 45-71.
- Sarıtaş E, 'Cezalandırılmayan Önceki Hareketler' (2022) 80 (2) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 615-654.
- Shariff S ve DeMartini A, 'Defining the Legal Lines: eGirls and Intimate Images' Jane Bailey ve Valerie Steeves (Ed.) *eGirls, eCitizens* (University of Ottawa Press, 2015) 281-305.
- Sokullu Akıncı F, 'Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi' (2001) 59 (1-2) *İÜHFM* 11-38.
- Stone GR, 'Sex, Violence, and the First Amendment' (2007) (74) *The University of Chicago Law Review Special Issue: Commemorating Twenty-Five Years of Judge Richard A. Posner 1857-1871*.
- Şen E, 'TCK m.226/4'ün Anayasaya Aykırılığı Sorunu' <<https://sen.av.tr/tr/makale/tck-m-226-4-un-anayasaya-aykirligi-sorunu>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.
- Şirin T, *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-1* (İstanbul, Tekin Yayınevi, 2020).
- Taneri G, 'Müstehcenlik Suçu' (2018) 13 (1) *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 561-624.
- Tallon K, 'Addressing Sexting in Schools' (2010) 30 *Child Legal Rights Journal* 1-18.

- Thomas AG ve Cauffmann E, 'Youth Sexting as Child Pornography? Developmental Science Supports Less Harsh Sanctions for Juvenile Sexters' (2014) 17 (4) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 631-651.
- Veber M, 'Virtual Child Pornography' (2004) 18 (1) *Public Affairs Quarterly* 75-90.
- Walsh W vd, 'Challenges in Investigations and Prosecutions of Child Pornography Crimes' Carissa Byrne Hessick (Ed.) *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 215-234.
- Yavuz C, *Cinsel İçerikli Görüntülerin Rıza Dışı Paylaşımı İntikam Pornosu* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021).
- Yıldız AK, 'Müstehcenlik' Özel Ceza Hukuku, C. VII: Genel Ahlaka Karşı Suçlar-Aile Düzenine Karşı Suçlar (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020).
- Y.Y, 'Child Pornography, the Internet, and the Challenge of Updating Statutory Terms' (2009) 122 (8) *Harvard Law Review* 2206-2227.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

- <https://abcnews.go.com/Nightline/phillip-alpert-sexting-teen-child-porn/story?id=10252790> 17.02.2023.
- https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarinadairsozlesmeyeek.pdf 01.02.2023
- <http://edition.cnn.com/2010/LIVING/10/07/hope.witsells.story/index.html> 17.02.2023.
- " <https://www.law.cornell.edu/wex/reasonable_person 14.05.2023> 13 Mayıs 2023.
- <https://rm.coe.int/16800cce5b> 05.02.2023.
- <https://sozluk.gov.tr/> 07.02.2023.
- <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep354/usrep354476/usrep354476.pdf?loclr=bloglaw> 05.02.2023.

Alacağın Devrinde Borçlunun İyi Niyetle İfasını Düzenleyen TBK m. 186, Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu Art. 167 Düzenlemesi Karşısında Nasıl Anlaşılmalıdır?*

How Should Art. 186 of the Turkish Code of Obligations, Which Regulates the Good Faith Performance of the Debtor in the Assignment of the Receivable, Be Understood Against Art. 167 of the Swiss Code of Obligations?

Mine KAÇMAZ ADAK**^{ID}, Burak ÖZEN***^{ID}

ÖZ

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 186' da devrin hükümleri içerisinde 'iyiniyetle yapılan ifa' başlığı altında alacağın devredildiği, devreden veya devralan tarafından borçluya bildirilmemişse, borçlunun, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyi niyetle ifada bulunarak borcundan kurtulacağı düzenlenmektedir. Hükmün lafzı dikkate alındığında tekil bir devir durumunun yanı sıra alacağın her bir devralan tarafından tekrar devredilmesine karşılık gelen zincirleme devir olasılığında da borçlunun önceki devralanlardan birine ifada bulunarak borçtan kurtulabileceği anlaşılmaktadır. Öte yandan hükmün lafzı, aynı alacağın alacağı devreden tarafından birden çok kişiye devredilmesi anlamını taşıyan çoklu devir durumunda borçlunun gerçekte hak sahibi olmayan bir devralana ifada bulunarak borçtan kurtulması olasılığını kapsamıyor görünmektedir. Oysaki kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda TBK m. 186 hükmüne karşılık gelen Art. 167 OR hükmünün lafzının her iki olasılığı da kapsar şekilde kaleme alındığı dikkat çekmektedir. Bunun dışında TBK m. 186'nın gerekçesinde hükümde herhangi bir değişikliğe gidilmediği belirtilmektedir. Ancak önceki Borçlar Kanunu'nda TBK m. 186 hükmüne karşılık gelen Borçlar Kanunu (BK) m. 165'in lafzına bakıldığında TBK m. 186' dan farklı bir ifadeye sahip olduğu görülmektedir. Bu bağlamda çalışmada TBK m. 186 hükmünün kaynak kanun ve hükmün gerekçesi ışığında nasıl anlaşılması gerektiği incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Alacağın Devri, Zincirleme Devir, Çoklu Devir, Mehaza Göre Yorum, İyi niyetin Korunması, Borçtan Kurtulma

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan 'Medeni Hukukta Yaratılan Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunması' başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

** Araştırma Görevlisi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0002-7181-3813.

*** Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0001-5558-0135.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Mine KAÇMAZ ADAK

E-posta/E-mail: mkacmaz@pau.edu.tr / burak.ozen@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.05.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 23.05.2023

ABSTRACT

Art. 186 of the Turkish Code of Obligations regulates under the heading 'Performance in good faith' that if the transfer of the receivable has not been notified to the debtor by the transferor or transferee, the debtor will be released from its obligation by performing in good faith to the previous creditor; if the receivable has been transferred several times, to one of the previous transferees instead of the last transferee. Considering the wording of the provision, it is understood that the debtor may be relieved of the obligation by performing to one of the previous transferees in the case of a single transfer as well as in the case of a chain transfer, which corresponds to the re-transfer of the receivable by each transferee. On the other hand, the wording of the provision does not seem to cover the possibility that the debtor may be relieved of its obligation by performing to a transferee who is not actually the rightful owner in the case of multiple transfers, which means the transfer of the same receivable to more than one person by the transferor. However, it is noteworthy that the wording of Art. 167 OR, which corresponds to Art. 186 of the Turkish Code of Obligations, is written in a way to cover both possibilities. Apart from this, it is stated in the preamble of Art. 186 of the Turkish Code of Obligations that the provision has not been amended. However, when the wording of Art. 165 of the previous Code of Obligations, which corresponds to Art. 186 of the Turkish Code of Obligations, is examined, it is seen that it has a different wording than Art. 186 of the Turkish Code of Obligations. In this context, the study will examine how Art. 186 of the Turkish Code of Obligations should be understood in light of Art. 167 OR and the preamble of the provision.

Keywords: Assignment of Receivables, Chain Assignment, Multiple Assignments, Interpretation According to the Referred Code, Protection of Good Faith, Release from Debt

GİRİŞ

Alacak hakkı, bir yandan alacaklı ile borçlu arasındaki hukukî ilişki (iurus vincilum) ile ilintili bir boyut taşırken, diğer yandan malvarlıksal bir değer olarak işlem hayatına değgin bir yanı vardır. Hukukî ilişki boyutundan yola çıkılıp bu ilişkinin her bir tarafının zaviyesinden bakıldığında şu tablo ortaya çıkar: Borçlu nezdinde borcundan bir an önce kurtulma çıkarı ön planda olup bu çıkarını gerçekleştirmek bakımından göz önünde tuttuğu kişi kendisinin alacaklı diye bilip benimsediği kişidir; buna karşılık alacaklı açısından önemli olan bu alacaktan kendisi için en elverişli olacak tarzda istifade edebilmektir¹. Roma hukukunda alacağın belirli kişiler arasında kurulan bir hukukî ilişki olduğu gerçeğinden yola çıkılmış, alacağın bir malvarlığı unsuru olarak iş ve işlem hayatında tedavül kabiliyeti (değişim değeri) taşıyabileceği üzerinde durulmamıştır. Buna bağlı olarak, Roma Hukuku'nda alacak devredilebilir nitelikte bir malvarlığı unsuru olarak tasarlanmamıştır². Yine bu dönemde kişi üzerinde cebri icra söz konusu olup borcun ödenmemesi halinde alacaklı borçlusunu köleleştirebilmekte ve hatta öldürebilmektedir. Dolayısıyla borçlunun rızası olmaksızın alacaklının değişmesi makul görülmemektedir. Ne de olsa kendisini köleleştirip gerekli görürse öldürebilecek olan kişinin kim olduğunun borçlu nezdinde önem

1 Flavio Lardelli, *Die Einreden des Schuldners bei der Zession* (Schultess 2008) 17.

2 Bu dönemde alacağın devriyle amaçlanan ekonomik sonuçlara ikame yollarla ulaşıldığı görülmektedir. Bu yollar hakkında detaylı bilgi için bkz. Lardelli (n 1)18. Roma Hukuku'nda alacağın devri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Üçer, 'Roma Hukuku'nda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki' (2005) 54 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 399 vd.

taşıyacağı düşünülmektedir³. Bununla birlikte 19. yüzyılın ikinci yarısında alacağın devredilemez olduğuna ilişkin bu anlayışın tamamıyla aşıldığı bir tablo ile karşılaşılmaktadır. Alacağın devredilebilir olduğunun kabulü bir yana borçlunun alacağın devrine rıza göstermesinin dahi aranmadığı bir döneme geçilmiştir. Öte yandan böylesine radikal bir değişiklik benimsenirken devir için rızası dahi aranmayan borçlunun korunmasına yönelik birtakım dengeleyici mekanizmalar getirildiği de görülmektedir. Bunların en önemlilerinden biri, kendisine devre ilişkin bildirim yapılmayan borçlunun, gerçekte hak sahibi olmayan devralana iyi niyetle ifada bulunarak borçtan kurtulabilmesidir. Bununla birlikte borçlu açısından öngörülen bu korumanın hangi halleri kapsadığının belirlenmesi, yine borçlunun lâyıkıyla korunması bakımından gerekli görülmüştür. Aşağıda da bu doğrultuda borçlunun hangi olasılıklarda iyi niyetle ifada bulunarak borcundan kurtulabileceği özellikle kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki Art. 167 OR düzenlemesi dikkate alınarak tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. ALACAĞIN DEVRİNDE BORÇLUNUN İYİNİYETLE İFASINI DÜZENLEYEN TBK M. 186 VE KAYNAK KANUNDAKİ KARŞILIĞINI OLUŞTURAN ART. 167 OR DÜZENLEMESİNE GENEL BAKIŞ

A. GENEL OLARAK

Gereği gibi bir ifadan söz edilebilmesi için ifanın alacaklıya veya onun yetkili temsilcisine yapılması gereklidir. İfanın alacaklıya veya onun yetkili temsilcisine yapılmaması halinde kural olarak borçlu borcundan kurtulamaz. Alacağın devri durumunda da bu prensibe uygun olarak borçlunun gerçek hak sahibi alacaklıya ifada bulunmadıkça borcundan kurtulamaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Alacağın ifa yoluyla sona ermesi alacak üzerinde bir tasarruf olduğuna göre, ifayı kabul edecek kişinin tasarruf yetkisine sahip olması gerektiği açıktır. Alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olanın alacak hakkının sahibi olan kişi veya onun tarafından tasarrufa yetkili kılınmış temsilcisi olacağı da aynı ölçüde açıktır. Öte yandan TBK m. 186 hükmünde bu duruma bir istisna getirildiği görülmektedir⁴. Söz konusu hükme göre, kendisine devir bildirilmemiş olan borçlu, gerçek hak sahibi devralan yerine önceki alacaklıya veya alacak birkaç kez devredilmişse, gerçek hak sahibi son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyi niyetle ifada⁵ bulunmakla borçtan kurtulmaktadır.

3 Roma hukukunda devredilen alacak için uygun bir 'actio'nun öngörülmemesi ve bu nedenle devralanın mahkeme kararına dayalı olarak alacağı elde etmesinin mümkün olmaması da alacağın devrinin kabul görmemesinin bir diğer sebebidir. Lardelli (n 1) 18.

4 Eugen Spirig, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischem Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, Teilband V/1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR*, Herausgeber: Peter Gauch (3. Auflage, Schulthess 1993) N.3; Daniel Girsberger and Johannes Lukas Hermann, *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR*, Herausgeber: Corinne Widmer Lüchinger and David Oser (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2019) N.1; Peter Reetz and Christof Burri, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, Herausgeber: Andreas Furrer and Anton K Schnyder (3. Auflage, Schulthess Verlag 2016) N.2; Alfred Koller, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht* (2. Auflage, Universitätsverlag 1985) 208; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993) 256 vd.; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku C.II*, (Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat 2020) 589; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2016) 526; Özcan Günergök, *Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu* (Vedat 2014) 136; Kadir Berk Kapanç, *Alacağın Devri (TBK m.183-194) Şerh* (Vedat 2022) 302.

5 Hükümde her ne kadar borçtan kurtarıcı etkinin ifa ile ortaya çıkması olasılığı ele alınmış görünüyorsa da, borcun ibra,

Borçluya tanınan bu korumanın temelinde ise alacağın devrinin, borçlunun katılımı veya rızası aranmaksızın gerçekleşmesi yer almaktadır⁶. Böylelikle devre hiçbir dahil bulunmayan borçlunun bu durumdan olumsuz yönde etkilenmesinin önüne geçilmiş olmaktadır⁷. Borçlunun TBK m. 186' da öngörülen korumadan yararlanabilmesi için ifayı alacağın devri kendisine bildirilmeden⁸ önce gerçekleştirmesi ve ifa sırasında iyi niyetli olması gerekmektedir⁹.

Borçlunun korunmasının ilk şartı, devralan veya devreden¹⁰ tarafından ifa öncesinde kendisine veya yetkili temsilcisine devrin bildirilmemiş olmasıdır. İfadan önce devrin bildirilmesi durumunda borçlunun hak sahibi olmayan kişiye ifada bulunarak borçtan kurtulma imkânı ortadan kalkmaktadır¹¹. Nitekim alacağın devri için bir geçerlilik gereği niteliğini haiz olmayan bildirim esas amacı; borçlunun bu şekilde gerçek hak sahibi olmayan devralana ifada bulunarak borcundan kurtulmasının önüne geçmektir¹². Bununla birlikte borçluya bildirimde bulunulması, başlı başına (alacağın maddi hukuk açısından gerçekte kime ait olduğu sorunundan tamamen bağımsız olarak) borçluyu bildirimde alacaklı olarak gösterilen kişiye ifada bulunma yükümü altına sokmaz¹³. Zira borçlu hiç sorgulanmaksızın alacaklı olduğunu bildiren kişiye ifada bulunur ve daha sonra bu kişinin

takas, yenileme vb. yollarla sona ermesinin de hükmün kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir. Koller (n 4) 213 vd.; Spirig (n 4) N.36; Girsberger and Hermann (n 4) N. 18; Reetz and Burri (n 4) N.3; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 4) 258; Günergök (n 4) 149; Kapanıcı (n 4) 311.

Oğuzman ve Öz, hükmün kıyasen uygulanması ile bu sonuca varmaktadır. Oğuzman ve Öz (n 4) 591. Anılan işlemler dışında başka işlemlerin de hükmün kapsamında yer aldığını ileri süren görüş için bkz. Reetz and Burri (n 4) N.3. Lardelli ise, yalnızca ifa ve takasın borçtan kurtarıcı bir etkiye sahip olduğunu kabul etmektedir. Lardelli (n 1) 80 vd.

- 6 Spirig (n 4) N.3; Reetz and Burri (n 4) N.1; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 4) 527; Günergök (n 4) 136; Kapanıcı (n 4) 303. Aynı yönde bkz. Peter C Schaufelberger and Katrin Keller, *Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz and Roland Fankhauser (3. Auflage, Orell Füssli Verlag 2016) N. 1; Nisim Franko, 'Alacağın Temliki' (1994) 49 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 188; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Bası, Yetkin 2019) 1389; Baki İlkey Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu* (Seçkin 2002) 39; Turgut Öz, *Alacağın Devri m. 183-194, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu C.1 Genel Hükümler*, (Vedat 2018) 1273. Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. Jan Lieder, *Die rechtsgeschäftliche Sukzession* (Mohr Siebeck 2015) 653.

- 7 Aynı yönde bkz. Kapanıcı (n 4) 301.

- 8 Bildirim yapılması herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir. Spirig (n 4) N.11; BSK – Girsberger and Hermann (n 4) N. 8; Reetz and Burri (n 4) N.5; Franko (n 6) 189; Oğuzman ve Öz (n 4) 591; Eren (n 6) 1389; Öz (n 6) 1274; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 4) 526; Günergök (n 4) 142; Kapanıcı (n 4) 318.

Bildirim hukuki niteliği ve ne zaman yapılmış sayılacağı tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kapanıcı (n 4) 317 vd.

Bildirim yapılmadan önce ifada bulunulduğuna ilişkin ispat yükü borçluya aittir. Spirig (n 4) N.38; Lardelli (n 1) 55; Günergök (n 4) 147; Kapanıcı (n 4) 339.

- 9 Koller (n 4) 210; Girsberger and Hermann (n 4) N. 6,7; Schaufelberger and Keller (n 6) N.2; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 4) 257; Franko (n 6) 188; Oğuzman ve Öz (n 4) 589; Eren (n 6) 1389; Öz (n 6) 1273; Günergök (n 4) 136; Kapanıcı (n 4) 309-310.

- 10 Bildirim bu kişiler tarafından bizzat yapılması şart değildir. Yetkili temsilci vasıtasıyla da bildirim yapılabilir. Girsberger and Hermann (n 4) N.11; Spirig (n 4) N.14; Lardelli (n 1) 54; Günergök (n 4) 138.

- 11 Koller (n 4) 210; Reetz and Burri (n 4) N.5; ; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 4) 257; Franko (n 6) 189; Oğuzman ve Öz (n 4) 590; Eren (n 6) 1389; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 4) 526; Öz (n 6) 1273-274; Günergök (n 4) 148; Kapanıcı (n 4) 310, 313. Borçlu, bildirim almasına rağmen önceki alacaklıya ödeme yaparsa, bunu riski kendisine ait olmak üzere yapar ve bildirim doğru olduğu ortaya çıkarsa, devralana ek ödeme yapmak zorunda kalır. Girsberger and Hermann (n 4) N. 13. Aynı yönde bkz. Kapanıcı (n 4) 326.

- 12 Spirig (n 4) N.24; Günergök (n 4) 137; Kapanıcı (n 4) 315. Aynı yönde bkz. Oğuzman ve Öz (n 4) 590.

- 13 Girsberger and Hermann (n 4) N.14; Spirig (n 4) N.20; Oğuzman ve Öz (n 4) 590; Kapanıcı (n 4) 326.

aslında gerçek hak sahibi olmadığı ortaya çıkarsa, borcundan kurtulmuş olmaz. Bununla birlikte borçlu, bildirim doğruluğundan şüphe ettiği gerekçesiyle ifayı reddedemez ve bildirimde bulunan kişinin bildirim yapmaya yetkili olduğuna dair ek kanıt talep edemez¹⁴. Öte yandan, borçlu, devralan taraftan ifa koşulu olarak devrin kanıtlanmasını (devir belgesinin aslını veya onaylı bir kopyasını ibraz ederek) talep edebilir¹⁵. İbraz edilen devir belgesi bu açıdan bir bildirim ile aynı etkiye sahiptir¹⁶. Bunun dışında hak sahibinin kim olduğu çekişmeli ise, borçlu TBK m. 187'de öngörülmüş olan tevdi imkanına başvurabilir¹⁷.

Borçlunun korunmasının ikinci şartı borçlunun iyi niyetli olmasıdır¹⁸. Bildirimin gerçekleşmemiş olması durumunda borçlu, ifa sırasında devreden (veya gerçek hak sahibi dışındaki bir başka kişinin) hala alacaklı olduğuna güveniyorsa, iyi niyetle hareket ettiği kabul edilmektedir¹⁹. İyi niyet iki durumda ortadan kalkmaktadır: Birincisi, borçlunun devri bilmesi; ikincisi, devri bilmesinin gerekmesidir²⁰. İyi niyetin varlığı asıl olduğundan borçlunun ifa sırasında iyi niyetli olmadığından bunu iddia eden gerçek hak sahibi alacaklı tarafından ispat edilmesi gereklidir²¹.

Anılan bu iki şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi halinde, borçlu gerçek hak sahibine ifada bulunmamış olmasına rağmen borcundan kurtulmaktadır. Buna bağlı olarak gerçek hak sahibi artık borçludan kendisine ifada bulunmasını talep edememektedir²².

B. ART. M. 167 OR VE TBK M. 186 HÜKÜMLERİNİN KAPSAMININ KARŞILAŞTIRILMASI

1. Art. 167 OR

Art. 167 OR – ‘Wenn der Schuldner, bevor ihm der Abtretende oder der Erwerber die Abtretung angezeigt hat, in gutem Glauben an den frühern Gläubiger oder, im Falle mehrfacher Abtretung, an einen im Rechte nachgehenden Erwerber Zahlung leistet, so ist er gültig befreit.’

14 Girsberger and Hermann (n 4) N.14.

15 Girsberger and Hermann (n 4) N.14; Reetz and Burri (n 4) N.7; Kapancı (n 4) 327.

16 Girsberger and Hermann (n 4) N.14; Spirig (n 4) N. 12. Kapancı burada devir belgesinin dolaylı olarak bildirim gereğini yerine getirebileceğini belirtmektedir. Kapancı (n 4) 319.

17 Kapancı (n 4) 328. Günergök, kendisine adi yazılı devir sözleşmesi ibraz edilen borçlunun daha dikkatli davranması gerektiğini ve imzaların geçerliliğini araştırması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda borçlu alacaklıdan alacağı devrettiğine dair yazılı beyanda bulunmasını isteyebilmektedir. Aksi takdirde borçlu imzaların geçerliliği riskini üstlenmiş olacaktır. Günergök (n 4)145.

18 Borçlunun ifada bulunduğu kişinin iyi niyetli olup olmamasının ise herhangi bir önemi yoktur. BSK – Girsberger and Hermann (n 4) N.7; Kapancı (n 4) 333.

19 Koller (n 4) 209. Aynı yönde bkz. Girsberger and Hermann (n 4) N. 5; Spirig (n 4) N. 28; ; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 4) 257; Öz (n 6) 1273; Kapancı (n 4) 328-329.

20 Koller (n 4) 209; Spirig (n 4) N.29; Schaufelberger and Keller (n 6) N. 2; Oğuzman ve Öz (n 4) 590; Kapancı (n 4) 329. Borçlunun devri bilmesi veya bilmesinin gerekmesi hususu başlı başına onu devralana ifada bulunmaya zorlayacak bir neden değildir. Borçlu bu durumda da özellikle de kendi menfaati açısından devrin gerçekleştiğine ilişkin kanıt sunulmasını isteyebilir ve istemelidir. Kapancı (n 4) 332-333.

21 Girsberger and Hermann (n 4) N. 5; Spirig (n 4) N.28; Reetz and Burri (n 4) N.8; Schaufelberger and Keller (n 6) N. 2; Oğuzman ve Öz (n 4) 590; Günergök (n 4) 147; Kapancı (n 4) 330, 339.

22 Gerçek hak sahibinin söz konusu durumda başvurabileceği yollar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kapancı (n 4) 334 vd.

Art. 167 OR hükmünde borçlunun, kendisine devreden veya devralan tarafından devir bildirilmeden önce, iyi niyetle, önceki alacaklıya; birden fazla devir gerçekleşmişse hakkı itibarıyla sıra bakımından sonra gelen devralana ödemede bulunduğu takdirde, borcundan kurtulacağı ifade edilmektedir. Hükmün üç farklı olasılığı kapsadığı kabul edilmektedir²³. Bunlardan ilki, tek bir devrin gerçekleşmesi ve borçlunun devralan yerine önceki alacaklıya ödemede bulunmasıdır. İkincisi, alacağın her bir devralan tarafından sonraki bir diğer devralana devredilmesi ve borçlunun gerçek hak sahibi son devralana değil de önceki devralanlardan birine ödeme yapmasıdır. Örneğin alacaklı (A)'nın alacağını (B)'ye devretmesi, (B)'nin (C)'ye ve (C)'nin de (D)'ye devretmesinde olduğu gibi. Son olasılık ise, aynı alacağın aslında alacağı devretmiş ve dolayısıyla alacak üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmiş olan devreden tarafından farklı farklı kişilere devredilmesi ve borçlunun ilk devrin yapıldığı gerçek hak sahibi yerine sıra bakımından sonradan gelen devralanlardan birine ödemede bulunmasıdır²⁴. Bu olasılığa ise, alacaklı (A)'nın alacağı ilk olarak (B)'ye daha sonra (C)'ye ve en son (D)'ye devretmesi örnek verilebilir. Burada hükmün 'veya' bağlacından önceki kısmına karşılık gelen ilk varyantın hem birinci olasılığı hem de zincirleme devir olarak adlandırılan ikinci olasılığı düzenlediği belirtilmektedir²⁵. Bu iki durumda borçlu kendisi tarafından bilinen son devralana ya da diğer bir deyişle önceki devralanlardan birine iyi niyetle ödeme yapmakla borcundan kurtulmaktadır²⁶. Hükmün 'veya' bağlacından sonraki ikinci varyantının ise, yukarıda anılan ve çoklu devir olarak adlandırılan üçüncü olasılığı düzenlediği ifade edilmektedir²⁷. Buna göre, borçlu, devreden tasarruf yetkisinin bulunmaması nedeniyle alacağı hiç elde edememiş olan sonradan devralana iyi niyetle ödeme yaparsa, aynı şekilde borçtan kurtulmaktadır²⁸.

Tekil devir (§ 407 BGB) ve birden çok kez devir (§ 408 BGB) olgusunun ayrı paragraflarda düzenlendiği Alman hukukunda da İsviçre hukukundaki anlayışa paralel bir şekilde '*mehrfache Abtretung*' kavramından çoklu devrin yani devredilmiş bir alacağın önceki alacaklı tarafından üçüncü bir kişiye tekrar devredilmesinin anlaşıldığı görülmektedir. Devreden tasarruf yetkisi

23 Girsberger and Hermann (n 4) N. 2; Schaufelberger and Keller (n 6) N.1. Koller zincirleme devir olasılığına açık olarak yer vermemeyle birlikte bu sayılanlar dışında bir olasılığı daha hükmün kapsamında değerlendirmektedir: Devir sözleşmesinin geçersizliği nedeniyle kendisine devredilen alacağı kazanmayan devralana yapılan ödeme yoluyla borçtan kurtulma. Koller (n 4) 208-209. Girsberger and Hermann da asıl alacaklıdan gelen bildirim devrin geçersiz olduğu sonradan ortaya çıksa dahi, borçlunun bildirimde devralan olarak belirtilen kişiye iyi niyetli ifade bulunmak suretiyle borçtan kurtulması sonucuna yol açacağını kabul etmektedir. Yazarlar aynı zamanda bu durumda yanlış bildirim alacağı devraldığı iddia edilen kişiye ifa yetkisi verilmesi olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Girsberger and Hermann (n 4) N. 13, 17. Bu bildirim güven ilkesine göre yapılan yorum yoluyla ifayı kabul yetkisi verme olarak anlaşıldığına bakılırsa, bu takdirde borçtan kurtulma sonucu OR Art. 167'den değil, bu yetkilendirmeden ötürü ortaya çıkmış olur.

24 Borçlu burada görünürdeki devralanın halefiyetini kontrol etmiş olmalıdır. Bu, bir borcun, başkasının halefi olarak hareket eden ve gerçekte hak sahibi olmayan bir kişiye ifa edilerek sona ermesinin halefiyetin araştırılmasını gerektirmesine dair genel kurala karşılık gelmektedir. Sadece halefiyetin şekli süreci incelenecek, ancak sürecin maddi olarak geçerli olup olmadığı incelenmeyecektir. Bu, şu anlama gelmektedir: Art.167 OR uyarınca borcun sona ermesi, borçlunun, görünüşte devralana yönelik bir devrin gerçekleşip gerçekleşmediğini açıklığa kavuşturmasını gerektirir. Buna karşılık borçlunun devre ilişkin diğer eksiklikleri (örneğin esashi bir yanılma) araştırması gerekmez. Borçlu, devreden tarafından düzenlenen devir senedini incelerse veya devri devredene onaylarsa, doğrulama görevini yerine getirmiş olur. Öte yandan, borçlunun, görünüşte devralanın alacağı devraldığı iddiasıyla tatmin olması yeterli değildir. Koller (n 4) 217.

25 Girsberger and Hermann (n 4) N. 3. Aynı yönde bkz. Kapancı (n 4) 305.

26 Girsberger and Hermann (n 4) N. 3; Spirig (n 4) N.55.

27 Girsberger and Hermann (n 4) N. 3.

28 Girsberger and Hermann (n 4) N. 3.

eksikliği nedeniyle devir geçersiz olmasına rağmen borçlu iyi niyetle ifada bulunmuşsa bu ihtimalde de borcundan kurtulmaktadır²⁹. § 408 I BGB³⁰'de de 'mehrfache Abtretung' kavramının çoklu devri karşılayacak şekilde kullanılmış olması, TBK m. 186 hükmünün kapsamının belirlenmesi noktasında bir karşılaştırmalı hukuk verisi olarak göz önünde tutulmalıdır.

2. TBK m. 186

TBK m. 186 – *'Borçlu, alacağın devredildiği, devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyiniyetle ifada bulunarak borcundan kurtulur.'*

TBK m. 186'nın ifadesine bakıldığında ise, hükmün kapsamında yer aldığı anlaşılan ilk olasılık, borçlunun tek bir devrin gerçekleşmesi durumunda, devralana değil de önceki alacaklıya ifada bulunmuş olmasıdır. Hükmün kapsamında yer alan ikinci olasılık ise, alacağın birkaç kez devredilmesi durumunda, borçlu tarafından son devralan yerine önceki devralanlardan birine ifada bulunulmasıdır. Bu zincirleme devir olasılığına karşılık gelmektedir. Bununla birlikte hükmün ifadesi kaynak kanunda kendisine karşılık gelen Art. 167 OR hükmünden farklı olarak çoklu devir olasılığını kapsamıyor gibi görünmektedir. Zira hükümde 'son devralan yerine önceki devralanlardan birine' ifada bulunarak borçtan kurtulmaktan söz edilmektedir. Halbuki çoklu devir durumunda gerçek hak sahibi son devralan olmak zorunda değildir. Aksine gerçek hak sahibi, alacağı ilk devralan olacaktır, zira ancak o alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişiden alacağı devralmış durumdadır. Dolayısıyla çoklu devirde zincirleme devirden farklı olarak 'son devralan yerine önceki devralanlardan birine' yapılan ifa değil, 'alacağı sırayla sonra devralan birine' yapılan ifa borçluyu borçtan kurtarmaktadır. Hükümde ise böyle bir ifadeye verilmemektedir. Bu noktada TBK m. 186'nın gerekçesinin ele alınmasında fayda vardır. Öyle ki gerekçede '818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 165 inci maddesinde kullanılan 'temlik veya temellük eden' şeklindeki ibare, Tasarıda 'devreden veya devralan' şekline; 'alacağı temellük edenlerden tercihi lazım gelen biri var iken diğerine' şeklindeki ibare ise, 'son devralan yerine önceki devralanlardan birine' şeklinde ifade edilmiştir. Metninde yapılan araştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.' ifadesi yer almaktadır. Oysa TBK m. 186'nın 818 sayılı eski BK m. 165' te yer alan karşılığı şu şekildedir: 'Temlik veya temellük eden tarafından alacağın temlik olunduğu kendisine bildirilmezden mukaddem evvelki alacaklıya ve mütevali temlikler vâki olmuş ise alacağı temellük edenlerden tercihi lâzım gelen biri var iken, diğerine hüsnüniyetle tediyede bulunan borçlu, beri olur.' Burada esasen TBK m. 186' nın ifadesine nazaran bir farklılığın bulunduğu dikkat çekmektedir. Zira TBK m. 186'da alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyi niyetle ifada bulunmaktan

29 Lieder (n 6) 658; Jens Petersen, *Der Dritte im Zivilrecht*, (De Gruyter 2018) 43; Mathias Rohe, *Beck'scher Online-Kommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Herausgeber: Wolfgang Hau and Roman Poseck (65. Edition, C.H.Beck 2023) BGB § 408 N. 1; Eva Maria Kieninger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II (§§ 311–432)*, (9. Auflage, C.H. Beck 2022) BGB § 408 N. 1.

30 § 408 I BGB – 'Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zugunsten des Schuldners die Vorschriften des § 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung.'

söz edilirken; BK m. 165' te *önceki devralan*' ifadesinden daha geniş kapsamlı olan *'temellük edenlerden tercihi lâzım gelen biri var iken, diğetine'* ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Temellük edenlerden tercihi lazım gelen biri dışındaki kişi, yalnızca önceki devralana karşılık gelmemektedir. Aynı zamanda çoklu devir olasılığında alacağı geçerli olarak devralan dışında kalan alacağı devralanları da kapsamaktadır³¹. Gerçekten de bu olasılıkta geçerli olarak alacağın devredildiği kişi, hükümdeki tercihi lazım gelen kişiyi karşılamaktayken; bu kişi dışındaki diğer devralanlar esasen devrin geçersizliği nedeniyle hükümdeki 'diğeri' ifadesini karşılamaktadır. Bu bakımdan TBK m. 186 esasen değişikliğe gidilmediği ifade edilen BK m. 165' ten de hem sözü hem de özü itibariyle farklılaşmaktadır. Bir diğer deyişle, gerekçede ima edildiğinin aksine, salt ifadede bir değişikliğin değil, bunu da ötesinde hüküm değişikliğinin mevcut olduğu izlenimi uyandırmaktadır. TBK m. 186 ile Art. 167 OR ve BK m. 165 hükmü arasındaki bu farklılığın nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusunda bir sonuca ulaşmak için hükmün yorumlanması yoluna gidilmelidir. Zira en açık görünen metinlerin dahi yoruma muhtaç olduğu kabul edilmektedir³². Kaldı ki burada hükmün ifadesinin yeteri kadar açık olduğundan söz etmek de zordur. Bu bağlamda aşağıda TBK m. 186 hükmünün nasıl yorumlanması gerektiği yorum yöntemleri ve yorumda başvurulan araçlar da dikkate alınarak açıklanmaya çalışılacaktır.

II. KANUN HÜKMÜNÜN YORUMLANMASI

A. YORUM VE YORUM YÖNTEMLERİ

Öğretide pek çok tanım yapılmakla birlikte³³, yorum, en temel haliyle bir hukuk kuralının gerçek anlamının ortaya çıkarılması faaliyetini ifade etmektedir³⁴. Yorumun amacı da bu tanıma paralel olarak kuralın gerçek anlamının ortaya çıkarılmasıdır. Bu yapılırken yararlanılabilecek dört temel yorum yöntemi bulunmaktadır³⁵. Bunlardan ilki söze göre yorumdur. Söze göre yorum aşağıda yorum araçları içerisinde de sözü edileceği üzere, hükmün yorumlanmasında kelimelerin anlamını,

31 Nitekim öğretide de BK m. 165'in lafzının çoklu devir olasılığını da kapsadığı kabul edilmektedir. ; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 4) 258; Franko (n 6) 190; Kapancı (n 4) 305, dn. 15.

32 *'Açık (sarih) kurallar yorumlanmaz'* anlayışının (Henri Capitant, (Çev. DEMİREL H) *'Kanunun Manasının Tayininde İzhari Çalışmaların Değeri'* (1956) 13 (1-2) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 59; Mustafa Dural ve Suat Sarı , *Türk Özel Hukuku C. I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (11. Baskı Filiz 2016) 125; Mehmet Akif Tutumlu, *'Yasanın Yorumunda Gerekenin Rolü'* (2018) 13 (142) Terazi Hukuk Dergisi 125) çoktan terk edildiği ifade edilmektedir. Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (7. Bası, Vedat 2017) 136.

33 Yapılan çeşitli tanımlar için bkz. Uzun E, *'Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi'* (2012) HFSA 25. Kitap, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V, İstanbul, 13-17 Eylül 2010 bildirileri 72 vd.

34 Sabri Şakir Ansay, *'Kanun ve Tefsiri'* (1938) 26 Adliye Ceridesi 2043; Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1993) 184; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (Yenilenmiş 13. Baskı, Beta 2016) 114; Dural ve Sarı (n 32) 125; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, (25. Bası, Vedat 2019) 69; Ünal Narmanlıoğlu, *'Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması'* (2001) Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE'ye Armağan 99.

35 Daha yakın bir dönemde ortaya çıkmış olan serbest yorum yöntemi ise esasen Türk hukukunda kabul edilmemektedir. Edis (n 34) 189; Oğuzman ve Barlas (n 34) 72; Sevtap Metin, *'Hukuk Normunun Yorumu'* (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2002) 185.

cümlelerin yapısını, dilbilgisi kurallarını ve noktalama işaretlerini esas alan yorum yöntemidir³⁶. İkinci yorum yöntemi olan subjektif tarihi yorum yöntemi, kanun koyucunun hükmü koyarken takip ettiği amacı diğer bir deyişle kanun koyucunun gerçek iradesini tespit ederek buna göre yapılan yorumu ifade etmektedir³⁷. Bu yorum yöntemi gerek kanun koyucunun gerçek iradesinin tam ve kesin olarak tespitinin pek mümkün olmaması gerek tespit edilen iradenin kanunun uygulandığı sıradaki ihtiyaçlara cevap veremeyebilecek olması nedeniyle tatmin edici bulunmamaktadır³⁸. Üçüncü yöntem olan objektif tarihi yorum yöntemi ise, kanunun uygulandığı zaman diliminde kanuna tabi olanların dürüstlük kuralına uygun olarak kanun koyucuya zıfede edeceği amacı esas alır³⁹. Bu yöntemde, kanunun hazırlık sürecinde geçirdiği aşamalar dikkate alınarak kanun koyucuya zıfede edilebilecek amaca göre hüküm anlamlandırılmaktadır⁴⁰. Bu yorum yöntemi de hükmün yorumlanması için yeterli görülmemektedir. Zira hükmün uygulanması sırasında hükmün konuluş zamanındaki anlamından farklı bir anlamın benimsenmesini gerektirecek sebeplerin söz konusu olabileceği belirtilmektedir⁴¹. Sonuncu yöntem ise, günümüzde esas olarak kabul gören objektif güncel yorum yöntemidir⁴². Objektif güncel yorum yöntemine göre, kanun bir kez kabul edildikten sonra artık bağımsız bir varlığa sahip olmakta ve kanun koyucunun iradesinden kopmaktadır⁴³. Dolayısıyla hüküm, kanunun dinamik bir yapıya sahip olduğu göz önünde bulundurularak hükmün

- 36 Oğuzman ve Barlas (n 34) 69; Dural ve Sarı (n 32) 126. Bu yorum yönteminin amacı kanun metninin açık anlamını araştırmak ve bununla bağılı olmaktadır. Sururi Aktaş, 'Hukukta Yorum Çabaları' (2011) 15 (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8.
- 37 Edis (n 34) 190; Dural ve Sarı (n 32) 126; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk C. I*, (3. Baskı, Seçkin 2019), 396; Aktaş, 'Hukukta Yorum Çabaları' (n 36) 14. Akipek, Akıntürk ve Ateş, bu yöntemi 'Klasik yorum teorisi' başlığı altında ele almaktadır. Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 117. Serozan, subjektif tarihi yorum için şu benzetmeyi yapmaktadır: '*Bu genetik yaklaşımda yasaya adeta yasa koyucunun irade ilkesine göre yorumlanacak bir vasiyetnamesi gözüyle bakılır*'. Serozan (n 32) 136-137. Benzer bir yorum için bkz. Metin (n 35) 195-196.
- 38 Edis (n 34) 191; Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (Gözden geçirilmiş ilaveli 6. Bası, Filiz 1992) 60; Oğuzman ve Barlas (n 34) 70; Dural ve Sarı (n 32) 126; Antalya ve Topuz (n 37) 397; Metin (n 35) 199. Subjektif tarihi yorum metoduna karşı alınmış en anlamlı tavır Solonda görmekteyiz. Solon, meşhur kanunlarını hazırladıktan sonra, kimse kendisine gelip hazırladığı kanunların ne anlama geldiğini sormasını diye, ortadan kaybolarak kimsenin bilmediği bir yerde inzivaya çekilmiştir.
- 39 Oğuzman ve Barlas (n 34) 70; Aktaş, 'Hukukta Yorum Çabaları' (n 36) 17. Bu yorum yöntemi için verilen örnekler için bkz. Serozan (n 32) 137.
- 40 Oğuzman ve Barlas (n 34) 70.
- 41 Dural ve Sarı (n 32) 127.
- 42 Antalya ve Topuz (n 37) 393. Metin, bu yorum yöntemini 'objektif – teleolojik yorum' başlığı altında ele almaktadır. Metin (n 35) 201. Serozan, objektif tarihi yorum yöntemi ile objektif güncel yorum yöntemi arasındaki sınırın oldukça silik olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, iki yorum yöntemi arasındaki fark, kanundan bağımsızlaşma dozunun ikinci yöntemde biraz daha fazla olmasından ibarettir. Serozan (n 32) 138. Akipek, Akıntürk ve Ateş, objektif yorum teorisinden yararlanılmasının TMK m.1 'in bir gereği olduğunu belirtmektedir. Öyle ki ancak bu teoriye başvurulması ile kanunun doğru, hakkaniyete ve zamanın ihtiyaçlarına uygun bir şekilde uygulanması sağlanabilecektir. Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 120. Kanunun bu yöntemle zamanla değişen bir kurum haline getirilmesinin kanunun fikriyle bağdaşmadığı yönündeki eleştiri için bkz. Edis (n 34) 192. Yorum yöntemlerini subjektif, objektif ve (her iki görüşü harmanlayan) telifçi görüş olarak ele alan ve telifçi görüşü benimseyen yazarlar için bkz. Orhan Münir Çağlı, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, (3. Baskı, Fakülteler Matbaası 1966) 199 (Narmanlıoğlu (n 34) 102' den naklen); Narmanlıoğlu (n 34) 102.
- 43 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 118; Oğuzman ve Barlas (n 34) 71; Dural ve Sarı (n 32) 127; Serozan (n 32) 138; Metin (n 35) 201; Narmanlıoğlu (n 34) 101; Tutumlu (n 32) 125.

uygulandığı andaki ihtiyaçlara cevap verecek şekilde yorumlanmalıdır⁴⁴. Bu yorum metodunun çıkış noktası, kimi hukuk özdeyişlerinde gözlenebilir. Sözelimi ‘*kanun hazırlayıcısından daha akıllı olabilir*’ deyişi böyledir. Bir yandan sübjektif veya objektif tarihi yorum metotlarının yergisini içerirken diğer yandan objektif güncel yorum metodunu kutsayan ‘*önemli olan zaten düşünülmüş olanı yeniden düşünmek değil, bir kere düşünülmüş olanı sonuna kadar düşünmektir*’ deyişi de bu bağlamda anılabilir. Esasen bu metoda göre kanun koyucunun mevcut şartlar altında takip edeceği ‘farazi amacın’ tespiti ve buna göre yorumun yapılması söz konusudur⁴⁵. Bu yapılırken aynı zamanda yukarıda anılan yorum yöntemlerinden de belirli ölçüde yararlanılmış olmaktadır⁴⁶. Zira hüküm objektif olarak o anın ihtiyaçlarına göre yorumlanırken de mecburen hükmün lafzından hareket edilmekte ve aynı zamanda hükmün kanun içerisindeki yeri, diğer hükümlerle bağlantısı ve hazırlık çalışmaları da dikkate alınmaktadır. Sonuç olarak burada kanun koyucunun iradesinin genişletilmesinin söz konusu olduğu belirtilmektedir⁴⁷.

B. YORUMDA BAŞVURULACAK UNSURLAR VEYA ARAÇLAR

Yorum yapılırken faydalanılabilecek çeşitli unsur veya araçlar mevcuttur. Bu unsurlar temel olarak kanunun metni (sözel unsur), kanunun sistematığı, kanunun hazırlık çalışmaları ve hükmün amacı olmak üzere dört başlık altında toplanabilir⁴⁸. Bununla birlikte bu araçlardan hiçbiri diğerine kıyasla daha tercihe değer değildir. Diğer bir ifadeyle aralarında herhangi bir hiyerarşinin mevcut olduğundan söz edilemez⁴⁹. Dolayısıyla yorum yapılırken ihtiyaca göre bu yorum araçlarının herhangi birinden faydalanılabilecek hatta gerektiği takdirde hepsine birden başvurulabilecektir⁵⁰. Hatta kanunun ruhunun en iyi şekilde ortaya çıkarılabilmesi için bütün yorum araçlarından faydalanılması, yalnızca biriyle yetinilmemesi gerektiği de dile getirilmektedir⁵¹. Bu şekilde aynı anda birden çok yorum aracının bir arada kullanılması ‘*yorum araçlarının çokluğu/metot plüralizmi*’ olarak adlandırılmaktadır⁵². Bu kapsamda aşağıda yorumda faydalanılabilecek her bir yorum aracı ele alınacak ve çalışmaya konu TBK m. 186 hükmünün yorumunda bunların hangilerinden ne ölçüde faydalanılabileceği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

44 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 119; Dural ve Sarı (n 32) 127; Serozan (n 32) 138; Antalya ve Topuz (n 37) 393; Narmanlıoğlu (n 34) 101; Aktaş, ‘Hukukta Yorum Çabaları’ (n 36) 16.

45 Oğuzman ve Barlas (n 34) 71. Amaçsal yorum örnekleri için bkz. Aktaş, ‘Hukukta Yorum Çabaları’ (n 36) 19 vd.

46 Dural ve Sarı (n 32) 127. Aynı yönde bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 119; Serozan (n 32) 138.

47 Dural ve Sarı (n 32) 127.

48 Öğretide bu dört başlığa ek olarak ‘yorumun yapıldığı zamandaki koşullar ve ihtiyaçlar’ da bir unsur olarak ele alan yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Oğuzman ve Barlas (n 34) 79. Aynı yönde bkz. Serozan (n 32) 140. Bununla birlikte bu çalışmada genel kabule uygun olarak bu dört yorum unsuru üzerinden değerlendirme yapılacaktır. Objektif güncel yorum yöntemi esas alınarak yorum yapılacak olduğundan zamanın koşul ve şartları için doğası gereği zaten dikkate alınmış olacaktır.

Narmanlıoğlu, yorumda kullanılan araçları ‘Kanunun lafzi yapısı ve ‘Kanunun ruhi yapısı’ olarak ikili olarak ele almakta ve kanunun sistematığı, kanunun hazırlık çalışmaları ve hükmün konuluş amacını ‘Kanunun ruhi yapısı’ başlığı altında ele almaktadır. Narmanlıoğlu (n 34) 102 vd.

49 Antalya ve Topuz (n 37) 402.

50 Serozan (n 32) 139; Narmanlıoğlu (n 34) 107.

51 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 120; Antalya ve Topuz (n 37) 403.

52 Serozan (n 32) 139; Antalya ve Topuz (n 37) 402-403.

1. Sözel Unsur: Kanunun Metni

Türk Medeni Kanunu (TMK) m.1/İ'de kanunun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla yorum yapılırken başvurulacak ilk aracı doğal olarak kanunun metni oluşturmaktadır⁵³⁵⁴. Bu bağlamda noktalama işaretleri, dilbilgisi kuralları, başlıklar, kenar başlıkları dikkate alınarak kanun metni anlamlandırılmaya çalışılmaktadır⁵⁵. Kanunun sözünün bu unsurlar aracılığıyla ele alınmasında genel olarak büyük bir problemle karşılaşmamaktadır. Öte yandan iktibas edilen kanunlar söz konusu olduğunda durum biraz daha karmaşıklaşmaktadır. Öyle ki çeviri yanlışlarının metnin yorumunda dikkate alınıp alınmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu konuda genel itibariyle olumsuz bir tavır takındığı söylenebilecek Schwarz görüşlerini 'Tabiatıyla Türkiye'de cari olan metin, Medeni Kanunun türkçe metnidir, yani Türk Medeni Kanununun metnidir. İşte bu kanun kendi başına, yalnız olarak tefsir edilecektir. Türkçe metnin İsviçre Medeni Kanununun metninden bilerek bilmeyerek ayrıldığı yerlerde türkçe metin mutlak olarak caridir. Eğer türkçe metin müphem veya gayri vazih ise ve türkçe metnin, İsviçre Kanununun ihtiva ettiği hükmün aynını ihtiva eylediği hakkında hiçbir şüphe mevcut değilse, o zaman İsviçre Kanununa müracaat olunacaktır.' şeklinde ifade etmektedir⁵⁶. Aynı konuya temas eden Arslanlı, kanun metni açıksa ve hükmün diğer fıkralarla veya diğer maddelerle ilgi ve ilişkisi metinden sapmayı hukuki teknik ve mantık açısından zorunlu kılmıyorsa, hâkimin yanlış çeviri gerekçesiyle hükmün anlamını değiştiremeyeceğini belirtmektedir⁵⁷. Hirş ve Narmanlıoğlu ise, hatalı bir çeviriyi içeren kanun metninin bağlayıcı olmayacağını kabul etmektedir⁵⁸. Yazarlara göre hükmün yorumunda kullanılan kelimeden ziyade onunla kast edilen anlam önemlidir. Çeviri hatası bulunduğu açıkça anlaşılan bir kanun metninin bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi mantığa uygun değildir⁵⁹. Ayrıca hatalı hükmün bu şekliyle uygulanması kanun koyucunun arzusuna da uygun düşmemektedir⁶⁰. Edis de Türk hukuku açısından yorum yapılırken İsviçre Medeni Kanunu'nun her üç dildeki metnine de yardımcı kaynak olarak başvurulabileceğini dile getirmektedir⁶¹. İsviçre Medeni Kanunu'nun metni dışında İsviçre öğretisi ve yargı kararlarının da yapılacak yorumda büyük önem taşıdığı ifade

53 Edis (n 34) 193; Oğuzman ve Barlas (n 34) 73; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 120-121; Serozan (n 32) 136; Antalya ve Topuz (n 37) 404; Metin (n 35) 185; Narmanlıoğlu (n 34) 103. Nitekim Dural ve Sarı, yorum yöntemi olarak kabul edilmeyen söze göre yorumun objektif güncel yorum yapılırken bir araç olarak kullanılmakta olduğunu ifade etmektedir. Dural ve Sarı (n 32) 128.

54 Kanunun metni ile kast edilen Resmi Gazete' de yayınlanan metindir. Metin (n 35) 186.

55 Edis (n 34) 194; Tekinay (n 38) 60-61; Oğuzman ve Barlas (n 34) 73; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 120-121; Serozan (n 32) 139; Antalya ve Topuz (n 37) 404; Metin (n 35) 185; Narmanlıoğlu (n 34) 103. Aynı hususa yorum yöntemleri başlığı altında lafzî yorum yöntemi içerisinde yer veren yazarlar için bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 120; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Mimoza 2014) 89.

56 Andreas B Schwarz, (Çev: Veldet H): *Medeni Hukuka Giriş*, (3. Bası, Adnan Kitabevi 1946) 42 (Narmanlıoğlu (n 34) 103-104' ten naklen).

57 Halil Arslanlı, 'İsviçre Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu veya İsviçre Hukukunun Bulduğu Bir Tefsir Normu Türk Hukukuna Müessir Olabilir Mi?' (1944) *Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin* 329, 332-333.

58 Ernst E. Hirş, *Pratik Hukukta Metot* (Güncellenmiş 8. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 104-105, 109; Narmanlıoğlu (n 34) 104. Aynı yönde bkz. Edis (n 34) 129.

59 Narmanlıoğlu (n 34) 104.

60 ibid 104.

61 Edis (n 34) 194. Aynı yönde bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 140; Ayan ve Ayan (n 55) 93; Metin (n 35) 195.

edilmektedir⁶². Nitekim yargı uygulamasında da aynı kanaatin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ki Yargıtay'ın 1945 tarihli içtihadı birleştirme kararında yer verdiği '*Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber yorumlarında ilmi içtihatlardan da faydalanabileceğine göre bunların asıllarına bakmaktan vazgeçemeyiz.*' ifadesi dikkate değerdir⁶³.

Kanunun metnine başvurulması ile ilgili olarak vurgulanan hususlardan biri de istisna öngören hükümlerin dar yorumlanması kuralıdır (*singularia non sunt extenda*)⁶⁴. Ancak bu kuralın artık o kadar da katı şekilde benimsenmediği anlaşılmaktadır. Öyle ki bu kuralın güncelliğini yitirdiğini belirtenler⁶⁵ olduğu gibi '*istisnalar kural olarak dar yorumlanır*' şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade edenler⁶⁶ de bulunmaktadır. Bu yaklaşımın temelinde gerek genel gerek istisnai niteliğe sahip her hukuk kuralının aktarılabilir bir ratio legisinin bulunduğu fikri yer almaktadır⁶⁷. Bu bağlamda kanaatimizce de haklı olarak istisnaların kendi anlam ve amaçları kapsamında geniş yorumlanabilecekleri ve gerektiğinde benzer bir durum açısından kıyasen uygulanabilecekleri kabul edilebilecektir⁶⁸.

Yorumun başlangıç noktasını kanunun metni oluşturmakla birlikte çağdaş yorumda salt metin veya söz ile yetinilmesi kabul görmemektedir⁶⁹. Zira salt sözel unsura başvurulmasıyla cevaplanamayacak ve diğer belirleyicilerle soruya cevap aranacak durumlar da söz konusu olabilmektedir⁷⁰. Bu noktada kanunun sözünün belirsizliğinden kaynaklanan kusuru gidermek yorumu yapana düşmektedir⁷¹. Nitekim TMK m.1 de buna işaret etmektedir⁷². Dolayısıyla aşağıda anılacak olan diğer araçların da yorum yapılırken dikkate alınmasında fayda vardır.

2. Kanunun Sistematiği

Kanun, bir kurallar bütünü olup onu oluşturan hükümler birbirinden bağımsız ve kopuk bir yapı oluşturmamaktadır. Buna bağlı olarak bir kanun hükmü yorumlanırken hükmün kanundaki yerinin ve diğer hükümlerle olan ilişkisinin de dikkate alınması gereklidir⁷³. Bu, '*bütünsel yorum ilkesi*' olarak ifade

62 Tekinay (n 38) 60.

63 Yargıtay İBHGK., E. 1945/13 K. 1945/15, 28.11.1945. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatlaribirlestirme-hgk-e-1945-13-k-1945-15-t-28-11-1945>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2023

64 Oğuzman ve Barlas (n 34) 74.

65 Koller (n 4) 199.

66 Aynur Yongalık, 'İstisnalar Dar Yorumlanır' Kuralı ve Değerlendirilmesi' (2011) 60 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4.

67 Yongalık (n 66) 5.

68 ibid 12.

69 Edis (n 34) 194; Oğuzman ve Barlas (n 34) 73; Serozan (n 32) 136; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 121; Antalya ve Topuz (n 37) 404; Metin (n 35) 190.

70 Metin (n 35) 190.

71 ibid 190-191.

72 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 121.

73 Hirş (n 58) 106; Edis (n 34) 195; Tekinay (n 38) 60; Oğuzman ve Barlas (n 34) 75; Dural ve Sarı (n 32) 128; Serozan (n 32) 139; Antalya ve Topuz (n 37) 407; Metin (n 35) 191; Narmanlıoğlu (n 34) 108. Aynı yönde bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 121; Ayan ve Ayan (n 55) 91. Aktaş, sistematik yorumu dar ve geniş anlamda olmak üzere iki başlık altında ele almaktadır. Dar anlamda sistematik yorum, bir hukuk sistemine ait kuralın o sistem içerisindeki hukuk kurallarıyla

edilmektedir⁷⁴. Hukukun genel ilkelerinin de kanunun sistematigi ve mantuki yapısının anlaşılmasında etkili olabileceği belirtilmektedir⁷⁵. Ayrıca Anayasa'ya uygun yorumun sistematik yorumun özel bir şekli olduğu kabul edilmekte⁷⁶ ve bu doğrultuda yorum ile ulaşılan sonucun kanunun bütünü ve kanunun geneline hakim olan ilkelerle uyumlu olması ve Anayasa'ya aykırı olmaması gerektiğine vurgu yapılmaktadır⁷⁷. Bunlar dışında yorum ile ulaşılan sonucun aynı hukuk sistemi içerisinde yer alan ülkelerin kanunlarındaki yorumla da uyum içerisinde olması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁸.

3. Kanunun Hazırlık Çalışmaları (Tarihçesi)

Yorum yöntemi olarak benimsenen objektif güncel yoruma göre kanunun kabulü ile birlikte onun artık onu yapanların görüş ve iradelerinden bağımsızlaştığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte yine de kanun koyucunun iradesini yansıtan kanunun hazırlık çalışmaları yorumda dikkate alınabilecek bir diğer unsur oluşturmaktadır⁷⁹. Kanunun hazırlanması için görevlendirilmiş kişi ve komisyonların yazılı metinlerde yer alan görüşleri, ön tasarılar, teklif ve tasarılar, raporlar, görüşme tutanakları ve gerekçe de dahil olmak üzere kanunun hazırlanması sürecine ilişkin tüm belgeler hazırlık çalışmaları kapsamındadır⁸⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun İsviçre'den iktibas edilmiş olması dolayısıyla kaynak kanunda da yer alan bir hükmün yorumu sırasında bu kanunun metninden ve hazırlık çalışmalarından da yararlanılması gerektiği kabul edilmektedir⁸¹. Kanun koyucunun kaynak kanundan ayrılan düzenlemeler getirdiği durumlarda bunun nedeninin anlaşılmasında kanunun hazırlık çalışmalarının özel bir önem taşıyacağı belirtilmektedir⁸². Örneğin Türk Medeni Kanunu'nda kaynak kanundan ayrılan düzenlemelerin nedeninin çoğunlukla örf ve adet olduğunun belirtilmesinin kanunun özünün tespitinde önemli bir rol aynadığı ifade edilmektedir⁸³. Bunun dışında özellikle kanun metninin kötü ifade, belirsizlik veya çelişkiler dolayısıyla karanlıkta kaldığı durumlarda da kanunun hazırlık çalışmalarının önemli olabileceği dile getirilmektedir⁸⁴. Bağlayıcı nitelik taşımamakla birlikte hazırlık çalışmaları arasında yer alan gerekçenin ise, özel bir yer tuttuğu belirtilmektedir⁸⁵. Öyle ki gerekçenin bağlayıcı olmaması, ona sırt çevrilmesini haklı çıkarmamaktadır⁸⁶.

tutarlı olacak şekilde yorumlanmalıdır. Geniş anlamda sistematik yorum ise, bir hukuk kuralının içerisinde yer aldığı hukuk sisteminin genel felsefesi ile tutarlı olacak şekilde yorumuna karşılık gelmektedir. Aktaş, 'Hukukta Yorum Çabaları' (n 36) 26.

74 Oğuzman ve Barlas (n 34) 75.

75 Narmanlıoğlu (n 34) 108.

76 Metin (n 35) 192.

77 Oğuzman ve Barlas (n 34) 79; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 124; Dural ve Sarı (n 32) 129; Serozan (n 32) 140; Antalya ve Topuz (n 37) 409.

78 Antalya ve Topuz (n 37) 416.

79 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 121; Antalya/Topuz, s. 412; Metin (n 35) 196.

80 Hırş (n 58) 107; Edis (n 34) 194-195; Dural ve Sarı (n 32) 129; Oğuzman ve Barlas (n 34) 77; Antalya ve Topuz (n 37) 412; Metin (n 35) 196.

81 Oğuzman ve Barlas (n 34) 77.

82 Oğuzman ve Barlas (n 34) 77; Dural ve Sarı (n 32) 129.

83 Dural ve Sarı (n 32) 129.

84 Tekinay (n 38) 60.

85 Antalya ve Topuz (n 37) 412; Tutumlu (n 32) 125.

86 Tutumlu, kanunun amacını açıkça ortaya koyan bir gerekçenin dikkate alınmamasının kanuna sadakat ile bağdaşmayacağı ifade etmektedir. Tutumlu (n 32) 134.

Hatta hükmün amacını açıkça ortaya koyan bir gerekçenin dikkate alınmamasının hükmün amacı dışında bir çözümün benimsenmeye çalışıldığını akla getirebileceği söylenmektedir⁸⁷.

4. Hükmün Konuluş Amacı

Kanun hükmü belirli bir amaca yönelik olarak konulmakta ve konulan bu hükümle çatışan menfaatler dengelenmeye çalışılmaktadır. Bu bağlamda hüküm yorumlanırken hükmün hangi menfaatler dikkate alınarak konulduğu ve bunlar arasında nasıl bir denge kurulmaya çalışıldığı da dikkate alınmalıdır⁸⁸. Hükmün amacı tespit edilmeye çalışılırken kanunun gerekçesi ve ilgili maddenin gerekçesi yol gösterici bir niteliğe sahiptir⁸⁹. Öte yandan ülkemizde çıkarılan kanunların büyük çoğunluğunda gerekçelerin genelde kanun metninin tekrarından ibaret olduğu ve hükmün amacını ortaya çıkarmak için yetersiz kaldığı eleştirisinin getirildiği görülmektedir⁹⁰. Böyle bir durumda kanun koyucunun farazi amacının saptanmasının gerektiği belirtilmektedir⁹¹. Ayrıca kanun yorumlanırken teorik düşüncelerden ziyade pratik düşüncelerle hareket edilmesi gerektiğine de işaret edilmektedir⁹². Kanun bu bağlamda toplumun zaman içerisinde değişen ihtiyaçlarını en iyi karşılayacak şekilde anlamlandırılmalıdır⁹³. Bu noktada hükümden yorum yoluyla çıkarılabilecek çeşitli anlamlardan kanunun amacına ve koruduğu menfaate en uygun düşenin tercih edilmesi gerekmektedir⁹⁴.

C. DEĞERLENDİRME

TBK m. 186, BK m. 165 ve hükmün kaynak kanundaki karşılığı olan Art. 167 OR birlikte değerlendirildiğinde, TBK m. 186 hükmünün yorumlanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. TBK m. 186 hükmünün yorumunda esas alınan yöntem, hâkim görüşe uygun olarak objektif güncel yorum yöntemidir. Dolayısıyla amaç hükme bugünün koşul ve ihtiyaçlarına cevap verecek bir anlam verilmesidir. Yukarıda da sözü edildiği üzere bunun için çeşitli araçlar mevcuttur ve kanaatimizce burada bu araçlardan hangisine başvurulursa başvurulsun benzer sonuca ulaşılmaktadır. İlk olarak yorum için başlangıç noktası teşkil eden hükmün sözü ele alındığında, TBK m. 186'nın ifadesi belki ilk bakışta sorunsuz görülebilecektir. Oysa yorumda başvurulabilecek unsurlardan bir diğeri olan gerekçeye bakıldığında bir çelişkinin varlığı dikkati çekmektedir. Bu çelişki hükmün kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı olan Art. 167 OR hükmü ile bir karşılaştırma yapıldığında ise, büsbütün ortaya çıkmaktadır. Öyle ki aslında Art. 167 OR ile uyumlu olan BK m.165' e sadık kalınmak istenmesine rağmen çevirideki hata dolayısıyla bu gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla TBK m.

87 ibid 134.

88 Hırş (n 58) 107; Tekinay (n 38) 61; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 124; Oğuzman ve Barlas (n 34) 77. Aynı yönde bkz. Dural ve Sarı (n 32) 129; Ayan ve Ayan (n 55) 92; Metin (n 35) 196.

89 Oğuzman ve Barlas (n 34) 78-79.

90 ibid 79.

91 ibid 79.

92 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 124.

93 ibid 124.

94 ibid 124.

186'nın lafzı açısından ele alınması gereken temel sorun çeviri hatasıdır. Öyle zannediyoruz ki, Art. 167 OR düzenlemesini dilimize aktarmak yerine, BK m. 165'in metni eskimiş ifadelerden arındırılarak bugün kullanılan dile uygun hâle getirilmek istenmiş, bir başka deyişle, orijinal metinden çeviri yerine çevirinin çevirisi yapılmak istenmiş sorun da buradan kaynaklanmıştır. Çeviri farklılıklarının söz konusu olması halinde bunun düzeltilerek anlaşılması gerektiği yönünde bir anlayış söz konusudur. Hatta Türkçe metne sadık kalınması taraftarı olan yazarların dahi Türkçe metin açık değilse ve İsviçre Kanunu ile aynı içeriğe sahip olduğu konusunda şüphe yoksa İsviçre Kanunu'na başvurulabileceğini kabul ettiği görülmektedir. Dolayısıyla ilk adımda salt hükmün sözünden yola çıkılarak dahi TBK m. 186'nın kaynak kanundaki karşılığı olan Art. 167 OR hükmüne uygun olarak anlaşılması gerektiği sonucuna varılabilir. Bunun dışında '*İstisnalar dar yorumlanır*' kuralına ilişkin anlayış değişmiş olduğundan burada istisnai bir düzenleme getirdiği belirtilen TBK m. 186'nın dar yorumlanması gerektiği yönünde bir engel ile de karşılaşılacaktır. TBK m. 186'nın ratio legisi çoklu devri de kapsayacak şekilde genişletilmeye uygundur. Bununla birlikte söze göre yorum tek başına yeterli görülmediği için hükmün ruhunun da tam olarak ortaya konulabilmesi açısından diğer yorum araçlarına da başvurulması gereklidir. Bu noktada TBK m. 186'nın kanunun sistematigi içindeki konumu değerlendirildiğinde alacağın devrinde borçlunun durumunu düzenleyen hükümler arasında yer aldığı görülmektedir. Bu başlık altında borçlunun iyi niyetle ifasına ilişkin TBK m. 186 dışında, ifadan kaçınma ve tevdi (TBK m. 187) ve borçluya ait savunmalar (TBK m. 188) düzenlenmektedir. Bu hükümlerin hepsinin ortak noktası borçluyu korumaya, özellikle borçlunun iyi niyetine değer atfetmeye yönelik olmalarıdır⁹⁵. Zira alacağın devrinde devir işlemi için borçlunun rızası veya katılımı aranmadığından bu hükümlerde dengeleyici bir mekanizma olarak borçlunun korunması düşüncesi hakimdir. TBK m. 186 hükmü de borçlunun korunması düşüncesinin en temel görünüş biçimlerinden birini oluşturmaktadır. Bu bağlamda hükmün borçlunun korunmasını esas alan hükümler içerisinde düzenlendiği göz önünde bulundurularak yorumlanması gereklidir. Bu da hükmün kaynak kanuna uygun olarak zincirleme devirle aynı menfaat durumunun söz konusu olduğu çoklu devir olasılığını da kapsayacak şekilde anlaşılmasını gerekli kılmaktadır. Hükmün bu şekilde yorumlanması kanununda yer alan başka bir hükümle herhangi bir çatışmaya yol açmadığı gibi Anayasa'ya aykırılık da taşımamaktadır. Nitekim hükmün amacı unsuruna başvurulmasıyla da aynı sonuca ulaşılabilecektir. Zira hükümde çatışan menfaatlerin ne olduğuna ve bu menfaatler arasında nasıl bir tercih yapıldığına odaklanan amaç unsuru esas alındığında, hükmün gerisinde devralanın alacağı kavuşma menfaati ile borçlunun borçtan kurtulma menfaatinin bulunduğu görülür. Bu menfaat çatışmasında kanun koyucunun borçlunun borçtan kurtulma menfaatinin devralanın alacağı elde etme menfaatine üstün tuttuğu anlaşılmaktadır. Bu hem tekil devir durumu için hem de zincirleme devir için geçerlidir. Öte yandan yukarıda işaret edildiği üzere çoklu devir durumunda da esasen çatışan menfaatler sözü edilen devir durumlarındaki ile aynıdır. Bu ihtimalde de gerçek hak sahibi devralanın alacağı elde etmede menfaati varken; borçlunun da kendisine alacağı devraldığı bildirilen alacaklıya ifade bulunarak borçtan kurtulmakta menfaati vardır. Dolayısıyla aynı menfaat çatışmasını içeren çoklu devir ihtimalinin de hükmün kapsamı içerisinde değerlendirilmesi amaca uygun yorumun zorunlu bir sonucudur. Nitekim '*devrin borçlunun durumunu ağırlaştırılmayacağı*' prensibi gereği alacağın devrine ilişkin tartışmalı konularda yapılacak yorumlarda daima borçlunun

95 Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu* (n 6) 37.

korunmasına hizmet eden yoruma üstünlük tanınması gerektiği belirtilmektedir⁹⁶. Öyle ki devir dolayısıyla meydana gelebilecek rizikolara işleme katılmış olmayan borçlunun katlanması kabul edilebilir değildir. Doğabilecek rizikolara devir işleminin tarafı olan devreden veya devralanın katlanması gereklidir⁹⁷. Hükmün bu şekilde yorumlanması amacı aşan veya amaca aykırı bir niteliğe de sahip değildir. Öyle ki hükmün ilk, orijinal hali olan BK m. 165'in metni zaten bu ihtimali de kapsamına alır şekilde kaleme alınmıştır⁹⁸ ve TBK m. 186'nın esasen bu ihtimali ortadan kaldırmak gibi bir amaç gütmeyeceği anlaşılmaktadır. Sonuçta objektif güncel yöntemi ve yorumda başvuru araçlarının her biri TBK m. 186 hükmünün kaynak kanuna uygun olarak anlaşılması gerektiğine işaret etmektedir. Bununla birlikte son bir nokta üzerinde daha durulmasında fayda vardır. O da burada bir boşluğun varlığından söz edilip edilemeyeceğidir. Zira Kocayusufpaşaoğlu'nun bu çalışmadakine benzer bir çeviri farklılığının söz konusu olduğu eski Medeni Kanun (MK) m. 552 hükmü açısından gerçek olmayan bir boşluğun varlığını kabul ettiği görülmektedir. Yazar bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: '...gayri hakiki boşluk denince ise muayyen bir mesele kanun tarafından nizamlanmış olmakla beraber, kanunun verdiği hal tarzının asla tatmin etmediği haller anlaşılmaktadır. Diğer bir ifade ile kanunun ihtiva ettiği norm hâdiseye ancak lafız itibarıyla uyup, ruh ve gayesi itibarıyla uymamaktadır. Kanundan hadiseye uyan bir norm elde edilemediği vakit de, bir boşluk karşısında bulunulduğu ZGB 1 in fransızca metninden çıkarılmaktadır: «A défaut d'une disposition légale applicable: kabili tatbik bir kanun hükmünün bulunmaması halinde». Ne yazık ki, tercüme fransızca metin esas alınarak yapıldığı halde, bu ifade tarzı bizim metnimize intikal etmemiştir. Buna rağmen aynı hal tarzının Türkiye'de kabulüne bir mani yoktur. Böylece İsviçre'de hakim olan kanaate uyularak, gayrihakiki boşluklar dahi, hakiki boşluklar gibi M.K. 1 in şümulü dahilinde addolunacaklardır. M.K. 552 nin ise, ihtiva ettiği mânasız ve hiçbir tatminkâr netice vermeyen hüküm dolayısı ile tipik bir gayrihakiki boşluk misali teşkil ettiği teslim olunmalıdır. O zaman Türk hakimi M.K. 1 mucibince kendisi vazii kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiye ona göre hükmedecektir. Bu yoldan ZGB 573 den 'ilmi içihat' olarak istifade etmesi ve M.K. 552 de mevcudiyetini tesbit ettiği boşluğu ZGB 573 e uygun surette doldurması pek tabiidir.'⁹⁹ Burada Kocayusufpaşaoğlu, kanunun tatmin edici bir düzenleme getirmediği halleri gerçek olmayan boşluk olarak nitelendirmektedir. Ayrıca bu hallerde kanunun ihtiva ettiği normun hâdiseye ancak lafız itibarıyla uyup, ruh ve gayesi itibarıyla uymamakta olduğunu belirtmekte ve gerçek olmayan boşluk durumunda da MK m.1 (TMK m.1) vasıtasıyla hakim hukuk yaratmak yoluyla boşluğu dolduracağını kabul etmektedir. Oysa yakın dönemde gerçek olmayan boşluk kavramının daha farklı değerlendirildiği görülmektedir. Zira 'gerçek olmayan boşluk' olarak nitelendirilen durumlarda esas olarak gerçek anlamda bir boşluğun söz konusu olmadığı kabul edilmektedir¹⁰⁰. Hatta başına 'gerçek olmayan' ifadesi eklenerek

96 Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu* (n 6) 37.

97 ibid 37.

98 Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu* (n 6) 37, dn. 19; Kapanacı (n 4) 305, dn. 15.

99 Necip Kocayusufpaşaoğlu, 'En Yakın Kanunî Mirasçılarının Mirası Reddetmesi-Mehaza Göre Tefsir' (1957) 1(1) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 45 – 46.

100 Oğuzman ve Barlas (n 34) 108; Sururi Aktaş, 'Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı' (2010) 14 (1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 18. Aynı yönde bkz. Dural ve Sarı (n 32) 138. Kırca gerçek olmayan boşluk kavramından vazgeçilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Çiğdem Kırca, 'Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' (2001) 50 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 96.

kanun boşluğu kavramının kullanılmasının yalnızca kavram karışıklığına yol açtığı ifade edilmektedir¹⁰¹. Burada ancak bir kanun aksaklığı veya eksikliğinden söz edilebileceği belirtilmektedir¹⁰². Öyle ki kanunda bir boşluk bulunup bulunmadığı hükümlerin ‘olması gereken hukuk’ bakımından değerlendirilmesine göre tespit edilmemektedir. Aksine bir kanun boşluğunun mevcut olup olmadığının belirlenmesinde esas olan ‘olan hukuk’ çerçevesinde yapılacak olan değerlendirmedir. Nitekim tatmin edici bulunmayan bir hükmün değiştirilmesi hâkimin görevi olmayıp kanun koyucunun görevidir¹⁰³. Bu noktada hâkim ancak tatmin edici olmayan hükmün uygulanmasının istenmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, TMK m. 2/II hükmüne dayanarak hükmü uygulamaktan kaçınabilecektir¹⁰⁴. Kocayusufpaşaoğlu’ nun gerçek olmayan boşlukla bağlantılı olarak ifade ettiği ‘*kanunun ihtiva ettiği normun hâdiseye ancak lafız itibarıyla uyup, ruh ve gayesi itibarıyla uymama*’ durumu ise, daha ziyade örtülü boşlukla ilgilidir. Bununla birlikte örtülü boşluğun artık daha ziyade kanunun çok geniş kapsamlı, gerekli istisnalara yer vermeyen kelime anlamının, kanunun amacı ve negatif eşitlik (eşit olmaya eşit şekilde davranmama) ilkesi dikkate alındığında bir sınırlandırmayı gerektirmesi durumunda ortaya çıkan boşluk olarak anlaşıldığı görülmektedir¹⁰⁵. Örtülü boşlukta somut olaya uygulanacak bir hükmün öngörülmesi olduğu ancak kanunun amacı ve ruhu dikkate alındığında bu hükmün somut olaya uygun olmadığı kabul edilmektedir. Bunun nedeni ise, kanunun somut olayın değerlendirilmesinde önem arz eden bazı özellikleri dikkate almamasıdır¹⁰⁶. Burada sınırlama, istisna eksikliğinden kaynaklanan bir boşluk söz konusudur¹⁰⁷. Örtülü boşluğu gerçek olmayan boşluk içerisinde ele alan yazarlar hükmün somut olaya uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi halinde hükmün düzeltilebileceğini kabul etmektedir¹⁰⁸. Burada kullanılacak araç ise, ‘teleolojik redüksiyon’ dur ve dayanağı TMK m. 2/II hükmüdür¹⁰⁹. Örtülü boşluğun doldurulmasında aynı şekilde ‘teleolojik redüksiyon’a başvurulması gerektiğini kabul eden diğer bir görüş ise, örtülü boşlukları gerçek boşluk içerisinde değerlendirmekte ve ‘teleolojik redüksiyon’un dayanağını TMK m. 1 olarak görmektedir¹¹⁰. Tüm bunlar değerlendirildiğinde kanaatimizce TBK m. 186 açısından gerçek anlamda bir boşluktan

101 Oğuzman ve Barlas (n 34) 108-109.

102 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 34) 127.

103 Edis (n 34) 134; Oğuzman ve Barlas (n 34) 109; Aktaş, ‘Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı’ (n 100) 18.

104 Dural ve Sarı (n 32) 138. Oğuzman ve Barlas, burada hükmün TMK m.2/II gereği uygulanmaması sonucu ortaya çıkan örtülü kanun boşluğunun TMK m.1’ e göre hâkim tarafından doldurulabileceğini kabul etmektedir. Oğuzman ve Barlas (n 34) 109.

105 Dural ve Sarı (n 32) 138; Kırca (n 100) 96 ve s. 96, dn. 36’ da anılan yazarlar. Oğuzman/Barlas somut olayda çözümlenmesi gereken soruna ilişkin bir hüküm mevcut olmasına rağmen, söz konusu hükmün lafız ile ruhunun bağdaştırılmasının mümkün olmadığı veya hükmün aynı değerde bir diğer hükümle çatıştığı ya da hükmün lafız ile ruhu itibarıyla tespit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralı bağdaşmadığı durumlarda kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı sonucuna varılacağını ve bunun örtülü boşluk olarak nitelendirileceğini belirtmektedir. Oğuzman ve Barlas (n 34) 107. Aynı yönde bkz. Edis (n 34) 134. Serozan, örtülü boşluk ve gerçek olmayan boşluğu eş kavramlar olarak ele almaktadır. Serozan (n 32) 158.

106 Serozan (n 32) 157; Kırca (n 100) 96.

107 Serozan (n 32) 157; Kırca (n 100) 97.

108 Serozan (n 32) 158 ve Kırca (n 100) 98, dn. 42’ de anılan yazarlar.

109 Serozan böylelikle TMK m. 2/II hükmünün bir yandan hakları sınırlarken diğer yandan da kuralları sınırlamış olduğunu ifade etmektedir. Serozan (n 32) 158, 166.

110 Kırca (n 100) 98 vd. Kırca, hakkın kötüye kullanılması yasağının yalnızca teleolojik redüksiyonun mümkün olmadığı durumlarda, yorum sonucunda açık adaletsizlikler ortaya çıkıyorsa uygulanabileceğini ifade etmektedir. Kırca (n 100) 102.

ve boşluğun doldurulması ihtiyacından söz edilemeyecektir¹¹¹. Ayrıca yukarıda yer verilen örtülü boşluk tanımı gereği örtülü bir boşluğun varlığı da kabul edilemeyecektir. Nitekim örtülü boşluğun doldurulması için öngörülen teleolojik redüksiyon TBK m. 186 açısından uygulanabilir de değildir. Zira hükmün ifadesinin kanun koyucunun amacının ötesinde geniş bir ifadeye sahip olması gibi bir durum söz konusu değildir. Aksine hükmün ifadesinin dar kaldığı dahi söylenebilir. Dolayısıyla burada olsa olsa belki ‘gerçek olmayan boşluk’ olarak ifade edilen bir kanun aksaklığından söz edilebilecek ve hakkın kötüye kullanılması olasılığında hâkimin TMK m. 2 çerçevesinde hükmü uygulamaktan kaçınması düşünülebilir. Ancak kanımızca zaten objektif güncel yorum sonucunda buna gerek kalmaksızın tatmin edici bir sonuca ulaşılabilmektedir. Nitekim öğretide de benzer şekilde hem zincirleme hem de çoklu devrin önceki Borçlar Kanunu döneminde olduğu gibi hükmün kapsamı dahilinde değerlendirilmesinin isabetli olacağı dile getirilmektedir¹¹².

SONUÇ

Art. 167 OR ve BK m. 165 hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, sözü itibarıyla yalnızca tekil devir ve zincirleme devir durumlarını düzenliyor gibi görünen TBK m. 186 hükmünün yoruma muhtaç olduğu anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda hâkim görüş tarafından kabul edilen objektif güncel yorum yöntemine göre yorum gerçekleştirildiğinde, TBK m. 186 hükmünün Art. 167 OR ve BK m. 165 hükümlerine uygun olarak anlaşılması gerektiği kanaatine ulaşılmaktadır. Öyle ki öğretide kanundaki çeviri yanlışlarının düzeltilmeksizin olduğu gibi benimsenmesi makul ve kanun koyucunun amacına uygun görülmemektedir. Çeviri yanlışının olduğu bu tür durumlarda kaynak kanuna başvurulabileceği yönünde bir kabul söz konusudur. Hükmün borçlunun korunmasını amaçlayan hükümler arasında yer alıyor olması da yine borçlu lehine yorumu gerekli kılmaktadır. Ayrıca çoklu devir durumunda da gerçek hak sahibi ve borçlu arasında tekil ve zincirleme devir ile aynı menfaat çatışmasının bulunması, hükmün amacı gereği çoklu devrin TBK m. 186 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Son olarak yorum aracılığı ile tatmin edici bir sonuca ulaşılabildiğinden burada bir boşluğun varlığından ve bir boşluk doldurma ihtiyacından da söz edilemeyecektir.

KAYNAKÇA

- Akipek, JG, Akantürk T, Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (Yenilenmiş 13. Baskı, Beta 2016).
- Aktaş S, ‘Hukukta Yorum Çabaları’ (2011) 15 (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-33.
- Aktaş S, ‘Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı’ (2010) 14 (1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-28.
- Ansay SŞ, ‘Kanun ve Tefsiri’ (1938) 26 Adliye Ceridesi 2036-2059.
- Antalya OG ve Topuz M, *Medeni Hukuk C. I*, (3. Baskı, Seçkin 2019).
- Arsıanlı H, ‘İsviçre Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu veya İsviçre Hukukunun Bulduğu Bir Tefsir Normu Türk Hukukuna Müessir Olabilir Mi?’ (1944) Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin 326 – 338.

111 Edis (n 34) 123, 129.

112 Baki İlkay Engin, ‘Alacağın Temliki ve Borcun Nakli’ iç M Murat İnceoğlu (edr), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu* (On İki Levha 2012) 163-164; Kapanıcı, s. 306, dn. 15. Aksi yönde görüş için bkz. Öz (n 6) 1275.

- Ayan M ve Ayan N, *Medeni Hukuka Giriş* (Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Mimoza 2014).
- Girsberger D and Hermann JL, *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR*, Herausgeber: Corinne Widmer Lüchinger and David Oser (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2019).
- Rohe M, *Beck'scher Online-Kommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Herausgeber: Wolfgang Hau and Roman Poseck (65. Edition, C.H.Beck 2023).
- Capitant H, (Çev. DEMİREL H) 'Kanunun Manasının Tayininde İzhari Çalışmaların Değeri' (1956) 13 (1-2) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 53-68.
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku C. I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (11. Baskı Filiz 2016).
- Edis S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1993).
- Engin Bİ, 'Alacağın Temliki ve Borcun Nakli' iç M Murat İnceoğlu (edr), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu* (On İki Levha 2012).
- Engin Bİ, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu* (Seçkin 2002).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Bası, Yetkin 2019).
- Franko N, 'Alacağın Temliki', (1994) 49 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 177-197.
- Günnergök Ö, *Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu* (Vedat 2014).
- Hirş EE., *Pratik Hukukta Metot* (Güncellenmiş 8. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017).
- Kapancı KB, *Alacağın Devri (TBK m.183-194) Şerh* (Vedat 2022).
- Kırca Ç, 'Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' (2001) 50 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91-119.
- Kocayusufpaşaoğlu N, 'En Yakın Kanunî Mirasçılarının Mirası Reddetmesi-Mehaza Göre Tefsir' (1957) 1(1) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 36-47.
- Koller A, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht* (2. Auflage, Universitätsverlag 1985).
- Lardelli F, *Die Einreden des Schuldners bei der Zession* (Schultess 2008).
- Lieder J, *Die rechtsgeschäftliche Sukzession* (Mohr Siebeck 2015).
- Metin S, 'Hukuk Normunun Yorumu' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2002).
- Kieninger EM, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II (§§ 311–432)*, (9. Auflage, C.H. Beck 2022).
- Narmanlıoğlu Ü, 'Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması' (2001) Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan 93-118.
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2*, (Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat 2020).
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, (25. Bası, Vedat 2019).
- Öz T, *Alacağın Devri m. 183-194, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu C.1 Genel Hükümler*, (Vedat 2018).
- Petersen J, *Der Dritte im Zivilrecht*, (De Gruyter 2018).
- Reetz P and Burri C, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, Herausgeber: Andreas Furrer and Anton K Schnyder (3. Auflage, Schulthess Verlag 2016).
- Schäufelberger PC and Keller K, *Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz and Roland Fankhauser (3. Auflage, Orell Füssli Verlag 2016) (Art.167).
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (7. Bası, Vedat 2017).
- Spirig E, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischem Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, Teilband V/1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR*, Herausgeber: Peter Gauch (3. Auflage, Schulthess 1993).

- Tekinay SS, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (Gözden geçirilmiş ilaveli 6. Bası, Filiz 1992).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H, Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993).
- Tercier P, Pichonnaz P, Develioğlu HM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Oniki Levha 2016).
- Tutumlu MA, 'Yasanın Yorumunda Gerekenin Rolü' (2018) 13 (142) *Terazi Hukuk Dergisi* 124-134.
- Uzun E, 'Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi' (2012) HFSA 25. Kitap, *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V*, İstanbul, 13-17 Eylül 2010 bildirileri 72-96.
- Üçer M, 'Roma Hukuku'nda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki' (2005) 54 (3) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 397-443.
- Yongalık A, 'İstisnalar Dar Yorumlanır' Kuralı ve Değerlendirilmesi' (2011) 60 (1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1-18.

Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Hâkimiyet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk ve Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*

The International Jurisdiction of Turkish Courts and Applicable Law to the Contractual Responsibility Arising from Domination Agreement within the Scope of the Turkish Commercial Code

Mustafa ERKAN** , Şule ARSLAN*** 

ÖZ

Şirketler hukukunda şirketlerin bağımsız karar aldıkları kabul edilmektedir. Ancak şirketlerde ortak yönetimin tercih edildiği durumlarda, şirketlerin bağımsızlığı sınırlanmaktadır. Bu ihtiyacı gidermek için Türk Ticaret Kanunu'nda ortak yönetimin bir türü olarak şirketler topluluğu düzenlenmektedir. Şirketler topluluğunda hâkim şirket bağlı şirket üzerinde farklı hukukî kontrol araçlarıyla hâkimiyet tesis etmektedir. Hâkimiyet sözleşmesi, bir şirketin diğerine talimat verme yetkisini içeren bir sözleşme tipi olarak Türk Ticaret Kanunu'nun kapsamında hâkimiyeti tesis eden hukukî kontrol araçları arasında yer almaktadır. Hâkimiyet sözleşmesinin taraflarından birinin merkezini yabancı bir ülkede diğerinin Türkiye'de olması halinde sözleşmeden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk ve sözleşmeden doğan uyumsuzlukta Türk mahkemelerinin yetkisinin tespiti gerekmektedir. Bu bağlamda, çalışmada öncelikle Türk hukukunda hâkimiyet sözleşmesine değinilecek daha sonra Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hükümler esas alınarak yabancı unsurlu hâkimiyet sözleşmesinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk ve sözleşmeden doğan uyumsuzlukta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Şirketler Topluluğu, Yabancı Unsurlu Hâkimiyet Sözleşmesi, Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi.

ABSTRACT

In company law, it is accepted that companies take independent decisions. However, in cases where joint management is preferred in companies, the independence of companies is limited. In order to meet this need, a group of companies is regulated as a type of joint management in the Turkish Commercial Code. In the group of companies, the dominant company establishes dominance over the subsidiary with different legal control instruments. The domination agreement, as a type of contract that includes the domination of one company to give instructions to another, is regulated among the legal control instruments that establish dominance in the Turkish Commercial Code. In the event that one of the parties to the domination agreement has its headquarters in a foreign country and the other in Turkey, the law to be applied to the contractual responsibility and the jurisdiction of the Turkish courts in the dispute arising from the contract must be determined. In this context, in this study, firstly, the domination agreement in Turkish law will be mentioned, then the law to be applied to the responsibility arising from the domination agreement with foreign elements and the international jurisdiction of the Turkish courts in the dispute arising from the contract will be examined based on the provisions regulated in the Turkish Commercial Code.

Keywords: Group of Companies, Domination Agreement Containing Foreign Element, Applicable Law, The International Jurisdiction of Turkish Courts.

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin (5.10.2017 tarihli ve 30201 Sayılı Resmî Gazete) 27. maddesinin 2. fıkrasınca öngörülen doktora tezinin savunabilmesi için tezden makale üretilmesi lüzumu uyarınca "Milletlerarası Özel Hukukta Yönetim Sözleşmesi" isimli tezden üretilmiştir.

** Prof. Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD, ORCID ID: 0000-0003-3441-161X.

*** Doktora Öğrencisi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, ORCID ID: 0000-0001-7769-3851.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Mustafa Erkan

E-posta/E-mail: mustafa.erkana@marmara.edu.tr / sulearslan3@marun.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 21.02.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 10.03.2023

GİRİŞ

Milletlerarası ticaretin gelişmesiyle merkezleri farklı ülkelerde bulunan şirketler arasında ortak yönetim modelleri tercih edilmeye başlanmıştır. Türk hukukunda kural olarak şirketlerin bağımsız karar aldıkları kabul edilmekte ve yönetim kurulu üyelerinin şirket yönetimine ilişkin verilen kararlardan sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak ortak yönetim modellerinde, şirketler bir diğer şirketin etki ve talimatı doğrultusunda karar alarak faaliyet göstermektedir. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK)¹ uygulamadaki ihtiyaç dikkate alınarak bir ortak yönetim türü olarak şirketler topluluğu düzenlenmiştir. Düzenleme şirketler topluluğunda yer alan ve diğer bir şirketin (hâkim şirket) etki veya talimatları doğrultusunda faaliyet gösteren şirketin (bağlı şirket) pay sahiplerini ve alacaklılarını koruyucu hükümler içermektedir. Bunun yanı sıra Kanun'da hâkim şirketin talimatına uygun karar veren bağlı şirket yönetim kurulunu klasik özen yükümüne tabi tutulmamakta hâkim şirket ve hâkim şirketin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu düzenlenmektedir.

Kanun'da şirketler topluluğu hâkimiyet kavramı üzerinden açıklanmaktadır. Hâkimiyetin tespitinde kontrol sistemi esas alınmakta ve kontrol araçları açıkça düzenlenmektedir. Hâkimiyet sözleşmesi hâkimiyeti tesis eden hukukî kontrol araçlarından biri olarak merkezleri farklı ülkelerde bulunan şirketlerin ortak yönetimi için tercih edilmektedir.

Hâkimiyet sözleşmesinin taraflarından birinin merkezinin yabancı ülkede bulunması halinde, sözleşmenin milletlerarası özel hukuk boyutu önem kazanmaktadır. Bu çalışma kapsamında; hâkimiyet sözleşmesi taraflarından birinin merkezinin Türkiye, diğerinin yabancı bir ülkede bulunması halinde TTK'nin 195. ve 202. maddeleri bağlamında hâkimiyet sözleşmesinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk ve sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzlukta Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisi ele alınacaktır.

I. TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMİYET SÖZLEŞMESİ

A. KAVRAMLAR

Şirketler topluluğu, şirketler hukukunda şirketlerin bağımsız karar almasının istisnası ve bir ortak yönetim türüdür². TTK'nin şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemesinde, bir şirketin yönetim kurulunun verilen kararlardan sorumlu olmasına ilişkin klasik anlayıştan farklı olarak bu kararları yönlendiren bir başka şirketin sorumluluğu düzenlenmektedir³.

1 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG 14.2.2011/27846. TTK'nin 195 ilâ 209. maddeleri ile ilgili genel açıklamalarında, “bir şirket başka bir şirketin hâkimiyeti altında bulursa, onun belirlediği politikalar kendi menfaatine uymasa bile uygulamak zorunda kalsa, hâkim şirketin talimatlarını aynen yerine getirmeye fiilen zorunlu olsa, bu talimatların yerine getirilmesi kendisine kayıp verse bile bağımsızdır, serbest iradesini kullanır demek gerçeği gözmezlikten gelmektir. Bu varsayım gerçeğe gözün kapatılması, yöneticilere, azlığa ve küçük pay sahiplerine haksızlıklar yapılması anlamına” geldiği belirtilmektedir. TTK'nin gerekçe metni için bakınız: <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> Erişim Tarihi 10 Ekim 2022.

2 Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* (3. Bası, Adalet Yayınevi 2018) 479; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2017) 682. Şirketler topluluğu için Alman hukukunda *konzern*, Amerikan hukukunda *affiliated company/group* kavramları kullanılmaktadır.

3 Cafer Eminoglu, “Kuram-Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve Normatif Şirketler Topluluğu Meydana

Şirketler topluluğunu TTK'nin 195. maddesinin 4. fıkrasında açıklanmaktadır. Buna göre, “*hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur*”⁴. Kanun uyarınca, topluluk kural olarak şirketlerden oluşmaktadır. Ancak koruyucu hükümlerin kapsamının geniş olması için TTK'nin 195 maddesinin 5. fıkrasında bir istisna düzenlenmektedir. Buna göre, “*şirketler topluluğunun hâkiminin, ... bir teşebbüs olması hâlinde de ... bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır*”. Görüldüğü üzere, hâkim taraf için şirket kavramından daha geniş bir kavram olarak teşebbüs kavramına yer verilmektedir⁵.

TTK'de şirketler topluluğu, hâkimiyet kavramı üzerinden açıklanmaktadır⁶. Bu nedenle şirketler topluluğuna ilişkin koruyucu hükümlerin uygulanabilmesi için öncelikle hâkimiyetin tespit edilmesi gerekmektedir. Hâkimiyet kavramı bir şirketin diğerini yönlendirme ve işletme faaliyetinin nasıl yürütüleceğini belirleme gücüdür⁷. Örneğin, hâkimiyet, bir şirketin temel finans ve işletme politikasını, temel yatırım ve mali politikalarını, üretim, satış, pazarlamaya ilişkin temel stratejilerini, kaynak dağıtımında öncelikleri belirleme ve üst düzey yöneticilerini tespit etme vb. yetkilerin kullanımınıdır⁸.

Hâkimiyetin tespitinde, kontrol veya tek elden yönetim sistemi esas alınmaktadır⁹. Kontrol sistemi, bir şirketin, diğer bir şirketin karar alma sürecindeki hukukî araçlara sahip olmasını ifade etmektedir¹⁰. Bu sistemde bir şirketin hâkimiyet tesis eden hukukî araçlara sahip olması hâkimiyetin varlığının kabul edilmesi ve koruyucu hükümlerin uygulanması için yeterlidir. Tek elden yönetim sisteminde kontrol sisteminden farklı olarak kontrol imkânı veren hukukî araçların varlığının yanı sıra şirketler topluluğunun ekonomik bir bütünlük oluşturması gerekmektedir¹¹.

Getirmeyen Hakimiyet İlişkileri-TTK'nin Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ve TSY m. 105 Bağlamında Bir İnceleme, iç İbrahim Bektaş (ed), XXXI. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2017) 11, 12; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 679, 680, 684; Fatma Beril Özcanlı, *Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 10 vd.

- 4 Doktrinde şirketler topluluğu, “*birden çok sermaye ve/veya oy hakimiyeti nedeniyle ya da bir sözleşme hükümleri dolayısıyla bağlı bulunan ve tek elden yönetilen şirketler*” şeklinde tanımlanmaktadır: Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 681. Karşılaştırmalı hukuk hakkında bakınız: Pulaşlı (n 2) 484 vd.
- 5 Doktrinde bir görüş, hâkim şirketin de kontrol edilebileceği ve bağlı şirket üzerinde dolaylı yoldan hâkimiyet sağlanabileceğini savunmaktadır: Gül Okutan Nilsson *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirket Topluluğu Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2009) 72.
- 6 Hasan Pulaşlı, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirket Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu’ (2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 259, 267 vd.
- 7 Okutan Nilsson (n 5) 34. Alman hukukunda, bir işletmenin, hukuken bağımsız bir diğer işletme üzerinde, doğrudan veya dolaylı olarak etkin olma imkanına sahip olması halinde bağımlılığın varlığı kabul edilmektedir: Emre Esen, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması* (Beta 2012).
- 8 Hakan Çebi, ‘Alman ve İsviçre Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek Elden Yönetim Kavramı’ (2013) 17 (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 235, 244; Okutan Nilsson (n 5) 79.
- 9 Pulaşlı (n 2) 494. İngiliz, Belçika, İtalya ve İspanya hukukunda kontrol sistemi; Alman ve İsviçre hukukunda tek elden yönetim sistemi esas alınmaktadır: Forum European Corporate Group Law, ‘Corporate Group Law for Europe’ (2000) 1 European Business Organisation Law Review, 187; Ünal Tekinalp, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi’, iç Ömer Teoman (ed), *Hüseyin Hatemi'ye Armağan C. II* (Vedat Yayıncılık 2009) 1543, 1545.
- 10 Çebi (n 8) 235; Forum European Corporate Group Law (n 9) 187; Murat Can Atakan, *Şirketler Topluluğunda Hakimiyet* (Aristo Yayınevi 2021) 48; Stefan Grundman, S., *European Company Law* (Intersentia 2017) 342; Tekinalp (n 9) 1548.
- 11 Çebi (n 8) 235; Grundman (n 10) 342; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 689; Tekinalp (n 9) 1544.

TTK'nin 195. maddesinde, hâkimiyeti tesis eden haller düzenlenmektedir. Bunlar; oy haklarının çoğunluğuna sahip olma, yönetim organında karar alabilecek üye seçim hakkına sahip olma, oy sözleşmesiyle oy çoğunluğuna sahip olma, bir ticaret şirketini sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyet altında tutma ve bir şirkette pay çoğunluğuna sahip olma halidir. Kanun'da kural olarak kontrol sistemi esas alınmaktadır. Bu nedenle kontrol araçlarının varlığı halinde hâkimiyetin tesisi konusunda kesin karine söz konusudur. Ancak doktrinde “*başka bir yolla hakimiyetin tesis edilmesi*” ve “*bir şirkette pay çoğunluğuna sahip olma*” hallerinde adi bir karinenin olduğu¹² ve bu hallerde ekonomik birlik esasının kabul edildiği savunulmaktadır¹³. Kanaatimizce, şirketler arasında hâkimiyet sözleşmesi yapılması, şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanması için tek başına yeterli olmamalıdır. Şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanması için sözleşmeyle tesis edilen hâkimiyetin kullanıldığının tespit edilmesi gerekmektedir.

B. HÂKİMİYET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Hâkimiyet sözleşmesi kanunda tanımlanmamakla birlikte hâkimiyetin tesisine elverişli hukukî bir yol olarak düzenlenmektedir¹⁴. Sözleşme, Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin (TSY)¹⁵ 106. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanmaktadır. Buna göre, “*hâkimiyet sözleşmesi, aralarında doğrudan veya dolaylı iştirak ilişkisi bulunmayan, bulunsa bile bu ilişkiden bağımsız ve soyutlanmış bir şekilde taraflardan birinin, sermaye şirketi olan diğerinin yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmadan talimat verme yetkisini içeren sözleşmedir*”. Görüldüğü üzere, hâkim şirket hâkimiyet sözleşme uyarınca bağlı şirkete talimat verme yetkisine sahip olmaktadır¹⁶.

Hâkimiyet sözleşmesi, kanunda düzenlenmediği için sözleşmenin hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde hâkim olan birinci görüşe göre, hâkimiyet sözleşmesi, borçlar hukuku sözleşmesidir¹⁷. Bu görüşe, hâkimiyet sözleşmesi, bir tarafın talimat verme yetkisini özenle kullanma, diğer tarafın talimata uyma yükümlülüğünü içeren bir borç sözleşmesidir¹⁸. İkinci görüşe göre,

12 Okutan Nilsson (n 5) 140; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 697.

13 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 685; Pulaşlı (n 2) 496, 498-499.

14 Hâkimiyet sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Veliye Yanlı, ‘Hakimiyet Sözleşmeleri’ (2013) 3(1) Regesta Ticaret Hukuku Dergisi 3-18.

15 Ticaret Sicil Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 19.12.2012, RG 27.1.2013/28541.

16 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 681, 686. Talimat yetkisinin içeriğine somut olarak, personel politikası, satın alma ve satma stratejisi, pazar araştırması, pazarlama stratejisinin belirlenmesi, ham madde teminine ilişkin iş ve işlemler, ürün fiyatı belirleme, mali yapıya ilişkin kararlar ve kredi yatırım politikası örnek olarak verilmektedir: Hakan Çebi, *İşletme Sözleşmeleri* (Adalet Yayınevi 2014) 15, 24; Okutan Nilsson (n 5) 136.

17 Ahmet Yılmaz ve Muhammet Dülgerler, ‘Hakimiyet Sözleşmelerinde Tarafların Sorumluluk ve Yükümlülükleri’ (GSI Article Summer 2016) <<https://www.goksusafiisik.av.tr/Articleletter>> Erişim Tarihi 5 Ekim 2022, 182-183; Atakan (n 10) 152; Gizem Pala, ‘Anonim Şirketlerde Hukukunda Hakim Şirket Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Koç Üniversitesi 2019) 52; İsmail Kök, ‘Şirketler Topluluğu’ (2015) 15 Legal Banka Finans Hukuku Dergisi 1, 5; Mustafa Yavuz, ‘Türk Hukukunda Hakimiyet Sözleşmeleri’ (2020) 7(21) Gümrük Ticaret Dergisi 44, 46; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 711; Zeynep Özge Ünal, ‘Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Durumunda Tazminat Davası’ (2014) 3 (11) Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi 85, 91.

18 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 718-719; Pulaşlı (n 2) 501-502, 514. Doktrinde hâkimiyetin hukukî niteliği de tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hâkimiyet bir hak değil, bazı haklardan doğan bir konumdur. Bu sebeple hâkimiyetin kullanılması bir hakkın kullanılması değildir: Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (3. Bası, Vedat

hâkimiyet sözleşmesi şirketler hukukuna ilişkin bir organizasyon sözleşmesidir¹⁹. Bu görüşe göre, hâkimiyet sözleşmesi, karşılıklı borç doğuran sözleşmeler gibi tarafların birbirinden belirli edimleri talep edebilecekleri bir sözleşme değildir. Hâkimiyet sözleşmesiyle, subjektif hak ve yükümlülükler değil bir şirketin organizasyonuna ilişkin esaslar düzenlenmektedir. Ancak Türk hukukunda şirketler topluluğunun düzenlenme amacı hâkimiyet altındaki şirket üzerinde hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının engellenmesi ve böyle bir durumda meydana gelen zararın tazmin edilmesidir. Bu nedenle Kanun'da talimat verme yetkisi ve bundan doğan sorumluluk düzenlenmektedir. Konuya ilişkin olarak TTK'nin 195. maddesinin gerekçesinde bir açıklama bulunmaktadır. Buna göre, "... ilk planda borçlar hukuku bağlamında hâkimiyet sözleşmeleri kastedilmiştir. Bu sözleşmeler temelinde sözleşmesel şirketler topluluğu kurulur". Görüldüğü üzere, sözleşmenin şirketler hukukuna ilişkin sonuçları bulunmakla birlikte hâkimiyet sözleşmesini borç sözleşmesi olduğu belirtilmektedir.

C. HÂKİMİYET SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Hâkimiyet sözleşmesi, borçlar hukuku sözleşmesi olarak ele alındığı için sözleşmelere ilişkin genel geçerlilik şartlarına tabidir. Bunun yanı sıra sözleşme tarafları ve sözleşmenin geçerliliğine ilişkin TTK'de özel hükümler bulunmaktadır.

Sözleşmenin tarafları bakımından TTK ve TSY'de düzenleme bulunmaktadır. TTK'nin 195. maddesinde "bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini bir sözleşme gereğince ... hâkimiyet altında tutabiliyorsa" hâkimiyet söz konusudur. Kanun hükmü hâkimiyet sözleşmesi dahil tüm kontrol araçları için hâkimiyeti düzenlemektedir. Hükme göre bir sözleşme uyarınca hâkimiyet tesis edilebilmesi için sözleşme taraflarının ticaret şirketi olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. TSY'nin 106. maddesinde ise hâkimiyet sözleşmesi özel olarak düzenlenmekte ve hükümde "... taraflardan birinin sermaye şirketi olan diğerinin yönetim organına..." ifadeleri bulunmaktadır. Yönetmelik hükmü Kanun'a kıyasen sözleşme taraflarını daha sınırlayıcı düzenlemektedir. Buna göre hâkimiyet sözleşmesinde hâkim şirket bir ticaret şirket olabilirken bağlı şirketin sermaye şirketlerinden biri olması gerekmektedir²⁰.

Yayıncılık 2013) 572. Aksi yönde bir görüşe göre, hâkimiyet bir haktır. Hâkim şirket kendisine tanınan hâkimiyet hakkı sayesinde bağlı şirket yönetiminde söz sahibi olur ve bağlı şirket kararlarını yönlendirir: Neslihan Karataş Durmuş, 'Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları' (2015) 2 Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 71, 74.

19 Çebi (n 16) 5 vd., 211; Mehmet Çelebi Can, *Hakimiyet Sözleşmesi* (Adalet Yayınevi 2020) 98. Kavlak'ın bir eserinde, hâkim ve bağlı şirket arasındaki ilişki, bir borç ilişkisi olarak nitelendirilemeyeceği için şirketler topluluğu düzenlemesinin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hakkında Kanun'un 24. maddesi gereğince borç ilişkisi olarak nitelendirilemeyeceğine ayrıntısına girilmeden değinilmektedir: Bengül Kavlak, *Uluslararası Şirket Birleşmeleri* (On İki Levha 2019) 15.

20 Yavuz (n 17) 50. TTK'nin 195. maddesinde, "hakim şirkete ... bağlı bulunan şirketler onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur" ifadesi yer almaktadır. TTK'de yer alan şirketler ifadesi nedeniyle şirketler topluluğunda bulunması gereken asgari şirket sayısına ilişkin doktrinde tartışma bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, şirketler topluluğunun söz konusu olması için hâkimin, şirket olması halinde iki, teşebbüs olması halinde üç şirketin bulunması gerekmektedir: Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 690-694; Tekinalp (n 18) 542. İkinci görüşe göre, hâkim, şirket veya teşebbüs olsa da iki bağlı şirketin bulunması yeterlidir: Özlem Karaman Coşgun, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları' (2015) 1(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 107, 130-131. Üçüncü görüşe göre, söz konusu hüküm şirketler topluluğunun kaç şirketten oluşacağına değil hangi şirketlerin şirketler topluluğu oluşturabileceğine ilişkin bir düzenlemedir ve şirketler topluluğunun söz konusu olması için bir hâkim ve

Hâkimiyet sözleşmesinin geçerliliği bakımından ise ilk olarak TSY'nin 106. maddesinin 2. fıkrasında bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, *“hakimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bağlı şirketin genel kurulunca onaylanması ... şarttır”*. Yönetmelikte böyle bir düzenleme yer almasaydı dahi şirket genel politikasının belirlenmesi gibi önemli kararlara ilişkin yetki verilmesine ilişkin hukukî işlemin genel kurul tarafından onaylanması gerekirdi. Benzer bir hüküm Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin²¹ genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri başlıklı 30. maddesinde bulunmaktadır. Bu görev ve yetkiler arasında *hâkimiyet sözleşmesinin onaylanması* yer almaktadır. Hükümde, hâkim ve bağlı şirket ayrımı yapılmaksızın düzenleme yapıldığı için hâkimiyet sözleşmesi taraflarının her ikisinin genel kurulunun onayının gerektiği belirtilmektedir²².

Sözleşmenin geçerliliğine ilişkin olarak diğer şart sicile tescil ve ilandır. TTK'nin 198. maddesinin 3. fıkrası uyarınca *“Hakimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilanı şarttır”*²³. TSY'nin 106. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Hakimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için ... sicile tescil ettirilmesi şarttır”*. TSY'nin 106. maddesinin 3. fıkrasında ise hâkimiyet sözleşmesine ilişkin yabancı unsurlara değinilerek, sözleşmenin yabancı unsurlu olması halinde dahi bağlı şirket merkezinin bulunduğu sicilde tescil edilmesi gerektiği düzenlenmektedir²⁴. Burada talimat alan ortaklığın merkezinin tercih edilme nedeni hâkimiyet sözleşmesiyle bağımsızlığına müdahale edilen şirketin pay sahipleri ve alacaklılarının bilgilendirilmesidir. İlgili hükümler birlikte değerlendirildiğinde, hâkimiyet sözleşmesinin geçerlilik şartları²⁵, sözleşmenin sözleşme tarafı şirketlerin genel kurulları tarafından onaylanması, sözleşmenin sicile tescil ve ilan edilmesidir.

bir bağlı şirketin bulunması yeterlidir: Fatma Betül Çakar Çelebi, 'Şirketler Topluluğunda Hakim Teşebbüs' (2018) 4 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 19, 23. Dördüncü görüşe göre, hâkim bir ticaret şirketi ise, bir bağlı şirketin bulunması yeterliken; hâkim, teşebbüs ise en az iki bağlı şirket bulunması gerekmektedir: Okutan Nilsson (n 5) 67. TSY'nin 105. maddesinde konuya ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, *“Kanununun 195 inci maddesinin dördüncü fıkrası anlamında, bir şirketler topluluğu, bir ticaret şirketi ile buna doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan en az iki ticaret şirketinden meydana gelir. Ticaret şirketi olmayan bir teşebbüse, doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan ticaret şirketleri sayısının ikiye aştığı durumlarda da Kanununun 195 inci maddesinin beşinci fıkrası anlamında şirketler topluluğu meydana gelir ve teşebbüs topluluğunun hakimi olur. Hâkim şirket ana şirket, bağlı şirketler ise yavru şirket konumundadır”*.

21 Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, RG 28.11.2012/ 28481.

22 Yavuz (n 17) 49.

23 TTK'nin 198. maddesinin gerekçesinde konuya ilişkin açıklama bulunmaktadır. Buna göre, *“hüküm iki konuyu içerir (1) Bildirim; (2) tescil ve ilân yükümlülüklerini. İkinci konu içinde özellikle hukukumuzda düzenlenmemiş bulunan hakimiyet sözleşmelerinin tescil ve ilânına ilişkin yükümlülük bir geçerlilik kuralıdır. Bu suretle hakimiyet sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunluğu öngörülerek ilişki kayıt altına alınmak ve kamuya tanıtılmak istenmiştir”* açıklaması yer almaktadır.

24 TSY'nin 106. maddesinin 3. fıkrasına göre, *“Bu sözleşme nedeniyle talimat verme yetkisini haiz olan tarafın yerleşim yerinin veya merkezinin yurtdışında bulunması ve sözleşmenin yurtdışında düzenlenmiş olması veya yabancı hukuka tabi olması durumunda da sözleşmenin talimat alan ortaklığın merkezinin bulunduğu müdürlükte tescili gerekir”*.

25 Şekle aykırılığın yaptırımı, TTK'nin 198. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, *“Sözleşmenin geçersizliği, bu Kanun ile diğer kanunlardaki şirketler topluluğuna dair yükümlülüklerle ve sorumluluklara ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel olmaz”*. Görüldüğü üzere şekle aykırılığın yaptırımı geçersizlik olarak düzenlenmektedir. Sözleşmenin geçersizliği hakkında bakınız: Atakan (n 10) 204 vd. Doktrinde bir görüş, hâkimiyet sözleşmesinin sakatlığına rağmen tescil edilmesi halinde şirketlerin hatalı tesciline ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Atakan (n 10) 204-205.

D. HÂKİM ŞİRKETİN BAĞLI ŞİRKETİN KAYBINDAN SORUMLULUĞU

Şirketler topluluğunda sorumluluğu ilişkin olarak hâkim şirketin, bağlı şirkete karşı hâkimiyeti hukuka aykırı kullanma nedeniyle sorumluluğu ve hâkim şirketin, bağlı şirket ile üçüncü kişiler arasındaki hukukî ilişkilerden sorumluluğu ayrımı yapılabilir. Şirketler arası sorumluluk TTK'nin 202. maddesinin kapsamında ele alınmaktadır. Diğer sorumluluk bakımından TTK'nin güven sorumluluğuna ilişkin 209. maddesi, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)²⁶ adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin 66. maddesi ve perdenin kaldırılması teorisi²⁷ uygulanabilir. Çalışma kapsamında incelenecek sorumluluk türü, hâkim şirketin hâkimiyeti hukuka aykırı kullanması nedeniyle bağlı şirketin uğradığı zarardan sorumluluğudur.

Kanun uyarınca hâkim şirket bağlı şirket üzerinde tesis etmiş olduğu hâkimiyeti hukuka aykırı kullanılması nedeniyle bağlı şirketin uğradığı zarardan, bağlı şirkete, bağlı şirket pay sahiplerine ve alacaklılarına karşı sorumludur. Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluk, talimat yetkisi sözleşmeye dayandığı için sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluk türüdür²⁸. Konu TTK'nin *Sorumluluk* başlığını taşıyan 200 ilâ 206. maddeleri arasında düzenlenmektedir. TTK'nin 202 maddesinin 1. ve 2. fıkralarında iki farklı hukuka aykırılık sebebi düzenlenmektedir. Bunlardan ilki, *kayba sebebiyet verici işlemler bakımından yönlendirme*; ikincisi *açıkça anlaşılır haklı bir sebebi olmayan karar alınmasıdır*.

TTK'nin 202. maddesinde, hâkimiyetin hâkim şirket tarafından bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanamayacağı düzenlenmektedir. Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması halinde, hâkim şirket, kendi veya bağlı bir başka şirket yararına bağlı şirketin kaybına neden olmaktadır²⁹. Hâkim şirketin hâkimiyeti hukuka aykırı kullanması nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu olması için TTK'de düzenlenen şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Hâkim şirketin sorumluluğunun doğması için öncelikle bağlı şirketin, kayba sebebiyet verici bir işlem yapması ve bir kaybın meydana gelmesi gerekmektedir³⁰. Kayıp, malvarlığı veya kârlılığı

26 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

27 Şirketler topluluğu ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ilişkisine bakıldığında TTK'nin hükümleri tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması olarak nitelendirilmekte ve yabancı yönetim esasına göre düzenleme yapıldığı belirtilmektedir: Esen (n 7) 153; Serdar İyigün, 'Şirketler Topluluğu ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İlkesi' (2015) 13(145) Legal Hukuk Dergisi 1, 7.

28 Benzer yönde bakınız: Tekinalp (n 18) 580.

29 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 687. TTK'nin 202. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ikinci sorumluluk halinin söz konusu olması için açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi bir işlem için hâkim şirketin yönlendirmesinin bulunması ve genel kurulda bu karara karşı pay sahibinin ret oyu verip tutanağa geçirmeli veya yönetim kurulu kararına yazılı itiraz etmelidir. İlgili kararlar nedeniyle dava açma hakkı pay sahiplerine tanınmaktadır. Kanunda sorumluluğa esas işlemlerin şirketin değil pay sahiplerinin malvarlığına zarar veren işlemler olduğu ve bu davada şirketin değil pay sahiplerinin zararlarının tazmininin öngörüldüğü belirtilmektedir: Okutan Nilsson (n 5) 389. Bu bakımdan dava hakkı yalnızca pay sahiplerine tanınmaktadır.

30 Kanunda kayba sebebiyet veren davranış "yönelme" olarak ifade edilmektedir. TTK'nin 202. maddesinde bağlı şirketin kaybına neden olacak haller örnek olarak sayılmaktadır. Bunlar; "iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukukî işlemler, kâr azaltma veya aktarma; malvarlığının aynı veya kişisel nitelikte hakla sınırlandırma, kefalet, garanti ve aval verme gibi sorumluluk yüklenme, ödemede bulunma, haklı bir neden olmaksızın tesisleri yenilememe, yatırımları kısıtlama,

azaltan veya riske sokan her türlü iş veya işlem olarak tanımlanmaktadır³¹. Kayıp kavramı, bu iş ve işlemler sonucunda ortaya çıkan zararı kapsamaktadır³². Kanunun gerekçesinde ilgili iş ve işlemlerin yapılmasıyla bir zararın ortaya çıkmasına gerek olmadığı ve kayba sebebiyet vermenin ikna edici bulgu ve çıkarımlarla anlaşılmasının yeterli olduğu belirtilmektedir. İkinci olarak, kayıp doğurucu hukukî işlem veya maddi fiilin, hâkim şirketin yönlendirmesi nedeniyle yapılması veya yapılmaktan kaçınılmalıdır³³. Ayrıca söz konusu yönlendirmenin özen yükümlüğüne aykırı olması gerekmektedir. Buhusus TTK'nin 202. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde açıkça düzenlenmektedir. Hükümde özen derecesinin tespitinde ölçüt, “*şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözetin ve tedbirli bir yöneticinin özenidir*”. Burada bir şirketin yönetim kurulu üyelerinin dürüstlük kuralı uyarınca göstereceği özen esas alınabilir. Sorumluluğun doğması için son şart hâkim şirketin denkleştirme yükümlüğünü yerine getirmemesidir. Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanımını sonucunda bağlı şirketin kayba uğraması halinde, hâkim şirket bakımından bir yükümlülük söz konusu olmaktadır. Kanunda bu yükümlülük *denkleştirme* olarak ifade edilmektedir. Denkleştirme, hâkim şirketin yönlendirmesi sonucunda, bağlı şirketin yaptığı veya yapmaktan kaçındığı fiil ve işlemler veya aldığı veya almaktan kaçındığı önlemler nedeniyle uğradığı kaybın giderilmesidir. Denkleştirmeyle amaçlanan bağlı şirketi, şirket bağımsız karar alsaydı bulunacağı duruma geri getirmektir³⁴. Bu bakımdan TTK'nin 202. maddesi uyarınca, hâkim şirketin, yukarıda değinilen işlem veya maddi fiilleri yapma veya kaçınmaya yöneltmesi sonucunda bağlı şirketin bir kaybı varsa, “*kaybın o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmesi veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınması*” gerekmektedir. Faaliyet yılı sonunda bağlı şirketin kaybının denkleştirilmemesi veya denk değerde bir istem hakkı tanınmaması durumunda hâkim şirket ve kayba sebep olan yönetim kurulu üyesi bağlı şirket alacaklıları ve pay sahiplerine karşı şirketin zararın giderilmesiyle sorumlu olmaktadır³⁵.

durdurma gibi verimliliği ya da faaliyeti olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişimi sağlayacak önlem almaktan kaçınmaya yönelme”dir.

- 31 Pulaşlı (n 2) 525. Kayıp ve zarar kavramları karşılaştırıldığında, kaybın tazminat talebinden daha az olduğu dava konusu tazminatın kaybı ve son denkleştirme tarihinden itibaren kanunî faizi ve diğer zararları içerdiği belirtilmektedir: Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 771. Kanun gerekçesinde de kayıp kavramı ile ilgili bir açıklama bulunmaktadır. Buna göre, “... ‘kayıp’ kelimesi borçlar hukuku anlamında ‘zarar’dan farklı ve onu kapsayacak genişliktedir. Kayıp bir malvarlığı eksilmesi veya malvarlığının artmasının önlenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iş, fon ve personel devrinde olduğu üzere şansın veya bir işi başarı ile yapabileme olanağının yitirilmesi tarzında da görülebilir. Mehz Kanunda kayıp için ‘Nachteil’ kelimesi kullanılmış, bu kelime Alman Kanununun İngilizce çevirisinde ‘disadvantage’ kelimesi ile karşılanmıştır”.
- 32 Okutan Nilsson (n 5) 228-243.
- 33 Yöneltilme kavramına ilişkin tanımlar için bakınız: Aslı Gürbüz Usluel, ‘Şirketler Topluğunda Denkleştirme’, (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 281, 299; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 696; Okutan Nilsson (n 5) 271. Kanun gerekçesinde yöneltilme kavramının bilinçli bir şekilde tercih edildiği ve “*öngörülen işlem ve olguların tasarlanması, planlanması veya gerçekleştirilmesi için hakim şirket, yönetim kurulu kararlarının alınmasında oy gücü etkili olabileceği gibi çeşitli baskı uygulamalarına girişebilir, yöneltecek ibaresi bütün bu pratikleri kapsadığı*” belirtilmektedir.
- 34 Gürbüz Usluel (n 33) 284.
- 35 Denkleştirme yükümlüsü hâkim şirkettir. Ancak denkleştirmenin üçüncü kişiler tarafından yapılması mümkündür. Bu durumda, hâkim şirketin yönetimi altındaki bir başka şirketin bir fayda sağlaması örnek olarak verilebilir. Denkleştirmenin fiilen giderme veya istem hakkı tanınarak yapılması mümkündür. Fiilen gidermeye malvarlığı azalmasının giderilmesi, kaybedilen iş imkanının benzerinin sağlanması ve riskli bir işlem için teminat sağlanması örnek olarak verilebilir. TTK'nin gerekçesinde denkleştirmeye örnek verilmektedir. Bunlar; “*verilen garanti veya kefaletin, karşı garanti ve kefalet ya da avale güvence altına alınması, herhangi bir lisans ve marka kullanma hakkı tanınması, herhangi*

Sorumluluğun kapsamına; hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması nedeniyle yapılan veya yapılmaktan kaçınılan münferit işlemlerden doğan zararlar girmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması ve kötü yönetim arasındaki farktır. İlkinde yapılan münferit işlemler sonucunda bağlı şirketin uğradığı zarardan sorumluluk söz konusudur. İkincisinde, münferit bir işlem bulunmamasıyla birlikte basiretli şekilde yönetilmemeye ilişkin sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluk söz konusudur. Burada kötü yönetim olarak ifade edilen şirket yapılandırmasının gereği gibi yapılamaması, ortaklığın iyi organize edilememesi ve yönetilememesidir. Bu hallerden doğan sorumluluk TTK'nin 202. maddesinin kapsamına girmemektedir³⁶. Bu durumda hâkim şirketin sorumluluğuna fiili bir şirketler topluluğu söz konusuysa haksız fiil, şirketler arasında bir sözleşme varsa sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri uygulanabilir³⁷.

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması nedeniyle bağlı şirketin zararının tazmin edilmesi talebiyle bağlı şirketin pay sahiplerine ve alacaklılarına bir dava hakkı tanınmakta ancak bağlı şirketin dava açma hakkı açıkça düzenlenmemektedir³⁸. Kanunda açıkça bağlı şirketin dava açma hakkının düzenlenseydi hâkim şirketin kontrolü altında dava aç(a)mayan bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun gündeme geleceği bu nedenle açıkça düzenlenmediği belirtilmektedir³⁹. Doktrinde bağlı şirketin dava açma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Kanun gerekçesinde konuya ilişkin bir açıklama bulunmaktadır. Buna göre, “*dava hakkı, şirkete tanınmamış, bunun yerine pay sahipleriyle şirket alacaklılarına bu olanak sağlanmıştır. Bunun sebebi hukuki gerçekçiliktir. Çünkü, şirketin bu davayı hakim şirkete karşı açıp samimiyetle izleyebileceği konusunda şüpheye düşülmüştür. Kökleşmiş uygulamada da bu şüpheyi destekler niteliktedir. Ayrıca bağlı şirket yönetim kurulunu, hakim şirket ve yönetim kurulu ile karşı karşıya getirmenin doğru bir hukuk politikası olmadığı inancı ağırlık kazanmıştır*”.

Yukarıda değinilen şartların varlığı halinde, bağlı şirket doğrudan zarar; bağlı şirket pay sahipleri ve alacaklıları dolaylı zararlarının tazmini talebiyle hâkim şirket ve hâkim şirketin yönetim kurulu üyelerine karşı dava açabilecektir⁴¹.

bir ücret talep edilmeden araştırma ve geliştirme hizmeti verilmesi, know-how verilmesi, personele staj ve eğitim imkânları sağlanması, pazarlama açısından yararlandırılması, denk değerde bir taşınmazın devri, bağlı şirketin kayba uğramasının karşılığında yararlandırılmış olan diğer bir bağlı şirketin sermaye artırımında rüçhan hakkı tanınması, şartlı sermaye artırımında kayba uğrayan şirketin hak sahibi kılınmasıdır”. Denkleştirme denk bir istem hakkı tanınmasında, hâkim şirket ilgili faaliyet yılı içinde bağlı şirketin kaybını fiilen gidermemekte ancak bağlı şirkete bir fayda sağlanacağına ilişkin taahhütte bulunmaktadır. Denkleştirme hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Kürşat Göktürk, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları – Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından* – (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022) 159 vd.

36 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 730.

37 İbid 734-735.

38 Davanın hukuki niteliğinin, alternatif çözümlü tazminat davası olduğu belirtilmektedir: İbid 770.

39 Okutan Nilsson (n 5) 356.

40 İyigün (n 27) 10; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 769; Ünal Tekinalp, ‘Right of Action under the Draft Turkish Corporate Group Law, Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis’ in Kunz, P. V. (eds) *Festschrift für Roland von Büren* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2009) 153, 168-169.

41 Okutan Nilsson (n 5) 356 vd. TTK'nin 202. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde pay sahipleri bakımından farklı hukuki imkânlar düzenlenmektedir. Buna göre, “*hakim istem üzerine veya re'sen somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse tazminat yerine . . . davacı pay sahiplerinin paylarının hakim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir*”. Ancak burada hakkaniyete uygun olan hukuki çözümü belirleme hâkimin takdirindedir.

II. HÂKİMİYET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞA UYGULANACAK HUKUK

A. HÂKİMİYET SÖZLEŞMESİNİN VASIFLANDIRILMASI

Milletlerarası özel hukukta yabancı unsur, hukukî olay veya ilişkinin hâkimin hukuk düzeni dışında bir veya birden fazla hukuk düzeni ile ilişkili olmasıdır⁴². Hâkimiyet sözleşmesi, sözleşme tarafı şirketlerin merkezinin yabancı bir ülkede bulunması, sözleşmede hukuk seçimine yer verilmesi, sözleşmenin ifa yerinin yabancı ülkede olması veya sözleşmenin yabancı bir ülkede yapılması gibi hallerde yabancılık unsuru içerebilir. Kanunun şirketler topluluğu bakımından kapsamını açıklayan “*şirketlerden birinin merkezinin yurt dışında bulunması*” ifadesi şirketler topluluğunda yabancılık unsurunu düzenlenmektedir.

Tüzel kişilerin tâbiyetinin tespit edilmesinde genellikle kuruluş yeri veya merkez yeri sistemi esas alınmaktadır⁴³. Merkez yerinden anlaşılması gereken tüzel kişinin kurulurken tabi olduğu hukukun ve idare merkezinin olduğu devlettir. Türk hukukunda ticaret şirketleri, merkezlerinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanmaktadır. Türk hukukunda kabul edilen sistem merkez yeri; ölçüt ise idare merkezidir. Buna paralel olarak kanunda şirketlerin merkez yeri esas alınmaktadır.

Merkezi Türkiye’de olan bir şirketinin yabancı bir şirket ile yaptığı sözleşmeden doğan uyuşmazlığa ilişkin davanın Türk mahkemesinde görülmesinde, hâkim öncelikle şirketler arasındaki hukukî ilişkiyi nitelendirecektir. Yabancı unsurlu hukukî ilişkiden doğan uyuşmazlıkta uyuşmazlığın kaynağı olan konu veya ilişkinin nitelendirilmesine milletlerarası özel hukukta vasıflandırma denilmektedir⁴⁴. Vasıflandırmada, *lex fori* prensibi, *lex causea* prensibi, kademeli vasıflandırma, bağımsız milli hukuklar üstünde bir sistem ve karşılaştırmalı hukukun esas alınmasına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır⁴⁵. Uygulamada genellikle kabul edilen yöntem *lex fori* vasıflandırmadır⁴⁶.

42 Milletlerarası özel hukukta yabancılık unsuru hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Bası, Beta Basım 2021) 11; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Bası, Beta 2021) 5; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (23. Bası, Beta Basım 2021) 5; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021) 29-30; Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (11. Bası, Vedat Kitapçılık 2011) 354; Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Özel Hukukun Esasları* (2. Bası, Adalet Yayınevi 2022) 40 vd.; Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü” (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1025, 1029; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 9-13; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7. Bası, Savaş Yayınevi 2021) 6 vd.

43 Ayrıntılı bilgi için bakınız: Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku* (5. Bası, Yetkin 2017) 229 vd.; Musa Aygül, *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti* (Seçkin Yayıncılık 2007) 33 vd.

44 Çelikel ve Erdem (n 42) 74-89; Doğan (n 42) 220-224; Güngör (n 42) 48-50; Nomer (n 42) 414-422; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 85 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 55-59.

45 Vasıflandırma hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Arthur Henry Robertson, *Characterization in the Conflict of Laws* (Harvard University Press 1940) 59 ff; Can Yöney, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 12; Çelikel ve Erdem (n 42) 74-89; Doğan (n 42) 220-224; Erdoğan Göger, *Devletler Hususi Hukuku* (4. Bası, Sevinç Matbaası 1977) 84-85; GC Cheshire, P North, P and James Fawcett, *Private International Law* eds. James Fawcett and Paul Torremans (15th Edition, Oxford University 2017) 45; Güngör (n 42) 48-50; Hatice Selin Pürselim Arning, *İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasası Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 93-98; Nihal Uluocak, *Kanunlar İhtilafı Yasama Yetkisi Kuralları* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1971) 195 vd.; Nomer (n 42) 414-422; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 85 vd.; Rona Aybay ve Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması Kanunlar İhtilafı* (2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 148; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 55-59.

46 Burak Huysal ve Begüm Süzen, ‘Yabancılık Unsuru Taşınan Boşanmaların Şekli’ (2020) 40 (2) Public and Private International Law Bulletin 1199, 1203; Cemil Güner, ‘Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğuna

Şirketler topluluğu kurumunun kapsamı devletlerde farklılık gösterebilir. Bu nedenle hâkimiyete ilişkin bir sözleşme Türk hukukunda ve yabancı bir devlet hukukunda farklı şekilde vasıflandırılabilir. Doktrinde bir görüş, Alman ve Türk şirketler arasındaki sözleşmeden kaynaklı hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan zararın tazmin edilmesi talebiyle Türk mahkemelerinde dava açılması halinde hâkimin taraflar arasındaki sözleşmeyi ve hâkimiyeti vasıflandırırken *lex fori* prensibi uyarınca vasıflandırma yapması halinde asgari üç şirket bulunmadığı için uyuşmazlığın şirketler topluluğu kapsamında ele alınmayacağını belirtmektedir⁴⁷. Bu görüş, taraflar arasındaki hukuki işlem hâkimiyet sözleşmesi yerine bir borç sözleşmesi olarak vasıflandırıldığında sözleşmede Alman hukuku uygulanacak hukuk olarak seçilmişse artık Türk hukukunun koruyucu düzenlemesinin uygulanamayacağını; bu nedenle yabancı unsurlu sözleşmede hâkimiyetin vasıflandırılmasında “yöneten tarafın” yabancı ülke merkezli olması halinde hâkimin yabancı ülkenin hukukunu esas alınarak vasıflandırma yapılması gerektiğini savunmaktadır.

Esasen bu görüş Türk hukuku bakımından şirketler topluluğunun bulunması için en az üç şirket gereklidir görüşünden yola çıkmaktadır. Bu görüşe göre, hâkimiyet sözleşmesinin tarafları dışında şirketler topluluğuna dahil bir şirketin bulunmaması halinde Türk hukuku bakımından şirketler topluluğunun varlığı kabul edilemeyecek ve sözleşme borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşme olarak vasıflandırılacaktır. Bu görüş bu durumda sözleşme taraflarından hâkim şirketin asgari üç şirket şartını aramayan bir devletin tabiiyetinde olması halinde hâkim yabancı şirketin hukukuna göre vasıflandırma yapılmasını savunmakta ve sözleşmenin şirketler topluluğu kapsamına dahil edilerek kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca Türk hukukunun uygulanmasını amaçlamaktadır. Ancak milletlerarası özel hukukta vasıflandırma hâkimin dava konusu hukuki ilişkinin hangi hukuki kategori içinde yer aldığını tespit etmesine ilişkin olup bu kurumun işlevi hâkimin hukukunun uygulanmasını sağlamak değildir. Bunun yanı sıra maddi hukuka ilişkin bir düzenlemenin kapsamının genişletilmesi vasıflandırma ile ilgili değil ilgili kanunun kapsamına ilişkin düzenleme yapılması ile ilgilidir. Bu nedenle bir hukuki ilişkinin vasıflandırılmasında uyuşmazlık tarafına göre bir ayırım yapılarak farklı prensiplerin uygulanarak vasıflandırma yapmak mümkün değildir. Uygulamada genellikle *lex fori* prensibi uyarınca vasıflandırma tercih edildiği için Türk hâkimi uyuşmazlığı Türk hukukunda halihazırdaki kavramlar uyarınca vasıflandıracaktır.

B. UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİNDE ESAS ALINAN MENFAAT

Kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlığının çözümünde uyuşmazlık ve uyuşmazlığın tarafları ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasıyla milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin temin edilmesi amaçlanmaktadır⁴⁸. TTK'nin 195. maddesinde⁴⁹

Uygulanacak Hukuk” (2020) 8 (15) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 229, 244; Nomer (n 42) 417; Sibel Özel, ‘Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi’ (1999-2000) 19-20 Milletlerarası Hukuk Bülteni 733, 745; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 87; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 42) 52; Yarar (n 51) 177.

47 Poroy, Tekinalp, Çamoğlu (n 2) 713.

48 Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996) 9; Çelikel ve Erdem (n 42) 33-34; Güngör (n 42) 69; Nomer (n 42) 14; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 23; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 42) 29.

49 TTK'nin 195. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendine göre, “Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince

milletlerarası toplumun genel menfaati gözetildiği savunulabilir⁵⁰. Bu menfaatin temini için maddi hukukun koruyucu hükümlerinin uygulanması yabancı hukuka tercih edilmektedir. Hâkimiyet sözleşmesinde bağlı şirketin yönetim kurulu kararlarını hâkim şirketin talimatları doğrultusunda vermektedir. Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemenin gerekçesinde şirketler topluluğu içindeki bir şirketin bağımsız olduğunun kabul edilmesinin “*ekonomik yaşam gerçeğine yabancı bir hukuki varsayımdaya ısrar etmek*” anlamını taşıdığı belirtilmektedir. Kanun koyucu merkezi Türkiye’de bulunan şirketlerin şirketler topluluğu içinde bulunmasının Türk ekonomisine etkisini göz önünde bulundurmıştır. Bunun yanı sıra hâkimiyet altındaki bir şirket olmasına rağmen şirketin bağımsız faaliyet gösterdiği inancına sahip bağlı şirket pay sahipleri ve şirket alacaklılarının zayıf konumda olması nedeniyle korunması ihtiyacı dikkate alınmış ve hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğa ilişkin kanunlar ihtilafı kuralına yer vermiştir. Bağlı şirketin pay sahiplerini ve alacaklılarını koruma amacıyla düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralında Türk hukukunun konuya ilişkin hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Milletlerarası toplumun genel menfaatinin gözetilmesinde genellikle tüketici, evlat edinmede evlatlık gibi zayıf konumda olan bir tarafın korunması amaçlandığı ve şirketler hukukunda böyle bir zayıf tarafın olmadığı ilk bakışta getirilebilecek bir eleştiridir. Ancak ilgili hükümlere bakıldığında üzerinde hâkimiyet tesis edilen bağlı şirketten ziyade bu işlemlerde bilgisi veya etkisi olmayan şirket pay sahipleri ve üçüncü kişi konumundaki şirket alacaklıların korunması amaçlanmaktadır. Bu noktada bağlı şirketin menfaati ile şirket pay sahipleri ve alacaklılarının menfaatinin farklı yönde olabileceğine dikkat edilmelidir⁵¹.

Konuya sıkı ilişkili hukukun uygulanması ile milletlerarası özel hukuk adaletinin temin edilmesi açısından bakıldığında ise Türk hukukunun hükümlerinin uygulanmasına yönelik düzenleme merkezi Türkiye olan şirketler bakımından hukuki öngörülebilirliği temin etmektedir. Zira şirketler ile ilgili uyumsuzluklarla genellikle sıkı ilişkili hukuk şirket merkezi kabul etmektedir. Ancak yabancı ülke merkezli şirketler bakımından benzer bir değerlendirme yapılması mümkün gözükmemektedir⁵².

C. UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Hâkimiyet sözleşmesi ile tesis edilen hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk TTK’nin 195. maddesinde düzenlenen kural uyarınca belirlenecektir. Zira

veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır”.

50 Milletlerarası toplumun genel menfaatinin gözetilmesinde hukuki işlemlerde işlemin bir tarafının menfaati milletlerarası toplumun menfaati olarak algılanmakta; milli hukuk politikalarının koruyucu ihtilaf kurallarının gerisinde varlığını ve etkisini sürdürmesi amaçlanmaktadır: Gülin Güngör, ‘Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku Düşünsel Temeller’ 2008 57(2) AÜHFĐ 115, 117. Doktrinde bir görüş, bazı menfaatlerin bağlama kuralları aracılığıyla korunmasının altında yatan menfaati maddi hukuk menfaati olarak yorumlamaktadır: Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 25-26.

51 Yonca Fatma Üçel, ‘Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme’ (2010) 91 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 335, 351-352.

52 Milletlerarası hukukun sözleşmelerde bir tarafı koruyucu hukuk düzenlemelerinin milletlerarası toplumun genel menfaatinin korunabilmesi için tercih edilmesi halinde bazı milletlerarası özel hukuk değerleri geri planda kalacaktır. Özellikle bu menfaatin gözetilmesinde hukuki işlem konusu milletlerarası ticareti ilgilendiriyorsa işlem menfaati, hukuki kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik ihtiyacı geri planda kalmaktadır: Güngör (n 50) 118.

düzenleme, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hakkında Kanun'a (MÖHUK)⁵³ göre özel düzenleme getirmektedir. TTK'nin 195. maddesi 1. fıkrasının (b) bendine göre, “Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hakim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır”. Görüldüğü üzere, hâkimiyet sözleşmesinden doğan yetkinin hukuka aykırı kullanılması halinde taraflardan biri yabancı bir şirket olsa dahi diğer tarafın merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukukundaki kuralların uygulanacağı düzenlenmektedir. Söz konusu hükmün milletlerarası özel hukuk bakımından hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı yönde görüşler bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, TTK'nin 195. maddesi şirketler hukuku kurallarını düzenlemekte olup doğrudan uygulanan kural niteliğindedir⁵⁴. Bu bakımdan hâkim veya bağlı şirketten birinin Türk şirketi olması halinde uyumsuzluğa uygulanacak hukukun tespit edilmesi önemli değildir⁵⁵. İkinci görüş, esas olarak kuralın şirketler topluluğuna uygulanacak hukuku düzenleyen kanunlar ihtilafı kuralı olduğunu savunmakta ancak kanunlar ihtilafı kuralının türü bakımından birbirinden ayrılmaktadır⁵⁶.

Kuralın niteliğinin tespiti için öncelikle doğrudan uygulanan kurallara ve bu kuralların kanunlar ihtilafı kurallarından farkına değinmek gerekmektedir. Doğrudan uygulanan kurallar, “Devletin, ekonomik, sosyal veya siyasi alanda izlediği belirli politikaları, Özel Hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyumsuzluklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan” kurallar olarak tanımlanmaktadır⁵⁷. Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığı kuralın lafzıyla değil ilgili kuralın amacı ve içeriği incelenerek tespit edilmektedir⁵⁸. Devletin ekonomik, hukuki ve politik amaçlarına ulaşılabilmesinin ancak bu kuralların uygulanmasıyla ulaşılabilmesi ve bu kurallar yerine yabancı bir devletin hukuk

53 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

54 Burcu İrge Erdoğan, ‘Uluslararası Şirketler Topluluğunda Hakim şirket ile Bağlı Şirket Arasında Doğabilecek Sorumluluk Davalarında Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme’ (2019) 8(1) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 117, 131-132.

55 Bu görüşe göre, MÖHUK’un 6. maddesi uyarınca *lex fori*’nin doğrudan uygulanan kural niteliğindeki hükümleri yabancı hukukun uygulanmasının önüne geçmektedir. Bu nedenle şirketler topluluğu yabancılık unsuru içeriyorsa bu hukuki ilişkiden doğan uyumsuzluğa uygulanacak hukuka ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamaktadır. Bu nedenle bu hukuki ilişkiden doğan uyumsuzluklarda uygulanacak hukuk MÖHUK’un 9. maddesi uyarınca tespit edilmelidir. Bu görüşe göre, MÖHUK’un 9. maddesinin başlığı her ne kadar ehliyet olsa da halihazırda şirketlere özgü tek kanunlar ihtilafı kuralıdır: İrge Erdoğan (n 54) 131 vd.

56 Gökalp Özkan, *Çok Uluslu Şirketler, Türkiye’de Sorumluluk Davalarına Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlık Çözümü* (Yetkin Yayıncılık 2022) 126; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 22; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu (n 2) 712.

57 Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001) 13; Konu hakkında bakınız: Çelikel, Erdem (n 42) 155 vd.; Güngör (n 42) 58 vd.; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 133. Doğrudan uygulanan kuralların özellikleri hakkında bakınız: Mustafa Erkan, ‘MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış’ (2011) 14(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81, 83 vd. Enebilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanun, Mülga MÖHUK ve MÖHUK’ta doğrudan uygulanan kurallar hakkında bakınız: Belkıs Vural Çelenk, ‘Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması’ (2017) 3 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 284, 284-285.

58 Doğan (n 42) 203, 204-205; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 49; Nomer (n 42) 186; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 11.

kurallarının uygulanmasının kuralın mahiyeti itibarıyla mümkün olmaması halinde bir kural doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmektedir.⁵⁹

Şirketlerin birleşmesine kıyasen daha elverişli bir hukuki yol olmasına hâkimiyet sözleşmeleri bağlı şirketin bağımsız karar almasını etkilemesi ve ülke ekonomisine etkisi nedeniyle devletler ülkelerinde faaliyet gösteren şirketler için koruyucu düzenlemeler yapabilmekte ve koruyucu bu hükümlerin kapsamının geniş yorumlanması ve uygulanmasını amaçlayabilmektedir. Benzer şekilde kanun koyucu Türkiye’de faaliyet gösteren şirketleri korumak ve şirketler topluluğunun ülke ekonomisine etkilerini hukuken kontrol edebilmek için koruyucu kurallar düzenlemiştir ve kuralların kapsamının geniş yorumlanmasını amaçlamıştır. Bu noktada öncelikle bir kuralın koruyucu ve kapsamlı olması nedeniyle kuralın doğrudan uygulanan kural nitelendirilemeyeceğine dikkat edilmelidir. Konu ticaret hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenmekle birlikte milletlerarası şirket ilişkilerinde sorumluluk hukuku bağlamında zarar tazmini konusunu düzenlemektedir. Doğrudan uygulanan kurallar, uygulanmasına ilişkin kanuni bir hükme ihtiyaç duyulmaksızın uygulanması zorunlu maddi hukuk kuralları oldukları ve kendi uygulama alanını kendi tayin ettikleri için bir kuralda Türk hukukunun veya kanundaki hükümlerin uygulanacağı ifadesinin yer alması kuralın doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir⁶⁰. Bir düzenlemenin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi o kuralın mutlak şekilde uygulanmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda şirketler topluluğu konusunda Türk hukukunda teori ve uygulamada fazla örneğe rastlanılmamakla birlikte bu konuda Alman hukuku gibi daha ayrıntılı düzenlemelere sahip hukuk sistemleri bulunmaktadır. Bu bakımdan bağlı şirketin hukuken korunabilmesi için Türk hukukunun düzenlemelerinin mutlak şekilde uygulanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin, Almanya merkezli ve Türkiye merkezli şirketler arasında yapılan hâkimiyet sözleşmesiyle Türk şirket üzerinde hâkimiyet tesis edilmesi varsayımında bu yetkinin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğa ilişkin Türk şirket tarafından Alman mahkemelerinde dava açıldığı varsayımında Türk şirket lehine verilmiş dahi olsa tazminata ilişkin yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerinde tenfiz edilmesi talep edildiği varsayımında hâkim Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmaması kamu düzenine aykırılık nedeniyle yabancı mahkeme kararının tenfiz talebini reddedebilecektir. Kuralın amacı ve içeriği dikkate alındığında açıklanan nedenlerle “*bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır*” düzenlemesinin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmadığı kanaatindeyiz.

Kuralın kanunlar ihtilafı kuralı olduğunun tespitinden sonra türünün tespit edilmesi gerekmektedir. Kanunlar ihtilafı kuralları metodolojik olarak tek taraflı, iki taraflı ve kapsama alanı genişletilmiş maddi hükümler olarak ayrımlı ele alınmaktadır. Hukuki işlem veya ilişkiye açık ya da örtülü olarak sadece hâkimin hukuku ya da yabancı bir hukukun uygulanmasını kabul eden kurallar tek taraflı kanunlar

59 Doğrudan uygulanan kurallara, ulusal ekonomi ve pazarı düzenleyen ve kontrol eden kurallar (anti-trust kanunları, ithalat-ihracat kısıtlamaları), taşınmaz mülkiyetinde ulusal menfaatin korunması (yabancıların taşınmaz mal edinmesinin yasaklanması veya sınırlandırılması), mali kaynakların korunması (ödemeler dengelerinin garantisi), menkul kıymetler borsasının kontrolü (devralmalarla ilgili düzenlemeler, hâkim ortakların ifşa yükümlülüğü), çevreyi ve emeği koruma (çalışma saatlerinin sınırlandırılması) örnek olarak gösterilmektedir: Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 134.

60 Nomer (n 42) 185-186; Tekinalp (n 63) 49.

ihtilafı kuralları olarak adlandırılmaktadır⁶¹. Bu bakımdan şirketler topluluğunda sorumluluğa uygulanacak hukukun tespit edilmesinde çok yanlı bir kanunlar ihtilafı kuralı yerine hâkimin hukukunda yer alan bir düzenlemenin uygulanmasını içeren tek yanlı bir kanunlar ihtilafı kuralının tercih edildiği savunulabilir. Doktrinde bir görüş forum devletinin bir maddi hukuk hükmünün uygulanmasını öngören düzenlemelerin tek yanlı bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak nitelendirilemeyeceği söz konusu kuralın “kapsama alanı genişletilmiş maddi hükümler” olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁶². Bu görüş uyarınca, kapsama alanı genişletilmiş maddi hükümlerde bir maddi hukuk hükmü tek taraflılık yöntemiyle bir kanunlar ihtilafı kuralına dönüşmektedir. İkinci bir görüş, TTK'nin 195. maddesinde Türk hukuku yerine şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanacağına ilişkin kuralın maddi bir düzenlemeyi göstermesi nedeniyle kısmi veya eksik bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğunu savunmaktadır⁶³. Kanunlar ihtilaf kuralının türü bakımından kuralın kapsama alanı genişletilmiş maddi hükümler olduğuna ilişkin ilk görüşe katılmaktayız. Tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralları ve kapsama alanı genişletilmiş maddi hükümler arasındaki temel fark yabancılık unsuru içeren bir uyumsuzlukta uyumsuzluğa uygulanacak hukukun bir hukuk sistemi (hakimin hukuku veya yabancı bir hukuk) uyarınca tespit edilmesi veya iç hukukta yer alan bir maddi düzenlemenin uyumsuzluklarda uygulanmasıdır. Hükmün lafzında bir kanunun hükümlerinin uygulanacağı veya bir hukukun uygulanacağını ifade edilmesi önemli bir metodolojik bir ayrıma işaret etmektedir⁶⁴.

D. UYGULANACAK HUKUKUN KAPSAMI

TTK'nin 195. maddesinde hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğuna uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı yer almaktadır⁶⁵. Söz konusu kanunlar ihtilafı kuralının uygulanabilmesi için TTK'nin 195. maddesi bağlamında açılan davada talebin hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması nedeniyle uğranılan zarardan sorumluluğa ilişkin olması gerekmektedir. Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğa uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının kapsamının tespitinde hâkim için önem arz eden husus, sözleşmeyle hâkimiyetin tesis edilip edilmediği ve zarara sebep olan işlemin hâkimiyetin kullanılmasıyla yapılan münferit bir işlem olup

61 Can ve Tuna (n 42) 115; Güngör (n 42) 64; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 21.

62 Frank Vischer, 'General Course on Private International Law' 1992 232 *Recueil des cours* 36-37; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 22, 54-55. Bu görüşe göre, TTK'nin 195. maddesi yabancılık unsuru içeren şirketler topluluğuna uygulanacak hukuku belirlemekten ziyade şirketler topluluğuna dahil şirketlerden birinin Türkiye'de olması halinde hâkimiyetten doğan sorumluluğa uygulanacak hukuka ilişkin maddi hükümleri göstermektedir: Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 22, 54-55.

63 Poroy, Tekinalp, Çamoğlu (n 2) 712; Ünal Tekinalp 'Türk Ticaret Kanununun Ortaklıklar Topluluğuna İlişkin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralı Niteliğindeki Hükümleri' (2020) 40(2) Milletlerarası Hukuk Bülteni 1709, 1713.

64 Symeon Symeonides 'Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism' (2017) 384 *Recueil des cours* 173.

65 Hâkimiyet sözleşmesi tarafı şirketler arasında sözleşmeden doğan bir uyumsuzluğun TTK'nin 195. maddesi uyarınca tespit edilen hukukun kapsamında olması için öncelikle şirketlerden birinin merkezinin Türkiye'de olması gerekmektedir. Zira düzenlemede “*bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye'de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır*” hükmü yer almaktadır. Yabancı unsurlu olmasına rağmen hâkimiyet sözleşmesi taraflarından herhangi birinin merkezinin Türkiye'de bulunmaması halinde uyumsuzluğa uygulanacak hukuk TTK'nin 195. kapsamında değil MÖHUK'un genel hükümleri uyarınca tespit edilecektir: Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 22. Hâkimiyet sözleşmesine genel hükümler uyarınca uygulanacak hukukun tespiti çalışma kapsamını aştığı ve çalışma TTK hükümleri uyarınca uygulanacak hukukun tespiti ile sınırlı olduğu için konuya yer verilmeyecektir.

olmadığıdır. Bağlı şirketi kayba uğratacak işlem örneklerinin Kanun'da düzenlendiğine değinilmişti⁶⁶. Bu gibi işlemlerden doğan zararda hâkim şirketin tarafın yönlendirmesi söz konusuysa zarardan doğan sorumluluk uygulanacak hukukun kapsamındadır. Bu bağlamda TTK'nin 195. maddesinde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen uygulanacak hukukun kapsamına, sorumluluğun şartları, sorumluluğu kaldıran ya da azaltan hâller ve zararın hesaplanması girmektedir.

E. UYGULANACAK HUKUKUN KAPSAMI DIŞINDA KALAN HALLER

1. Sözleşme Taraflarının Ehliyeti

Hâkimiyet sözleşmesine taraf olma ve sözleşme yapma ehliyetinin olup olmadığı sözleşmenin geçerliliğine ilişkin olup bu konuda ehliyete uygulanacak hukuk önem arz etmektedir. Milletlerarası özel hukukta tüzel kişilerin ehliyeti, MÖHUK'un 9. maddesinin 4. fıkrası uyarınca tespit edilecektir. Buna göre, “tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir”⁶⁷. Bu bağlamda şirketlerin hâkimiyet sözleşmesi yapma ehliyeti, hâkim ve bağlı şirketin statülerindeki idare merkezi hukukuna göre tespit edilecektir⁶⁸. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir.

Hâkimiyet sözleşmesi kurulması sonrasında şirketlerin ehliyetleri ele alınması gereken ikinci husustur. Doktrinde bir görüş, şirketler topluluğunda hâkim ve bağlı işletmelerin kendilerine ait merkezlerinin bulunması nedeniyle bağlı şirketin idare merkezinin bulunduğu yerin ehliyet konusunda yetkili olduğu, hâkim ve bağlı şirket arasındaki ilişkilerin ise bağlı şirketin statüsüne tabi olması gerektiğini savunmaktadır⁶⁹. Kural olarak hâkimiyet sözleşmesiyle hâkim şirket, bağlı şirkete talimat verme yetkisine sahip olmakla birlikte her bir şirket müstakil olarak tüzel kişiliğe sahiptir. Bu nedenle Hâkimiyet sözleşmesi tarafı şirketlerin ehliyeti MÖHUK'un 9. maddesi uyarınca bağımsız şekilde tespit edilmelidir. Ancak hâkimiyet sözleşmesi tarafı bağlı şirketin merkezinin yabancı bir ülkede olması ve hâkim şirketin merkezinin Türkiye olması varsayımında somut durum incelenerek şirketin fiilî idare merkezi Türkiye olarak ele alınabiliyorsa MÖHUK'un 9. maddesi uyarınca bağlı şirketin ehliyetine Türk hukuku uygulanabilecektir.

2. Sözleşmenin Şekli

Yabancı unsurlu hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukuk MÖHUK'un 7. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, “hukukî işlemler yapıldıkları ülke hukukunun veya hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan

66 Hâkim Şirketin Bağlı Şirketin Kaybından Sorumluluğu başlığına (n 30) bakınız.

67 Ehliyete uygulanacak hukukun kapsamına; fiil ehliyetinin başlangıcı, dereceleri, muhtevası ve kısıtlanması girmektedir.

68 Milletlerarası özel hukukta tüzel kişilerin ehliyetine uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Çelikel ve Erdem (n 42) 213-214; Doğan (n 42) 299-303; Güngör (n 42) 131-133; Nomer (n 42) 230-235; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 22; 233 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 135-139. Şirketlerin ehliyeti konusunda bakınız: Murat Alışkan, ‘İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili’ (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 207, 207-220; Serdar Kale, ‘Şirketlerin Taraf Ehliyeti’ (2021) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 119, 119-126.

69 Nomer (n 42) 232.

hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir"⁷⁰. Görüldüğü üzere, şekil konusunda kural işlemin yapıldığı yer hukuku ve işlemin esasının tâbi olduğu hukuktur.

Hâkimiyet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar daha önce değinildiği üzere kapsama alanı genişletilmiş bir hüküm niteliği taşıyan TTK'nin 195. maddesi uyarınca TTK'nin şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerine tabidir. Kapsama alanı genişletilmiş hükümler şekli kurallarını da kapsadığı için sözleşmenin şekli konusundan MÖHUK'un 7. maddesi uygulama alanı bulmayacaktır.

Hâkimiyet sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin olarak TTK ve TSY'de özel düzenlemeler bulunmaktadır⁷¹. TTK'nin 198. maddesine göre, "*hakimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilanı şarttır*". Kanun'a paralel bir düzenleme TSY'nin 106. maddesinin 2. fıkrasında da yer almaktadır. *Esas itibarıyla Kanun ve Yönetmeliğin bu hükümleri TTK'nin 195. maddesi uyarınca uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak tespit edilmesi halinde uygulama bulacak maddi hukuka ilişkin şekil kurallarıdır. Milletlerarası özel hukuk bakımından incelenmesi gereken düzenleme ise TSY'nin 106. maddesinin 3. fıkrasıdır. Buna göre, "Bu sözleşme nedeniyle talimat verme yetkisini haiz olan tarafın yerleşim yerinin veya merkezinin yurtdışında bulunması ve sözleşmenin yurtdışında düzenlenmiş olması veya yabancı hukuka tabi olması durumunda da sözleşmenin talimat alan ortaklığın merkezinin bulunduğu müdürlükte tescili gerekir"*. Bu noktada hâkimiyet sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesine ilişkin kuralın şekle veya esasa ilişkin olup olmadığı hususu değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hukuki işlemlerde şekil, hukuki işlemi oluşturan irade beyanlarının dış görünümünü⁷² bir başka deyişle iradeyi dışa açıklamak üzere kullanılan kalıp veya aracı ifade etmektedir⁷³. Türk hukukunda şekil yapılma tarzına göre adi yazılı, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil, belirli bir sicile tescil ve ilan olmak üzere beşe ayrılmaktadır⁷⁴. Türk hukukunda hâkimiyet sözleşmesinin sicile tescil ile kuralı hukuki işleme geçerlilik kazanmaktadır. Şekil şartının sicile tescil olarak belirlenmesiyle bu işlemle ilgili kişileri böyle bir durumun varlığından haberdar etmek ve bağlı şirket pay sahiplerinin, alacaklılarının ve kamu menfaati korumak amaçlanmaktadır. Bu bakımdan Yönetmelik ile düzenlenen hüküm şekle ilişkin bir kural olarak TTK'nin 195. maddesi uyarınca kapsamına giren tüm hallerde uygulanacaktır.

3. Hâkimiyetin Özenli Şekilde Kullanılması Dışında Sözleşmeden Doğan Diğer Yükümlülükler

Hâkimiyet sözleşmesi bağlı şirkete talimat verme yetkisini düzenlemekle birlikte sözleşme hâkim şirketin bağlı şirketin yönetmesi (yapılandırma ve organizasyon vb.) veya farklı konulara ilişkin

70 Milletlerarası özel hukukta şekil hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Çelikel ve Erdem (n 42) 189 vd.; Doğan (n 42) 306 vd.; Güngör (n 42) 112 vd.; Nomer (n 42) 208 vd.; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 178 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 115 vd.

71 *Tarafları, Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları* başlığına bakınız.

72 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 115.

73 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Bası, Yetkin Yayınları Ankara) 279. Şeklin amacı özel ve genel koruma olarak ayrımlı incelenmektedir. Özel korumanın kapsamına yalnızca işlemin veya sözleşmenin tarafı veya tarafları girerken; genel koruma amaçlı normların kapsamına taraflar dışındaki üçüncü kişilerin menfaatleri ile kamu menfaatleri girer.

74 Eren (n 73) 287.

edim yükümlülüklerini de içerebilir. Hâkimiyet sözleşmesinde hâkim şirkete tanınan talimat yetkisinin kapsamı bağlı şirketin yönetilmesine ilişkin olmakla birlikte hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluk yalnızca bağlı şirketin kaybına neden olan münferit işlemlere ilişkindir. Bir başka deyişle Kanun'da düzenlenen sorumluluğun kapsamına genel yönetim girmemektedir. Talimat yetkisinin kullanılması dışında sözleşmede yer alan hususlara ilişkin uyuşmazlıklar uygulanacak hukukun kapsamı dışındadır. Bu ve benzeri konulardan doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk MÖHUK'un 24. maddesindeki kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilecektir. Bu bakımdan öncelikle sözleşmede bir hukuk seçimine yer verilip verilmediği değerlendirilecektir⁷⁵. Eğer bir hukuk seçimi yoksa veya seçime etki tanınmıyorsa uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre tespit edilecektir⁷⁶.

III. HÂKİMİYET SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin kurallar MÖHUK'ta düzenlenmektedir⁷⁷. MÖHUK'un 40 vd. maddelerinde genel ve birden çok özel yetki kuralı bulunmaktadır⁷⁸. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlık MÖHUK'un özel nitelikteki yetki kurallarının kapsamına girmiyorsa yetkinin tespit edilmesinde MÖHUK'un 40. maddesi uyarınca iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları bağlamında inceleme yapılmaktadır. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin genel hüküm MÖHUK'un 40. maddesine göre, "*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder*". Bu hüküm uyarınca şirketler topluluğunda sorumluluk davasında Türk mahkemelerinin iç hukuk bakımından yetkili olup olmadığı HMK, TTK ve diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler uyarınca tespit edilecektir.

75 TSY'de hâkimiyet sözleşmesinin şekline ilişkin kuralda da "*sözleşmenin ... yabancı hukuka tabi olması*" ifadesi yer almaktadır. Hâkimiyet sözleşmesi tarafı şirketlerin merkezinin Türkiye'de bulunmaması halinde sözleşme ile kurulan ilişki kanun kapsamında yer almadığı için uygulanacak hukuk TTK'nin 195. maddesi uyarınca belirlenemeyecektir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk MÖHUK'un 24. maddesi uyarınca tespit edilecektir.

76 Sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Aslı Bayata Canyaş, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural* (Adalet Yayıncılık 2012); Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2. Bası, Vedat Kitabevi 2014); Çelikel ve Erdem (n 42) 339 vd.; Doğan (n 42) 398 vd.; Güngör (n 42) 172 vd.; Nomer (n 42) 317 vd.; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 401 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 314 vd.; Ziya Akıncı, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1992). Hâkimiyet sözleşmesine genel hükümler uyarınca uygulanacak hukukun tespiti çalışma kapsamını aştığı ve çalışma TTK hükümleri uyarınca uygulanacak hukukun tespiti ile sınırlı olduğu için konuya yer verilmeyecektir.

77 Özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinde açılan davalarda Türk hukukunun usul kuralları uygulanmaktadır: Doğan (n 42) 25; Güngör (n 42) 219; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 546; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 410. Usul hukukunda *lex fori* prensibinin kabul edilmesi nedeniyle yargılama usulü kuralları bakımından vatandaş-yabancı ayrımı bulunmamaktadır. Yargılama usulü kuralları bakımından *lex fori* prensibinin kabul edilme gerekçesinin bu kuralların kamu hukuku karakterli olmasıdır: Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 410.

78 Çelikel ve Erdem (n 42) 566-568; Güngör (n 42) 231; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 575 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 486-487.

B. HMK UYARINCA YETKİLİ MAHKEME

HMK'nin 6. maddesinde genel yetkili mahkeme düzenlenmektedir. Buna göre, “*genel yetkili mahkeme, davalı ... tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir*”. Görüldüğü üzere, yerleşim yeri kriteri tüzel kişiler için genel yetkili mahkemenin tespitinde tercih edilmektedir. HMK'nin 6. maddesine göre, davalının yerleşim yeri, Türk hukuku uyarınca tespit edilecektir⁷⁹. TMK'nin 51. maddesine göre, davalı tüzel kişinin tüzüğü veya esas sözleşmesinde bir yerleşim yerinin gösterilmemesi halinde, tüzel kişinin işlerinin yönetildiği yer (fili idare merkezi) yerleşim yeri olarak kabul edilmektedir⁸⁰. Hüküm uyarınca hâkimiyeti hukuka aykırı kullanmaktan doğan sorumluluğa ilişkin davada hâkim şirketin merkezi Türkiye'de ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır⁸¹.

İkinci kural sözleşmeden doğan davalarda yetkiye ilişkin olup konu HMK'nin 10. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, “*sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir*”. Sözleşmeden doğan davalarda sözleşmedeki edimlerden birinin ifa yeri Türkiye olarak belirlenmişse⁸² Türk mahkemelerinin sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır⁸³. Bu bağlamda hâkimiyet sözleşmesinde edim yükümlülüklerinin ifa yerinin tespit edilmesi yetkisinin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

79 Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, yerleşim yeri kavramının yorumu *lex fori*'ye tabidir. Zira burada kavram Türk usul kuralları içinde bulunmaktadır: Çelikel ve Erdem (n 42) 570; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 42) 465. Yerleşim yeri HMK'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, “*yerleşim yeri, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenir*”. Görüldüğü üzere usul hukukunda yerleşim yeri kavramı TMK uyarınca tespit edilecektir. Yerleşim yeri hakkında bakınız: Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Yerleşim Yeri* (On İki Levha Yayıncılık 2009) 1 vd.

80 Vardar Hamamcıoğlu (n 79) 122.

81 Cemile Demir Gökyayla, *Ticari Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Vedat Kitapçılık 2021) 111, 119-121. Genel yetki kuralı hakkında bakınız: Çelikel ve Erdem (n 42) 570; Doğan (n 42) 62; Nomer (n 42) 466; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 579 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 42) 465; Güngör (n 42) 233.

82 Sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin tespitinde sözleşmenin ifa edileceği yerin sözleşmede kararlaştırılmaması halinde ifa yerinin hangi hukuka göre belirleneceği konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Birinci görüş göre, yabancı unsurlu sözleşmede ifa yerinin tespiti *lex causea*'ya göre yapılacaktır: Çelikel ve Erdem (n 42) 580-581; Nomer (n 42) 471. İkinci görüşe göre, *lex causea*'ya göre ifa yerinin tespiti usul ekonomisi ilkesine aykırıdır. Bu görüşe göre, Türk usul sistemi içinde yer alan bağlama noktalarının anlam ve muhtevası kavramın ait olduğu hukuk sistemine (*lex fori*'ye) tabi olmalıdır: Begüm Süzen, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. Maddesi Kapsamında Yabancı Unsurlu Sözleşmelerden Doğan Davalarda Yetki' (2016) 11(145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1111, 1131; Güngör (n 42) 235; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 42) 471-472. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda ifa yerinin tespiti konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Demir Gökyayla (n 81) 156 vd.; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 590.

83 Sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin tespitinde hangi edimin ifa yerinin esas alınacağı doktrinde tartışmalıdır. Yabancı unsur bulunmayan sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda ifa yerinin tespitinde davacının ifasını talep ettiği şeyin esas alınacağı belirtilmektedir: Ceyda Süral, (2012), 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi' (2012) 100 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 167, 181; Hakan Pekcanitez, Muhammet Özeker, Mine Akkan ve Hülya TaşKormaz, *Medeni Usul Hukuku C. II* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 282. Yabancı unsurlu sözleşmeler bakımından ilk görüş dava konusu edimin ifa yerinin esas alınması gerektiğini savunmaktadır: Süzen (n 82) 1144. İkinci görüşe göre, sözleşmede kararlaştırılan edimlerden birinin ifa yerinin Türkiye olması mahkemenin yetkisinin tesisi için yeterli kabul edilmelidir; Duygu Ercan, *Denkleştirme Taleplerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 149; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 589; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 42) 474. Yargıtay'ın konuya ilişkin uyuşmazlıklarda yetki

Hâkimiyet sözleşmesinde somut olaya göre farklı edim yükümlülükleri kararlaştırılabilmeyle birlikte sözleşme esasen hâkim şirkete şirketler topluluğunun menfaatini gözeterek bağlı şirkete talimat verme yetkisini içermektedir. “Talimat vermenin” borçlar hukuku bakımından hukuki niteliği tartışmalı olsa da hâkim şirketin bu yetkiyi özenle kullanma yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁴. HMK’nin 10. maddesi uyarınca talimatın verildiği yerin Türkiye’de olması halinde hâkimiyet sözleşmesinden doğan sorumluluk davasında Türk mahkemeleri yetkili olacaktır. Ancak hâkim şirket ile bağlı şirketin farklı ülkelerde bulunması varsayımında ABD’de bulunan hâkim şirket tarafından bağlı şirketin ilgili yıla ilişkin işletme hedeflerinin planlanmasını içeren talimatın e-mail ile gönderilmesi halinde yetki kullanımında ifa yerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda ifa yeri TBK’nin 89. maddesinde borçlanılan edimlerin yerine getirilmesi kapsamında düzenlenmektedir. Buna göre, “*Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, aşağıdaki hükümler uygulanır; 1. Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde, 2. Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde, 3. Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde, ifa edilir*”. Görüldüğü üzere ifa kavramında edim yükümlülükleri bakımından para borçları, parça borçları ve diğer borçlar ayrımı yapılmaktadır⁸⁵. Yetki kullanımına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı için edim yükümlülüklerine ilişkin TBK’nin 89. maddesinin yetkinin kullanımına kıyasen uygulanması düşünülebilir. Talimat yetkisi diğer borçlar kapsamında değerlendirildiğinde yetkiyi kullanan tarafın yerleşim yeri ifa yeri olarak kabul edilecektir. Hâkim şirketin merkezi yabancı ülkede ise uyumsuzluk bakımından Türk mahkemelerinin HMK’nin 10. maddesi uyarınca milletlerarası yetkisi bulunmamaktadır.

C. TTK UYARINCA YETKİLİ MAHKEME

1. TTK’nin 202. ve 561. Maddeleri

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluk davasında yetki TTK’nin 202. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde düzenlenmektedir. Buna göre, “*pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı davaya, kıyas yoluyla 553, 555 ilâ 557, 560 ve 561 inci maddeler uygulanır*. Kıyas yoluyla uygulanacak hükümlerden TTK’nin 561. maddesi hukukî sorumlulukta yetkili mahkemeyi

tespitinde karakteristik edimi esas alınmasına ilişkin kararları bulunmaktadır: Yargıtay 11 HD, E 2014/2059 K 2015/712, 20.01.2015; Yargıtay 11 HD, E 2016/804 K 2016/1803 22.02.2016. Kararlar için bakınız: www.lexpera.com.tr Erişim Tarihi 15 Ekim 2022. İsviçre Medeni Usul Kanun’un 31. maddesine göre, sözleşmede doğan uyumsuzluklarda seçilmiş yetkili mahkemelerden biri karakteristik edimin ifa yeri mahkemesidir. Kanun metni için bakınız: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/zivilprozessrecht.html> Erişim Tarihi 12 Ekim 2022. Benzer yönde bir görüş için bakınız: Banu Şit Köşgeroğlu, *Milletlerarası Yetki Tesisinde İfa Yeri Kuralı* (Yetkin Yayınları 2022) 301. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK’un 40. maddesi uyarınca yer bakımından yetki kurallarıyla belirlenmektedir. Sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda yetkili mahkemeyi düzenleyen HMK’nin 10. maddesinde düzenlenmeyen bir yetki kuralının (karakteristik edimin ifa yeri) esas alınarak yetkili mahkemenin tespitinin hukuka uygun olmadığı kanaatindeyiz. Zira *karakteristik edim* kavramı uygulanacak hukukun tespiti için MÖHUK’un kanunlar ihtilafı kısmında yer alan teknik bir kavram olup HMK’nin sistematigi içinde kullanılan bir kavram değildir: Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 471.

84 Tartışma hakkında bakınız: Özcanlı (3) 71 vd.

85 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Eren (n 73) 960 vd.

düzenlemektedir. Buna göre, “*sorumlular aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir*”. Görüldüğü üzere, sorumluluk davasında yetkili mahkeme şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Bu hüküm esasen anonim şirkette hukukî sorumluluğu düzenlediği için burada bahsi geçen şirket merkezi ilgili anonim şirketin merkezidir⁸⁶. Eğer hâkim şirketin merkezi yabancı ülkede ise sorumluluk davasında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunmamaktadır. Kanun koyucu uyuşmazlıklarda Türkiye’de bir yetkili mahkeme bulunmasını temin etmek için hükmün ikinci cümlesinde özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre, “*hâkim teşebbüsün merkezinin yurt dışında bulunması hâlinde tazminat davası bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır*”. Bu hükümlerle bağlı şirketin merkezinin Türkiye, hâkim şirketin merkezinin yabancı ülkede olması durumunda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilmektedir⁸⁷. Örneğin, merkezi ABD’de olan bir şirketin, merkezi Türkiye’de olan bir şirket üzerinde tesis ettiği hâkimiyeti hukuka aykırı kullanması nedeniyle yapılan veya yapılmasından kaçınılan münferit bir işlemde doğan zararın giderilmesine ilişkin davada bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi yetkilidir.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden yetki kuralı TTK’nin 195. maddesindeki kanunlar ihtilafı kuralını işlevsel hale getirmektedir. Zira alacaklılar ve pay sahiplerine şirket zararını talep etme hakkının Türkiye’de yetkili bir mahkeme olmaksızın tanınması yalnızca şekli bir koruma sağlayacaktır. HMK’nin ilgili hükümleri uyarınca yetkili Türk mahkemesinin bulunmadığı varsayımında bağlı şirketin pay sahiplerinin ve alacaklılarının merkezi yabancı ülkede olan hâkim şirkete karşı Türkiye’de sorumluluk davası açabileceği yetkili bir Türk mahkemesi bulunmayacaktı. Yabancı devlet mahkemesinde açılan davada o devlet kanunları uyarınca tespit edilen uygulanacak hukukta Türk hukukuna benzer koruyucu bir düzenleme bulunmaması veya bağlı şirket pay sahibi veya alacaklılara dava hakkı tanınaması ihtimalinde bu kişilerin hukuken korunması mümkün olmayacaktı.

2. TTK’nin 202. Maddesinin Hukuki Niteliği

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğa ilişkin davada TTK’nin 202. maddesi uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin incelenmesinden sonra yetki kuralı ile HMK’de yer alan yetki kurallarının ilişkisine değinmek gerekmektedir.

TTK’de düzenlenen yetki kuralı hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan zararın tazmininde yetkili mahkemeyi göstermekle birlikte bu zararın kaynağı hâkimiyet sözleşmesiyle tanınan yetkilerin kullanılmasıdır. Hüküm HMK’de yer alan kurallar bakımından alternatif bir kural niteliği taşıyan kesin olmayan bir yetki kuralıdır⁸⁸. Milletlerarası usul hukuku bakımından

86 İnceleme konumuz bakımından hükümdeki ‘merkez’ hangi şirket merkezi olarak yorumlanacaktır? Bu konuda doktrinde bir görüş, hükümde geçen şirket merkezinin hâkim şirket merkezi olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır: Okutan Nilsson (n 5) 361-389.

87 Demir Gökyayla (n 81) 254; Tekinalp (n 63) 1711.

88 MÖHUK ve HMK’de kullanılan genel ve özel yetki kavramları aynı anlama gelmemektedir. Örneğin, HMK’de özel yetki kuralları genel yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmamakta, alternatif olarak düzenlenmektedir. Ancak özel ve kesin yetkiye ilişkin bir kural varsa genel yetkili mahkemenin yetkisi ortadan kalkmaktadır. MÖHUK’ta ise, özel yetkiye ilişkin kuralın kapsamına giren bir uyuşmazlıkta genel yetkiye ilişkin kural uygulanmamaktadır.

ise kuralın niteliğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülebilir. Doktrinde bir görüş, kuralın şirketler topluluğuna ilişkin uyuşmazlıklarda hâkim şirketin merkezinin yabancı ülkede olması halinde Türk mahkemesinin yetkisinin açıkça ve kesin olarak düzenlemesi nedeniyle münhasır yetki kuralı olduğunu savunmaktadır⁸⁹. Bu noktada münhasır yetki kavramı ve bir kuralın münhasır yetki kuralı kabul edilmesinin sonuçlarına değinmekte fayda bulunmaktadır.

Münhasır yetki kavramının tanımı konusunda doktrinde ve mahkeme kararlarında bir görüş birliği bulunmamaktadır⁹⁰. İç hukuktaki yer itibariyle kesin yetki kuralından farklılık gösteren münhasır yetki kurallarının münhasırlık niteliği kuralın getiriliş amacı ve kaleme alınış tarzından hareketle tespit edilmektedir⁹¹. Bir yetki kuralının münhasır yetki kuralı olarak kabul edilmesi için uyuşmazlığın münhasıran Türk mahkemelerinde görülmesi mutlak önem taşıması, uyuşmazlığın yabancı bir ülke mahkemesinde çözümlenmesinin hukuken kabul edilememesi⁹² ve bunun için Türkiye’de her daim hazır bir mahkeme bulundurulması gerekmektedir⁹³. Münhasır yetki kuralının kapsamına giren uyuşmazlıklarda karar verme konusunda yalnızca mahalli devletin menfaatinin bulunması gerekmektedir⁹⁴. Milletlerarası usul hukuku bakımından bir kuralın münhasır yetki kuralı kabul edilip edilmemesi bakımından farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

İlk olarak hâkimiyet sözleşmesinin tarafları sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda daha gelişmiş hukuk sistemine sahip olan veya taraflarla bağlantısı olmayan bir devletin mahkemelerinin yetkili olmasını kararlaştırabilir⁹⁵. Ancak MÖHUK’un yetki anlaşması ve sınırları başlıklı 47. maddesine göre, “*yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler*”. Görüldüğü üzere, düzenleme uyarınca hâkimiyet sözleşmesi taraflarının yabancı devlet mahkemelerinin yetkisine ilişkin bir sözleşme yapmaları halinde eğer

89 İrge Erdoğan (n 54) 142; Özkan (n 56) 136, 142.

90 Emre Esen, ‘Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı’ (2022) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 183, 183 vd.

91 Demir Gökyayla (n 81) 23; Doğan (n 42) 127; Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Usul Hukuku* (3. Bası, Adalet Yayınevi 2022) 348; Nomer (n 42) 525; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 627; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 660. Yargıtay kararlarında münhasır yetki kuralları, “... *Devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümranlık haklarının kullanılmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır. Burada önemli olan, Türk hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığı yetki kuralının ifadesinden ve kuruluş gayesinden hareketle belirlenebilir*”. Yargıtay HGK, 543/1286, 29.04.2015 karşı oy yazısı, Yargıtay 8. HD, 2899/11513, 26.09.2017, Yargıtay 8. HD 2017/6609/1418, 26.09.2017, Yargıtay 18. HD, E 2013/19774 K 2014/6261, 07.04.2014. Kararlar için bakınız: www.lexpera.com.tr Erişim Tarihi 25 Ekim 2022.

92 Esen (n 90) 187.

93 Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 627.

94 Esen (n 90) 187. MÖHUK ve Mülga MÖHUK’un hükümlerinin münhasır yetki bağlamında değerlendirmesi hakkında bakınız: Ibid 188-203; Melis Aşşar, *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi* (On iki Levha Yayıncılık 2021) 357-361. Karşılaştırmalı hukuk hakkında bakınız: Ibid 362-364.

95 Bu davanın bağlı şirket tarafından açılması açık olarak düzenlenmese de bağlı şirketin dava açma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Burada yetki sözleşmesi yapılırsa dahi yetki sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmili söz konusu olmayacağı için bağlı şirket pay sahipleri ve alacaklıların Türk mahkemelerinde dava açma imkânı hukuken etkilenmemektedir.

TTK'nin 202. maddesinde yetki kuralının münhasır nitelikte olduğu kabul edilirse yetkiye ilişkin sözleşme Türk hukuku bakımından etki doğurmayacaktır.

İkinci olarak hâkimiyet sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa ilişkin yabancı devlet mahkemelerinde dava açılması ve davanın sonuçlanması durumunda yabancı mahkeme kararının Türkiye'de icra edilmesi için Türk mahkemesinde tenfiz edilmesi gerekecektir. MÖHUK'un 54. maddesi uyarınca "...İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması" yabancı ülke mahkemesinde verilen kararın Türk mahkemelerinde tenfiz edilme şartlarından biridir. Bu durumda eğer TTK'nin 202. maddesindeki yetki kuralının münhasır yetki kuralı niteliğinde olduğu kabul edilirse yabancı mahkeme tarafından verilen karar bağlı şirket lehine olsa dahi yabancı kararın Türk mahkemelerinde tenfiz edilebilmesi mümkün değildir⁹⁶. Görüldüğü üzere bir yetki kuralının münhasır yetki kuralı olarak nitelendirilmesinin tarafların ilgili uyuşmazlık konusunda yabancı mahkemelerin yetkili kılan bir sözleşme yapamaması veya yabancı ülke mahkemelerinden bu konuda verilen kararın Türkiye'de tenfiz edilememesi gibi iki önemli sonucu bulunmaktadır⁹⁷. Benzer bir husus tarafların tahkim sözleşmesi yapması ve hakem kararının Türkiye'de tenfiz edilmesi bakımından da tartışılacaktır. Sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için tahkim sözleşmesi yapabilmesi öncelikle uyuşmazlığın tahkime elverişli olması şartına bağlıdır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK) 1. maddesinin 4. fıkrasında konuya ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, "*Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda*" MTK uygulanmayacaktır. Buna paralel olarak MTK'nin 15. maddesi uyarınca uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması bir iptal sebebidir. Ayrıca MÖHUK'un 62. maddesinde Türk hukukuna göre uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması bir tenfiz engeli olarak düzenlenmektedir. Doktrinde tahkime elverişlilik tespitinde kamu düzeni ve müdahaleci kuralların yanı sıra münhasır yetki kurallarının da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁹⁸. Bu görüş, münhasır yetki kuralının tahkime elverişliliği engelleyecek şekilde ele alınabilmesi için kuralın özel hukuki yararı koruması gerektiğini savunmaktadır⁹⁹.

96 Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfiz edilmesi hakkında bakınız: Begüm Süzen, *Tanınma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 5 vd.; Hatice Selin Pürselim ve Can Yöney, 'Türk Hukukunda Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (2022) 42(1) Public and Private International Law Bulletin 357, 357 vd.; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 713 vd.; Uğur Tütüncübaşı, 'Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Yabancı Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (2017) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1525, 1525 vd.

97 Avşar (n 94) 195-197, 361; Can ve Tuna (n 91) 162 vd., 347 vd.; Çelikel, Erdem (n 42) 645-646, 749 vd.; Doğan (n 42) 80-81, 126 vd.; Fügen Sargın, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin Yayıncılık 1996) 161; Güngör (n 42) 255, 281-282; Mustafa Erkan, 'Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki' (2012) 20(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 11, 15; Nomer (n 42) 490, 525 vd.; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 42) 627, 730; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 42) 519, 659-660. Yabancı ülke mahkemesinde hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğa ilişkin bir davada ilgili devletin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca Türk hukukunun uygulanması da ihtimal dahilindedir. Bu bakımdan konuya ilişkin yetki kuralını münhasır yetki olarak nitelendirmenin kanunun amacına uygunluğu duraksamaya neden olmaktadır.

98 Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat Yayıncılık 2010) 94; Hüseyin Akif Karaca, 'Tahkime Elverişlilik: İflas ve Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıkları' İç Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş (Edr) Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Panelleri Serisi Cilt 1 (On İki Levha Yayıncılık 2020) 393, 398.

99 Karaca (n 98) 398.

Düzenlemenin amacı bakımından yapılacak değerlendirmede hâkimiyet sözleşmesinde sözleşme taraflarının hâkim ve bağlı şirket olduğu ancak kanunda dava açma hakkının bağlı şirketin pay sahiplerine ve alacaklılarına da tanındığına dikkat edilmelidir. Hâkimiyet sözleşmesinde yetki veya tahkim şartının bulunması halinde bu şartlar Türk mahkemelerinde dava açan bağlı şirket pay sahiplerine ve alacaklılarına karşı sözleşme tarafı olmadıkları için ileri sürülemeyeceğinden bu kişilerin Türk mahkemelerinde dava açma imkânı etkilenmemektedir. Bunun yanı sıra davada ileri sürülen talep zararın tazminidir. Konusu para olan davalarda bu davalara ilişkin yetki kurallarının münhasır yetki kuralı olarak nitelendirilmesi milletlerarası ticaret gerçeklerine uygun düşmemektedir. Şirketler topluluğunda hâkim şirket talimat yetkisini kullanmak için işin doğası gereği bağlı şirketin ticari faaliyetine ilişkin tüm bilgi ve sırlarına hakimdir. Bu bakımdan ticari sırların korunması amacıyla tarafların uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yargılamasını tercih etmeleri mümkündür. Açıklanan bu gerekçelerle yetkiye ilişkin hükmün münhasır yetki kuralı niteliğinde değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Hâkimiyet sözleşmesi, bir şirketin bir başka bir sermaye şirketinin yönetimine ilişkin kayıtsız şartsız talimat yetkisi veren sözleşme olup TTK'nin 195. maddesinde şirketler topluluğuna ilişkin hukukî kontrol araçlarından biri olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin unsurları kanunda düzenlenmemekle birlikte Kanun gerekçesinde sözleşmenin borç sözleşmesi niteliğinde olduğu belirtilmektedir.

Hâkimiyet sözleşmesinde yabancılık unsuru taraflarından birinin merkezinin yabancı ülkede bulunması halinde görülmektedir. Bu durumda sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin bir tarafının merkezinin yabancı bir ülkede diğer tarafının merkezinin Türkiye'de bulunması halinde hâkimiyet sözleşmesinden kaynaklanan hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk TTK'nin 195. maddesi uyarınca tespit edilecektir. Hüküm milletlerarası özel hukuk bakımından kanunlar ihtilafı kuralı niteliğindedir. Düzenleme uyarınca uygulanacak hukuk TTK'nin şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeleridir. Uygulanacak hukukun kapsamına hâkimiyet sözleşmesinde tanınan talimat yetkisinin hukuka aykırı kullanımından doğan münferit zararlardan sorumluluk girmektedir. Sözleşme taraflarının ehliyeti ve sözleşmeden kaynaklanan diğer uyuşmazlıklar uygulanacak hukukun kapsamı dışındadır.

Hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukuk MÖHUK'un 7. maddesi uyarınca tespit edilmektedir. Ancak TTK'nin 195. maddesi kapsama alanı genişletilmiş maddi bir hüküm olarak şekil kurallarını da kapsadığı için hâkimiyet sözleşmesinin şekli bakımından MÖHUK'un 7. maddesi uygulanmayacaktır. TSY'nin 106. maddesinde hâkimiyet sözleşmesinin şekline ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Düzenlemede hâkimiyet sözleşmesinde yabancılık unsuru bulunda dahi sözleşmenin bağlı şirket merkezinin bulunduğu müdürlükte tescil edileceği belirtilmektedir. Düzenleme TTK'nin 195. maddesi uyarınca kapsama alanına giren tüm konularda uygulama alanı bulacaktır.

Yabancı unsurlu hâkimiyet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK'un 40. maddesi uyarınca iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre tespit edilecektir. Bu bakımdan hâkimiyet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkiye ilişkin HMK ve TTK'deki yetki kuralları incelenmiştir. TTK'nin 202. maddesinde hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumlulukta TTK'nin 561. maddesinin kıyasen uygulanacağı düzenlenmektedir. Bu hükme göre, sorumlular aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Eğer hâkimiyet sözleşmesi tarafı olan hâkim şirketin merkezi yabancı bir ülkedeysse sorumluluk davasında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunmayacaktır. Kanun koyucu konuya ilişkin Türkiye'de yetkili bir mahkemenin bulunmasını temin etmek amacıyla TTK'nin 202. maddesinde, hâkim teşebbüsün merkezinin yurt dışında bulunması hâlinde tazminat davasında bağlı şirketin merkezinin yetkili olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu hüküm ile bağlı şirketin merkezinin Türkiye'de hâkim şirketin merkezinin yabancı ülkede olması durumunda hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis edilmektedir. Yetki kuralının münhasır yetki niteliğinde olduğuna ilişkin görüşler bulunmakla birlikte düzenleniş amacı, içeriği ve münhasır yetkinin hukuki sonuçlarına ilişkin yapılan değerlendirme sonucunda yetki kuralının münhasır yetki niteliğinde olmadığı kanaatine varılmıştır.

KAYNAKÇA

- Akıncı Z, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1992).
- Alışkan M, 'İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili' (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 207-220.
- Atakan MC, *Şirketler Topluluğunda Hakimiyet* (Aristo Yayınevi 2021).
- Avşar M, Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi (On iki Levha Yayıncılık 2021).
- Aybay R ve Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması Kanunlar İhtilafı* (2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).
- Aygün M, 'Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü' (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1025-1066.
- Aygül M, *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti* (Seçkin Yayıncılık 2007).
- Bayata Canyaş A, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural* (Adalet Yayıncılık 2012).
- Can H ve Tuna E, *Milletlerarası Özel Hukukun Esasları* (2. Bası, Adalet Yayınevi 2022).
- Can H ve Tuna E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (3. Bası, Adalet Yayınevi 2022)
- Can MÇ, *Hakimiyet Sözleşmesi* (Adalet Yayınevi 2020).
- Cheshire GC, North P and Fawcett J, *Private International Law* (eds) James Fawcett and Paul Torremans (15th Edition, Oxford University 2017).
- Çakır Çelebi FB, 'Şirketler Topluluğunda Hakim Teşebbüs' (2018) 4(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 19-32.

- Çebi H, 'Alman ve İsviçre Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek Elden Yönetim Kavramı' (2013) 17(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 235-253.
- Çebi H, *İşletme Sözleşmeleri* (Adalet Yayınevi 2014).
- Çelikel A ve Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Bası, Beta Basım 2021).
- Demir Gökyayla C, *Ticari Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, (Vedat Kitapçılık 2021).
- Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2. Bası, Vedat Kitabevi 2014).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7. Bası, Savaş Yayınevi 2021).
- Eminoğlu C, 'Kuram-Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hakimiyet İlişkileri-TTK'nin Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ve TSY m. 105 Bağlamında Bir İnceleme', iç İbrahim Bektaş (edr), XXXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2017) 11-64.
- Ercan D, *Denkleştirme Taleplerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Bası, Yetkin Yayınları Ankara).
- Erkan M, 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' (2011) 14(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-121.
- Erkan M, 'Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki' (2012) 20(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 11-51.
- Esen E, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması* (Beta 2012).
- Esen E, 'Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı' (2022) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 183-206.
- Forum Europeum Corporate Group Law, 'Corporate Group Law for Europe' (2000) 1 *European Business Organisation Law Review* 165-264.
- Göğer E, *Devletler Hususi Hukuku* (4. Bası, Sevinç Matbaası 1977).
- Göktürk K, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları – Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından –* (2. Bası Seçkin Yayıncılık 2022).
- Grundman S, *European Company Law* (Intersentia 2007).
- Güner C, 'Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk' (2020) 8 (15) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 229-272.
- Güngör, G, (2008), 'Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku Düşünsel Temeller' 2008 57(2) AÜHFHD 115-132.
- Güngör G, *Tâbiyet Hukuku* (5. Bası, Yetkin Yayınları 2017).
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021).
- Gürbüz Usluel A, 'Şirketler Topluluğunda Denkleştirme' (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 281-308.
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat Yayıncılık 2010).
- Huysal B ve Süzen B, 'Yabancılık Unsuru Taşıyan Boşanmaların Şekli' (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin 1199-1222.
- İrge Erdoğan B, 'Uluslararası Şirketler Topluluğunda Hakim Şirket ile Bağlı Şirket Arasında Doğabilecek Sorumluluk Davalarında Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme' (2019) 8(1) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 117-150.
- İyigün S, 'Şirketler Topluluğu ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İlkesi' (2015) 13(145) Legal Hukuk Dergisi 1-25.

- Kale S, 'Şirketlerin Taraf Ehliliyeti' (2021) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 119-126.
- Karaca HA, 'Tahkime Elverişlilik: İflas ve Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıkları' İç Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş (edr), Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Panelleri Serisi Cilt 1 (On İki Levha Yayıncılık 2020) 393-412.
- Karaman Coşgun Ö, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları' (2015) 1(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 107-166.
- Karataş Durmuş N, 'Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları' (2015) 2 Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 71-84.
- Kavlak B, *Uluslararası Şirket Birleşmeleri* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Kök İ, 'Şirketler Topluluğu', (2015) 15 Legal Banka Finans Hukuku Dergisi 1-18.
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (23. Bası, Beta Basım 2021).
- Okutan Nilsson G, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirket Topluluğu Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2009).
- Özcanlı FB, *Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Özdemir Kocasalak H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001).
- Özel S, 'Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi' (1999-2000)19-20 Milletlerarası Hukuk Bülteni 733-768.
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS ve Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (On İki Levha Yayıncılık 2022).
- Özkan G, *Çok Uluslu Şirketler, Türkiye'de Sorumluluk Davalarına Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlık Çözümü* (Yetkin Yayıncılık 2022).
- Pala, G, 'Anonim Şirketlerde Hukukunda Hakim Şirket Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Koç Üniversitesi 2019).
- Pekcanitez H, Özkes M, Akkan M ve TaşKormaz H, *Medeni Usul Hukuku C. II* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II* (13. Bası, Vedat Yayıncılık 2017).
- Pulaşlı H, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirket Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu' (2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 259-277.
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi* (3. Bası, Adalet Yayınevi 2018).
- Pürselim HS ve Yöney C, 'Türk Hukukunda Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (2022) 42(1) Public and Private International Law Bulletin 357-390.
- Pürselim Arning HS *İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha Yayıncılık 2022).
- Robertson AH, *Characterization in the Conflict of Laws* (Harvard University Press 1940).
- Sargın F, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin Yayıncılık 1996).
- Süral C, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi' (2012)100 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 167-216.
- Süzen B, *Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (On İki Levha Yayıncılık 2016).
- Süzen B, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. Maddesi Kapsamında Yabancı Unsurlu Sözleşmelerden Doğan Davalarda Yetki' (2016) 11(145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1111-1146.
- Symeonides S. 'Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism' (2017) 384 *Recueil des cours*.

- Şanlı C, Esen E ve Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Bası, Beta 2021).
- Şit Köşgeroğlu B, *Milletlerarası Yetki Tesisinde İfa Yeri Kuralı* (Yetkin Yayınları 2022).
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2020).
- Tekinalp G ve Uyanık Çavuşoğlu A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (11. Bası, Vedat Kitapçılık 2011).
- Tekinalp Ü, 'Right of Action under the Draft Turkish Corporate Group Law, Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis' in Kunz, P. V. (eds), *Festschrift für Roland von Büren*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag (Helbing Lichtenhahn Verlag 2009) 153-184.
- Tekinalp Ü, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi', İç Ömer Teoman (ed), Hüseyin Hatemi'ye Armağan C. II (Vedat Yayıncılık 2009) 1543-1556.
- Tekinalp Ü, 'Türk Ticaret Kanununun Ortaklıklar Topluluğuna İlişkin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralı Niteliğindeki Hükümleri' (2020) 40(2) Milletlerarası Hukuk Bülteni 1709-1713.
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (3. Bası Vedat Kitapçılık 2013).
- Tiryakioğlu B, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996).
- Tütüncübaşı U, 'Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Yabancı Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (2017) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1525-1551.
- Uluocak N, *Kanunlar İhtilafı Yasama Yetkisi Kuralları* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1971).
- Ünal ZÖ, 'Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Durumunda Tazminat Davası' (2014) 3 (11) Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi 85-115.
- Vardar Hamamcıoğlu G, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Yerleşim Yeri* (On İki Levha Yayıncılık 2009).
- Vischer F. 'General Course on Private International Law' 1992 232 *Recueil des cours*.
- Vural Çelenk B, 'Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması' (2017) 3 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 284-285.
- Yanlı V, 'Hakimiyet Sözleşmeleri' (2013) 3(1) Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, 3-18.
- Yarar G, *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Yavuz M, 'Türk Hukukunda Hakimiyet Sözleşmeleri' (2020) 7(21) Gümrük Ticaret Dergisi 44-53.
- Yılmaz A ve Dülgerler M, 'Hakimiyet Sözleşmelerinde Tarafların Sorumluluk ve Yükümlülükleri' (2016) (Summer) GSI, <https://www.goksusafiisik.av.tr/Articleletter> Erişim Tarihi 5 Ekim 2022 179-190.
- Yöney C, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Yücel YF 'Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme' (2010) 91 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 335-357.

01.01.2020 Tarihli İsviçre Zamanaşımı Hukuku Revizyonu Kapsamında İsviçre Borçlar Kanunu'nda Haksız Fiil ve Sözleşme Sorumluluğu Zamanaşımı (Özellikle Ölüm ve Bedensel Zararlarda Maddi ve Manevi Tazminat Talepleri) (İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 60 ve OR m.128a)

Prescriptive Periods for Tort and Contract Liability under the Swiss
Code of Obligations within the Scope of the Swiss Revision of the Law on
Prescriptive Periods dated 01.01.2020 (Especially Claims for Damages
or Satisfaction in Cases of Death and Injury) (Swiss Code of Obligations
(OR) Art. 60 and OR Art. 128a)

Canan YILMAZ^{*} 

ÖZ

İsviçre'de yüzyılı aşkın süredir yürürlükte olan ve artık güncelliğini yitirmiş olan zamanaşımı hükümleri uzun süredir gündemde olan "Zamanaşımı Revizyonu" ile nihayet 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2014 yılında asbest mağdurları karşısında İsviçre'yi zamanaşımı hükümleri nedeniyle mahkûm etmesi İsviçre kanun koyucusu üzerinde özellikle geç sonra ortaya çıkan zararlara ilişkin zamanaşımı süresinin uzatılması yönündeki baskıyı önemli ölçüde arttırmıştır. Zira, AHİM kararında; ölüm ve bedensel zararlara ilişkin maddi ve manevi tazminat alacakları ve özellikle geç ortaya çıkan zararlar açısından zamanaşımı süreleri dikkate alındığında, henüz zarar dahi ortaya çıkmadan alacakların zamanaşımın uğraması tehlikesine vurgu yapılmıştır. Öğretide; "Asbest Kararı" olarak nitelendirilen bu karar, zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesinde de önemli bir rol oynamış ve Revizyonun dayandığı temellerden birini oluşturmuştur.

Yeni zamanaşımı hukukunun temelinde, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumlulukta öngörülen zamanaşımı sürelerinin uzatılması ve kısmen yeniden düzenlenmesinin yanı sıra, zamanaşımı sürelerinin yeknesaklaştırılması da yer almaktadır. Bu bağlamda; 2020 Revizyonu kapsamında öncelikle nispi zamanaşımı süresi, haksız fiil sorumluluğunda üç yıla çıkartılmıştır (OR m.60/I). Aynı durum sebepsiz zenginleşmedeki nispi zamanaşımı süresinin üç yıla çıkarılması açısından da geçerlidir (OR m.67). Buna karşılık, kanun koyucu OR m. 60/I'de öngörülen on yıllık olağan zamanaşımı süresini değiştirmemiştir. Ancak OR m.60/I'e eklenen yeni bir hüküm ile "ölüm ve bedensel zararlar" açısından maddi ve manevi tazminat talepleri için yirmi yıllık mutlak bir zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Bu hükmün, Revizyonla ilk defa düzenlenen OR m.128a'nın karşılığı olduğu kabul edilmektedir ki yeni OR m. 128a İsviçre öğretisi tarafından Revizyondaki en önemli yenilik ve gelişme olarak nitelendirilmektedir. 2020 Revizyonu ile sözleşme sorumluluğunda, sözleşmeye aykırılık sebebiyle ortaya çıkan bedensel zarar veya ölüme ilişkin maddi ve manevi tazminat alacakları açısından yeni OR m 128a'da üç yıllık nispi zamanaşımı süresinin yanında yirmi yıllık mutlak bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-0860-7697.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Canan YILMAZ

E-posta/E-mail: canan.yilmaz@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 20.12.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 17.02.2023

Böylece; kişiye ilişkin zararlarda (ölüm ve bedensel zarar); sözleşme sorumluluğu ile sözleşme dışı sorumlulukta zamanaşımı süreleri yeknesaklaştırılmış ve eşitlenmiştir ki bu gelişme, öğretide son derece olumlu karşılanmıştır. Özellikle geç ortaya çıkan zararlar açısından, mutlak zamanaşımı süresi artık 20 yıllık mutlak zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Kanun koyucu, üç yıllık nispi zamanaşımı süresinin başlangıcını; sübjektif bir kritere, yani zarar görenin, zararın öğrenme anına bağlamıştır. Buna karşılık, 20 yıllık mutlak zamanaşımı süresi ise objektif bir kriter olan “zarar verici davranışın meydana geldiği veya sona erdiği günden itibaren” işlemeye başlayacaktır. Öğretide haklı olarak, özellikle geç ortaya çıkan zararlar bakımından; önemli olanın zamanaşımının süresinden ziyade sürenin işletilmeye başladığı an olduğuna vurgu yapılmaktadır. Bunun dışında; ceza davalarındaki daha uzun zamanaşımı süresinin, hukuk davaları için de geçerli olduğunu öngören OR m. 60/II yeniden düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İsviçre Zamanaşımı Hukuku Revizyonu, Sözleşme Sorumluluğu ve Sözleşme dışı Sorumlulukta Zamanaşımı Sürelerinin Yeknesaklaştırılması, Nispi ve Mutlak Zamanaşımı Süreleri, Ölüm ve Bedensel Zararlarda Maddi ve Manevi Tazminat Talepleri, Geç Ortaya Çıkan Zararlar

ABSTRACT

The prescription provisions, which have been in force in Switzerland for more than a century and are now outdated, finally entered into force on 1 January 2020 with the “Revision of the Law on Prescriptive periods”, which has been on the agenda for a long time. The conviction of Switzerland by the European Court of Human Rights in 2014 against asbestos victims due to the prescriptive periods has significantly increased the pressure on the Swiss legislator to extend the law on prescriptive periods, especially for late-occurring damages. In the judgement of the ECHR, when the prescriptive periods for pecuniary and non-pecuniary damages for death and personal injury and especially for late-occurring damages are taken into consideration, emphasis was placed on the danger of the claims becoming extinguished before the damage has even occurred. This decision, characterised as the “Asbestos Decision” in the doctrine, played an important role in the amendment of the prescriptive periods and constituted one of the pillars on which the Revision was based.

The new Law on Prescriptive periods is based on extending and partially re-regulating the law of prescriptive periods for contractual and non-contractual liability, as well as the uniformization of the law of prescriptive periods. In this context, within the scope of the 2020 Revision, firstly, the relative prescriptive period was increased to three years in tort liability (Swiss Code of Obligations (OR) Art. 60/I). The same applies to the increase of the relative prescriptive period in unjust enrichment to three years (OR Art.67). On the other hand, the legislator did not change the ordinary prescriptive period of ten years prescribed in (OR) Art. 60/I. However, a new provision added to Art. 60/I of the Swiss Code of Obligations regulates an absolute prescriptive period of twenty years for claims for pecuniary and non-pecuniary damages for “death and personal injury”. It is accepted that this provision is the corresponding provision of Swiss Code of Obligations (OR) Art. 128a, which was regulated for the first time with the Revision, and the new OR Art. 128a is considered by the Swiss doctrine as the most significant innovation and improvement in the Revision. With the 2020 Revision, an absolute prescriptive period of twenty years has been envisaged in addition to the three-year relative prescriptive period in the new OR Art. 128a for pecuniary and non-pecuniary damages for personal injury or death arising from breach of contract in contractual liability.

Thus, prescriptive periods for personal damages (death and personal injury) for contractual liability and non-contractual liability have been uniformised and equalised, and this development has been welcomed by the doctrine. Especially for damages that arise and occur late (long-term damages) the absolute prescriptive period will now be subject to an absolute prescriptive period of 20 years.

The legislator has bound the commencement of the three-year relative prescriptive period to a subjective criterion, i.e. the moment the injured party becomes aware of the damage. On the other hand, the absolute prescriptive period of 20 years shall start to run from the day “the damaging behaviour occurs or ends”, which is an objective criterion. In the doctrine, it is rightly emphasised that what is important, especially in terms of late-occurring damages, is the moment when the prescriptive period starts to run, rather than the duration of the prescriptive period.

In addition, Art. 60/II of the OR, which envisages that the longer prescriptive period in penal cases is also valid for civil cases, has been re-regulated.

Keywords: Swiss Revision of the Law on Prescriptive Periods, Uniformization of the Prescriptive periods within Contractual and Non-Contractual Liability, Relative and Absolute Prescriptive periods, Claims for Damages or Satisfaction in cases of Death and Injury, Long-term Damages.

I. GİRİŞ

İkibinli yılların başından itibaren, 2001 yılında Almanya'da, 2008 yılında Fransa'da ve 2007 yılında Danimarka'da olduğu gibi, uluslararası düzeyde zamaşımı hukukunu gözden geçirme eğilimi oluşmuştur. İsviçre zamaşımı hukuku da 2020 yılına kadar esaslı bir reforma tabi tutulmamış daha ziyade içtihat hukuku tarafından şekillendirilmiş ve geliştirilmiştir. Ancak, İsviçre'de de zamaşımı yasasının güncellenmesine ihtiyaç duyulmuştur¹.

İsviçre'de zamaşımı süresinin yeniden gözden geçirilmesi uzun zamandır gündemdeydi. Konuya ilişkin ivme, 2006 yılında yasal zamaşımı süresinin uzatılmasını talep eden iki parlamento girişiminden gelmiştir². Böylece zararları ancak çok uzun bir süre sonra ortaya çıkan zarar gören tarafların, sorumluluk hukuku kapsamındaki taleplerini zamaşımı engeline takılmadan ileri sürebilmeleri mümkün kılınacaktı³. 1999 yılında başlayan ve on yıldan fazla süren zorlu bir gelişim sürecinin ardından revizyon projesi birden fazla kez başarısız olma tehlikesiyle karşı karşıya kalsa da⁴, İsviçre Parlamentosu 15 Haziran 2018 tarihinde özel hukukta zamaşımı süresi revizyonunu kabul etti⁵. Söz konusu yeni Zamaşımı Hukuku 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶.

1 Isabelle Wildhaber and Sevdâ Dede, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Verjährung*, Art. 127-142 OR, *Vorbemerkungen zu Art 127-142 OR / I. – IV.* (Stämpfli Verlag 2021) 19, N 38.

2 Walter Fellmann, 'Das neue Verjährungsrecht' (2020) 156 *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 201.

3 Parlamentarische Initiative 06.404 «Verjährungsfristen im Haftpflichtrecht», eingereicht am 15. März 2006 von Nationalrätin Bea Heim; Parlamentarische Initiative 06.473 «Asbestopfer. Schliessen der Lücken in der heutigen Gesetzgebung», eingereicht am 6. Oktober 2006 von Nationalrat Filippo Leutenegger; Frédéric Krauskopf, 'Die Verjährung der Delikts und der Vertragshaftung' in Walter Fellmann (ed), *Das neue Verjährungsrecht Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern* (Stämpfli 2019) 9.

4 Frédéric Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht? Bericht zur laufenden Verjährungsrechtsrevision', in Walter Fellmann and Stephan Weber (eds), *Haftpflichtprozess 2016: Dokumentations und Aufklärungspflicht im Arzthaftungsrecht, Beweiserleichterungen, Produkthaftung, Verjährung und gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Haftpflichtrecht* (Schulthess 2016) 51 ff.; Frédéric Krauskopf, 'Es ist noch nicht aller Tage Abend! / Tout peut encore changer!' (2017) 4 *Haftung und Versicherung* 343 ff.; Frédéric Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht – Zielgerade oder Sackgasse?' (2014) 1 *Haftung und Versicherung* 66 ff.

5 BBl 2018 3537 ff.

6 AS 2018 5343, 5347.

II. 2020 REVİZYONUyla ZAMANAŞIMI SÜRELERİNDEKİ ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLERE GENEL BAKIŞ

Yeni zamanaşımı hukukunun temelinde, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin zamanaşımı sürelerinin uzatılması ve kısmen yeniden düzenlenmesinin⁷ yanı sıra, zamanaşımı sürelerinin yeknesaklaştırılması da yer almaktadır. Bu amaçla, revizyon sürecinde kanunda öngörülen diğer zamanaşımı süreleri de; bu anlamda sebepsiz zenginleşmedeki zamanaşımı süresinde (Obligationenrecht/OR m. 67)⁸ olduğu gibi yeknesak hale getirildi⁹.

Zamanaşımı revizyonu kapsamında, zamanaşımı sürelerine ilişkin öne çıkan en önemli maddeler, – özel kanunlardaki düzenlemelerin yanı sıra–, haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımını düzenleyen OR m. 60, aynı şekilde sebepsiz zenginleşmede OR m.67/I ve sözleşme sorumluluğunda tamamen yeni bir hüküm olan OR m. 128'dir.

Bu bağlamda; 2020 Revizyonu kapsamında öncelikle nispi zamanaşımı süresi, haksız fiil sorumluluğunda üç yıla çıkartılmıştır (OR m.60/I). Aynı durum sebepsiz zenginleşmedeki nispi zamanaşımı süresinin üç yıla çıkarılması açısından da geçerlidir (OR m.67). Buna karşılık, kanun koyucu OR m. 60/I'de öngörülen on yıllık olağan zamanaşımı süresini değiştirmemiştir. Ancak OR m.60/I'e eklenen yeni bir hüküm ile “ölüm ve bedensel zararlar” açısından maddi ve manevi tazminat talepleri için yirmi yıllık mutlak bir zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Bu hükmün, yeni düzenleme olan OR m.128'a'nın karşılığı olduğu kabul edilmektedir¹⁰.

Sözleşme sorumluluğunda, 2020 Revizyonu ile; sözleşmeye aykırılık sebebiyle ortaya çıkan bedensel zarar veya ölüme ilişkin maddi ve manevi tazminat alacakları açısından yeni OR m 128'da üç yıllık nispi zamanaşımı süresinin yanında yirmi yıllık mutlak bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

2020 Revizyonu ile birlikte eğer kişiye ilişkin zarar (bedensel zarar ve ölüm) sözleşme kusurundan kaynaklanıyorsa, tazminat alacağı, olağan zamanaşımı süresini düzenleyen OR m.127'nin uygulama alanından çıkarılmakta ve sözleşme dışı tazminat taleplerine benzer bir sisteme tabi tutulmaktadır¹¹. Böylece; kişiye ilişkin zararlarda (ölüm ve bedensel zarar); sözleşme sorumluluğu ile sözleşme dışı sorumlulukta zamanaşımı süreleri yeknesaklaştırılmış ve eşitlenmiştir ki bu gelişme, öğretilerde son derece olumlu karşılanmıştır¹². Özellikle geç ortaya çıkan zararlar açısından, mutlak zamanaşımı süresi artık 20

7 Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014 235 ff., 287.

8 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 15. Juni 2018 (Revision des Verjährungsrechts), in Kraft seit 1. Jan. 2020 (AS 2018 5343; BBl 2014 235). https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de. accessed 15 January 2023. (Erişim tarihi: 15.12.2022)

9 Krauskopf, 'Die Verjährung der Delikts und der Vertragshaftung' (n 3) 9.

10 Bkz. Pascal Pichonnaz, 'Das revidierte Verjährungsrecht: Drei bemerkenswerte Punkte' (2019) 115 Schweizerische Juristen-Zeitung 739, 740, 741.

11 İbid 741.

12 İbid 741; Isabelle Wildhaber and Sevda Dede, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Verjährung, Art. 127-142 OR, Art 128a OR / I. Allgemeines, OR 128a* (Stämpfli Verlag 2021) 180; Fellmann, 'Das neue Verjährungsrecht' (n 2) 213; Michel Verde, 'Neues Jahrzehnt – neues Verjährungsrecht' (2020) Aktuelle Juristische Praxis 171, 172 ff. 854;ber (n 33) Rey/ ecektir.; gsd

yıllık mutlak zamanasımı süresine tabi olacaktır, Bunun dışında; ceza davalarındaki daha uzun zamanasımı süresinin, hukuk davaları için de geçerli olduğunu öngören OR m. 60/II yeniden düzenlenmiştir.

Yeni OR m. 136'ya göre sadece alacaklının, müteselsil borçlulardan birine yönelik bir fiili tüm müteselsil borçlulara karşı zamanasımı süresini keser. Buna karşılık, örneğin bir müteselsil borçlunun borcu kabul etmesi, diğerlerine karşı zamanasımı süresini kesmez. Kanun koyucu böylece doktrinde yaygın şekilde tartışılan borç ikrarının birlikte borçlu olunan taraflar bakımından da geçerlilik taşıyıp taşımadığı tartışmasına son vermiştir. Bu konu tartışmalı olduğundan, öğretide olumlu bir sonuç olarak kabul edilmektedir¹³. OR m. 136/IV ise ilk defa düzenlenen bir hükümdür ve sigortacıya karşı doğrudan bir alacak hakkı olması koşuluyla, zamanasımının sigortacıya karşı kesilmesinin, borçluya karşı da (ve tersi) geçerli olacağını düzenlemektedir¹⁴.

Revizyon kapsamındaki bir diğer yenilik ise, rücu taleplerindeki zamanasımına ilişkindir. Revize edilen OR m. 139 uyarınca; birden çok borçlunun müteselsilen sorumlu olması halinde, alacaklıyı tatmin eden borçlunun rücu hakkı, alacaklıyı tatmin ettiği ve müteselsil borçluyu öğrendiği tarihten itibaren üç yıl sonra zamanasımına uğrar. Böylece, OR m. 139 rücu davalarının zamanasımına ilişkin net bir sistem öngörmektedir ve öğretide son derece önemli bir yenilik olarak değerlendirilmektedir¹⁵. Zira; revizyonun yürürlüğe girmesine kadar rücu hakkına ilişkin zamanasımı süresi, yargı kararlarındaki yorumlarla belirlenmekteydi¹⁶.

Buna karşılık revizyonla, satış sözleşmesi ve eser sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinde öngörülen zamanasımı sürelerinde bir değişiklik yapılmamıştır. Taşınmaz yapılardaki gizli ayıplara ilişkin taleplerde zamanasımı; parlamentoda zamanasımı hukuku revizyonunun ana tartışma konusu olmasına rağmen, raporlara göre; revizyon projesini bir bütün olarak tehlikeye atmamak için, satış sözleşmeleri ile eser sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin özel zamanasımı sürelerinin revize edilmesinden vazgeçilmiştir¹⁷.

III. 2020 REVİZYONUNUN GELİŞİM SÜRECİ

İsviçre Borçlar Kanunu'nun zamanasımı hükümlerini de içeren mevcut Genel Bölümü, 1911 yılına dayanmaktadır, yani yüz yıldan daha eskidir. Pek çok açıdan aslında güncelliğini yitirmiş hatta deyim yerindeyse modası geçmiş olarak kabul edilmektedir¹⁸.

13 Michel Verde, 'Die Unterbrechung der Verjährung', in Walter Fellmann (ed), *Das neue Verjährungsrecht Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern* (Stämpfli 2019) 103 ff.; Fellmann, 'Das neue Verjährungsrecht' (n 2) 219; Botschaft, 261; Verde, 'AJP 2020' (n12) 182; Pichonnaz, 'SJZ 2019' (n 10) 742.

14 Verde, 'AJP 2020' (n12) 183; Fellmann, 'Das neue Verjährungsrecht' (n 2) 220.

15 Pichonnaz, 'SJZ 2019' (n 10) 742; Verde, 'AJP 2020' (n12) 181; Fellmann, 'Das neue Verjährungsrecht' (n 2) 216.

16 Pascal Pichonnaz, 'La prescription de l'action récursoire' in Franz Werro (ed), *La pluralité des responsables* (Stämpfli 2009) 155 ff.; Franz Werro, *La responsabilité civile*, (3rd edn, Stämpfli 2017) N 1764 ff., 1788 ff., 1846 ff.; Pichonnaz, 'SJZ 2019' (n 10) 742.

17 Dolayısıyla, OR m. 210 ve m. 371'deki zamanasımı hükümleri 1 Ocak 2020'den sonra değişmeden uygulanmaya devam edecektir; Krauskopf, 'Die Verjährung der Delikts und der Vertragshaftung' (n 3) 19; Fellmann, 'Das neue Verjährungsrecht' (n 2) 215.

18 Claire Huguenin/ Barbara Meise, 'OR 2020: Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht? – Eine Einführung' (2015) 4

İsviçre’de 2006 yılında iki parlamento girişimi mevcut zamanaşımı yasasının değiştirilmesi talebinde bulunmuştu¹⁹. Nihayet, 29.11.2013 tarihinde, Federal Konsey, zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesini öngören tasarıyı ve gerekçeyi kabul etmiştir. Ön tasarıda²⁰ olduğu gibi tasarıda da “mevcut zamanaşımı yasasının kendi içinde yeknesak olmadığı, tutarsız ve karmaşık olduğu” çünkü “bir yandan talebin yasal dayanağına göre farklılık gösterdiğini ve diğer taraftan da çok sayıda özel hüküm içerdiği” teyit edilmiştir²¹.

Bu durum, zamanaşımı kurumu tarafından ulaşılmak istenen hukuki kesinlik ve hukuki güvenlik amaçlarıyla çelişmektedir. Buna ek olarak, ek olarak, öncelikle ve özellikle haksız fiil hukukundaki bir yıllık nispi zamanaşımı süresi ve geç ortaya çıkan zararlardan kaynaklanan talepler için geçerli olan belirli zamanaşımı süreleri de çok kısadır²².

Ön tasarı üzerindeki danışma prosedürünün sonucuna ilişkin rapor sonuçlarına göre, revizyonun hedefleri sınırlandırılmıştır: 2020’deki revizyonla Borçlar Kanunu’nda (Zamanaşımı Kanunu) Değişiklik Yapılmasına Dair, 29.11.2013 tarihli gerekçeye²³ göre, tüm zamanaşımı sürelerinin kapsamlı bir şekilde yeknesaklaştırılmasından vazgeçilmeliydi. Zamanaşımı süresi, sadece belirli noktalarda iyileştirilerek düzeltilmeli ve basitleştirilmeliydi²⁴.

Böylece, Federal Konsey prensip olarak tüm alacaklar için geçerli olacak, ikili bir süre sınırı sistemi (nispi ve mutlak süre sınırları) getirmekten kaçınmıştır. İkili bir zaman sınırı sistemi, yalnızca bir kişinin ölümü veya bedensel yaralanma durumunda, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluktaki talepler alanında maddi tazminat ve manevi tazminat alacakları açısından açıkça önerilmişti (üç yıllık nispi, otuz yıllık mutlak zamanaşımı süresi, Tasarı OR m. 60/I ve OR m. 128)²⁵.

Gerekçeye göre²⁶, yürürlüğe giren 2020 revizyonu böylece artık üç amacı hedeflemektedir: İlk olarak, zamanaşımı süreleri belirli alanlarda yeknesak hale getirilmelidir. zira önceki kanun hem zamanaşımı süreleri hem de bunların başlangıcı bakımından değişkenlik göstermekteydi. İkinci olarak, eski zamanaşımı yasasındaki sürelerle yönelik temel eleştirilerden birinin zamanaşımı süresinin çok kısa olması sebebiyle zamanaşımı süreleri uzatılmalıdır. Üçüncü olarak, eski zamanaşımı yasasının eksiklikleri ve belirsizlikleri giderilmelidir²⁷.

SWZ 280, 281; Wildhaber and Dede, *Vorb. Art 127–142 OR* (n 1) 27, N 56.

19 Wildhaber and Dede, *Vorb. Art 127–142 OR* (n 1) 20, N 38.

20 Ön tasarı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/verjaehrungsfristen/vorentw-d.pdf>. accessed 15 January 2023.

21 BBl 2014, s. 235 ff.

22 BBl 2014, s. 235, 236.

23 BBl 2014, s. 235.

24 BBl 2014, s. 235.

25 Bkz. Wildhaber and Dede, *Vorb. Art 127–142 OR* (n 1) 22, N 44.

26 BBl 2014, s. 235, 241.

27 BBl 2014, s. 235, 241.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun zamaşımı hükümlerini de içeren mevcut Genel Bölümü'nün aslında pek çok açıdan aslında güncelliğini yitirmiş²⁸ olması sebebiyle, İsviçre Ulusal Vakfı tarafından desteklenen bir araştırma grubu, 2007-2012 yılları arasında "OR 2020" olarak nitelendirilen taslağı hazırlamış ve 2013 yılında yayınlamıştır²⁹. Bu taslak aslında mevcut Borçlar Kanunu'nu; arka planda, İsviçre yargı içtihatları ve doktrininin yanı sıra Avrupa ve diğer yabancı hukuklarına göre güncelleyen yeni bir OR Genel Hükümler taslağıdır³⁰.

Taslağın amacı; içeriği temelden değiştirmek değildir, bilakis kaybolmuş olan netliği yeniden sağlamak ve böylece aranan normu bulmayı kolaylaştırmaktır³¹.

Bu taslak, resmi bir yasama prosedürü değil, akademik insiyatifle oluşturulmuş bir taslaktır. OR 2020 yalnızca İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerindeki sözleşme hukukunu kapsamaktadır. Buna karşılık, OR 2020, Borçlar Kanunu'nun Özel Hükümler bölümüne dokunmamıştır. BK'nın genel kısmına dahil olan genel zamaşımına ilişkin hükümler de OR 2020 tarafından da revize edilmiştir. Ancak Federal Konsey, Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine ilişkin genel bir revizyon için ihtiyacı görmemiştir, bu nedenle OR 2020 bugüne kadar sadece bilimsel bir taslak olarak kalmıştır. Her ne kadar OR 2020 sadece bilimsel bir taslak olarak kalmış olsa da taslakta zamaşımına ilişkin önerilen düzenlemeler zamaşımı hükümlerine ilişkin yasal tartışmalara önemli bir katkı sağlamak ve zamaşımı hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınmaktadır³².

A. REVİZYON ÖNCESİNDE HUKUKİ DURUM

1. Genel Olarak

2020 Revizyonuna kadar, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan bedensel zarar veya ölüm sebebiyle maddi tazminat ve manevi tazminat alacakları, sözleşmenin olumlu ihlali olarak, OR m. 127'de öngörülen on yıllık olağan zamaşımı süresine tabiydi³³.

28 Huguenin and Meise (n 18) 281; Wildhaber and Dede, *Vorb. Art 127–142 OR* (n 1) 27, N 56.

29 www.co2020.ch; www.or2020.ch, accessed 15 January 2023.

30 Huguenin and Meise (n 18) 281.

31 Claire Huguenin and Reto Hilty, *Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Codes des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale* (Schulthess 2013) 280, 282.

32 Ayrıntılı bilgi için bkz. Wildhaber and Dede, *Vorb. Art 127–142 OR* (n 1) 27, N 56.

33 Ayrıntılı bilgi için bkz. BGE 137 III 16 E. 2.2; 136 II 187 E. 7.5; 106 II 134 E. 2d; Roland Brehm, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilbd., 1. Unterteilbd., Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR*, (4th edn, Stämpfli 2013) Art. 60 N 10 ff.; Walter Fellmann and Andrea Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG* (Stämpfli 2012) N 3037; Heinz Rey and Isabelle Wildhaber, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (5th edn, Schulthess 2018) N 1815, N 8.

Kural olarak, maddi tazminat ve manevi tazminat alacakları için zamanaşımı süresi; OR m. 130/İ'e göre, alacağın öğrenilmesiyle değil, alacağın muaccel olmasıyla başlar³⁴. Ancak bu noktada, tartışmalı olan konu; alacağın muaccel olduğu tarihi³⁵.

İsviçre öğretisinde bazı yazarlar, muacceliyet tarihi olarak yükümlülük ihlalinin gerçekleştiği tarihi hareket noktası olarak dikkate alırken³⁶, bu görüşe özellikle uzun süre sonra ortaya çıkan bedensel zararlar açısından haklı olarak karşı çıkan çoğunluk yazarlarının³⁷ bir kısmı; muacceliyet anı olarak, zararın ortaya çıktığı, olduğu tarihi esas³⁸ almaktaydılar. Diğer bir grup yazar ise, tazminat talebinin muacceliyet tarihini, yani zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı zamanı, özellikle bedensel zararlarda sağlığın bozulduğunun teşhis edildiği, teşhisin konulduğu tarihe bağlamaktadır. Zira, en erken bu tarihten itibaren sağlığın bozulduğu objektif olarak anlaşılabilir ve tazminat talebi de en erken bu tarihten itibaren muaccel olur³⁹.

Hukuken korunan değerlerin ihlal edildiğinin, objektif olarak anlaşılmasından önce zamanaşımı süresinin işlemeye başlatılmamasına ilişkin öğretilerde ileri sürülen bu görüşler, Federal Mahkeme ve mahkemeler tarafından bugüne kadar bilinçli olarak uygulanmamıştır⁴⁰.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İsviçre Aleyhine Hükmettiği Kararlar ve Özellikle Asbest Kararı

İsviçre'de zamanaşımına ilişkin kanun tasarısının görüşülmesine başlanmadan önce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 11 Mart 2014⁴¹ tarihinde verdiği bir karar zamanaşımı tartışmalarını alevlendirmiş⁴² ve özellikle uzun zaman sonra ortaya çıkan zararlara ilişkin tartışmanın dozunu

34 BGE 137 III 16 E. 2.2; Walter Fellmann, 'Verkürzung der Verjährungsfrist aus Vertragsverletzung bei Körperverletzung oder Tötung' (2014) 1 Haftung und Versicherung 73 ff.; Wolfgang Portmann and Ivana Streuli-Nikolic, 'Zur Verjährung von Forderungen aus positiver Vertragsverletzung im Fall von Spätschäden – Ein Problem insbesondere auch des Arbeitsrechts' (2011) Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht 13, 18.

35 Nicola Moser, 'Verjährungsfristen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung' in Frédéric Krauskopf (ed), *Die Verjährung – Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht* (Schulthess 2018) 17 ff., N 2; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 174, N 7.

36 Ayrıntılı bilgi için bkz. Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 174, N 8 ve orada anılan yazarlar; BGE 137 III 16 E. 2.3; 136 II 187 E. 7.5; 106 II 134 E. 2d.

37 Corinne Widmer Lüchinger, 'Die Verjährung bei Asbestschäden: Eine Standortbestimmung nach dem EGMREntscheid Howald Moor et autres c. Suisse' (2014) 5 Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 460 ff., 474; Brehm (n 33) *OR Art. 60 N 64*; Robert Däppen, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR*, in Corinne Widmer Lüchinger and David Oser (eds) (7th edn, Helbing Lichtenhahn 2020) *OR Art. 60 N 9*; ayrıca krş. Rey and Wildhaber (n 33) N 1854; David Husmann and Massimo Aliotta: 'Die Regelung der Verjährungsproblematik von Schadenersatzforderungen für sogenannte Spätschäden' (2014) 1 Haftung und Versicherung 89 ff.

38 Ayrıntılı bilgi için bkz. Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 174, N 9; Stephen V. Berti, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V 1h, Das Erlöschen der Obligation, Art. 127–142* (3rd edn, Schulthess 2002) *OR Art. 130 N 129*; Husmann and Aliotta, 'HAVE 2014' (n 37) 89, 92.

39 Portmann and Streuli-Nikolic (n 34) 13 ff., 21; Widmer Lüchinger, 'ZBJV 2014' (n 37) 477; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 174, N 8 ve orada anılan yazarlar.

40 BGer 4A_558/2017 E. 5.3.1; 4A_148/2017 E. 4.2.2; BGE 137 III 16 E. 2.4.1; 106 II 134 E. 2

41 AİHM kararı, *Howald Moor et autres c. Suisse* vom 11. März 2014, Nr. 52067/10 ve 41072/11.

42 Fellmann, 'Das neue Verjährungsrecht' (n 2) 203 ff.

arttırmıştır⁴³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2014 yılında İsviçre'yi zamaşımı nedeniyle mahkûm etmesi İsviçre kanun koyucusu üzerinde, zamaşımı süresinin uzatılması yönündeki baskıyı önemli ölçüde arttırmıştır⁴⁴.

AİHM, İsviçre Federal Mahkemesi'nin iki kararına⁴⁵ karşı yapılan iki bireysel başvuruyu onamıştır. Başka bir ifadeyle; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 11 Mart 2014 tarihli kararında, gecikmiş tazminat davalarındaki zamaşımına ilişkin iki bireysel şikâyet hakkında karar vermek zorunda kalmıştır: Öğretide; "Asbest Kararı" olarak nitelendirilen bu karar, zamaşımı süresinin değiştirilmesinde de önemli bir rol oynamış ve Revizyonun dayandığı temellerden birini oluşturmuştur.

Bu karar, 2005 yılında ölen ve 1966'dan 1978 yılına kadar uzun yıllar boyunca yaptığı iş sırasında zararlı asbest tozuna maruz kalan bir türbin tesisatçısıyla ilgilidir. Kendisine, Mayıs 2004'te akciğer zarı kanseri teşhisi konmuştu. 25 Ekim 2005 tarihinde, ölümünden kısa bir süre önce, zarar gören taraf, eski işverenine karşı kısmi maddi tazminat davası ve manevi tazminat davası açmış ve iddialarını şu gerçeğe dayandırmıştır: Hastalığının asbeste maruz kalmasından kaynaklandığını ve eski işverenin asbestin zararlarının farkında olmasına rağmen çalışanlarını korumak için uygun önlemleri almadığını belirtmiştir. Davalının zamaşımı def'i, İsviçre'de ilk derece mahkemeleri tarafından haklı bulunmuştur. Zarar gören tarafın talepleri, yürürlükte olan İBK m. 127 ve 130/I hükmünde öngörülen on yıllık zamaşımı süresine göre zaten uzun yıllar önce zamaşımına uğramıştı.

AİHM, "mevcut davanın istisnai koşulları" nedeniyle, kararında AİHS'nin 6/1 maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, özellikle aşağıdaki hususları değerlendirmesinde göz önünde bulundurmıştır:

-Asbeste maruz kalmaya bağlı hastalıkların ortaya çıkma süresinin onlarca yıla yayılabildiği gerçeği karşısında, asbest mağdurları hastalıklarını tespit edemediği önce bile on yıllık yasal zamaşımı süresi her zaman dolmuş olacaktır. Bu, zarar gören tarafların hukuki haklarını henüz öğrenmemiş olsalar bile, herhangi bir tazminat davasının – zamaşımına uğradığı için – baştan mahkum olduğu anlamına gelmektedir.

-Hastalıklarla ilişkili kuluçka süresinin çok uzun olduğu göz önünde bulundurulduğunda Maruz kalma süresi onlarca yıla yayılabildiğinden, asbest mağdurlarının hastalıklarını tespit edebilmeleri için on yıllık yasal zamaşımı süresi her zaman dolmuş olacaktır. Bu, zarar gören taraflar haklarından daha önce haberdar olmamış olsalar bile, herhangi bir tazminat davasının – zamaşımına uğradığı için – baştan olumsuz sonuçlanacağı anlamına gelmektedir.

43 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 175, N 10.

44 Krauskopf, 'Die Verjährung der Delikts und der Vertragshaftung' (n 3) 10. AİHM kararının ayrıntılı değerlendirmesi için ayrıca bkz. David Husmann, 'Asbest – Verjährungsrechtsprechung des Bundesgerichts verstösst gegen Art. 6 EMRK' (2014) 1 Haftung und Versicherung 149 ff.

45 BGE 136 II 187 vom 29. Januar 2010 ve BGE 137 III 16 vom 16. November 2010.

-Asbestin neden olduğu hastalıklar gibi, zarar verici olaylardan ancak yıllar sonra teşhis edilebilen hastalıklar için on yıllık yasal zamanaşımı süresinin sistematik olarak uygulanması, bu durumdan etkilenen kişileri, taleplerinin bir mahkeme tarafından değerlendirilmesi olasılığından mahrum bırakmaktadır.

-Bilimsel olarak, bir kişinin belirli bir süre boyunca zarar gördüğünü fark etmesinin mümkün olmadığı veya belirli bir hastalıktan muzdarip olduğunu anlayamamasının mümkün olduğu kanıtlanmışsa, bu durum, söz konusu zarardan kaynaklanan tazminat talepleri için yasal zamanaşımı süreleri uygulanırken dikkate alınmalıdır. Başka bir ifadeyle; zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasından böyle bir durum gözönünde bulundurulmalıdır.

İsviçre öğretisinde; bu kararın; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin AİHM'nin son yıllarda geliştirdiği içtihatlarıyla tam olarak aynı çizgide olduğu ve bu içtihatlarla uyumlu olduğu belirtilmektedir⁴⁶. Yasal zamanaşımı sürelerinin katı bir şekilde uygulanması, somut olayda, davacı veya davacıların söz konusu zamanaşımı süresi içerisinde gerekli yasal tedbirleri almalarının objektif olarak imkansız olduğunun kanıtlanması halinde, AİHS'nin m. 6/I maddesi uyarınca adil yargılanma hakkı kapsamında sınırlandırılmaktadır. Federal Mahkeme de AİHM'nin 11 Mart 2014 tarihli kararından itibaren maddi tazminat ve manevi tazminat alacakları hakkında hüküm verirken AİHM'nin sözkonusu içtihadındaki direktiflerini dikkate almıştır⁴⁷.

AİHM'nin bu tespitleri, AİHM'nin mutlak zamanaşımı süresini Sözleşme'ye aykırı bulmadığını ancak İsviçre'deki mutlak zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı tarihin, Sözleşmeyi ihlal ettiğini göstermektedir⁴⁸.

AİHM, adil bir menfaat dengesi mümkün olduğu sürece, çok uzun süre sonra ortaya çıkan zararlarda bile mutlak zamanaşımının mümkün olduğunu açıkça düşünmektedir⁴⁹.

Zamanaşımını değerlendirirken; bir kişinin hastalığını bilemeyebileceği, farkında olmayabileceği – , bilimsel olarak kanıtlanmışsa – o zaman bu durum dikkate alınmalıdır⁵⁰. Bu durum, AİHM'nin mutlak zamanaşımı süresinin süresi ile başlangıcı arasındaki ilişkiyi belirleyici olarak değerlendirdiğini göstermektedir. Bu nedenle, on yıllık zamanaşımı süresinin, yükümlülük ihlalinin

46 Krauskopf, 'Die Verjährung der Delikts und der Vertragshaftung' (n 3) 10.

47 BGE 143 V 312 E. 5.4.2 S. 318 f.; BGer 4A_558/2017 vom 29. Mai 2018, E. 5.3; 4A_148/2017 vom 20. Dezember 2017, E. 4.2.4 und 5.3.

48 Moser (n 35) 17, 28; Rey and Wildhaber (n 33) N 1952; Widmer Lüchinger, 'ZBJV 2014' (n 37) 460, 474;

49 Bkz. 11.3.2014 tarihli AİHM kararı Affaire Howald Moor et autres c. Suisse, karar no. 52067/10 ve 41072/11 § 77; BGE 146 III 25 E. 8.2.2; Schöbi, FS Brehm 2012, s. 417, 431.

50 AİHM Affaire Howald Moor et autres c. Suisse 11.3.2014 tarihli kararı, karar no. 52067/10 ve 41072/11 § 78; Frédéric Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht: Merkpunkte für Praktiker' (2019) 2 Plädoyer 43 ff., 9, 12; Franz Werro, 'La prescription et les dommages différés des victimes de l'amiante: un triste retour en arrière!' (2020) 1 Haftung und Versicherung 59 ff., 59; Corinne Widmer Lüchinger, 'Verjährung von Personenschäden de lege lata und ferenda – mit einem Seitenblick in Richtung Kausalität' in Anne-Sylvie Dupont and Barbara Klett (eds), *Personen-Schaden-Forum 2017* (Schulthess 2017) 83 ff., 95.

gerçekleştiği tarihten başlatarak katı bir şekilde uygulanması, geç ortaya çıkan zararlara ilişkin somut olaylar açısından orantısız olacaktır⁵¹.

IV. SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNDA ZAMAŞIMI SÜRELERİ

Zamaşımı hükümlerindeki en çarpıcı değişiklik hiç şüphesiz sözleşmeden doğan sorumluluğun zamaşımı süresine ilişkindir. Bu, sistem değişikliği anlamına gelmektedir⁵². Zira; revizyonun kabulüne kadar, sözleşme sorumluluğuna dayanan talepler, özel düzenlemelere tabi olarak on yıllık tek bir zamaşımı süresine tabi (OR m. 127) olup, bu süre alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlamaktaydı (OR m. 130/I).

1 Ocak 2020 tarihinden itibaren, sözleşme sorumluluğundan doğan zamaşımı süresi açısından, taleplere bağlı olarak değişkenlik gösterecek, ikili bir sistem geçerli olacaktır: Sözleşme ihlalden doğan bir kişinin ölüm ve bedensel yaralanmasına ilişkin maddi ve manevi talepleri bir tarafta yer alırken, diğer tarafta sözleşmeye aykırılıktan doğan bunun dışındaki diğer talepler yer almaktadır⁵³.

Sözleşme sorumluluğunda, sözleşmeye aykırılık sonucu ortaya çıkan eşyaya ilişkin zararlar veya salt malvarlığı kayıplarından kaynaklanan talepler açısından zamaşımı sürelerine, revizyon dokunmamıştır. Söz konusu talepler kural olarak olağan zamaşımı süresi olan on yıllık zamaşımı süresine tabidirler (OR m. 127 ve OR m. 130)⁵⁴.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 128a maddesi uyarınca, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüm veya bedensel zararlar sebebiyle maddi tazminat veya manevi tazminat talepleri, zarar gören tarafın, zararı öğrendiği tarihten başlayarak üç yılın geçmesiyle ve her halükarda zarar veren fiilin meydana geldiği veya sona erdiği tarihten itibaren yirmi yılın geçmesiyle birlikte zamaşımına uğrar⁵⁵.

Böylece, sözleşme dışı sorumlulukta zamaşımı sistemi ile uyum sağlanmıştır ki bu sistemde iki zamaşımı süresi öngörülmektedir: “üç yıllık nispi süre” ve “yirmi yıllık mutlak süre”.

Revizyonun açıklanan amaçlarından biri zamaşımı yasağını “amaca odaklı ve ölçülü “ bir şekilde yeknesaklaştırmak⁵⁶ olduğu için bu düzenleme aslında çok da şaşırtıcı değildir⁵⁷. Yirmi yıllık mutlak zamaşımı süresinin getirilmesi, gecikmiş zararlardaki zamaşımı sorunu açısından dikkate

51 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 177, N 13.

52 Krauskopf, ‘Die Verjährung der Delikts und der Vertragshaftung’ (n 3) 12.

53 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) N 53; Frédéric Krauskopf and Ricarda Stoppelhaar, ‘Das neue schweizerische Verjährungsrecht’ (2022) ZEuP 608 ff., 609; Johannes Landbrecht and Axel Buhr, ‘Schweizer Verjährungsrecht’ (2022) 10 *Recht der Internationalen Wirtschaft* 641, 644; Krauskopf, ‘Die Verjährung der Delikts und der Vertragshaftung’ (n 3) 12.

54 Ancak, bu şekilde kişiye ilişkin zararlar ve eşyaya ilişkin zararlar şeklinde ikili bir sistemin beraberinde bazı sakıncaları da getireceği; bu anlamda kişiye ilişkin zararlardaki 3 yıllık nispi zamaşımı süresi dolmasına rağmen eşyaya ilişkin zararlar açısından 10 yıllık zamaşımı süresinin hala dolmaması gibi durumlarla karşılaşılabilir. Bu bakımdan getirilen bu ikili sistemin eleştirisi ile ilgili olarak bkz. Krauskopf, ‘Neues Verjährungsrecht?’ (n 4) 14.

55 BBl 2018 3537, 3538.

56 BBl 2014 235, 246; Krş. Fellmann, ‘HAVE 2014’ (n 34) 73 ff.

57 Krauskopf, ‘Die Verjährung der Delikts und der Vertragshaftung’ (n 3) 13.

alınmaktaydı. Mutlak sürenin, Federal Konsey tarafından kanun tasarısında önerildiği gibi otuz yıla değil de sadece yirmi yıla çıkarılmış olması, açıkça parlamentodaki uzlaşmanın bir sonucudur⁵⁸.

A. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN KAYNAKLANAN ÖLÜM VE BEDENSEL ZARARLAR AÇISINDAN GENEL OLARAK YENİ OR M. 128A

OR m. 128a hükmü, 2020 revizyonu ile yeni düzenlenmiştir ve bu hüküm, yeni zamanaşımı yasasındaki en büyük yeniliklerden biri olarak değerlendirilmektedir⁵⁹. Bu yeni düzenleme ile birlikte sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan bedensel zarar veya ölüm sebebiyle maddi tazminat veya manevi tazminat taleplerine ilişkin zamanaşımı süresi için özel bir hüküm öngörülmüştür. OR m. 128a, sonradan ortaya çıkan, geç zararlardaki zamanaşımı süresi sorununa kanun koyucunun cevabını göstermekte ve ifade etmektedir⁶⁰. Kanun koyucu OR m.128a'nın düzenlenmesinde geç ortaya çıkan zararları gözönünde bulunurmuş olsa da hüküm, yalnızca sözkonusu zararlardan kaynaklanan talepler için değil genel olarak sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan bedensel zarar veya ölüm sebebiyle tüm maddi tazminat veya manevi tazminat talepleri için geçerlidir⁶¹.

Bu hüküm, geç ortaya çıkan zararlarda, yani hukuk düzeni tarafından korunan değerlerin ihlali sebebiyle; zarar veren olay ile zararın meydana gelmesi (tespit edilmesi) arasında oldukça uzun bir sürenin geçtiği zararlara ilişkin sorunu gidermeyi amaçlamaktadır⁶².

Geç ortaya çıkan zararlar, “zarar verici fiil/davranış ile hukuken korunan değerlerin ihlalinin objektif olarak ve fiilen anlaşılmasının, tespit edilmesinin arasında oldukça uzun bir sürenin bulunduğu” durumlardır⁶³. Zarar verici fiil ile zararın meydana gelmesi arasındaki bu büyük zaman aralığı nedeniyle, zarar gören tarafların veya yakınlarının maddi tazminat ve manevi tazminat alacakları, henüz zarar meydana gelmeden önce bile zamanaşımına uğrayabilir⁶⁴. Geç ortaya çıkan zararlar sorunu özellikle asbestin neden olduğu bedensel zararlar ve sağlığa verilen zararlar nedeniyle gündeme gelmiştir; çünkü asbestozis (yirmi ila otuz yıl) veya mezotelyomaya (elli yıl) bağlı kanser için kuluçka süresi, İsviçre’de OR m.127 uyarınca olağan/genel zamanaşımı süresi olan on yıldan açıkça ve oldukça fazladır⁶⁵. Buna karşılık, asbest vakaları geç ortaya çıkan zararın yalnızca bir örneğidir: böyle zararlara, bazı ilaçlar veya radyoaktif maddelerin yanı sıra iyonlaştırıcı radyasyon ve tıbbi tedaviler veya müdahaleler de neden olabilmektedir⁶⁶.

58 Frédéric Krauskopf and Raphael Märki, ‘Wir haben ein neues Verjährungsrecht!: Darstellung der neuen Gesetzesnormen mit Anmerkungen’ (2018) 2 Juli, Jusletter N 6.

59 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 173, N 1.

60 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 173, N 1; Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 615; Krauskopf, ‘Die Verjährung der Deliktis und der Vertragshaftung’ (n 3) 12.

61 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 173, N 1.

62 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) fn. 1 ff., 20–23; Landbrecht and Buhr (n 53) 644.

63 Rey and Wildhaber (n 33) N 1860.

64 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) N 2.

65 Widmer Lüchinger, ‘HAVE Personen-Schaden-Forum 2017’ (n 50) 87; Husmann and Aliotta, ‘HAVE 2014’ (n 37) 89 ff.; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) N 2;.

66 BBl 2014, s. 235, 241 ve 252

Alman ve Avusturya Hukukunda ve Model Kanunlarda yer alan tüm düzenlemelerde kişiye ilişkin zararlar açısından 30 yıllık zamaşımı süresi öngörülmektedir⁶⁷.

OR m.128a hükmü lafzı itibariyle “sözleşmeye aykırılık sebebiyle bir kişinin bedensel yaralanması veya ölümü” ile sınırlı iken OR m. 60/I buna paralel olarak haksız fiillere ilişkin zamaşımı süresini düzenlemektedir. Bu nedenle, kişiye ilişkin zararlardan doğan talepler için zamaşımı süresi, sözleşme veya sözleşme dışı sorumluluğun söz konusu olup olmadığına bakılmaksızın prensip olarak eşitlenmiştir⁶⁸.

OR m. 128a, İsviçre sözleşme hukuku için “gerçek bir devrim”⁶⁹ olarak nitelendirilen ikili, çift süre rejimi kurmaktadır⁷⁰. OR m.128a’da düzenlenen nispi süre; subjektif bir kritere (öğrenme), mutlak süre ise objektif bir kritere (zarar verici davranış) bağlıdır⁷¹. OR m. 127’deki olağan on yıllık zamaşımı süresi ile karşılaştırıldığında, OR m. 128a’daki nispi süre, zamaşımı süresinin önemli ölçüde kısalması (üç yıla) sonucuna yol açabilir⁷². OR m. 128a’daki nispi ve mutlak süreler arasında bir talilik ilişkisi mevcuttur. Mutlak süre; ancak nispi süre sınırına göre talebin henüz zamaşımına uğramamış olması halinde geçerlidir⁷³.

B. OR M. 128A DÜZENLEMESİNİN AMACI

2020 revizyonundan önce yürürlükte olan zamaşımı hükümleri sebebiyle geç ortaya çıkan zararların mağdurları; yani zarar görenler taleplerini mahkemeler nezdinde etkili bir şekilde ileri sürememekteydi: İsviçre yargı içtihatları da tazminat alacakları daha oluşmadan, zamaşımına uğramış olarak değerlendiriyordu ve bu da tatmin edici değildi. İsviçre hukuk uygulaması, tazminat alacaklarının daha ortaya çıkmadan zamaşımına uğradığını kabul etmekteydi ve bu da tatmin edici değildi⁷⁴.

67 Alman hukukuna göre, tazminat alacakları prensip olarak olağan zamaşımı süresi olan üç yıllık nispi zamaşımı süresine tabidir (BGB § 195). Yaşam hakkının, beden bütünlüğünün, sağlığın veya özgürlüğün ihlaline dayanan ve kasıtlı olarak gerçekleşmeyen tazminat alacakları, üç yıllık nispi sürenin yanısıra (BGB § 195) azami otuz yıllık bir üst süre (BGB §199/II) içinde zamaşımına uğrar. Bu süre, fiilin işlenmesinden, yükümlülüğün ihlalinden veya zarara neden olan herhangi bir olaydan itibaren işlemeye başlar (BGB §199/II). Bu üst sürenin işlemesi durmaz ve kesilmez. Buna karşılık, yaşama, beden bütünlüğüne, sağlığa, özgürlüğe veya cinsel tercihlere kasıtlı olarak zarar verilmesine dayanan tazminat talepleri, talebin oluştuğu tarihten itibaren (BGB §200) otuz yıl sonra zamaşımına uğrar (BGB §197/I). Avusturya hukukunda; ABGB § 1489 hükmü; kişiye ilişkin zararlar (ölüm ve bedensel zarar) için otuz yıllık mutlak bir zamaşımı süresi öngörmektedir. PECL m.14:307 ve DCFR m. III-7:307, kişiye ilişkin zararlardan kaynaklanan taleplerin otuz yılın üzerinde bir süreye uzatılmayacağını düzenlemektedir. OR 2020’ye göre, bedensel ve çevresel zararlardan kaynaklanan talepler; üç yıllık nispi bir zamaşımı süresine tabidir, mutlak bir zamaşımı süresi yoktur ancak otuz yıllık bir azami süre söz konusudur.; OR 2020 Art. 150, Art. 151/I.

68 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) fn. 1 ff., 20–23; Landbrecht and Buhr (n 53) 644.

69 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) N 53.

70 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) N 53; Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 609; Landbrecht and Buhr (n 53) 644.

71 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) N 53; Landbrecht and Buhr (n 53) 644; Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 615, 617.

72 Hükmün İsviçre öğretisinin bir kısmı tarafından eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) fn. 53 ff.; Landbrecht and Buhr (n 53) 644.

73 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) fn. 2 , N 55; Landbrecht and Buhr (n 53) 644.

74 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 177, N 20.

Kanun koyucu, geç ortaya çıkan zararlara ilişkin çözümü; ister haksız fiilden ister sözleşmeden kaynaklansın, bedensel zarar veya ölüm sonucu oluşan kişiye ilişkin zarar talepleri açısından mutlak zamanaşımı süresinin uzatılmasında bulunmuştur. Ön tasarıda bu amaçla otuz yıllık mutlak ve üç yıllık nispi bir zamanaşımı süresi önerilmişti⁷⁵. Otuz yıllık özel zamanaşımı süresi ile zarar görenin, zararı öğrenmesinden önce maddi tazminat veya manevi tazminat davasının zamanaşımının uğraması rizikosu daraltılmalıydı⁷⁶. Ancak uzun süren tartışmalardan sonra taslakta mutlak zamanaşımı süresi yirmi yıla indirilmiş ve OR m. 128a ve OR m. 60/I hükümleri düzenlenmiştir⁷⁷.

OR m. 128a hükmünün, 1.1.2020 tarihinde yürürlüğe girmesi ile öncelikle bedensel zarar veya ölüm sonucu meydana gelen kişiye ilişkin zararlardan kaynaklanan alacaklar için zamanaşımı sürelerinin uzatılması amaçlanmaktadır. Böylece “tazminat alacaklarının ileri sürülmesi önceden olduğu gibi zamanaşımı nedeniyle başarısız olmaz”⁷⁸. Bu nedenle, yeni OR m.128a’nın amacı; geç ortaya çıkan zararlara ilişkin alacakların, zamanaşımına uğramasını önlemektir. Bu sonuç; zarar gören tarafın hukuki durumunun iyileştirilmesine katkıda bulunmakta ve ilke olarak zarar gören tarafın korunmasına hizmet etmektedir⁷⁹. Bunun dışında; kişiye ilişkin zararlarda (ölüm ve bedensel zarar)sözleşme sorumluluğundan ve sözleşme dışı sorumluluktan kaynaklanan talepler için zamanaşımı süresinin yeknesaklaştırılması sağlanmıştır. Bu amaçla OR m. 128a’ya paralel olarak, OR m. 60’a yeni bir fıkra eklenmiştir. OR m.60/İ’e göre; bir kişinin ölümü veya bedensel yaralanması durumunda maddi tazminat veya manevi tazminat talebi; zarar görenin, zararı ve tazminat ödemekle yükümlü kişiyi öğrendiği günden itibaren üç yılın, ancak her halükarda zarar verici fiilin gerçekleştiği veya sona erdiği günden itibaren yirmi yılın dolmasıyla birlikte zamanaşımına uğrar⁸⁰.

C. OR M. 128A’NIN UNSURLARI, ŞARTLARI VE UYGULAMA ALANI

OR m.128a, sözleşmeye aykırı olarak bir kişinin bedensel yaralanma veya ölümüne, yani kişiye ilişkin zararlara dayanan, sözleşme sorumluluğundaki tazminat alacakları açısından uygulama alanı bulmaktadır⁸¹.

OR m. 128a’nın unsurları arasında; borçlunun objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmesi anlamında “sözleşmeye aykırılık” unsurunu aramaktadır⁸². Anılan hükmün uygulanması aranan ikinci unsur; “kişiye ilişkin zararlar” yani bedensel zarar ve ölüm sebebiyle uğranılan zararlardır⁸³. Sözleşmeye aykırılık sebebiyle farklı zarar türleri ortaya çıkabilir. Bu zararlar, ihlal edilen hukuki değerın türüne

75 Bericht Vorentwurf, 25.

76 Bericht Vorentwurf, 20.

77 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 179, N 21.

78 BBl 2014, s. 235, 244.

79 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 180, N 22.

80 ibid 180, N 23.

81 ibid 183, N 35.

82 ibid 183, N 36.

83 ibid 186, N 47.

göre üç kategoride sınıflandırılırlar: Kişiyeye ilişkin zararlar, eşyaya ilişkin zararlar ve ve diğer malvarlığı zararları⁸⁴.

OR m. 128a'nın lafzından ve kanun koyucunun arzusundan, bu hükmün yalnızca kişiyeye ilişkin zararları kapsadığı sonucu çıkarılabilir. Bunun nedeni, yaşam, sağlık ve fiziksel bütünlük gibi hukuken korunan değerlerin, özel bir kıymetinin olduğunun kabul edilmesi ve salt maddi zararlar karşısında özellikle korunmaya değer görülmesidir⁸⁵. Ayrıca, daha uzun süreli gecikme dönemleri öncelikle bedensel zarar ve sağlığın zarar görmesi durumlarında ortaya çıkmaktadır⁸⁶. Kişiyeye ilişkin zarar kavramı ile, "bir kişinin bedensel olarak yaralanması veya öldürülmesinden kaynaklanan tüm maddi kayıplar ve ekonomik dezavantajlar" anlaşılmaktadır⁸⁷.

OR m. 128a sadece maddi tazminat alacaklarının yanında aynı zamanda manevi tazminat alacaklarını da kapsamaktadır. Zira; sözleşmenin ihlali, salt ekonomik zararların yanısıra aynı zamanda manevi zarara da yol açabilmektedir. Bu doğrultuda; örneğin fiziksel acı, yaşamdan alınan zevkin azalması, yaşam sevincinin azalması veya bazı durumlarda – eğer şartları gerçekleşmişse – ekonomik veya sosyal itibarın zedelenmesidir⁸⁸. OR m.128a, öncelikle sözleşmenin bir tarafının diğer tarafa karşı ileri süreceği talepler açısından uygulama alanı bulacaktır⁸⁹.

D. OR M. 128A'DA DÜZENLENEN NİSPİ VE MUTLAK ZAMAŞIMI SÜRELERİ: ÇİFT SÜRELİ REJİMİ

OR m. 128a, bir nispi ve bir mutlak zamaşımı süresi olmak üzere çift süreli bir rejim öngörmektedir. Nispi zamaşımı süresi subjektif bir kritere (öğrenme) bağlıyken, mutlak zamaşımı süresi objektif bir kritere (zarar verici davranış) bağlıdır. Bu yenilik, önceki zamaşımı rejimini temelden değiştirmektedir, zira çifte zamaşımı rejimi 2020 revizyonundan önce sözleşme hukukunda bilinmemekteydi⁹⁰.

Sistematik açıdan bakıldığında, OR m. 128a sözleşme sorumluluğunda zamaşımı hükmü olarak, OR m. 60/I hükmünün, sözleşme dışı sorumluluktaki zamaşımı düzenlemesine (aynı şekilde OR m. 67/I) karşılık gelmektedir⁹¹. Çünkü sözleşme sorumluluğunda, zamaşımı hükümleri, genellikle objektif bir kriterle (kural olarak muacceliyetle) işlemeye başlayan bir süre öngörmektedir⁹². İsviçre öğretisinde bu bakımdan, OR m. 128a, "gerçek bir devrim" olarak nitelendirilmektedir⁹³.

84 Rey and Wildhaber (n 33) N 221.

85 BBl 2014, s. 235, 241.

86 BBl 2014, s. 235, 252.

87 Rey and Wildhaber (n 33) N 257; ayrıca bkz. Fellmann and Kottmann (n 33) N 153; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 187, N 47.

88 Rey and Wildhaber (n 33) N 494.

89 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 188, N 48.

90 BBl 2014, s. 235, 259; Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 616; Krauskopf, 'Die Verjährung der Delikts und der Vertragshaftung' (n 3) 9, 13; Krauskopf and Märki (n 58) N 13 ff.; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 191, N 53-54.

91 Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 616; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 191, N 53-54.

92 BBl 2014, s. 235, 259; OR m. 127, OR m. 130.

93 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 191, N 53-54.

OR m. 128a ile birlikte, kişiye ilişkin zararlardan kaynaklanan tüm talepler eşit şekilde muamele görmelidir, Başka bir ifadeyle; her ne kadar, Federal Konsey 2020 revizyonunda yeknesaklaştırmayı, revizyonun tek amacı haline getirmeyi reddetmiş⁹⁴ olsa da OR m. 128a'da öngörülen sözleşme sorumluluğundan doğan talepler ile haksız fiil sorumluluğundaki OR m. 60/I hükmüne dayanan talepler aynı şekilde değerlendirilmelidir⁹⁵. Ancak öğretilerde, kişisel zararlardan doğan tüm taleplerin eşit şekilde muamele edilmesini isteyen bu tutumun dayanağının üzerinde derinlemesine düşünülmüş gibi görünmediği de ifade edilmektedir⁹⁶.

OR m.128a; zamanaşımı süresinin başlangıcını da maddenin içinde açıkça belirtmektedir, Sözleşme sorumluluğundaki genel zamanaşımı süresinin başlangıcına OR m. 130'daki (muacceliyet) OR m. 128a hükmündeki nispi zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından bir istisna öngörmektedir⁹⁷. Nispi ve mutlak zamanaşımı süreleri arasında bir talik ilişkisi bulunmaktadır. Bu durum; ancak nispi zamanaşımı süresi nedeniyle talebin veya alacağın henüz zamanaşımına uğramaması halinde mutlak zamanaşımı süresinin uygulama alanı bulacağı anlamına gelmektedir⁹⁸.

Hem nispi hem de mutlak zamanaşımı süreleri olağan zamanaşımı süreleridir dolayısıyla bu sürelerin işleminin kesilmesi veya durması mümkündür⁹⁹.

1. Nispi Zamanaşımı Süresi ve Sürenin Başlangıcı

OR m. 128a, zarar görenin (veya yakınlarının), sözleşmenin ihlali nedeniyle bedensel yaralanma veya ölümden kaynaklanan maddi tazminat veya manevi tazminat alacaklarını, zararın öğrenilmesinden, zarardan haberdar olunmasından itibaren üç yıl içerisinde ileri sürmesini gerektirmektedir. Buna göre, sözkonusu üç yıllık zamanaşımı süresi, tazminatı talep etme hakkına sahip olan kişinin, zarardan haberdar olduğu andan itibaren başlar. Kanun koyucu, üç yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcını; subjektif bir kritere (zararın öğrenilmesi) bağlayarak zarar gören tarafın menfaatlerini göz önünde bulundurmak istemektedir: Zarar gören taraf, zarardan haberdar olmadığı sürece zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz¹⁰⁰.

OR m. 128a'daki nispi zamanaşımı süresi olarak öngörülen üç yıllık süre ile kanun koyucu doktrinde daha önce yapılan eleştirilere de karşılık vermiştir. 2020 revizyonuna kadar, sözleşme dışı zamanaşımı hükümlerindeki nispi zamanaşımı süresi sadece bir yıldır (OR m. 60/I) ve sürenin bu kadar kısa olması ciddi eleştirilere konu olmuştu¹⁰¹. Bu nedenle, 2020 revizyonu ile nispi zamanaşımı süresi,

94 BBl 2014, s. 235, 246.

95 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 191, N 53-54; Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 616.

96 Fellmann, 'HAVE 2014' 73; Krauskopf and Märki (n 58) N 15.

97 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 191, N 54.

98 Rey and Wildhaber (n 33) N 1880, N 1879; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 191, N 55.

99 Fellmann and Kottmann (n 33) N 3053; Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht 2019' (n 50) 9, 16; Rey and Wildhaber (n 33) N 1853; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 192, N 56.

100 Rey and Wildhaber (n 33) N 1847; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 192, N 57; Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 617.

101 Ayrıntılı bilgi için bkz. Rey and Wildhaber (n 33) N 1819; Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 617.

haksız fiiller açısından; OR m.60/I uyarınca (aynı şekilde zamanaşımına ilişkin farklı hükümlerde olduğu gibi sebepsiz zenginleşmede OR m. 67/I) bir yıldan üç yıla uzatılmıştır.

Kişiyeye ilişkin zararlardan kaynaklanan taleplerin zamanaşımı sürelerinin eşit olarak ele alınması amacıyla, 2020 revizyonu ile yeni getirilen OR m. 128a ve OR m. 60/I'deki nispi zamanaşımı süresi, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk kapsamında üç yıl olarak belirlenmiştir. Böylece, yasa koyucu bir yandan kişiyeye ilişkin zararlarda zamanaşımı hükümlerinin yeknesaklaştırılmasını sağlarken diğer taraftan da nispi zamanaşımı süresine ilişkin olarak İsviçre hukukunu, yabancı hukuklardaki hükümler¹⁰² ve uluslararası model kurallarla¹⁰³ uygun hale getirmiştir¹⁰⁴.

Üç yıllık zamanaşımı süresi en erken zararın öğrenilmesiyle işlemeye başlar. Bu, öncelikle zarar gören tarafın bilgi sahibi olması anlamına gelmektedir. Eğer zarar gören taraf ayırt etme gücünden yoksunsa (örneğin hasta, ayırt etme gücünden yoksunsa), yasal temsilcisinin (örneğin hastanın ebeveynleri) bilgi sahibi olmasına bakılacaktır¹⁰⁵.

OR m.60/I kapsamındaki sözleşme dışı sorumluluğun aksine, OR m.128a'nın lafzının, tazminat ödemekle yükümlü kişinin bilinmesini gerektirmediği kabul edilmektedir. Bunun nedeni, sözleşme dışı sorumluluğun aksine, sözleşmeye aykırılık sebebiyle kişiyeye ilişkin zararlarda, tazminat yükümlüsü sözleşme tarafının, zarar gören tarafça zaten bilinmesidir¹⁰⁶.

Buna karşılık, her ne kadar OR m. 128a'nın lafzından tazminat yükümlüsünün bilinmesi şartı çıkarılmazsa da – genellikle zarar gören tarafından sözleşmenin karşı tarafı bilinmektedir – öğretide bazı yazarlar, zamanaşımı süresinin, zarar gören taraf zararının sözleşme ilişkisinden kaynaklandığını bilmeden önce başlamayacağını belirtmektedirler¹⁰⁷. Gerekçede de bu sebeple” “zarar görenin, zarardan ve tazminat yükümlüsünden haberdar olması” ifadesinin kullanıldığı belirtilmektedir¹⁰⁸.

OR m. 128a anlamında zararın öğrenildiği zaman açısından sözleşme dışı sorumluluktaki (OR m.. 60/I) zararın öğrenildiği zaman belirleyici olacaktır¹⁰⁹. Dolayısıyla, Federal Konsey OR m. 128a hükmüne ilişkin olarak kural olarak OR m. 60/I ile ilgili açıklamalara atıfta bulunmaktadır¹¹⁰. Bu nedenle, OR m.60/I hakkındaki yargı içtihatları ve doktrindeki yaklaşımların¹¹¹, zararın bilinmesi veya üç yıllık sürenin başlangıç anının belirlenmesine ilişkin olarak OR m.128a açısından da kıyasen uygulanabilecektir¹¹². Her iki hüküm arasında kurulan paralellik de bu çıkarımı desteklemektedir¹¹³.

102 Bkz. BGB § 195.

103 PECL(Principles of European Contract Law) Art. 14:301 ve DCFR(Draft Common Frame of Reference Art. III – 7:301

104 BBl 2014, s. 235, 251 ff.; Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 617; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 193, N 58.

105 Moser (n 35) 40; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 194, N 61.

106 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 194, N 62.

107 Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 619.

108 BBl 2014, 235 (259); Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 619.

109 Däppen (n 37) *OR Art. 128a* N 4; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 195, N 63; Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 619.

110 BBl 2014, S. 235, 259.

111 BGE 111 II 55 E. 3a; BGER 4C.135/2003 E. 4.2.1; Rey and Wildhaber (n 33) N 1819 ff.; Brehm (n 33) *OR Art. 60* N 20 ff.

112 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 195, N 63.

113 Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 619.

Zarar gören tarafın (veya yakınlarının) zarara ilişkin yeterli bilgiye sahip olması için bir bütün olarak “zararın varlığını ve içeriğini, yani bütün temel unsurlarını kavrayabilmesi ve yeterince kanıtlayabilmesi ve sonuçta ortaya çıkan talepleri mahkemede (başarı beklentisiyle) ileri sürebilmesi gerekir¹¹⁴. Federal Mahkeme defalarca tekrarladığı kararlarında; zarar görenin ancak “zararın meydana geldiğini, zararın niteliğini ve yaklaşık olarak kapsamını bildiği ve tazminat talebiyle bir dava açabilecek ve bunu kanıtlayabilecek durumda olduğu zaman zarar hakkında yeterli bilgiye sahip olduğuna” hükmetmiştir¹¹⁵. Bu noktada, belirleyici faktör, “bilme zorunluluğu” değil, “zarar hakkında fiili bilgi”dir¹¹⁶.

Zarar verici fiil tamamlanana kadar nispi zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz¹¹⁷. Bu özellikle ciddi bedensel yaralanma sonucu sürekli, kalıcı zararlar (örneğin maluliyet) açısından önemlidir¹¹⁸. Sağlık durumu henüz netleşmemişse veya stabil değilse ve kalıcı hasarın devam edip etmeyeceği belirsizse, zarar hakkında henüz yeterli bilginin olmadığı kabul edilmektedir¹¹⁹. Bu bağlamda şu hususların da açıklığa kavuşturulması gereklidir: -Zarar gören taraf yoğun tıbbi tedavi görüyorsa, zararın ve maluliyetin kapsamı hakkında yeterli bilgi olmadığı için nispi zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz¹²⁰. -Zararlı eylemin tıbbi sonuçları öngörülebilir ve öngörülebilir ve muhtemelen belirlenebilir ise, zarar hakkında yeterli bilgi sahibi bulunduğu varsayılır¹²¹.

2. Mutlak Zamanaşımı Süresi ve Sürenin Başlangıcı

OR m. 128a nispi zamanaşımı sürenin yanında mutlak bir zamanaşımı süresini de düzenlemektedir. OR m. 128a'ya göre, sözleşmeye aykırı olarak bir kişinin bedensel zarara uğraması veya ölümünden kaynaklanan maddi tazminat ve manevi tazminat alacakları, “zarar verici davranışın meydana geldiği veya sona erdiği günden itibaren yirmi yılın geçmesiyle” zamanaşımına uğrar. Mutlak zamanaşımı süresi; yukarıda da belirtildiği üzere ancak nispi zamanaşımı süresi tarafından taleplerin zamanaşımına uğramaması durumunda uygulama alanı bulur¹²².

Mutlak zamanaşımı süresiyle, zarar gören tarafın menfaatlerini dikkate alan nispi zamanaşımı süresi, borçlunun menfaatine olacak şekilde mutlak bir süre sınırlamasına tabi tutulmaktadır: Belirli bir zamandan veya en azından objektif olarak belirlenebilir bir andan itibaren, borçlunun şahsi menfaatleri zarar görenden daha üstün tutulmaktadır¹²³. Mutlak bir süre olmaksızın, zamanaşımı

114 Rey and Wildhaber (n 33) N 1829; Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 619; ayrıca krş. Brehm (n 33) OR Art. 60 N 28 and 33; Fellmann and Kottmann (n 33) N 3044 ff.; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 194, N 64.

115 BGer 4A_376/2019 E. 3.1; 4A_576/2010 E. 3.2; BGE 136 III 322 E. 4.1; BGer 5A_563/2009, E. 4.1; BGE 131 III 61 E. 3.1.1; 126 III 161 E. 3c.

116 BGer 4A_376/2019 E. 3.1; 4A_576/2010 E. 3.2; BGE 136 III 322 E. 4.1 S. 330.

117 BGE 127 III 257 E. 2b/bb; 111 II 429 E. 2c; 109 II 418 E. 3; Brehm (n 33) OR Art. 60 N 29; Moser (n 35) 17, 44; Rey and Wildhaber (n 33) N 1831.

118 Rey and Wildhaber (n 33) N 1832.

119 BGer 4A_376/2019 E. 3.1; 4A_576/2010 E. 3.2; BGE 112 II 118 E. 4; Brehm (n 33) OR Art. 60 N 29.

120 BGE 112 II 118 E. 4; Rey and Wildhaber (n 33) N 183.

121 Krş. BGer 4A_376/2019 E. 3.1; 4A_647/2010 E. 3.1; BGE 114 II 253 E. 2b.

122 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 198, N 73.

123 BGE 146 III 14 E. 6.1.4; Brehm (n 33) OR Art. 60 N 64; Fellmann and Kottmann (n 33) N 3052; Rey and Wildhaber (n

süresi, zamansal açıdan sınırlanmadan, ancak zarar gören tarafın zarardan haberdar olmasıyla işlemeye başlayabilir¹²⁴ Bu durum, borçlunun ve onun ölümü halinde külli halefiyet yoluyla mirasçılarının, zarar gören tarafın çok eskiden meydana gelmiş bir zarar verici olay için kendilerine karşı hala bir tazminat davası açıp açmayacağı konusunda yıllarca belirsizlik içinde yaşamalarına neden olacaktır¹²⁵. Mutlak zamaşımı süresi ile yasa koyucu, zarar gören tarafın ve borçlunun menfaatlerini dengelemek ve hukuki güvenliği sağlamak istemektedir¹²⁶.

Ancak mutlak zamaşımı süresi, geç ortaya çıkan, beliren zararlar söz konusu olduğunda kendi içindeki sınırlara çarpmaktadır. Geç ortaya çıkan zararlarda, yükümlülük ihlalinin sonuçları her olaya bağlı olarak farklı zamanlarda, hatta onlarca yıl sonra ortaya çıktığından, bütün geç ortaya çıkan zararlar için genel bir zaman sınırı belirlemek zordur. Herhangi bir zaman sınırı belirli durumlar için çok kısa kalacaktır. Geç ortaya çıkmış zararlar için zamaşımı süreleri belirlenirken amaç, alacaklı ve borçlunun menfaatleri arasında makul bir denge kurmaktır. Alacak doğmuş, ancak alacaklı subjektif nedenlerle zararını bilmiyorsa, zamaşımı süresinin dikkate alınması, zararın henüz doğmamış veya objektif olarak henüz fark edilemiyor olmasına göre daha kolaydır. Geç ortaya çıkmış zararlar söz konusu olduğunda, bazı durumlarda zamaşımı süresinin zarar ortaya çıkmadan önce bile işlemeye başlayabilmesi tam anlamıyla şok edicidir. Bu nedenle, mutlak zamaşımı süresinin başlangıcı; en azından, hukuken korunan değer ihlalinin, objektif olarak fark edilebilir, algılanabilir hale geldiği zaman dilimi, an olarak belirlenmelidir¹²⁷. Bu an, nispi zamaşımı süresinde zararın öğrenildiği ana daha yakındır, ancak yine de aynı şekilde değerlendirilmemelidir¹²⁸.

İsviçre'de sözleşmeye aykırı olarak bir kişinin bedensel zarar görmesinden veya ölümünden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat alacakları için mutlak zamaşımı süresi yirmi yıldır. 2020 revizyonu ile İsviçre kanun koyucusu, Federal Konsey tarafından tasarıda otuz yıl önerilmiş olmasına rağmen, kişiye ilişkin zararlar için yirmi yıllık mutlak zamaşımı süresini tercih etmiştir¹²⁹. Yirmi yıllık mutlak zamaşımı süresi ile yasa koyucu açıkça 2020 revizyonuna kadar geçerli olan on yıllık zamaşımı süresi ile önerilen otuz yıllık zamaşımı süresi arasında bir orta yol bulmak istemiştir¹³⁰.

Alman hukukuna göre, tazminat alacakları, kural olarak olağan zamaşımı süresi olan üç yıllık nispi zamaşımı süresine tabidir (BGB § 195). Yaşam hakkının, beden bütünlüğünün, sağlığın veya özgürlüğün ihlaline dayanan ve kasıtlı olarak gerçekleşmeyen tazminat alacakları, üç yıllık nispi sürenin yanısıra (BGB § 195) azami otuz yıllık bir üst süre (BGB §199/II) içinde zamaşımına uğrar. Bu süre, fiilin işlenmesinden, yükümlülüğün ihlalinden veya zarara neden olan herhangi bir olaydan itibaren işlemeye başlar (BGB §199/II). Bu üst sürenin işlemesi durmaz ve kesilmez. Buna karşılık, yaşama, beden bütünlüğüne, sağlığa, özgürlüğe veya cinsel tercihlere kasıtlı olarak zarar

33) N 1850; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 198, N 74.

124 Rey and Wildhaber (n 33) N 1850; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 198, N 74.

125 Rey and Wildhaber (n 33) N 1850; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 198, N 74.

126 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 198, N 74.

127 İbid 198, N 75.

128 İbid 198, N 75; Fellmann, 'HAVE 2014' 73-74.

129 BBl 2014, s. 235, 252.

130 Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht 2019' (n 50) 9, 13; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 198, N 75.

verilmesine dayanan tazminat alacakları, alacağın oluştuğu tarihten itibaren (BGB § 200) otuz yıl sonra zamanaşımına uğrar (BGB §197/I).

Avusturya hukukunda; ABGB § 1489 hükmü; kişiye ilişkin zararlar(ölüm ve bedensel zarar) için otuz yıllık mutlak bir zamanaşımı süresi öngörmektedir. PECL m.14:307 ve DCFR m. III-7:307, kişiye ilişkin zararlardan kaynaklanan taleplerin otuz yılın üzerinde bir süreye uzatılmayacağını düzenlemektedir.

Alman ve Avusturya Hukukunda ve Model Kanunlarda yer alan tüm düzenlemelerde öngörülen 30 yıllık sürenin karşısında, İsviçre'deki 20 yıllık sürenin özelliğinin; parlamentodaki uzlaşma sonucundan kaynaklandığının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹³¹.

Zamanaşımı süresinin on yıldan yirmi yıla uzatılması, kesinlikle zarar gören tarafın hukuki konumunu iyileştirmektedir. Bununla birlikte, yirmi yıllık bir zamanaşımı süresiyle bile kuluçka süresi yirmi yıldan daha uzun olan hastalıkların zarar görenleri (örneğin, yaklaşık elli yıllık bir kuluçka süresi olan malign mezotelyoma¹³²) hala dezavantajlı durumdadır¹³³. Bu durumda olan zarar gören taraflar için geç ortaya çıkan zararlara ilişkin sorun – zarar görenin taleplerinin zarar meydana gelmeden önce zamanaşımına uğraması – önceden olduğu gibi hala devam etmektedir. Bu nedenle, OR m.128a'nın asıl amacı olan; geç ortaya çıkan zararlara ilişkin tazminat alacaklarının zamanaşımına uğraması yüzünden ileri sürülememesinin önlenmesinin, yalnızca yirmi yıllık bir zamanaşımı süresinin uzatılmasıyla ulaşılabileceği şüphelidir¹³⁴. Zamanaşımı süresinin uzatılması, kuluçka süresi yirmi yıldan az olan ve sonradan ortaya çıkan zararlar için en fazla kısmi bir çözüm sunmaktadır¹³⁵. Doktrin isabetli olarak, geç ortaya çıkan zararlarda, öncelikle mutlak zamanaşımı süresinin uzunluğunun değil, zamanaşımı süresinin başlangıcının belirleyici olduğuna dikkat çekmektedir¹³⁶.

OR m. 128a'da öngörülen yirmi yıllık süre, zararlı davranışın meydana geldiği veya sona erdiği günden itibaren işlemeye başlar¹³⁷. Yukarıda da belirtildiği üzere; bu 20 yıllık zamanaşımı süresi açısından da zamanaşımını kesen ve durduran sebepler uygulama alanı bulacaktır¹³⁸.

Zarar verici davranış genellikle kısa, tek seferliktir ve olayın meydana gelmesiyle birlikte sona erer¹³⁹. Bununla birlikte, zarar verici eylem tekrar tekrar meydana gelirse veya devam ederse daha uzun

131 Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 619-620.

132 Widmer Lüchinger, 'HAVE Personen-Schaden-Forum 2017' (n 50) 83, 87.

133 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 200, N 78.

134 Moser (n 35) 56; Pichonnaz, 'SJZ 2019' (n 10) 739, 740; Widmer Lüchinger, 'HAVE Personen-Schaden-Forum 2017' (n 50) 83, 92; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 200, N 78.

135 Bu durum "görünüşte çözüm" olarak tanımlanmıştır.; Widmer Lüchinger, 'HAVE Personen-Schaden-Forum 2017' (n 50) 83, 92; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 200, N 78.

136 Moser (n 35) 28; Rey and Wildhaber (n 33) N 1952; Widmer Lüchinger, 'HAVE Personen-Schaden-Forum 2017' (n 50) 83, 92; Widmer Lüchinger, 'ZBJV 2014' (n 37) 460, 476; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 200, N 79.

137 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 201, N 80; Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 619.

138 Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 619.

139 BGE 146 III 14 E. 6.1.2.

bir zaman dilimine de yayılabilir¹⁴⁰. OR m. 128a'da öngörülen zamaşımı süresinin başlangıcının “zarar verici davranışın meydana geldiği veya sona erdiği” günden itibaren hesaplanacağı şeklindeki ifadesiyle hüküm, sadece zarara yol açan tek seferlik bir eylemi değil, zarar verici olayın tekrar tekrar meydana geldiği veya sürekli bir fiilden oluştuğu durumları da kapsadığını açıkça düzenlemektedir¹⁴¹.

“Meydana gelmiş veya sona ermiş” ifadesi; öğretinin ve yargı içtihatlarının önceki yorumlarıyla örtüşmektedir ve bu bakımdan isabetli olarak değerlendirilmektedir¹⁴² Tekrarlanan veya süreklilik arzeden zarar verici davranışlar söz konusu olduğunda, hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği ya da başka bir deyişle; bu davranışın sona erdiği son gün; sürenin işlemeye başlamasında belirleyicidir¹⁴³.

Özetle; OR m. 128a'daki “gerçekleşme veya sona erme” ifadelerinden, sürekli veya tekrarlanan zarar verici davranışlar söz konusu olduğunda, zamaşımı süresinin, ancak son hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği gün yani bu davranışın sona erdiği gün işlemeye başlayacağı sonucuna ulaşılmaktadır¹⁴⁴ OR m. 128a hükmünün yürürlüğe girmesinden önce de yüksek mahkeme içtihatlarında da bu sonuç kabul edilmekteydi. Örneğin, Federal Mahkeme, asbest tozuna maruz kalmanın, sürekli zarar verici bir davranış olduğuna ve bu nedenle zamaşımı süresinin, en erken, zarar gören tarafın artık asbest tozuna maruz kalmadığı zaman işlemeye başlayacağına karar vermiştir¹⁴⁵. Bu nedenle, somut anlamda, zarar verici davranış, ancak iş ilişkisinin bitmesiyle birlikte sona ermiştir¹⁴⁶.

Süreyi tetikleyen veya başlatan “zarar verici davranış” bir eylem veya ihmalden oluşabilir¹⁴⁷. OR m. 128a'nın lafzı da sadece bir “eylemin” değil, aynı zamanda bir “ihmalin” de bir talebin temelini oluşturabileceğini ve böylece süreyi tetikleyebileceğini veya başlatabileceğini açıklığa kavuşturmuştur¹⁴⁸. Federal Yüksek Mahkeme, bir asbest mağdurunun mirasçıları tarafından ileri sürülen tazminat alacaklarında, koruyucu önlemlerin alınıp alınmadığına ilişkin delillerin eksik olduğuna karar vermiştir¹⁴⁹. Ancak Federal Mahkeme, işverenin o zamanki bilgi durumuna göre asbest maddesiyle ilgili olarak çalışanını korumak için gerekli önlemleri almadığını farz etmiş ve işveren buna itiraz etmemiştir¹⁵⁰. İhmal durumunda, tazminat yükümlüsünün en geç harekete geçmesi gereken zaman; sürenin işlemeye başlayacağı an açısından belirleyicidir¹⁵¹.

140 BGE 146 III 14 E. 6.1.2.

141 BBl 2014, S. 235, 252; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 201, N 81.

142 BBl 2014, s. 235, 252; BGE 146 III 14 E. 6.1.2; BGE 127 III 260 E. 2b/bb; 92 II 1 E. 5b; Fellmann and Kottmann (n 33) N 3058; Rey and Wildhaber (n 33) N 1866; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 201, N 82.

143 BGE 146 III 14 E. 6.1.2; BGE 127 III 260 E. 2b/bb; 92 II 1 E. 5b; Fellmann and Kottmann (n 33) N 3058; Krauskopf, ‘HAVE 2009’, s. 273, 277; Rey and Wildhaber (n 33) N 1866; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 201, N 82.

144 Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 620; BGE 146 III 14 E. 6.1.2 S. 21; BGE 92 II 1 E. 5 b S. 7; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) N 82.

145 BGE 146 III 14 E. 6.1.2 ff. S. 21 ff.

146 BGE 146 III 14 E. 6.1.4 f. S. 22 ff.

147 BBl 2014, 235 (252). Ayrıca bkz. Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) N 83. Ayrıca krş. BGer Urteil 4A_558/2017 vom 29. Mai 2018 E. 5.3.1.

148 BBl 2014, S. 235, 252; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 201, N 83.Revizyon öncesi açısından; 2020 BGer 4A_558/2017 E. 5.3.1; BGE 106 II 134 E. 2c; Fellmann and Kottmann (n 33) N 3056; Rey and Wildhaber (n 33) N 1859.

149 BGE 146 III 14.

150 BGE 146 III 14 E. 5.2.

151 BBl 2014, s. 235, 252; BGE 119 II 216 E. 4/bb; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 202, N 83; Fellmann and

OR m.128a'da öngörülen yirmi yıllık mutlak zamanaşımı süresi, “zarar verici davranışın meydana geldiği veya sona erdiği” gün işlemeye başlar. Dolayısıyla bu sürenin başlangıcı, tamamen objektiftir ve bu nedenle – nispi sürenin aksine – zarar görenin, zarar ve tazminat yükümlüsüne ilişkin bilgi sahibi olmasına bakılmaksızın işlemeye başlar¹⁵². Kanun koyucu, süreyi “zarar verici davranış” ile ilişkilendirerek, öğretinin aksi yöndeki görüşlerini görmezden gelerek ve dikkate almayarak¹⁵³, Federal Mahkeme'nin, zamanaşımı süresinin başlangıcını yüküm ihlalinin gerçekleştiği zamana bağlayan önceki içtihadını, revizyon sırasında benimsemiştir¹⁵⁴. Bu durum, bir tazminat talebinin henüz zarar meydana gelmeden ya da zarar tespit edilemeden zamanaşımına uğramasına yol açabilmektedir¹⁵⁵.

Her ne kadar öğretide ve yargı içtihatlarınca, taleplerin henüz doğmadan zamanaşımına uğraması tehlikesi bilinse de hukuki güvenliğin sağlanması adına bu durum göze alınmaktadır¹⁵⁶. Kanun koyucu da bu tehlikeyi kabul etmiştir¹⁵⁷. Mutlak zamanaşımı süresinin uzatılmasına alternatif olarak zamanaşımı süresinin, zararın meydana gelmesiyle birlikte başlatılması; geç ortaya çıkan tüm zararları kapsamaması ve karşılaması açısından avantajlıdır. Ancak, (olası) tazminat yükümlüsünün, gelecekte kendisine karşı ileri sürülebilecek taleplerin belirsizliğine karşı korunmasına ilişkin menfaati de bulunmaktadır. Ayrıca, hukuk güvenliği ve kesinliği de bunun karşısında yer almaktadır¹⁵⁸.

Bu görüşlerden yola çıkarak; öğretilde, OR m. 128a'daki mutlak zamanaşımı süresinin başlangıcının, en azından; hukuken korunan değer ihlal edildiğinin, objektif olarak fark edilebilir, algılanabilir hale geldiği ana göre belirlenmesi gerektiği görüşü benimsenmektedir¹⁵⁹. Sağlığın bozulmuş olduğu objektif olarak fark edilebilir, algılanabilir olmadığı sürece, ki bu genellikle hastalığın teşhis edilmesinden önceki durumdur; zarar görenin (muhtemel) haklarını ileri sürmesi, kendisinden beklenemez¹⁶⁰.

E. GEÇ ORTAYA ÇIKAN ZARARLAR KAPSAMINDA OR M. 128A'NIN ELEŞTİRİSİ

Kanun koyucu, OR m. 128a'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, mevcut uygulamaya bağlı kalarak sürenin başlangıcını yükümlülük ihlalinin (veya zarar verici davranış). Bu, sürenin başlangıç anının düzeltilmesinin yerine sadece mutlak zamanaşımı süresinin uzatılmasını öngörüyordu. İsviçre

Kottmann (n 33) N 3056; Rey and Wildhaber (n 33) N 1859.

152 Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 620.

153 Bkz. Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) N 9, N 83 ff.

154 BGE 146 III 14 E. 6.1.1 S. 20 f.; BGE 140 II 7 E. 3.3 S. 9; BGE 137 III 16 E. 2.3 S. 20; BGE 136. II 187 E. 7.5 S. 200; BGE 106 II 134 E. 2 d S. 139.

155 BBl 2014, 235 (252); Bu konunun eleştirisi hakkında bkz. Krauskopf and Stoppelhaar (n 53) 620.

156 BGE 137 III 16 E. 2.1; 136 II 187 E. 7.4.4 f.; vgl. in Bezug auf 203 Art. 60 OR Däppen (n 37) OR Art. 60 N 9; Fellmann and Kottmann (n 33) N 3054 ff.

157 BBl 2014, s. 235, 253.

158 BBl 2014, s. 235, 253.

159 Ayrıntılı bilgi için bkz. Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 204, N 90 ff.

160 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 204, N 90 ff.

öğretisi; ortaya çıkan bu sonucun AHİM'in taleplerini yeterince karşılamadığını belirtmektedir¹⁶¹. Bu nedenle, AİHM tarafından AİHS'nin 6. maddesine dayanılarak İsviçre aleyhine yeni mahkumiyet kararı gözdürü edilemez¹⁶². AİHM kararı, bugüne kadar mağdur taraflarca pek çok kez Federal Mahkeme nezdinde gündeme getirilmiş ancak her seferinde Federal Mahkeme tarafından reddedilmiştir¹⁶³.

İsviçre öğretisinde, yeni OR m. 128a ile getirilen hüküm çeşitli açılardan¹⁶⁴ eleştirilmektedir. Bu doğrultuda, öncelikle, mutlak zamanaşımı süresinin başlangıcını zararın objektif olarak ilk ortaya çıktığı zamana bağlamanın daha mantıklı olacağı görüşü benimsenmektedir¹⁶⁵. Bunun yanı sıra, zamanaşımı süresinin yirmi yıla uzatılması çoğu zaman geç ortaya çıkan zararların mağdurları için adil sonuçlar vermemektedir Zira; asbest veya iyonlaştırıcı radyasyon gibi kanserojen ve toksik maddeler tarafından tetiklenebilen kanser ve diğer hastalıkların bekleme ve gelişme süresi on beş ile elli yıl arasında değişkenlik göstermektedir. AHİM'in de 2014 tarihli kararında önemle belirttiği bu husus ve İsviçre kanuna koyucusuna AİHM tarafından verilen bu direktif, OR m. 128a'da kabul edilmemiştir¹⁶⁶.

OR m. 127'deki on yıllık ve OR m. 128'deki beş yıllık zamanaşımı süresinin yanı sıra çift süreli rejiminin getirilmesi aslında önemli ölçüde karmaşıklığa yol açmaktadır. Üstelik üç yıllık nispi zamanaşımı süresi, ne yazık ki, kişiye ilişkin zarar mağduru, zarardan kısa sürede haberdar olması halinde, kendisine tanınan süreyi kısaltabilmektedir¹⁶⁷.

On yıllık tek bir zamanaşımı süresini içeren "eski" zamanaşımı rejimi (OR m. 127) doğrudan yeni hüküm OR m.128a ile karşılaştırıldığında önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu karşılaştırma, "zararın öğrenilmesi" ile işlemeye başlayan üç yıllık nispi zamanaşımı süresinin getirilmesinin; (OR Art. 128a), zarar veren davranışın üzerinden henüz on yıl geçmeden önce bile sözleşme sorumluluğunun, bu üç yıllık nispi zamanaşımı süresinin geçmesi yüzünden zamanaşımına uğradığı tüm durumlar için zarar görenlerin, zamanaşımı konusunda hukuki durumlarını kötüleştirdiğini göstermektedir. 2019'un sonuna kadar geçerli olan önceki yasaya göre, sözleşme sorumluluğundan kaynaklanan talepler sadece zarara yol açan olaydan itibaren on yıl sonra zamanaşımına uğrar¹⁶⁸. Dolayısıyla, bundan sonra, zararını öğrenen zarar gören, üç yıllık zamanaşımı süresinin de işlemeye

161 Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht 2019' (n 50) 9, 12; Moser (n 35) 17, 28; Rey and Wildhaber (n 33) N 1958; Werro, 'HAVE 2020' (n 50) 59; Widmer Lüchinger, 'ZBJV 2014' (n 37) 460, 474; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 178, N 17.

162 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 179, N 20.

163 BGer 4A_558/2017; 4A_187/2017; 4A_261/2015 E. 3.1. Federal Mahkeme'nin konuya ilişkin diğer kararları ile olarak ayrıca bkz. Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 179, N 14 ff.

164 20 yıllık mutlak zamanaşımı süresinin ispat yükümlülüğü açısından getirdiği zorluklar ve asbest mağdurları için bir geçiş hükümleriyle korunmadığı eleştirileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 180, N 25 ff.; Husmann and Aliotta, 'HAVE 2014' (n 37) 89 ff.

165 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 180, N 24 ve orada anılan yazarlar.

166 Bkz. Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 180, N 24.

167 Krauskopf and Märki (n 58) N 13 ff., N 59; Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 191, N 53.

168 BGE 137 III 16 E. 2.2 S. 19; Kararın eleştirisi hakkında bkz Moser (n 12) 31 ff.; Widmer Lüchinger, 'ZBJV 2014' (n 37) 476 ff.; Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht 2019' (n 50) 14.

başladığını gözönünde bulundurmak zorundadır. Bu çıkarım; eski düzenlemedeki on yıllık zamanaşımı süresiyle karşılaştırıldığında, zamanaşımı süresinin büyük ölçüde kısalması anlamına gelmektedir¹⁶⁹. Yeni zamanaşımı hükümlerinin, fiziksel olarak yaralanan, zarar görenler ile hayatını kaybedenlerin geride kalan bakmakla yükümlü oldukları kişiler için dezavantajı, “sadece” eşyaya ilişkin zarar ve salt salt malvarlığı kayıpları açısından sözleşme sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresinin 1 Ocak 2020’den sonra da OR m. 127’ye göre on yıl olarak kalmaya devam edeceği düşünüldüğünde daha da netleşmektedir¹⁷⁰. Zira; bu şekilde kişiye ilişkin zararlar ve eşyaya ilişkin zararlar şeklinde ikili bir sistemin beraberinde bazı sakıncaları da getirmektedir ki bu anlamda kişiye ilişkin zararlardaki 3yıllık nispi zamanaşımı süresi dolmasına rağmen eşyaya ilişkin zararlar açısından 10 yıllık zamanaşımı süresinin hala dolmaması gibi durumlarla karşılaşılabılır. Bu bakımdan getirilen bu ikili sistemin öğretide ciddi olarak eleştirilmektedir¹⁷¹.

Olayların çoğunluğunda, üç yıllık nispi zamanaşımı süresi, nispi zamanaşımı süresinin başlangıcı dolayısıyla(zararın ve zarar verenin öğrenilmesi) telafi edilmemektedir. Bunun uzantısı olarak, alacaklının “sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüm ve bedensel zarar” durumunda, eşyaya verilen zarar veya salt malvarlığı zararlarından çok daha dikkatli olması gerekmektedir. Bedensel zarar, sözleşme ihlalinden kaynaklandığı anda, zarar gören taraf artık OR m. 127’deki on yıllık zamanaşımı süresine dayanamayacaktır, bu da aslında olayların çoğunluğunda tazminat alacağını, sözleşmeye aykırılıktan itibaren üç yıl sonra zamanaşımına uğrayacağı anlamına gelmektedir. Buna karşılık eşyaya ilişkin zararlar veya salt malvarlığı zararları için zamanaşımı süresi, sözleşmeye aykırılıktan itibaren on yıl olarak kalmaya devam edecektir. İsviçre öğretisinde haklı olarak bu ayrımı anlamanın oldukça güç olduğu ifade edilmektedir¹⁷².

V. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA ZAMANAŞIMI

A. Olağan Nispi ve Mutlak Zamanaşımı Süresi

Revizyon kapsamında haksız fiil sorumluluğunda, nispi zamanaşımı süresi uzatılmış ve zamanaşımı süresi sözleşme sorumluluğu ile yeknesaklaştırılmıştır. Sözleşme dışı sorumlulukta haksız fiilden doğan tazminat talepleri için kanun koyucu OR m. 60/I için özel bir zamanaşımı hükmü düzenlemiştir. Yeni zamanaşımı düzenlemesi ile birlikte, OR m.60 hükmü, çeşitli açılardan revize edilmiştir. İlk yenilik, nispi zamanaşımı süresinin uzatılmasıyla ilgilidir. Buna göre, haksız fiillerden kaynaklanan tazminat talepleri kural olarak “üç yıllık nispi zamanaşımı süresine” ve “on yıllık mutlak zamanaşımı süresine” tabidir. İsviçre öğretisinde bir yıllık nispi zamanaşımı süresi, sorumluluk hukukundaki – özellikle karmaşık– vak’alar açısından çok kısa kaldığı gerekçesiyle eleştirilmekteydi.

169 Krauskopf, ‘Neues Verjährungsrecht 2019’ (n 50) 14.

170 Krauskopf, ‘Neues Verjährungsrecht 2019’ (n 50) 14.

171 Krauskopf, ‘Neues Verjährungsrecht?’ (n 4) 14; Pichonnaz, ‘SJZ 2019’ (n 10) 741; Moser (n 35) 55.

172 Pichonnaz, ‘La prescription’ (n 16) 23 ff.; siehe auch Moser (n 35) 55; Krauskopf and Märki (n 58) N 14; Krauskopf, ‘Neues Verjährungsrecht?’ (n 4) 14.

Bu bakımdan, sorumluluk hukukunda, nispi zamaşımı süresinin bir yıldan üç yıla uzatılması son derece sevindirici bir gelişme olarak kabul edilmiştir¹⁷³.

Bu bağlamda; kanun koyucu, zamaşımı revizyonu ile nispi zamaşımı süresini bir yıldan üç yıla çıkarmıştır. Yeni OR m. 60/İ'e göre, "maddi tazminat veya manevi tazminat talebi [...] zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği günden itibaren üç yıl sonra zamaşımına uğrar". Federal Konsey, sürenin uzatılma gerekçesini, nispi zamaşımı süresinin öğretide çok kısa olduğu yönündeki eleştirilere dayandırarak açıklamıştır. Bu bulgu, yabancı hukuk sistemleriyle yapılan bir karşılaştırmayla, üç yıldan daha kısa zamaşımı süresinin tanındığı düzenlemelerin çok nadir olduğu doğrulanmıştır¹⁷⁴.

Nispi zamaşımı süresinin bir yıldan üç yıla çıkarılması yukarıda da belirtildiği üzere öğreti tarafından da son derece isabetli bir gelişme olarak kabul edilmiştir¹⁷⁵. Bu bağlamda, Federal Konsey'in taslağı değiştirilmeden kabul edilmiştir¹⁷⁶. Nispi zamaşımı süresinin üç katına çıkarılması, zamaşımı süresinin, zarar gören yararına yapılan önemli bir iyileştirme olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁷.

Zamaşımı hukukunun revizyonu sürecinde sadece Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerindeki zamaşımı süreleri değişmemiştir, aynı zamanda – tamamen zamaşımı hukukunun yeknesaklaştırılması anlamında – sorumluluk hukuku kapsamındaki çok sayıda özel kanunda yer alan düzenlemelerde de zamaşımı süreleri revize edilmiştir. Özel kanunlardaki (örneğin Elektrik Kanunu¹⁷⁸ m. 37, Karayolları Trafik Kanunu m. 83¹⁷⁹, İnsan Araştırmaları Kanunu m. 25/II¹⁸⁰)¹⁸¹, zamaşımı süreleri arasındaki uyumun sağlanabilmesi için genellikle OR m.60'a atıf yapılmıştır. Böylece 2020 Revizyonunun sorumluluk hukukunda belirli bir ölçüde yeknesaklığı sağladığı belirtilmekte ve Borçlar Kanunu dışındaki Özel Kanunlarda çok sayıda sorumluluk hukuku normunun yeknesaklaştırılması, bu anlamda olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir¹⁸².

Buna karşılık, özellikle Ürün Sorumluluğu Kanunu¹⁸³ kapsamındaki tazminat talepleri için zamaşımı süresi değişmemiştir: Kanun koyucu, ürün sorumluluğunda AB hukukundan ayrık ve farklı bir zamaşımı düzenlemesi getirmek istememiştir¹⁸⁴.

173 Isabelle Wildhaber and Sevda Dede, 'Ist das neue Verjährungsrecht im Haftpflichtrecht angemessen?' (2021) 2 Haftung und Versicherung 198; Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht 2019' (n 50) 15; Verde, 'AJP 2020' (n12) 172 ff.

174 Botschaft, 251 ff.; Fellmann, 'Das neue Verjährungsrecht' (n 2) 201 ff., 205.

175 Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht 2019' (n 50) 15.

176 Amtl. Bull. NR 2014, S. 1773 und 1781; Amtl. Bull. SR 2015, S. 1294 und 1297.

177 Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht 2019' (n 50) 15.

178 Elektrizitätsgesetz vom 24. Juni 1902, SR 734.0.

179 Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, SR 741.01.

180 Humanforschungsgesetz vom 30. September 2011, SR 810.30.

181 Revize edilen tüm Özel Kanunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Verde, 'AJP 2020' (n12) 173; Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht 2019' (n 50) 17 ff.

182 Ayrıntılı bilgi için bkz Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht 2019' (n 50) 17; Wildhaber and Dede, 'HAVE 2021' (n 173) 198.

183 Produktehaftpflichtgesetz vom 18. Juni 1993, SR 221.112.944.

184 Botschaft Revision, 265.

B. Ölüm ve Bedensel Zararlarda Nispi ve Mutlak Zamanaşımı Süresi

Revizyonla birlikte ölüm ve bedensel zararlar; yani kişiye ilişkin zararlar hakkında OR m. 60'a yeni bir fıkra eklenmiştir. OR m.60/I'e göre; bir kişinin ölümü veya bedensel yaralanması durumunda maddi tazminat veya manevi tazminat talebi; zarar görenin, zararı ve tazminat ödemekle yükümlü kişiyi öğrendiği günden itibaren üç yılın, ancak her halükarda zarar verici fiilin gerçekleştiği veya sona erdiği günden itibaren yirmi yılın dolmasıyla birlikte zamanaşımına uğrar¹⁸⁵. Böylece, OR m. 128a'ya paralel olarak kişiye ilişkin zararlarda (ölüm ve bedensel zarar) sözleşme sorumluluğundan ve sözleşme dışı sorumluluktan kaynaklanan talepler için zamanaşımı süresinin yeknesaklaştırılması sağlanmıştır¹⁸⁶.

Her iki yeni hüküm (OR m.128a ve OR m.60/I), yeni zamanaşımı hukukunun getirdiği en önemli yeniliklerden biri olarak nitelendirilmektedir. Bu hükümlerle birlikte, bir kişinin hukuka aykırı veya sözleşmeye aykırı olarak bedensel zarar veya ölümünden kaynaklanan maddi tazminat veya manevi tazminat taleplerinin her biri için zamanaşımı süresi; özel bir hükümle düzenlenmektedir. Yeni hükümler, sözleşme dışı ve sözleşme sorumluluğunda kişiye ilişkin zararlarda; yani ölüm ve bedensel zararlardan kaynaklanan talepler için zamanaşımı süresini yeknesaklaştırmıştır¹⁸⁷. Bu bağlamda önemle belirtilmelidir ki; 20 yıllık mutlak zamanaşımı süresi; ancak bir kişinin öldürülmesi veya bedensel yaralanması haksız fiil sorumluluğu kapsamında ise uygulama alanı bulacaktır. Bunun dışında kalan diğer tüm durumlarda, haksız fiil sorumluluğu on yıllık mutlak zamanaşımı süresine tabi olmaya devam edecektir¹⁸⁸. Başka bir ifadeyle, haksız fiil sorumluluğunda, ölüm ve bedensel zararlar dışında kalan diğer tüm durumlar açısından mevcut 10 yıllık mutlak zamanaşımı süresi uygulanmaya devam edecektir.

OR m. 60/I, mevcut yargı içtihatlarıyla uyumlu ifadeler içermektedir¹⁸⁹. Mutlak zamanaşımı süresi, en erken zarar verici fiilin son gününde veya zarar verici davranışın sona erdiği günden itibaren işlemeye başlar¹⁹⁰. Ayrıca sadece zarar verici bir fiilin değil aynı zamanda bir ihmalin de haksız fiil sorumluluğunu ve zamanaşımı süresinin işlemesini başlatabileceği açıklığa kavuşturulmuştur¹⁹¹.

Zamanaşımı sürelerinin uzatılması, potansiyel olarak sorumlu zarar verenlere, eskisinden daha uzun süreler içinde dava açılabilceği anlamına gelmektedir. Bu durum, diğer işletmelerin yanısıra, işletme faaliyetleri, insanların sağlığına yönelik potansiyel bir tehlike ile ilişkilendirilen ve ancak uzun yıllar süren bir kuluçka döneminden sonra sağlığa vereceği zararın anlaşılabilceği şirketleri de ilgilendirmektedir. Bu anlamda örneğin, kullanıcı için sağlık riskleri taşıyan ürünlerin üreticileri¹⁹²

185 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 180, N 23.

186 Wildhaber and Dede, *OR Art. 128a* (n 12) 180, N 23.

187 Wildhaber and Dede, 'HAVE 2021' (n 173) 199.

188 BBl 2014 235, 251 f.

189 Ayrıntılı bilgi için bkz. Krauskopf and Märki (n 58) N 7.

190 Bu ifade, İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatlarına uygun bir ifadedir. ;BGE 127 III 257 E. 2b/bb S. 260 f.

191 Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht 2019' (n 50) 16.

192 Haksız fiil sorumluluğu ile (OR m. 41 ff.) Ürün Sorumluluğu Kanunu'ndan doğan sorumluluk arasındaki taleplerin yarışması hakkında bkz. Fellmann and Kottmann (n 33) N 1220.

veya çalışanları sağlığa potansiyel zararlı olabilecek işler yapan işverenler de bu kapsamda düşünülmelidir. Örneğin hastaneler ve doktorlar ile sorumluluk sigortacıları da aynı şekilde etkilenmektedir¹⁹³.

Ölüm ve bedensel zararların kapsamı, nispi ve mutlak zamaşımı sürelerinin uzunluğu ve bu sürelerin başlangıcı açısından OR m. 128a ile ilgili açıklamalar ve eleştiriler OR m. 60/I açısından da ileri sürülmektedir. Özellikle, geç ortaya çıkan zararlar açısından, 20 yıllık mutlak süre ve sürenin başlangıcına ilişkin OR m. 128a'ya yöneltilen eleştiriler OR m.60/I açısından da aynı şekilde ileri sürülmektedir. Dolayısıyla, geç ortaya çıkan zararlara ilişkin düzenlemenin hala makul bir düzenleme olmadığı, geç ortaya çıkan zararlardaki sorunun hala çözümlenemediği öğretide benimsenmektedir¹⁹⁴.

Özellikle geç ortaya çıkan zararlar açısından belirleyici faktör, süre ile mutlak zamaşımı süresinin başlangıcı arasındaki ilişkidir. OR m. 60/I'in yürürlüğe girmesi ve en erken zarar verici davranıştan itibaren sürenin başlatılmasıyla kanun koyucu, mevcut uygulamaya bağlı kalmıştır. Ancak öğretide bu durum, sürenin başlangıç anını düzeltmek yerine, yalnızca mutlak zamaşımı süresinin uzatılmasını sağladığından AİHS'nin ve AHİM kararlarındaki gereklilikleri yeterince karşılamadığı ve bu anlamda sorumluluk hukukundaki geç ortaya çıkan zararlar sorununu yeterince düzenlemediği şeklinde eleştirilmektedir. Zira; zamaşımı süresinin yirmi yıla uzatılması, geç ortaya çıkan zararların mağdurları için çoğu zaman adil bir sonuç olmamaktadır. Asbest veya iyonlaştırıcı radyasyon gibi kanserojen ve toksik maddeler tarafından tetiklenebilen kanser ve diğer hastalıkların kuluçka süresi on beş ila elli yıl arasında değişmektedir¹⁹⁵.

C. Ceza Dava Zamaşımı Süresi: Or M. 60/II

Özel Hukuk ile Ceza Hukuku arasındaki bağlantı kuran ceza dava zamaşımı süresi, öğretide içeriği ve gerekliliği açısından tartışılmaktaydı. Uygulamada çok sayıda soruna yol açtığından dolayı öntasarıda bu hükme yer verilmemişti. Ancak mağdur olan tarafın korunması gerekçe gösterilerek hüküm tasarıda yerine almış ve yürürlüğe girmiştir¹⁹⁶,

OR m. 60/II uyarınca; “Tazminat ödemekle yükümlü kişi, zarar verici davranışı ile suç teşkil eden bir fiil işlemiş ise, maddi tazminat veya manevi tazminat talepleri, önceki paragraflara bakılmaksızın, en erken ceza dava zamaşımı süresinin işlemeye başlamasıyla zamaşımına uğrar. İlk derece mahkemesi tarafından verilen bir ceza hükmü neticesinde bu durumun gerçekleşmemesi halinde, bu talep en erken, hükmün ilanından itibaren üç yılın dolmasıyla zamaşımına uğrar”.

193 Verde, 'AJP 2020' (n12) 174.

194 Bkz. Wildhaber and Dede, 'HAVE 2021' (n 173) 199; Moser (n 35) 28; Rey and Wildhaber (n 33) N 1952; Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht 2019' (n 50) 12.; Fellmann, 'Das neue Verjährungsrecht' (n 2) 206; Widmer Lüchinger, 'HAVE Personen-Schaden-Forum 2017' (n 50) 92 ff.

195 Ayrıntılı bilgi için bkz. Wildhaber and Dede, 'HAVE 2021' (n 173) 199, 200. Ayrıca bkz. Verde, 'AJP 2020' (n12) 174.

196 Wildhaber and Dede, 'HAVE 2021' (n 173) 201; Verde, 'AJP 2020' (n12) 175.

OR m. 60/II'nin uygulama alanı incelendiğinde; hükmün 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, zarar gören, özel hukuk kapsamındaki nispi veya mutlak zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile, daha uzun olan ceza dava zamanaşımı süresine dayanabilecektir¹⁹⁷. Bu anlamda OR m. 60/II, özel hukuktan doğan taleplerin yerine getirilmesini kolaylaştırmaktadır¹⁹⁸.

Bunun dışında OR m. 60/II; hem nispi zamanaşımı süresi hem de mutlak zamanaşımı süresi açısından geçerlidir¹⁹⁹. Bu yorum, önceki yargı kararları ve öğretinin görüşleriyle de uyumludur²⁰⁰ ve 2020 Revizyonu²⁰¹ ile de teyid edilmiştir.

OR m.60/II ile ilgili olarak kanun koyucu, özel hukuk ve ceza hukuku zamanaşımı sürelerinin, birbirine paralel olarak ve dolayısıyla birbirinden bağımsız olarak işlediğini belirtmektedir²⁰². Ancak, ceza hukuku zamanaşımı süresi, OR m.60/II'de öngörülen özel hukuk zamanaşımı sürelerinin yerine geçmemekte, onlardan bağımsız olarak işlemektedir. Bu nedenle, ceza hukuku kapsamındaki dava zamanaşımı süresinin süresinin, başlangıcı ve sonu için yalnızca ceza hukuku hükümleri (Ceza Kanunu m. 97, m. 98 ve m. 109) belirleyicidir ve bu süreler, Ceza Kanunu'nun 2002 revizyonundan itibaren kesintiye uğratılamaz²⁰³. Zamanaşımı hukukunun revize edilmesiyle birlikte OR m.134 ve OR m. 135'te öngörülen zamanaşımını kesen ve durduran sebeplerin, ceza dava zamanaşımı süreleri üzerinde değil, yalnızca özel hukuk zamanaşımı süreleri üzerinde etkili olduğu anlamına gelmektedir²⁰⁴. Revize edilen OR m. 60/II'ye göre, ilk derece ceza yargılaması sonucunda ceza dava zamanaşımı süresi artık işlemeye başlamamışsa, talep en erken hükmün ilanından itibaren üç yıl geçtikten sonra zamanaşımına uğrar. OR m. 60/II'nin amacı, ilk derece mahkemesince verilen ceza hükmünün bir sonucu olarak dava zamanaşımı süresinin artık işlemeye başlamaması sebebiyle zarar gören tarafın hukuki taleplerini sınırsız olarak ileri sürebilmesini engellemektir. Ancak, öğretide revize edilen OR m. 60/II'deki ceza zamanaşımı süresinin kalan süresi ile bağlantılı olarak henüz açıklığa kavuşturulmamış çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır²⁰⁵. Örneğin, ceza dava zamanaşımı süresinin kalan kısmının, ceza hükmü ilan edildikten sonra hukuki talepler için hala devam edip etmeyeceği²⁰⁶ ya da ceza hükmü ilan edildikten sonra hukuk davaları için sadece üç yıllık zamanaşımı süresinin mi geçerli olup olmadığı²⁰⁷ konusunda görüşler farklılık göstermektedir.

197 Christof Bergamin, 'Die längere strafrechtliche Verjährungsfrist nach Art. 60 Abs. 2 OR' in Walter Fellmann (ed), *Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29.10.2019 in Luzern* (Stämpfli 2019) 35 ff., 43; Brehm (n 33) Art. 60 N 95; Fellmann, 'Das neue Verjährungsrecht' (n 2) 201 ff., 210; Rey and Wildhaber (n 33) N 1926.

198 Wildhaber and Dede, 'HAVE 2021' (n 173) 201.

199 Bergamin (n 197) 43; Fellmann, 'Das neue Verjährungsrecht' (n 2) 210

200 BGE 137 III 481 E. 2.3; 136 III 502 E. 6.1 und 6.3.1; BBl 2014, 235, 255; Brehm (n 33) OR Art. 60 N 67; Fellmann and Kottmann (n 33) N 3061; Rey and Wildhaber (n 33) N 1885; Wildhaber and Dede, 'HAVE 2021' (n 173) 201.

201 BBl 2014, 235, 255.

202 BBl 2014, 235, 255; Wildhaber and Dede, 'HAVE 2021' (n 173) 202.

203 BBl 2014, 235, 255.

204 Bergamin (n 197) 44; Däppen (n 37) OR Art. 137 N 14c; Verde, 'Die Unterbrechung der Verjährung' (n 13) 104 ff.; Michel Verde, 'Die Verjährung nach Art. 60 Abs. 2 OR' in Frédéric Krauskopf (ed), *Die Verjährung – Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht* (Schulthess 2018) 65 ff., 79; Wildhaber and Dede, 'HAVE 2021' (n 173) 202.

205 Bkz. Wildhaber and Dede, 'HAVE 2021' (n 173) 203.

206 Verde, 'AJP 2020' (n12) 178; ayrıca krş. Krauskopf and Märki (n 58) N 9.

207 Bergamin (n 197) 49; ayrıca krş. Däppen (n 37) OR Art. 60 N 14c.

OR m. 60/II, 2. cümlede düzenlenen “üç yıllık zamaşımı süresi” yeni bir düzenlemedir ve bu üç yıllık süre ilk derece ceza mahkemesince verilen kararın ilanından itibaren işlemeye başlayacaktır. Gerekçeye göre; bu süre, özel hukuk zamaşımı süresidir ve OR m. 135'e göre kesilebilir ve daha sonra OR m. 137/İ'e göre yeniden işlemeye başlar²⁰⁸.

Kanun koyucunun düşüncesine göre; zarar gören taraf, özel hukuk taleplerini, hukuk davalarında ileri sürme konusunda karar verebilmek için ilk derece ceza mahkemesince ceza kararının açıklanmasından sonra yeterli fiili ve hukuki bilgiye, ceza yargılamasından sahip olmalıdır²⁰⁹

KAYNAKÇA

Bergamin C, 'Die längere strafrechtliche Verjährungsfrist nach Art. 60 Abs. 2 OR' in Walter Fellmann (ed), *Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29.10.2019 in Luzern* (Stämpfli 2019) 35 ff.

Berti S V, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V 1h, Das Erlöschen der Obligation, Art. 127-142* (3rd edn, Schulthess 2002).

Brehm R, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilbd., 1. Unterteilbd., Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR* (4th edn, Stämpfli 2013).

Däppen R, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, in Corinne Widmer Lüchinger and David Oser (eds) (7th edn, Helbing Lichtenhahn 2020).

Fellmann W, 'Verkürzung der Verjährungsfrist aus Vertragsverletzung bei Körperverletzung oder Tötung' (2014) 1 Haftung und Versicherung (HAVE) 73-75. (Kısaltma: 'HAVE 2014')

Fellmann W, 'Das neue Verjährungsrecht' (2020) 156 Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 201-226 (Kısaltma: 'Das neue Verjährungsrecht').

Fellmann W and Kottmann A, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG* (Stämpfli 2012).

Krauskopf F, 'Neues Verjährungsrecht: Merkmale für Praktiker' (2019) 2 Plädoyer 43-49. (Kısaltma: Krauskopf, 'Neues Verjährungsrecht 2019')

Krauskopf F, 'Die Verjährung der Delikts und der Vertragshaftung' in Walter Fellmann (ed), *Das neue Verjährungsrecht Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern* (Stämpfli 2019) 9-33. (Kısaltma: 'Die Verjährung der Delikts – und der Vertragshaftung')

Krauskopf F, 'Neues Verjährungsrecht? Bericht zur laufenden Verjährungsrechtsrevision', in Walter Fellmann and Stephan Weber (eds), *Haftpflichtprozess 2016: Dokumentations und Aufklärungspflicht im Arzthaftungsrecht, Beweiserleichterungen, Produkthaftung, Verjährung und gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Haftpflichtrecht* (Schulthess 2016) 51-74. (Kısaltma: 'Neues Verjährungsrecht?')

Krauskopf F, 'Es ist noch nicht aller Tage Abend! / Tout peut encore changer!' (2017) 4 Haftung und Versicherung (HAVE) 343-344.

Krauskopf F, 'Neues Verjährungsrecht – Zielgerade oder Sackgasse?' (2014) 1 Haftung und Versicherung (HAVE) 66-68.

208 Botschaft Revision, 256; Verde, 'AJP 2020' (n12) 177. Aksi görüş için bkz. Bergamin (n 197) 48.

209 Botschaft Revision, 256; Verde, 'AJP 2020' (n12) 177.

- Krauskopf F and Raphael M, 'Wir haben ein neues Verjährungsrecht!': Darstellung der neuen Gesetzesnormen mit Anmerkungen' (2018) 2 Juli, Jusletter.
- Krauskopf F and Stoppelhaar R, 'Das neue schweizerische Verjährungsrecht' (2022) Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZeUP) 608-633.
- Husmann D and Aliotta M, 'Die Regelung der Verjährungsproblematik von Schadenersatzforderungen für sogenannte Spätschaden' (2014) 1 Haftung und Versicherung (HAVE) 89-92.
- Husmann D, 'Asbest – Verjährungsrechtsprechung des Bundesgerichts verstösst gegen Art. 6 EMRK' (2014) 1 Haftung und Versicherung (HAVE) 149 ff.
- Huguenin C and Meise B, 'OR 2020: Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht? – Eine Einführung' (2015) 4 Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts – und Finanzmarktrecht (SZW) 280-300.
- Huguenin C and Hilty R, *Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Codes des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale* (Schulthess 2013).
- Landbrecht J and Buhr A, 'Schweizer Verjährungsrecht' (2022) 10 Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) 641-655.
- Wildhaber I and Dede S, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Verjährung, Art. 127-142 OR, Vorbemerkungen zu Art 127–142 OR / I. – IV.* (Stämpfli Verlag 2021) 1-32 (Kisaltma: Vorb. Art 127–142 OR)
- Wildhaber I and Dede S, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Verjährung, Art. 127-142 OR, Art 128a OR / I. Allgemeines, OR 128a* (Stämpfli Verlag 2021) 169-183. (Kisaltma: OR Art. 128a)
- Wildhaber I and Dede S, 'Ist das neue Verjährungsrecht im Haftpflichtrecht angemessen?' (2021) 2 Haftung und Versicherung (HAVE) 198-204. (Kisaltma: HAVE 2021)
- Moser N, 'Verjährungsfristen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung' in Frédéric Krauskopf (ed), *Die Verjährung – Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht* (Schulthess 2018) 17 ff.
- Pichonnaz P, 'Das revidierte Verjährungsrecht: Drei bemerkenswerte Punkte' (2019) 115 Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 739-748, (Kisaltma: 'SJZ 2019')
- Pichonnaz P, 'La prescription de l'action récursoire' in Franz Werro (ed), *La pluralité des responsables* (Stämpfli 2009) 155 ff.; (Kisaltma: 'La prescription')
- Rey H and Wildhaber I, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (5th edn, Schulthess 2018).
- Verde M, 'Neues Jahrzehnt – neues Verjährungsrecht' (2020) Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 171-186. (Kisaltma: 'AJP 2020').
- Verde M, 'Die Unterbrechung der Verjährung', in Walter Fellmann (ed), *Das neue Verjährungsrecht Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern* (Stämpfli 2019) 103 ff. (Kisaltma: 'Die Unterbrechung der Verjährung')
- Verde M, 'Die Verjährung nach Art. 60 Abs. 2 OR' in Frédéric Krauskopf (ed), *Die Verjährung – Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht* (Schulthess 2018) 65 ff.
- Widmer Lüchinger C, 'Die Verjährung bei Asbestschäden: Eine Standortbestimmung nach dem EGMREntscheid Howald Moor et autres c. Suisse' (2014) 5 Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 460-480. (Kisaltma: 'ZBJV 2014')
- Widmer Lüchinger C, 'Verjährung von Personenschäden de lege lata und ferenda – mit einem Seitenblick in Richtung Kausalität' in Anne-Sylvie Dupont and Barbara Klett (eds), *Personen-Schaden-Forum 2017* (Schulthess 2017) 83-104. (Kisaltma: 'HAVE Personen-Schaden-Forum 2017')
- Werro F, 'La prescription et les dommages différés des victimes de l'amiante: un triste retour en arrière!' (2020) 1 Haftung und Versicherung (HAVE) 59 ff.

Werro F, *La responsabilité civile*, (3rd edn, Stämpfli 2017).

Portmann W and Streuli-Nikolic I, 'Zur Verjährung von Forderungen aus positiver Vertragsverletzung im Fall von Spätschäden – Ein Problem insbesondere auch des Arbeitsrechts' (2011) Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht (ArbR) 13 ff.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/verjaehrungsfristen/vorentw-d.pdf>.

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de.

www.co2020.ch; www.or2020.ch.

Boşanma Açısından Eşle Cinsel Birliktelik Yaşa(ya)mama ve Yargıtay'ın İlgili İçtihatlarının Mukayeseli Aile Hukuku Penceresinden Eleştirilmesi

Unwillingness or Inability to Have Sexual Intercourse with Spouse in terms of Divorce and Criticizing the Relevant Jurisprudence of the Court of Cassation from the Perspective of Comparative Family Law

Özlem TÜZÜNER* 

ÖZ

Eşle cinsel birliktelik yaşa(ya)mamanın evlilik ve boşanma süreçlerindeki hukukî yer ve niteliği belirlenebilir. *Debitum conjugale* (evlilik borcu) çerçevesinde *copula carnalis* (eşler arası cinsel ilişki) konusunun borç olarak dayatılması *Canonique* hukuka dayanmaktadır. Evliliğin eşleri mütetekabil yükümlülüklerle donattığı bakış açısı artık terk edilebilir. Birlikte yaşama, sadakat, ortaklığın mutluluğunu gözetme gibi olumlu ve olumsuz davranışlar borçlar hukuku anlamında *yükümlülük* değil, aile hukuku kapsamında *hukukî görev veya ödev* şeklinde nitelenebilir. Tabii ki eşler arası cinsel birliktelik kanunda düzenlenmez; eşlerin görevleri hakkındaki mevcut hükümlerden yorum yoluyla da çıkarılamaz. Yargıtay, çekişmeli boşanma davalarında, eşleriyle cinsel birliktelik yaşa(ya)mayan davalılara çoğunlukla tam kusur atfetmektedir. Bir tarafın arzusuna aykırı vaziyette cinsel iletişimin hiç kurulamaması veya uzun soluklu kesilmesi elbette evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına delalettir. Fakat bu tespit boşanmada cinsellik meselesinin direkt kusur dağılımına konu edilebileceği anlamına gelmez. *Vajinismus* ya da *erektil disfonksiyon* gibi rahatsızlıklardan psikolojik ve/veya fiziksel acı çeken eşlerin boşanmada tam kusurla kınanması hem kusur tanımını ihlâl etmekte hem de evliliği cinsel alışverişe indirgemektedir. Diğer taraftan, eşlerden birinin diğerine karşı seksüel arzularının sona ermesi, kendi kişiliğine dâhil bizzat karar verme hakkını kullanmasıdır ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kusur kavramını doldurmaz. Böylesine *cinsel rahatsızlıklar ve/veya kaçınmalar* söz konusu olduğunda *evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle iki eşin de kusuru olmaksızın boşanma* mümkün olabilir. Yalnız temelden sarsılma sebebine dayalı boşanma davalarında Yargıtay davalının az da olsa kusurlu addedilmesi kriterini araştırmaktadır. Yakın cinsel ilişkiler kuramamış ya da böylesine samimiyetleri sona ermiş eşlerin boşanmasında Yargıtay'ın bu kriteri sorun teşkil etmektedir. Kusur prensibi, Türk boşanma pratiğinde kanun koyucunun iradesi hilafına genişletilmemelidir. Eşlerin mahrem hayatlarının mahkemelerde yarıştırılması yekdiğerinin kişilik hakkına tecavüz teşkil edebilir. *Kusur merkezli ve çok sebepli boşanma sistemi* işlevsel değildir. Bunun için İsviçre ve Fransadaki aile hukuku gelişmeleri örneksenerek *Türk boşanma hukukunda reform* yapılması önerilir.

Anahtar Kelimeler: *Debitum conjugale, copula carnalis, yükümlülük, hukukî görev veya ödev, cinsel rahatsızlıklar ve/veya kaçınmalar, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle iki eşin de kusuru olmaksızın boşanma, kusur merkezli ve çok sebepli boşanma sistemi, Türk boşanma hukukunda reform*

* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0002-5575-3400.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Özlem TÜZÜNER

E-posta/E-mail: ozlemtuzuner@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 17.03.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 21.06.2023

ABSTRACT

The legal role and nature of spouses' sexual dissatisfaction with each other in marriage and divorce can be determined. According to *debitum conjugale*, the imposition of *copula carnalis* or, in other words, sexual relations between spouses as an obligation is based on canon law. However, the view that marriage endows spouses with such reciprocal obligations shall now be abandoned. Positive and negative behaviors such as cohabitation, loyalty, and tending to the happiness of the marital union should be qualified as a *legal duty or task* (or assignment) in the sense of family law, not an *obligation* in the sense of law of obligations. Certainly, sexual intercourse between spouses is not explicitly regulated by law and obligation should not be deduced from the existing provisions on the duties of spouses through interpretation. The Turkish Court of Cassation (Yargıtay) largely attributes full fault to defendants who are unwilling or unable to have sexual intercourse with their spouses in contentious divorce cases. The fact that sexual interaction is not established at all or is interrupted for a long time, contrary to the wishes of one party, of course indicates that the foundation of the marriage union has broken down irremediably. Nevertheless, this indication does not mean that the issue of sexuality in divorce can be directly subject to the distribution of faults. The condemnation of spouses who suffer psychologically and physically from ailments such as vaginismus or erectile dysfunction with complete fault in divorce both violates the definition of fault and reduces marriage to a partnership of sexual trading. On the other hand, the termination of the sexual desire of one of the spouses towards the other and the avoidance of sharing a bedroom reflects the use of the freedom of decision, including the right of personality, and does not satisfy the concept of fault in the breakdown of the marital union. In the case of such *sexual disorders and/or avoidance, the ending of the marriage in divorce without the fault of either spouse* may be possible. However, in divorce cases based on the breakdown of the marital union, the Yargıtay investigates the criterion for the defendant to be deemed at least slightly faulty. This criterion of the Court of Cassation poses problems in the divorces of spouses who could not establish close sexual relationships or whose intimacy ended. In Turkish divorce practice, the principle of fault should not be extended by the *Yargıtay* against the will of the legislator. Creating competition among the private lives of spouses in case files and court hearings may constitute an infringement of the personal rights of the other. The *fault-centered and multi-cause divorce system* is not functional. For this reason, *reform in Turkish divorce law* can be organized by taking the family law developments in Switzerland and France as an example.

Keywords: *Debitum conjugale, copula carnalis*, legal duty or task, obligation, sexual disorders and/or avoidance, ending of the marriage in divorce without the fault of either spouse, fault-centered and multi-cause divorce system, reform in Turkish divorce law

GİRİŞ

Türk Medenî Kanunu¹ (TMK), evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulduğunu açıklamaktadır (TMK m. 185/2). “Hak ve yükümlülükler” başlığı altında ilk iki hükümde bu birliğin sosyal ve ekonomik idamesi düzenlenmektedir (TMK m. 185/2, 185/3, 186). Anılan maddelerde, kadın ve erkek eş açısından ayırım gözetilmeksizin düzenlenen konular şöyle sıralanabilir: birlikte yaşamak, yaşanılan konutu seçmek, birliği yönetmek, birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve giderlerine katılmak, çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermek, birbirlerine sadık

1 Kanun Numarası 4721, Kabul Tarihi 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

kalmak ve yardımcı olmak. Yalnız mülga Türk Kanunu Medenisi² (TKM) mükellefiyet yerine “Haklar ve Vazifeler” başlığını tercih etmişti (TKM m. 151). Öyleyse evliliğin iyi idamesi için eşlerden beklenen vazifelerin yükümlülüklere evrilmesi sorgulanabilir. Çünkü ödev ve yükümlülük terimleri farklı hukukî sonuçlar doğurmaktadır.

Evlilik birliğinden orijin bulan hak ve ödevlerin kanunî sıralamasında eşlerin birbirlerini cinsel yönden tatmin etmesi yer almamaktadır (TMK m. 185, 186). Boşanma sebeplerini sayan hükümler arasında da eşlerin birbirleriyle cinsellik yaşa(ya)maması anılmamaktadır (TMK m. 161-166). Oysa bazı Yargıtay kararlarında eşlerin birbirleriyle cinsellik yaşaması yükümlülük addedilmektedir. Dahası, bu yükümlülüğünü yerine getirmediği her nasılsa saptanan eş boşanmada tam kusur atfedilmektedir³.

Aslında rızaya dayalı yaşandığı sürece cinsel ilişki azalması veya yokluğunun sağlığa zararlı sonuçları bulunmamaktadır⁴. Cinsellsiz evlilikler (*des mariages sans sexe*) giderek artmaktadır. Bu çiftler on, yirmi, otuz yıl birlikte adeta cinsiyetsiz yaşayıp ayrılma niyeti gütmemektedir. Üstelik cinsellsiz evlilikler sadece yaşlılara özgü değildir⁵. Görüldüğü üzere, cinsellik her evlilikte farklı, eşlere özgü ve bu nedenle görecelidir. Bu farkındalık düzeyinde akla şu sorular gelmektedir. Evlilikte cinsellik tek tarafın arzusu hilafına azaldığında veya sona erdiğinde, bu kaçınmanın boşanma açısından direkt kusur telakki edilmesi hukuken yerinde midir? Cinsel perhiz veya yetersizliğin Yargıtay tarafından boşanmada kusur sayılmasının gerçek sebebi nedir? İşte bu sorular yanıtlanırken, konuya dair Yargıtay içtihatlarına eleştirel yaklaşılmaktadır.

Mukayeseli hukukta, boşanmada kusur araştırması ya kaldırılmış ya da en aza indirgenmiştir. Olağan olan, evlilik içi cinselliğin boşanma davasının dışında tutulmasıdır. Bununla birlikte, Yargıtay’la aynı yönde eski tarihli yabancı mahkeme kararları bulunmaktadır. Bu çalışmada, mukayeseli hukuk ve yabancı mahkeme kararları ışığında, evlilik içinde seksi başlatma görevinin kocaya yıkılmasının ve kadın eşin gönüllü boyun eğme misyonuyla donatılmasının çağa uygun olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu sayede, eşler arası cinsel iletişimin veya iletişimsizliğin boşanma davalarındaki yeri bakımından objektif önerilerde bulunmak umut edilmektedir.

Eşle cinsel birliktelik yaşayamamanın evlilik ve boşanma süreçlerindeki hukukî yer ve niteliği belirlenebilir. Ayrıca, kanun koyucunun eşlerden beklediği davranış skalasının ödev yerine

2 Kanun Numarası 743, Kabul Tarihi 17.2.1926, RG 4.4.1926/339.

3 Böylesine Yargıtay kararlarından örnekler verilebilir: Yargıtay 2. HD (Hukuk Dairesi), E (Esas) 1995/7717, K (Karar) 1995/9764, 3.10.1995 <www.turkhukuksitesi.com> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022; Yargıtay HGK (Hukuk Genel Kurulu), E 2001/2-245, K 2001/247, 14.3.2001 <www.turkhukuksitesi.com> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022; Yargıtay 2. HD, E 2008/12710, K 2009/16076, 28.9.2009 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022; Yargıtay HGK, E 2010/2-674, K 2010/650, 15.12.2010 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022; Yargıtay 2. HD, E 2013/22464, K 2014/5606, 13.3.2014 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022; Yargıtay 2. HD, E 2016/7810, K 2016/8548, 27.4.2016 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022.

4 Lorenza Bettoli Musy, ‘Quels sont les effets d’un manque de rapports sexuels?’ (*Tribune de Genève*, 24 Mart 2017) <https://www.tdg.ch/quels-sont-les-effets-dun-manque-de-rapports-sexuels-769.307.409387> Erişim Tarihi 18 Ekim 2022.

5 Amanda Castillo, ‘L’abstinence sexuelle dans le couple: dernier tabou’ (*L’Illustré*, 8 Nisan 2022) <https://www.illustre.ch/magazine/labstinence-sexuelle-dans-le-couple-dernier-tabou> Erişim Tarihi 18 Ekim 2022.

yükümlülük terimiyle karşılanması ve bu yükümlülüklerin cinsel ilişki kurmayı kapsamaması eleştirilebilir. Araştırma ve tartışma platformlarına adım atmadan önce, aşağıda, ilgili Yargıtay içtihatları sıralanmaktadır. Ardından konunun Türk aile hukukundaki ve mukayeseli hukuktaki gidişatı aktarılmaktadır. Daha sonra, genel değerlendirme ve önerilere yer verilmektedir. Nihayet elde edilen nitel verilerin özetini teşkil eden sonuç bölümüyle bu çalışma tamamlanmaktadır.

I. BOŞANMA YARGILAMASINDA YARGITAY'IN EVLİLİK İÇİ CİNSEL İLETİŞİME BAKIŞ AÇISI

Bazı Yargıtay kararlarında, eşler arasında cinselliğin vuku bulmamasının boşanmaya etkisi incelenmektedir. Aşağıda, konuya dair Yargıtay kararlarını tüketici tarzda anmak amaçlanmamaktadır. Yalnız Yüksek Mahkeme'nin görüşüne işaret eden mihenk taşı içtihatlar kronolojik sırayla derlenmektedir. Bunların değerlendirilmesi ise sonraki bölümlere ötelenmektedir.

“Karı kocayı bedensel ve ruhsal yönden bütünleştiren ana öge uyumlu cinsel ilişkidir. Cinsel tatminsizlik daha önce var olan sevgi ve saygıyı nefrete veya en azından isteksizliğe dönüştürür. Bu hâl eşlerin ruhsal bütünlüğünü bozar ve evlilik birliği temelinden sarsılır”. Bu Yargıtay ilâmında muhalefet şerhi, cinsel uyumun yakalanamamasını elverişsizlik terimiyle kusur harici değerlendirmektedir. İktidarsızlık kaynaklı *“elverişsizlik aşlında evliliğin temelinden sarsılması olayının bir ögesidir. Temelden sarsılma olayında iki tarafın da kusuru söz konusu değildir”*⁶.

*“Evlendenin sosyal amacı yanında, cinsel arzuları tatmin etme gayesi de vardır. Tarafların cinsel organları normal yapıda olmasına rağmen, psikolojik sebeple de olsa uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kuramadıkları kızlık muayenesine dair rapordan anlaşılmaktadır. Bu hâl evlilik birliğini temelinden sarsar. Birlikte yaşanan uzun süre içinde cinsel ilişkinin başarılammış olması karşısında, eşlerde birbirine karşı haklı nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir. Bu durumu davacı açısından kusur olarak kabul etmek mümkün değildir. Ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve ondan sonra da devam edip etmeyeceği şüpheli bulunan cinsel yaklaşmayı beklemek için davacıyı zorlamak açık haksızlıktır. Bu koşullar altında davacıdan evlilik birliğini devam ettirmesi beklenemez. Aile birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilerek boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın yetersiz gerekçeyle reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır”*⁷.

6 Yargıtay 2. HD, E 1995/7717, K 1995/9764, 3.10.1995 <www.turkhukuk sitesi.com> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022. Bu kararda atf yapılan eski içtihatların künyeleri şöyledir: Yargıtay HGK, S (Sayı) 362-627, 14.5.1975 ve Yargıtay 2. HD, S 4572-4689, 24.5.1983. 1975 ve 1983'teki künyesi anılan son iki kararda, Yargıtay'ın, biyolojik ya da psikolojik nedenlerle cinsel ilişki kuramayan evli çiftlerin ruhsal bütünlüğünün bozulduğunu kabul ettiği yönünde Rukiye Kia-Akkaya, 'Hukukun Kadına Bakışı: Ergin ve Eşit Olamama Hâli' (2009) 13(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87, 94.

7 Yargıtay 2. HD, E 2000/6488, K 2000/6877, 24.5.2000; Yargıtay 2. HD, E 2002/1552, K 2003/2680, 20.3.2003 <www.turkhukuk sitesi.com> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022; Yargıtay 2. HD, E 2001/4956, K 2001/6274, 19.4.2001 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022; Yargıtay HGK, E 2001/2-245, K 2001/247, 14.3.2001 <www.turkhukuk sitesi.com> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022; Yargıtay 2. HD, E 2003/7228, K 2003/8048, 2.6.2003 [Bilâl Köseoğlu ve Köksal Kocağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması* (Türkiye Barolar Birliği 2009) 102].

“Davacının cinsel ilişkiden kaçındığına ilişkin delil ortaya konulamamıştır. Boşanmaya neden olan olaylarda, fiziksel rahatsızlığı bulunmamasına rağmen, cinsel ilişkiyi gerçekleştiremeyen davalı koca tamamen kusurludur”⁸.

“Tarafların 19.6.2007 tarihinde evlendikleri, boşanma davasının 17.9.2008 tarihinde açıldığı görülmektedir. Davalının yapılan jinekolojik muayenesinde, cinsel birleşmeye engel hâl görülmediği, halen bakire olduğu doktor raporunda bildirilmiş psikiyatri uzmanı da davalıda vajinismus düşünülmeyişini ifade etmiştir. Toplanan delillerden, taraflar arasında cinsel ilişki kurulmadığı anlaşılmaktadır. Davalının cinsel ilişkiden ve tedaviden kaçındığına ilişkin delil getirilmemiştir. Dinlenen davacı tanıklarının beyanları, davalının kusurlu olduğunu kabule yeterli değildir. Bu itibarla davanın reddi gerekir”⁹.

“Tarafların yedi ay birlikte yaşadıkları hâlde aralarında cinsel birleşmenin gerçekleşmediği, davacının halen bakire olduğu hususları dosya kapsamıyla sabittir. Taraflar hakkında düzenlenen hastane sağlık kurulu raporlarında, cinsel ilişki kurmaya engel oluşturacak fiziki, anatomik ve psikolojik durumun saptanamadığı belirtilmiştir. Davalının oturumdaki açıklamaları, tanık ifadeleri ve diğer kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde, fiziki ve psikolojik herhangi sorunu bulunmadığı hâlde, cinsel birleşmeyi gerçekleştiremeyen davalının boşanmaya sebep olan olaylarda tamamen kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen davacı kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. O hâlde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları dikkate alınarak davacı kadın yararına uygun miktarda maddî ve manevî tazminata hükmedilmesi gerekir”. Söz konusu Hukuk Genel Kurulu içtihadında karşı oy yazısı bulunmaktadır: “Özel daire kararında belirtildiği gibi boşanma kesinleşmiş olup, bunun sonucu tarafların boşanmaya neden olan olaylarda eşit kusurlu olduğu hususu da boşanma ile birlikte kesinleşmiştir. Bundan sonra tarafların kusur durumu tazminat davası ile ilgili olarak yeniden araştırılmaz ve tartışılmaz. Bu duruma rağmen, özel dairenin kesinleşen hükmün aksine, olayda davalı kocanın tam kusurlu bulunduğunu belirtmesinin yasal dayanağı bulunmadığından, davacı kadının tazminat isteminin reddine dair yerel mahkeme kararı doğru olup, onanması gerekir”¹⁰.

“Davacı kadının cinsel ilişkiden kaçındığı veya engellediği yönünde delil ve iddia yoktur. Tarafların fiziki ve anatomik anlamda cinsel ilişki kurmalarına engel hâllerinin bulunmadığı tespit edilmiştir. Gerçekleşen bu duruma göre, cinsel ilişkiyi sağlayamayan koca, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tamamen kusurludur. Hâl böyle iken tarafların boşanmanın nedeni olaylarda eşit kusurlu olduklarının kabulü ve bu hatalı kusur belirlemesine göre davacı kadının maddî ve manevî tazminat isteklerinin reddi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir”¹¹.

8 Yargıtay 2. HD, E 2008/12710, K 2009/16076, 28.9.2009 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022.

9 Yargıtay 2. HD, E 2009/20005, K 2010/21269, 16.12.2010 <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

10 Yargıtay HGK, E 2010/2-674, K 2010/650, 15.12.2010 <www.kazanci.com.tr> ve <www.turkhukuksitesi.com> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022.

11 Yargıtay 2. HD, E 2013/22464, K 2014/5606, 13.3.2014 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022.

“Tarafların evlilikleri süresince sağlıklı cinsel ilişki kuramadıkları yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Davacı-karşı davalı kadında, cinsel ilişkiye engel fizyolojik ve psikolojik rahatsızlık saptanmamıştır. Cinsel ilişkiden kaçmanın davacı-karşı davalı kadın olduğuna dair delil de mevcut değildir. Bu hâlde, sağlıklı cinsel ilişkinin gerçekleştirilememesinde davalı-karşı davacı erkeğin kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Boşanmanın sebebi olaylarda davalı-karşı davacı erkeğin tam kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Hâl böyleyken, delillerin takdirinde hataya düşülerek bu hatalı kusur belirlemesinin sonucu, davacı-karşı davalı kadının maddî ve manevî tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir”¹².

Yargıtay’a gelen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 38. Hukuk Dairesi’nin kararı çoğunlukla onanmıştır. Olayda, asıl ve karşı davanın dayanak noktası taraflar arasında cinsel ilişki kurulamamasıdır. Bu onamaya karşı çıkan iki muhalif üye kararın bozulması gerektiğini ayrı ayrı gerekçelendirmişlerdir. İlk muhalefet görüşü şöyledir: “Davacı-karşı davalı kadın cinsel ilişkisinin, davalı-karşı davacı erkeğin yaşadığı sertleşme sorunu nedeniyle gerçekleşemediğini; davalı-karşı davacı erkek ise kadının psikolojik rahatsızlığı ve vajinismus hastası olması ve cinsel ilişkiye yanaşmaması nedeniyle gerçekleştirilemediğini ileri sürmüştür”. TMK m. 6 ve HMK m. 187’den yola çıkarak ispat faaliyetine dair açıklamalardan sonra şu değerlendirmeler bulunmaktadır: “Davacı-karşı davalı kadının, davalı-karşı davacı erkeğin fiziksel rahatsızlığının bulunduğu ve sertleşme sorunu nedeniyle cinsel ilişkiyi gerçekleştiremediğini ispat etmesi zorunlu olup mevcut dosyada bu iddia hiçbir şekilde ispatlanamamıştır. Aksine ilk derece mahkemesince yargılama aşamasında tam teşekküllü hastaneye sevk olunan davalı-karşı davacı erkeğin cinsel ilişkiyi gerçekleştirmeye engel herhangi fiziksel ve cinsel rahatsızlığının bulunmadığı heyet raporu ile tevsik olunmuştur... Davacı-karşı davalı kadının ispat olunamayan davasının reddi gerekir. Buna karşılık evlilik birliği içinde çeşitli tarihlerde ve dosyada teşhis ve tedavi belgeleri mevcut doktor raporlarında davacı-karşı davalı kadının vajinismus hastası olduğu ayrıca kasılma, gerilme, depresif nöbet, uyku bozukluğu, intihar girişimi hikayelerinin yer aldığı ve psikolojik rahatsızlıklarının bulunduğu anlaşılmaktadır... Davalı kadının vajinismus hastalığının bulunduğu ve taraflar arasındaki cinsel ilişkinin gerçekleştirilememesinin mevcut bu rahatsızlığın sonucu olduğunun tevsik olunduğu anlaşılmaktadır... Davalı-karşı davacı erkeğin ispatlanan davasının; davacı-karşı davalı kadının tam kusurlu olduğu, davalı-karşı davacı erkeğin ise kusursuz olduğu belirtilerek kabulüne karar verilmesi gerekir... Davacı-karşı davalı kadının vajinismus hastalığı nedeni ile cinsel birleşmenin gerçekleşmediği anlaşıldığından erkeğin davasının da kabulü gerekir. Bu nedenle hükmün bozulması gerektiğinden sayın çoğunluğun onama kararına katılmıyorum”. İkinci karşı oya da yer verilmelidir: “Davacı-karşı davalı kadın cinsel birleşmenin erkekten kaynaklandığını içeren sorun olduğunu, bu sorunun tedavisinden kaçtığını iddia etmesine karşın Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesinden alınan 23.1.2017 tarihli raporda erkekte herhangi rahatsızlık bulunmadığının saptandığı anlaşılmaktadır... Davacı-karşı davalı kadının vajinismus hastalığı nedeni ile cinsel birleşmenin gerçekleşmediği anlaşıldığından erkeğin davasının da kabulü gerekir. Bu nedenle hükmün bozulması gerektiğinden sayın çoğunluğun onama kararına katılmıyorum”¹³.

12 Yargıtay 2. HD, E 2016/7810, K 2016/8548, 27.4.2016 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022.

13 Yargıtay 2. HD, E 2019/4809, K 2019/12514, 18.12.2019 <https://www.milhukuk.com/blog-detay/boşanma-ve-nafaka-hukuku/cinsel-iliski-kuramama-bosanma-davasi> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

“ Tarafların evliliğinden çok kısa süre sonra, erkeğin yurt dışına çalışmaya gittiği, döndükten sonra ise tanık, beyanlarına göre üç gün birlikte kaldıkları ve erkeğin tekrar yurt dışına gittiği, gitmeden önce kadını ailesinin evine tekrar alacağını beyan ederek bıraktığı, sonrasında ise kadına – seni istemiyorum – diye telefon mesajları gönderdiği anlaşılmaktadır. Mahkemece kadından kaynaklanan sebeplerle cinsel ilişkinin gerçekleşmediği, bu sebeple kadının kusurlu olduğu kabul edilmiş ise de; kadın yönünden verilen 29.7.2013 tarihli Adli Tıp Kurumu raporunda, – X’in yapılan muayenesinde vajinismus belirtilerin tespit edildiği, tespit edilen bulguların uygun süre ve nitelikte eşlerin her ikisinin de katılması gereken cinsel terapi ile düzelebileceği ancak söz konusu terapinin tarafların yeterli motivasyon ve katılımı olmadığından gerçekleşmediği, aile içi çatışmaların mevcut olduğu dolayısı ile X’in cinsel ilişkiye girmesini engelleyecek ruhsal ve anatomik patoloji saptanmadığının belirtildiği görülmüştür – denmektedir. Taraflar 29.8.2012 tarihinde evlenmiş dava ise 8.10.2012 tarihinde açılmıştır. Evliliğin fiilen yaklaşık on beş gün devam ettiği ve cinsel birleşmenin gerçekleşmesi için eşlerden beklenen makul sürenin geçmediği, erkeğin eşine bu konuda makul süre tanımadığı, kadının tedaviden kaçındığının ispatlanamadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, kadının cinsel birliktelikten kaçınması ve buna yönelik tedaviye yanaşmaması vakıalarının kendisine kusur olarak yüklenmesi ve bu kusur belirlemesine göre erkeğin davasının kabulüne karar verilmesi doğru değildir. Boşanmaya sebep olan olaylarda eşini tekrar almak üzere ailesinin evine bırakan ancak geri almayarak birlikte yaşamaktan kaçınan ve eşine – seni istemiyorum – şeklinde telefon mesajları gönderen davalı-karşı davacı erkeğin tamamen kusurlu olduğunun kabulü gerekir. O hâlde, davacı-karşı davalı kadının boşanma davasının kabulüne, davalı-karşı davacı erkeğin boşanma davasının reddine karar verilmesi gerekirken mahkemece, delillerin takdirinde hataya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır¹⁴.

“Davalı-karşı davacı erkeğin cinsel yönden yetersiz olduğu vakiasının usulüne uygun şekilde ispatlanamadığının ve bu nedenle davalı-karşı davacı erkeğe kusur olarak yüklenemeyeceğinin yine de boşanmaya sebep olan olaylarda davalı-karşı davacı erkeğin tam kusurlu olduğunun anlaşılmasına göre, yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun hükmün onanmasına, karar vermek gerekmiştir¹⁵.

Yukarıda anılan Yargıtay kararlarındaki temel hukukî mesele şöyle tarif edilebilir: eşle cinsel birlikteliğe yanaşmama veya bu konuda başarısız olma kusur kavramıyla etiketlenebilir mi ve dolayısıyla cinselliği yaşa(ya)mayan eşin tazminata mahkûm edilmesine zemin hazırlayabilir mi? Yan hukukî meselelerden ilki, evliliğin eşlere yükümlülük mü yüklediği yoksa hukukî görev mi attettiğidir. İkincisi, Yargıtay’ın vajinismus¹⁶ veya erektil disfonksiyon¹⁷ gibi rahatsızlıklardan

14 Yargıtay 2. HD, E 2018/5437, K 2019/2300, 6.3.2019 <<https://www.milhukuk.com/blog-detay/boşanma-ve-nafaka-hukuku/cinsel-iliski-kuramama-bosanma-davasi>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

15 Yargıtay 2. HD, E 2021/40, K 2021/1310, 15.2.2021 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

16 Vajinismus, pelvik kasların istemsizce kasılması sonucu cinsel birlikteliğin olanaksızlaşmasına verilen tıbbî isimdir. Bu rahatsızlıkta, bilinçaltına yerleşmiş bazı korkular ve cinsellik hakkında yanlış bilgiler nedeniyle vajinal kanalın dış kısmındaki kaslar, kadının istemi ve kontrolü dışında kasılmaktadır [‘Vajinismus’ (Vikipedi, 7 Ocak 2023) <<https://tr.wikipedia.org/wiki/Vajinismus>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2023].

17 Erektile disfonksiyon, erkek cinsel organının hiç veya yeterli süre sertleşmemesi üzerine cinsel birleşmenin olanaksızlaşmasına verilen tıbbî isimdir. Bu rahatsızlık, psikolojik ya da fizyolojik nedenlerle ortaya çıkabilir; ruhsal sebepler haricinde, ilaç etkileşimlerine veya dolaşım sistemi sorunlarına dayanabilir [‘Sertleşme Bozukluğu’ (Vikipedi, 21 Kasım 2022) <https://tr.wikipedia.org/wiki/Sertleşme_bozukluğu> Erişim Tarihi 30 Ocak 2023].

mustarip evli kişilerde bulunduğu kusurun hukukî gerekçesidir. Yan meselelerden sonuncusu, Türk Medenî Kanunu'na göre, seksüel iletişimsizlik durumunda eşlerin her ikisi de kusursuzken veya eşit kusurluysen boşanmalarının mümkün olup olmadığıdır.

II. EVLİLİK İÇİ CİNSEL İLETİŞİM HAKKINDA HUKUKİ GELİŞMELER

Evlilik içi cinsel iletişimin boşanmaya yansıtılması hakkında öğretilerdeki gelişmelere geçmeden önce konunun hukuk tarihindeki temelleri ortaya konulabilir. Gerçekten hukuk tarihinde, eşler arası cinsel iletişim yoksunluğu evliliğin sona erdirilmesine mesnet edilmiştir.

İslâm aile hukukunda zevcenin boşanma hakkı tartışmalıdır. Yine de koca kaynaklı iktidarsızlık gibi cinsi münasebete engel hastalık ve/veya yetersizlik bulunduğu evliliğin iptalini hâkimden talep etme imkânı zevceye tanınmaktadır. Evli kadının haklı talebi üzerine evliliğin hâkim kararıyla sona erdirilmesine ve eşlerin birbirlerinden ayrılmasına tefrik denir. Dahası, kadın eşin cinsel ilişkiye yanaşmaması ve cinsel soğukluğu da erkek açısından talâk sebebidir¹⁸.

Roma aile hukukunda, *Iustinianus* döneminde, eşlerden birinin taraflara kusur yüklenmesi mümkün olmayan sair sebepten ötürü evlilik birliğini sona erdirmesine *divortium bona grita* denirdi¹⁹. Eşlerden birinin fiziksel yetersizliği nedeniyle çocuk sahibi olamaması *bona grita* boşanmasına örnek sebepler arasındaydı²⁰. Roma'da bilinen ilk boşanma milattan önce 234'te kadın eşin kısırlığına dayanmıştır. Zira antik Roma'da, cinsel yönden karının doğurgan ve kocanın aktif olmasına önem atfedilmiştir²¹. Katolik yaklaşımda ise boşanma yasaklandığından ancak cinsel ilişki gerçekleşmediyse dinî görevlinin kararıyla evlilik akdi sona erdirilebiliyordu²². Aslında Roma aile hukukunda, *copula carnalis* (eşler

18 Esmâ Simav Oruç ve Abdurrahman Kurt, 'Erzurum ve Bursa Müftülüklerine 2005-2008 Yıllarında Gelen Sorular Işığında Kadınların Boşanma Talebinin Nedenleri' (2009) 18(2) Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 299, 319, 320; Ahmet Yaman, *İslâm Aile Hukuku* (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı 2008) 86, 87; Cem Baygın, 'Tanzimat'tan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 456; ayrıca Argun Köteli, *Evliliğin Hukukî Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler* (Kazancı 1991) 27-29; yakın tarihte, cinsel birliktelik yaşanmadığı hâlde tıbbî yardımla bir veya iki çocuk edinen ve yıllardır eşyle aile hayatı yaşayamayan kadınların müftülüğe başvurması hakkında Oruç ve Kurt (n 18) 319, 320.

19 Fulya İlçin Gönenç, 'Roma Hukukunda Boşanma (*Divortium*)' (2003) 7(1-2) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 645, 653; Nurten İnce, 'Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet' (2018) 9(34) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 193.

20 Gönenç (n 19) 645, 653.

21 Fulya Kocakuşak, 'Antik Roma'da Aile Kurumu' (Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi 2011) 40, 51, 85.

22 Kemâl Tahir Gürsoy, 'Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Genel Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 2, 3; Oğuz Ersöz, *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma* (On İki Levha 2018) 8; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (Beta 2021) 236; mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (Özdem Kardeşler 1986) 149, 150; İlhan Akipek, *Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri* (Güney 1952), 4-7; Köteli (n 18) 24, 25; aynı yönde Denis Oswald, *L'opposition au divorce-Application er réforme de l'article 142, alinéa 2 du Code Civil Suisse* (Paul Attinger 1977) 11, 12; Patrick Courbe, *Le divorce* (Dalloz 1996) 1, 2; Franz Werro, *Concubinage, mariage et démariage* (Staempfli 2000) 101; *Canonique* hukukta cinsellik gerçekleşmediyse evliliğin *matrimonium non consummatum* ile sona erdirilebilmesi yönünde W Scherrer, 'Wandlungen in der Auffassung über die rechtlichen Voraussetzungen zum Abschluss einer Ehe' (1944) 11(6-8) Der Schweizer Familienforscher = Le généalogiste suisse 77 <<https://www.e-periodica.ch/cntmng?pid=fsj-002%3A1944%3A11%3A%3A214>> Erişim Tarihi 24 Şubat 2023.

arası cinsel ilişki), evlilik birliğinin oluşması yani kurulması için gerekli görülmezdi. Kilise hukukunda ise *debitum conjugale* (evlilik borcu) kapsamında mütalaa edilmekteydi. Kilise kurallarına göre, *copula carnalis* her şeyden önce evliliğin mükemmelleşmesinin koşuluydu. Kilise, evlilik açısından cinsellik ve kutsallığı eş güdümlü algılamaktaydı²³. Karı koca arasında cinselliğin *copula carnalis* terimiyle borç olarak dayatılması Canonique bakış açısıyla sınırlıydı. Bunun Bizanslılarda yansımaları bulunmuyordu. Öyle ki Batılı din adamlarına göre karı ve koca birbirlerinin istekleri üzerine cinsel ilişkiye girmeye mecburdu. Batı'nın aksine Bizans'ta, eşler arasında cinsel boyun eğme tanımlayan sabit dilsel terminolojiye veya karmaşık kurallara rastlanmıyordu²⁴.

Hukuk tarihi şunu göstermektedir: Eşle cinsel birliktelik yaşayamama sebebiyle evliliğin sona erdirilmesi doğaldır; fakat buna dayanarak sözde mesul tutulan eşe kusur yüklenmesi ve onun tazminat ödemeye mahkûm edilmesi evliliğin nihayet bulmasını aşmaktadır ve bunun yegâne kaynağı Batılı din adamları tarafından yaratılan kilise hukukudur.

A. TÜRK ÖĞRETİSİNDE EŞLE CİNSEL BİRLİKTELİK YAŞAYAMAMA

Eşlerin cinselliğe katılımının evlilik ve boşanmaya tesiri hem hukuk uygulamacılarını hem de teorisyenleri meşgul etmiştir. Öğretiden alıntılanan görüşler arasında, sadece hukukçulara değil, konuyla yakın ilinti kurulabildiği ölçüde sosyologlara ve adli tıp uzmanlarına da yer verilmektedir. Aşağıda, görüşler, sınırlayıcı amaç güdülmeksizin kronolojik sıralanmaktadır.

Mukayeseli boşanma hukuku hakkında mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde 1952'de yazılan monografi, evlilik içi cinsel sorunların zinayı boşanma sebebi sayılmaktan çıkarmadığını belirtmiştir: “Kendi eşi ile cinsî münasebette bulunmanın imkânsız olması, eşin cinsî soğukluğu, kadının rahmi olmaması yahut erkeğin iktidarsızlığı zinayı hiçbir zaman haklı göstermez”²⁵.

İktidarsızlığın esas itibarıyla boşanmayı gerektirmediği 1977'de savunulmuştur. Ancak evlenme sırasında bu durumun diğer eşten gizlenmesi ağır haksızlıktır. Bu takdirde haksızlık iktidarsız olmak değil, bu kadar önemli durumun diğer eşten saklanmasıdır²⁶. Aynı yılda, elverişsizlik ve ruhi

23 Daniel Borrillo, *Le droit des sexualités* (Presses Universitaires de France 2009) 156; Patrice Hilt, *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme* (Presses Universitaires d'Aix-Marseille) 185-230 (paragraphe 429) <<https://books.openedition.org/puam/1212>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2022; Martine Charageat, *La délinquance matrimoniale* (Sorbonne 2011) 85-123 (paragraphe 12, 25) <<https://books.openedition.org/psorbonne/10061>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2022; Kötelî (n 18) 24, 75; Scherrer (n 22) 67, 77; Gürsoy (n 22) 2, 3; klasik Roma aile hukukunda bedenlerin birleşmesinin evliliğin başlangıcında veya mükemmelleşmesinde hiçbir öneminin bulunmadığı yönünde Kudret, Ayiter, *Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku* (Ankara Üniversitesi 1963) 6.

24 Maroula Perisanidi, ‘Was There a Marital Debt in Byzantium?’ (2017) 68(3) *The Journal of Ecclesiastical History*, 510, 511-528. *Germanique* hukukta, kaçırılan ile kaçırılan kişi arasındaki *copula carnalis* ile evlilik mükemmel hâle geliyordu. Bu andan itibaren onlar arasında aile hukuku bağı doğuyordu ve karı ömür boyu sürecek evlilik sadakatini erkeğe borçlanıyordu. Kısacası evliliğin kendine özgü etkileri eşler arasında *copula carnalis*'in yaşanmasıyla ortaya çıkıyordu. Muhtemelen *Germen* muhafazakârlarının bu görüşünü dikkate alarak, Orta Çağ'ın çok sayıda ilahiyatçısı ve fıkıh bilgini tarafından *copula carnalis* evliliğin gerekli anı şeklinde vurgulanmıştır [Scherrer (n 22) 73, 75].

25 Akipek (n 22) 38.

26 Gürsoy (n 22) 7; Kemâl Tahir Gürsoy, ‘Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma’ iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 153.

uyumsuzluk başlıkları altında, iktidarsızlığın kusurdan bağımsız boşanma sebebi sayılması dile gelmiştir²⁷. İlerleyen yıllarda da cinsel sorunların evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına zemin hazırladığı kabul edilmiştir²⁸.

Mülga Türk Kanunu Medenisi dönemine denk gelen değerli bir monografide, eşlerin birbirlerinin vücutlarını kullanarak haz alışıverişinde bulunmalarının külfet şeklinde algılanmaması gerektiği savunulmuştur. Çünkü evlenme, eşlerin kişiliğinde daralma veya sınırlama getirmez. Kişinin eşiyle bile olsa cinsel ilişkiye katılıp katılmaması onun kendi bedeni üzerindeki özgür tasarrufudur. Aslında nişanlılar evlenme iradelerini açıkladıklarındaki müstakbel eşleriyle cinselliğe de onay vermektedir. Fakat bir kere evlilik birliği kurulduktan cinsel iletişimin sürekliliği hukuku değil ahlâkı ilgilendirir²⁹.

Mülga kanun zamanındaki makalelerden birinde hem erkek hem de kadın kaynaklı cinsel işlev bozukluklarının boşanmaya sebep sayılmasının çağdaş hukuk yaklaşımına uyduğu yazılmıştır. 2000'de, hazırlıkları son aşamaya ulaşmış Türk Medenî Kanunu'nda bu konuya yer verilmesinin ümit edildiği açıklanmıştır³⁰.

Kadının evlilik içinde cinsel birleşmeyi reddetme hakkından 2009'da bahsedilmiştir. Bu hakkı soyutlandığında evli kadının cinsel varlığı, sosyal dokudan güç bulan hukukî düzenlemelere kurban edilebilir. Kadın bedeni, hukuk tarafından terbiye edilmemeli ve eril dünyanın ahlâk standartlarına uydurulmamalıdır³¹.

Yargıtay'ın boşanma hukukunu ilgilendiren cinsel içerikli içtihatlarındaki dili 2010'da tenkit edilmiştir. Öyle ki “kız çıkmadığı” şeklindeki ifadenin hukuk metninde nasıl kullanılabilirdiğinin sorgulanması gerektiği savunulmuştur³².

27 Erol Cansel, 'Boşanmanın Dayandığı Hukukî Esaslar' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 79; Nuşin Ayiter, 'MK Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 171; Esat Şener, 'Medenî Kanun'un Aile ve Nesep Bölümlerinde Çatışan Eğilimler' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 225, 226.

28 Mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde Köprülü ve Kaneti (n 22) 174; Mustafa Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (Filiz 1998) 125; Türk Medenî Kanunu yürürlükteyken aynı yönde Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz 2022) 120; Ayşe Şafak-Aydın, 'Yargıtay Kararları Işığında Türk Aile Hukukunda Kadın Bedeninin Ele Alınışının Feminist Bir Perspektifle İncelenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2013) 126, 130; Akıntürk ve Ateş (n 22) 264; Özlem Tüzüner, 'Boşanma ve Boşanmanın Genel Sebepleri' iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr) *Medenî Hukuk-II Aile Hukuku* (Adalet 2023) 148.

29 Köteli (n 18) 90.

30 Nurhas Safran ve Nevzat Alkan, 'Kadın Cinsel İşlev Bozukluklarının Adli Tıbbi Yönden Değerlendirilmesi' (2000) 5(3) Adli Tıp Bülteni 173, 178.

31 Kia-Akkaya (n 6) 101.

32 Filiz Kerestecioğlu, 'Medenî Hukukta Kadının Cinsel ve Ekonomik Kimliği: Yargıtay Kararları Eşliğinde Bir Değerlendirme' iç Hülya Durudoğan, Fatoş Gökşen ve Bertil Emrah Oder (edr) *Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar* (Koç Üniversitesi 2010) 231, 255.

Boşanma hukukunda reform beklentisiyle 2011’de Alman aile hukukuyla mukayeseli yazılan makaleye göre, “eşlerin birindeki fiziksel eksiklik ve cinsel uyumsuzluk evlilik birliğini sarsıntıya uğratabilir. Bu örneklerde kusurdan söz etmeye gerek yoktur”³³.

Cinsel ilişkinin kurulamaması sebebiyle 1983-2013 yılları arasında açılan boşanma davaları 2013’te yazılan tezde incelenmiştir. Yazara göre, boşanma yargılamasına konu edilen cinsel ilişki yokluğu, çoğu zaman evliliğin başında fark edilmekte ve hukuk muhakemesine taşınmaktadır. Cinselliğin evliliğin devamında sonradan kesilmesinin davaya yansımaları sayıca daha az olasıdır. “Aile hukuku eşlere negatif cinsel yükümlülük (üçüncü kişilerle cinsel ilişki yaşamama) yüklediğine göre, pozitif cinsel yükümlülük (eşyle cinsel ilişki yaşama) yüklemesi kaçınılmaz olup sorun bu noktada toplanmamaktadır... Sorun, eşlere cinsel ilişki pozitif yükümlülüğü yükleyen aile hukuku sisteminden ziyade, bu yükümlülüğün yorumlanışında yapılan cins ayrımındadır”³⁴.

Mukayeseli aile hukukundaki reformların gerisinde kalması gerekçesiyle Türk aile hukuku politikasına değinen makale 2016’da yazılmıştır. Buna göre, aile yaşamında zorla güzellik olmaz. Aile hukukundaki kuralların ekseriyeti minimalist ve yumuşak karakteri haizdir. Eşlere atfedilen görevlerin çoğu (evlilik devam ederken) dava edilemez veya yerine getirilmeleri zorla sağlanamaz³⁵.

Konunun usul hukuku boyutu hakkında 2016’da kaleme alınan makalede, evlilik içi cinsel iletişimde ispat zorluğuna eleştirel dille değinilmiştir. Burada, eşlerin cinsel iletişimini Yargıtay’ın hangi delillerle değerlendirdiği merak konusudur. Herhangi eşin cinsel ilişkiden kaçındığına dair tanık delillerinden bahsedilmesi; daha doğrusu, kişilerin seksüel hayatlarının ispat faaliyetine konu edilmesi hayret uyandırıcı bulunmuştur³⁶.

Adli tıp yönünden boşanmaları değerlendiren 2017’deki tezde, şizofreni yahut *bipolar* benzeri psikiyatrik rahatsızlıklar yanı sıra *vajinismus* veya *erektile disfonksiyon* gibi cinsel işlevsel bozuklukların boşanma vakıalarında ön planda tutulduğu; bununla birlikte, kalp yetmezliği, kanser, hipertansiyon veya astım gibi fiziksel kronik rahatsızlıkların ise cinsellik ve psikolojik durum arkasında yancı sebep olarak anıldığı tespit edilmiştir. Öyle ki boşanmalarda, cinsel soğukluk, *vajinismus*, iktidarsızlık gibi kronik ve psikiyatrik hastalıklar iddia edilen oranlardan daha fazla rol oynamaktadır³⁷.

33 Halük Burcuoğlu, ‘Almanya’da Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler’, (2011) 48(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 136.

34 Şafak-Aydın (n 28) 126, 130.

35 Rona Serozan, Başak Başoğlu ve Berk Kapanç, ‘Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi’ (2016) 15(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 532, 533; ayrıca borçlar hukukunun bilinen kalıp ve kavramlarının aile hukukunda yetersiz veya yabancı kaldığı; meselâ yüküm teriminin aile hukukunda ya hiç kullanılmaması ya da değiştirilmeksizin kullanılmaması gerektiği yönünde Cengiz Koçhisarlıoğlu, ‘Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı’ (2004) 53(39) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 26, 27 [Catherine Riou-Labrusse, *Légalité des époux en droit allemand* (LGDJ, 1965) 63, 244].

36 Pınar Çiftçi, ‘Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları’ (2016) (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Armağan) 1741, 1779, 1780.

37 Murat Kamalak, ‘Boşanmaların Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi’ (Adli Tıp Uzmanlık Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi 2017) 65, 66; Kasım Tatlıoğlu ve Nuri Demirel, ‘Sosyal Bir Gerçeklik Olarak Boşanma Olgusu: Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme’ (2016) 22(4) Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi 65, 66; 2018’de İzmir çapında gerçekleştirilen araştırmada cinsel uyumsuzluğun boşanma sebeplerinin %14 civarını karşıladığı yönünde Özgül Aktaş

Boşanma sebeplerini istatistik boyutuyla 2018'de değerlendiren makaleye göre, cinsel uyumsuzluklar boşanma sebeplerinin aşağı yukarı dörtte birine tekabül eder; boşanmaya yeltenen kadınları tetikleyen husus eşleriyle cinsel ilişkilerinin kötü olmasıdır. Ayrıca, boşanmış kadınlar eski eşleriyle seksüel iletişimlerinin bozukluğundan boşanmış erkeklere oranla daha fazla yakınmaktadır³⁸.

Konunun Yargıtay uygulamasındaki pratik sonuçlarını hukuki yönden açıklığa kavuşturan kısa makaleler 2021'de yayınlanmıştır. Öyle ki Yüksek Mahkeme nezdinde, bir ay kadar kısa sürmesine rağmen evlilik içinde hâlâ cinsel birliktelik yaşanmamışsa, “kadınlık görevini yapmama” boşanma sebebidir. Cinsel ilişkiden kaçınmanın ispatı, son derece zordur; mesajlaşma ve konuşmalar ispatı karşılayabilir. “Erkeklik görevinin yerine getirilmemesi” nedenli boşanma yargılamasında da cinsel yetersizliğe dayanılabilir. “Aile birliği içerisinde cinsel hayat önemlidir. Cinsel ilişkinin gerçekleşmemesi ya da doyumun olmaması ... karşısında hem ruhsal hem de bedensel tedavi görmek gerekir. Erkeğin tedaviden kaçması boşanma sebebidir ancak kadının bunu kanıtlaması gerekir. Bu durum evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve erkeğin kusurlu olması şeklinde kabul edilir”³⁹. Nihayet, 2022'de, eşlerin cinsel ilişkide bulunmamalarının terk sebebine delalet etmediği, ancak evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçesiyle boşanmaya zemin hazırladığı tespit edilmiştir⁴⁰.

B. MUKAYESELİ AİLE HUKUKUNDA EŞLER ARASI CİNSEL İLETİŞİM

Mukayeseli hukukta, Fransa ve İsviçre çerçevesinde, eşler arasındaki cinsel iletişimin boşanmaya konu edilmesi hakkında farklı yargı kararları ve fikirler aşağıda yine tarih sırasına göre derlenmektedir. Burada elde edilen veriler sonraki bölümde topyekûn analiz edilmektedir.

1. Fransız Hukuku

Fransa başlığında, konuyu ilgilendiren medenî kanun maddelerinden sonra mahkeme kararlarına, ardından öğretilerdeki görüşlere yer verilmektedir. İlk Fransız aile hukuku tarihinde *copula carnalis*'in gelişimine kısaca değinilebilir.

Fransa'da eski hukuk döneminde, kilise nazarında, evlilik, üremeye hizmet eden cinsel tüketim üzerine kuruluydu. Evli kişilerin üremek adına cinsel ilişkiye girme yükümlülüğü kabul edilmekteydi. Evliliğin cinsel ilişki kurarak tüketilmesine izin verilmiyorsa bu durum boşanmadan ziyade evliliğin iptali sebebiydi. Klasik çağda, erkeğin cinsel ilişkiye hazır olmaması evliliğin iptali için yeterliydi. İktidarsız koca, erkekliğini kanıtlamak için mahkemeye gitmeliydi ve böylesine yargılama esnasında

Akoğlu ve Hadiye Küçükkaragöz, ‘Boşanma Nedenleri ve Boşanma Sonrasında Karşılaşılan Güçlüklere İlişkin Bir Araştırma: İzmir İli Örneği’ (2018) 29(1) Toplum ve Sosyal Hizmet 158-160.

38 Murat Binay, ‘Türkiye’de Boşanma Nedenlerinin Analizi ve Alternatif Uyuşmazlık Yöntemleri’ (2018) 5(9) Ombudsman Akademik 237, 238, 240.

39 Mehmet Helvacı, ‘Kadınlık Görevinin Yerine Getirilmemesi’ (*Helvacı Hukuk*, 8 Ekim 2021) <<https://mehmetalihelvacı.av.tr/kadinlik-gorevinin-yerine-getirilmemesi.html>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022; Mehmet Helvacı, ‘Erkeklik Görevini Yerine Getirmeme Nedeniyle Boşanma’ (*Helvacı Hukuk*, 9 Ekim 2021) <<https://mehmetalihelvacı.av.tr/erkeklik-gorevinin-yerine-getirmeme-nedeniyle-bosanma.html>> Erişim Tarihi 6 Ekim 2022.

40 Diren Yeğin, ‘Türk Hukukunda Boşanma Sebeplerinin İncelenmesi’ (2022) (161) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 237.

taraflar, cinsel organlarının analiz edilmesine izin vermeliydi. 1804'te yürürlüğe giren *Napoléon* Kodu özgürlükçü vizyondadır. *Napoléon* Kodu'ndan sonra Fransız aile hukukunda, evlilik içinde veya dışında gelişen her türlü cinselliğin rızaya dayanması daima vurgulanmaktadır⁴¹.

a. Fransız Medenî Kanunu'nun İlgili Maddeleri

Avrupa'da pek çok ülkede kusura dayalı boşanma sistemi ya terk edilmiş ya da istisnai hâllere indirgenmiştir. Fransa da böylesine boşanma reformlarından nasibini almıştır. Böylece, anlaşmalı ve çekişmeli boşanma ayırımı devam etmektedir. Yalnız Fransa'da sınırlı alanda noter marifetiyle anlaşmalı boşanma imkân dâhilindedir⁴². Öncelikle, evlilik birliğinin eşlere yüklediği ödevlere ardından boşanmaya değinilebilir.

Fransız Medenî Kanunu⁴³ (C Civ), eşlerin görevleri ve hakları (*des devoirs et des droits respectifs des époux*) başlıklı bölümde, eşlerin ödevlerini (*devoirs des époux*) iki maddede düzenlemektedir: “Eşler birbirlerine karşılıklı, saygı, sadakat, kurtarma ve yardım borçludur” (C Civ art. 212); eşler karşılıklı olarak birlikte yaşamaya mecburdur (C Civ art. 215/al.1). Diğer taraftan, “Evliliğin görev ve yükümlülüklerinin ciddi veya mükerrer ihlâl edilmesini oluşturan olgular, eşe atfedilebilir ve ortak yaşamın sürdürülmesini çekilmez kılar, eşlerden biri boşanma talebinde bulunabilir” (C Civ art. 242). Bu maddede, evliliğin ödevleri ve yükümlülükleri (*des devoirs et obligations du mariage*) terimi dikkat çekicidir (C Civ art. 242). Ayrıca boşanma yargılamasında son anılan hükümle birlikte sıklıkla yararlanılan maddî hukuktaki ispat kuralına yer verilmelidir. “Fiilî karineyle ispat (*la preuve par présomption judiciaire*)” başlıklı madde, yasal karine (*présomption légale*) ihtimalinin aksini düzenlemektedir: “Kanunla tesis edilmeyen karinelerin kabul edilmesi, ancak ciddi, kesin ve uyumluysa ve ancak kanunun herhangi şekilde/yolla ispata izin verdiği durumlarda hâkimin takdirine bırakılır” (C Civ art. 1382).

41 Stéphanie Richard, ‘Le couple, entre faits et droit: la nullité du mariage de René II de Lorraine et Jeanne d’Harcourt’ (2016) 123(3-4) *Moyen Age* 567, 588, 590, 606, 607; Valérie Marchand ve Aline Beilin, ‘Faut-il abolir le devoir conjugal? L’évolution du droit à travers l’évolution du droit en matière de devoir conjugal’ (*Académie de Versailles*, 2022) <https://dgemc.ac-versailles.fr/IMG/pdf/seq-devoir_conjugal-seq2022.pdf> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022; Timour Aggoui, ‘La liberté sexuelle à l’épreuve du devoir conjugal’ (*Merci pour L’Info*, 1 Nisan 2021) <<https://www.mercipourinfo.fr/actualites/famille/le-devoir-conjugal-a-lepreuve-de-la-liberte-sexuelle-880249>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022; Alfred Dufour, ‘Les origines intellectuelles et les caractéristiques institutionnelles et axiologiques du droit matrimonial occidental moderne’ (1991) 22(4) *Revue générale de droit* 774, 775. Bu esere göre, Avrupa’da 15 ila 18. yüzyıllarda evliliğin kutsallaştırılmasına karşı çıkan filozoflar bulunmaktaydı. Evliliğin kutsiyetten arınması, demokratik ve laik 20. yüzyıl düşünsel paradigmasında ziyade Batı toplumunun uzun soluklu *sécularisation* (dinden bağımsızlaşma/yalıtılma) sürecine dayanmaktadır. Akdi, eşitlikçi ve *eudémoniste* (ahlâk felsefesinin hayatın anlamını mutlulukta bulan tarafı) evlilik reformunun temeli, skolastik felsefenin, doğal hukuk doktrininin ve modern *Canonique* hukukun dayatmasıyla sivil makamlar tarafından evlilik üzerinde münhasır yargı yetkisinin onaylanmasıdır (ibid 765, 771, 772, 791, 792).

42 Ayrıntılı bilgilere şu eserlerden ulaşılabilir: Pınar Ormancı-Altınok, ‘Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler’ (2022) 71(4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1431-1458; Merve Ürem Çetinel ve Biset Sena Güneş, ‘Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı’ (2020) 5(1) *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 324-326; ayrıca İnce (n 19) 193; Halûk Burcuoğlu, ‘Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler’ (2018) 4/2(1-12) *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, 4.

43 *Code Civil*, Adoption entre 1803 et 1804, Entrée en vigueur 21 mars 1804, Version en vigueur 6 février 2023.

Fransa'da, boşanma dört alt başlıkta düzenlenmektedir (C Civ art. 229-1 à 246): “karşılıklı rızaya dayalı boşanma (*du divorce par consentement mutuel*)”, karşı tarafça “kabul edilen boşanma (*du divorce accepté*)”, “evlilik bağının kesin olarak değiştirilmesi sebepli boşanma (*du divorce pour altération définitive du lien conjugal*)”, “kusurlu boşanma (*du divorce pour faute*)”. Üçüncü anılan başlıkta, evlilik bağının kalıcı vaziyette değişmesi üzerine eşlerden biri boşanma talep edebilir (C Civ art. 237). Böylece, boşanma başvurusu sırasında en az bir yıldır ayrı yaşayan eşler arasındaki yaşam birlikteliği kesin mertebede sona erdirilir. Boşanma davası gerekçesiz ikame edilmişse, evlilik bağının kesin statüde değiştirilmesini karakterize eden bir yıllık süre, boşanmanın ileri sürülmesiyle birlikte takdir edilir (C Civ art. 238). Sonuncu boşanma sebebinde ise, evliliğin gerektirdiği görev ve sorumlulukların ağır ve ciddi ihlâlinden bahsedilmektedir; zina, hayata kast veya kötü muamele gibi özel boşanma sebepleri tek tek sayılmamaktadır (C Civ art. 242 à 246).

b. Önemli Mahkeme Kararları

Eşlerin birbirleriyle cinsel ilişkiye girmeyi reddetmesinin evliliğin sona erdirilmesinde kusurlu davranış sayılmasına dair bazı popüler mahkeme kararlarına değinilebilir. *Montpellier*, *Aix-en-Provence*, Paris ve *Versailles* istinaf mahkemelerinin kararları sırayla 1996, 2011, 2012 ve 2020'de Temyiz Mahkemesi'nin ilgili dairelerinin içtihatlarına konu olmuştur. Hemen belirtmelidir ki Fransız Temyiz Mahkemesi, öncekilerden ziyade asıl 2020'deki içtihadında, konuya ilişkin görüşünü daha net açıklamaktadır.

1996'da *Montpellier* İstinaf Mahkemesi'nden Temyiz Mahkemesi'nin 2. Hukuk Dairesi'ne yansıyan vakiada, koca, *Jéhovah* şahitlerine katılan karısının evlilikten doğan görevlerini yerine getirmede, aile yaşamına ciddi zararlar verdiği ve çocukların eğitimini zedelediği gerekçeleriyle boşanma talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, uzun yıllardır çocukların doğum günleri gibi sair aile kutlamaları yanı sıra Noel partilerine de düzenli olarak katılmayan kadın eşi kusurlu bulmuştur. Öyle ki evliliğin devamını çekilmez kılan böylesine kaçınma davranışları, eşlerin görev ve yükümlülüklerinin yenilenmiş ihlâlidir. Her ne kadar inanç özgürlüğü Fransız hukukunun temel yapısında yer alsada evliliğin görev ve yükümlülüklerinin ciddi veya mükerrer ihlâl edilmesini oluşturan olgular boşanmayı gerektirir⁴⁴.

Başka davada, 1986'dan bu yana evliliklerini sürdüren eşler arasında cinsel uyumsuzluk sonradan baş göstermiştir. 2009'da kadın eş, cinsel ilişki yokluğu dolayısıyla eşine karşı çekişmeli boşanma davası ikame etmiştir. Davalı, birkaç yıl boyunca cinsel ilişki yaşanmamasını, sağlık sorunlarıyla çalışma programlarının yoğunluğuna bağlamıştır. Davacı ise kronik yorgunluk iddiasıyla zamanla sıklığı azalan cinsel ilişkilerin büsbütün kesilmesine itiraz etmiştir. İlk derece mahkemesi, ara sıra yeniden başlasa da birkaç yıl boyunca cinsel ilişkilerin fiilen yokluğunun, eşler arasındaki ilişkinin bozulmasına katkıda bulunduğunu belirlemiştir. Aslında, eşler arasındaki cinsel ilişkiler, evlilikten doğan görevlerin sürekliliğinin parçasıdır. 2011'de *Aix-en-Provence* İstinaf Mahkemesi'nin 6. Dairesi, eşler arası sevginin cinsellikle ifade bulduğu; davacının beklentisinin meşru olduğu; davalının eşiyle

44 Cour de Cassation Chambre 2ème civile du 9 octobre 1996 N° de pourvoi 95-10.461 (Cour d'appel de Montpellier du 7 novembre 1994) <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000.007.036111>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.

cinsel ilişki kurmasını engelleyen sağlık sorunlarının ispatlanamadığı gerekçeleriyle davalı kocayı boşanmada tam kusurlu saymış ve tazminata mahkûm etmiştir⁴⁵.

2012'deki Temyiz Mahkemesi içtihadına konu olaylarda, eşler 12 Temmuz 1996'da evlenmiştir. 12 Ağustos 1996'da kocasını bilinçli darbelerle yaralayan kadın eş, kasten adam öldürme suçundan tutuklanmıştır. Kadın eşin kocasının mirasını almak ve özellikle kendisinin ve oğlunun geleceğini garanti altına almak için kocasıyla evlendiği tespit edilmiştir. Evlilikle ilgisi olmayan amaçlarla gerçekleşen evliliğin iptal edilmesi talebinin rahmetli koca tarafından ölümcül darbeleri almadan önceki günlerde dile getirildiği belirtilmiştir. Ayrıca kadın eş kocasının sadece düğün günü kendisiyle cinsel birliktelik yaşamasına izin vermiştir. Bu gecedan sonra bir daha asla cinselliğe yanaşmamıştır. Kocanın cinsel ilişkiye sadece evlilik gününde rıza gösteren karısının evliliğe yönelik samimiyetinden şüphelenmekte haklı olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Bu sebeplerle, “Rıza yoksa evlilik yoktur” maddesine başvurulmuştur (C Civ art. 146). Böylece, evlilik birliğinden doğan tüm yükümlülükler boyun eğmek niyetinde olmadığını gösteren kadın eşin evlenmeye yönelik iradesinden şüphe eden Paris İstinaf Mahkemesi bu evliliği iptal etmiştir. Buna karşılık, temyiz makamına göre, istinaf mertebesindeki iptal kararı hem Medenî Kanun hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile çatışmaktadır. Temyiz Mahkemesi, Paris İstinaf Mahkemesi'nin anılan kararında rızaya dayalı evlilik kuralını ve evlenme özgürlüğünü yanlış değerlendirdiğini belirtmiştir (C Civ art. 146; AİHS m. 12). Öyle ki istinaf yargılamasında, karının yalnızca kocanın mirasına el koymaya çalıştığının göz önünde bulundurulması evlenme özgürlüğünü tanınamaktır⁴⁶.

Yirmi yedi yıldır ortak hayatı paylaşan eşler her nasılsa boşanma sürecine adım atmıştır. Kadın eş yargılama esnasında, kocasının şiddeti, kendi yorgunluğu ve sağlık durumu nedeniyle dava tarihi itibarıyla sekiz yıldır eşiyse cinsel ilişkiye girmeyi bıraktığını ikrar etmiştir. 2018'de *Versailles* ilk derece mahkemesi, cinsel ilişkiye girmemekte meşru gerekçeleri bulunması sebebiyle kocanın karısı aleyhine cinsellik temelli iddialarını kabul etmemiştir. Oysa 2019'da *Versailles* İstinaf Mahkemesi boşanmayı kadın eşin tek başına kusuruna dayandırmıştır. İstinaf Mahkemesine göre, “*tıbbî gerekçeler, 2004'ten beri karının kocasıyla yakın ilişkiler kurmasını ve bu kadar uzun süre boyunca sürekli onu reddetmesini mazur gösteremez. Bu ret, evliliğin ödev ve yükümlülüklerin ciddi ve yenilenmiş ihlâli teşkil eder ve ortak yaşama devam edilmesini imkânsız kılar*”. Fransız Yüksek Mahkemesi, *Versailles* İstinaf Mahkemesi'nin kararını 2020'de bozmuştur. Temyiz yargılamasındaki bozma gerekçesi çalışmayı direkt ilgilendirmektedir. “*Evlilik görev ve yükümlülüklerinin ciddi veya yenilenmiş ihlâli teşkil eden olgular eşe atfedilebilir ve ortak yaşamın sürdürülmesini çekilmez hâle getirirse, eşlerden biri tarafından boşanma talep edilebilir. Bireysel özgürlük ilkesinden ve fiziksel bütünlük hakkından*

45 Cour d'Appel d'Aix En Provence 6e Chambre du 3 mai 2011 N° 2011/292 Rôle N° 09/05752 <https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE_2011/arret_devoir_conjugal.txt.pdf> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022 [Marchand ve Beilin (n 41); Jean-Yves Nau, 'Dix mille euros pour ne pas honorer sa femme' (2012) (323) *Revue Médicale Suisse* (du 11 janvier 2012) 78, 79, <https://www.revmed.ch/view/496472/4097860/RMS_idPAS_D_ISBN_pu2012-01s_sa22_art22.pdf> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022].

46 Cour de cassation 1re Chambre civile du 19 décembre 2012 N° de pourvoi 09-15.606 (Cour d'appel de Paris du 25 septembre 2008) <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000.026.814939/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022 [Amandine Stehlin, 'Le mariage: un contrat ou une institution?' (Mémoire de fin de Master 2 Droit Notarial 2017) 50, 51 (Dumas Hal, 8 Temmuz 2019) <<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02176290/document>> Erişim Tarihi 13 Ekim 2022].

hareketle, yakın ilişkilerin yokluğu kendi başına böylesine ihlâl oluşturan gerçeği karakterize etmez. Karımın 2004'ten beri kocasıyla yakın ilişkiler kurmayı reddetmesinin devam ederek birlikte yaşamın sürdürülmesini dayanılmaz kılan evliliğin görev ve yükümlülüklerinin ciddi ve yenilenmiş ihlâli olduğunu teyit eden İstinaf Mahkemesi, hem Medenî Kanun'un 242. hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4 ve müteakip maddelerini birlikte ihlâl etmiştir⁴⁷.

c. Öğretideki Görüşler

Fransız aile hukuku doktrininde eşlerin görevlerine biçilen yaptırım 1967'de sorgulanmıştır. Evlilik devam ederken veya sona erdikten sonra eşlerin görevleri hukukî yaptırımı bağlanabilir mi? Tabii bunların davaya konu edilmesinin maddî müeyyide göstergesi olduğu ifade edilmiştir. Yalnız soru net yanıtlanmamıştır⁴⁸. Aile hukukuna dair sistematik eser, 1993'te, eşlerin görevlerini, bazen ödev bazen de yükümlülük terimleriyle anmıştır. Birlikte yaşama ödevine sıra geldiğinde cinselliğe değinmemiştir⁴⁹.

Kişiler ve şeyler arasında hukuk düzeni tarafından üretilen yapay formları inceleyen monografi 1996'da yayımlanmıştır. Bu eserdeki hukukî niteleme çabalarından biri tüzel kişiliği haiz olmayan evlilik birliğine yöneliktir. Yazarın fikirleri şöyledir: İnsanın görünürde nesneleştiği formlardan biri de evliliktir. Evlilik eşin vücuduna yönelik hak verir mi? Evlilik “başkasına ait olmayı” yasal mertebede meşrulaştıran karşılıklıktan ibarettir. Buradaki yabancılaşma karşılıklılık ilkesiyle meşrulaştırılmaktadır. Evliliğin arkasında ahlâk olmasaydı hukuk evlilikteki yabancılaşmayı tek başına açıklayamazdı⁵⁰.

47 Cour de Cassation Ire Chambre Civile du 17 septembre 2020 N° de pourvoi 20-10.56 (Cour d'appel de Versailles 2e Chambre du 6 novembre 2019 N° 18/05762) <https://www.courdecassation.fr/decision/5fca352cd26a814644e9d809?search_api_fulltext=20-10.564&previousdecisionpage=&previousdecisionindex=&nextdecisionpage=&nextdecisionindex=> ve <<https://www.doctrine.fr/d/CASS/2020/CASSP24E421DF5955E5AACB69>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022. Böylece ulusal düzeyde kesinlik kazanan bu karar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne 2021'de gelmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu başvuruyu 2022'de kabul edilebilir bulmuştur [Marchand ve Beilin (n 41); Clíodhna Buckley, 'Condamnée Pour Avoir Refusé Des Relations Sexuelles à Son Époux' (*Human Rights Pulse*, 3 Mayıs 2021) <<https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/condamne-pour-avoir-refus-des-relations-sexuelles-a-son-epoux>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2022; *Versailles* Temyiz Mahkemesi kararından sonra direkt Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidilmişçesine kronolojinin yanlış aktarılması yönünde Renaud Michiels, 'Sanctionnée pour ne pas avoir accompli le devoir conjugal' (*Le Matin*, 18 Mart 2021) <<https://www.lematin.ch/story/sanctionnee-pour-ne-pas-avoir-accompli-le-devoir-conjugal-239.865.943761>> Erişim Tarihi 22 Ekim 2022]. Aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlilik görevi terimini yeknesak değerlendirmez. Kararlarından birinde şu cümlelere yer vermiştir: “Evlilikten doğan hak ve ödevler, tıpkı kanunun toplumdaki ve değerlerdeki değişikliklere uyum sağlaması gibi, yıllar içinde evrimleşir. Modern zamanlarda evlilik, eşitler arasında ortaklık olarak görülmektedir” (Cour Européen de Droit de l'Homme du 22 novembre 1995 C R contre Royaume Uni N° 20190/92 <<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cedh-22-novembre-1995-c-r-royaume-uni-affaire-numero-20190-92/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022).

48 Catherine Labrusse, 'Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint (Étude comparative de leur recevabilité et de leur fondement juridique' (1967) 19(2) *Revue internationale de droit comparé* 431, 437, 438.

49 Pierre Dupont Delestraint ve Philippe Bihr, *Droit civil* (Daloz 1993) 73, 74.

50 Roberto Andorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréation* (LGDJ, 1996) 81, 82.

Fransa'da boşanma konusunda hukukî reform gerçekleşmeden önce 1996'da "evliliğin tüketilmemesi sadakat borcuna aykırılık teşkil eder (*la non-consommation du mariage constituant des manquements aux devoirs de fidélité*)" yorumu dile getirilmiştir⁵¹.

Fransız Medenî Kanunu'ndaki kusura dayalı mülga boşanma sistemi, 2000'de kaleme alınan monografide incelenmiştir. Burada, eşler arasında tecavüz olasılığının tanınmasından yola çıkılarak, sonuçta evlilik görevinin yerine getirilmesi zorla engelleniyorsa, gönüllü cinsel ilişkinin istikrarlı reddinin kusur sayılması savunulmuştur. Eşlerden biri ihtiyarî ve ısrarlı vaziyette cinselliğe yanaşmadığında ve bu kayıtsızlık aşığılama teşkil ettiğinde kusurlu boşanma nedeni bulunmaktadır⁵². Aynı yılda yayımlanan başka sistematik esere göre, birlikte yaşama ödevi çatı (*toit*) kadar yatak birlikteliği (*communauté de lit*) de içerir. Kanun yatak birlikteliği hakkında açık düzenleme getirmese de yargı dünyası bunu tereddütsüz kabul etmektedir. Eğer eşlere başkalarıyla cinsellik yaşamama borcu yükleniyorsa, onlar bu konuyu birbirleriyle tatmin edebilmelidir⁵³.

Fransız evlilik algısını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla kıyaslayarak 2004'te eleştiren esere göre, karı kocanın karşılıklı görevlerini belirleyen yasa, farklı cinsten eşler arası iletişimi varsayar. Öyle ki eşler zorunlu olarak nefsi görev üstlenir. Çatı ortaklığına yatak birliği eklenir. Eşlerden her biri eşiyile cinsel ilişkisini sürdürmek zorundadır. Copula carnalis herhangi kanun veya anlaşma maddesiyle açıkça garanti edilmese de bunun varlığı kesindir; eşlerin birlikte yaşamasına dair kanun maddesinden kaynaklanır (C Civ art. 215/al.1). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin evlenme hakkı gerekçesiyle bu görevi içerdiği varsayılır (AİHS m. 12). Oysa Avrupa Birliği İnsan Hakları Mahkemesi'nin cinsiyetlerin kaynaşması anlamına gelen comixtio sexuum'u evliliği tamamlayan faktör boyutunda dikkate alması kabul edilemez. Koca tecavüzden suçlu bulunma pahasına karısına cinsellik dayatamaz. Sonuçta kişinin evliliğiyle beraber cinsel hayatı arzu ettiğinde yaşama hakkı bulunur⁵⁴.

Yasal görev (*devoir juridique*) ve kanundan doğan borç kavramlarına 2007'de odaklanılmıştır. Yasal görevde, görevli, kendi iradesine binaen görevi yerine getirmekte serbesttir. Dilerse, ödev boyunu eğmemeye karar verir. Görev, etik kavramlardan biridir. Bireysel veya toplu ahlâkın ifadesidir. Kabulü görevlinin özgür iradesine bağlıdır. Muhakkak benlik saygısını korumak adına kişi görevi saydığını yerine getirmelidir⁵⁵.

Aile hukuku ders kitabının 2009 baskısında, evlilik görevi kavramının yasal olup olmadığı tartışılmıştır. Bir yanda eşlere yükümlülük statüsünde evlilik görevi dayatmak, diğer yanda evlilikte herhangi zorlamaları bastırmak bir tür sıkıntı (yasal şizofreni) değil midir? Eşler arasındaki cinsel ilişkilerde gönüllülük prensiptir. Öyleyse cinsel ilişkiyi veya ilişkisizliği kınamak yasa koyucunun görevi değildir. "*Boşanmayı kusurlu olarak ilân etmek için evlilik yükümlülüklerinin ihlâlini ve*

51 Courbe (n 22) 32.

52 Jean-Michel Bruguière, *Le devoir conjugal: Philosophie du code et morale du juge* (Daloz 2000) 5, 10-18.

53 Martine Le Bihan-Guénolé, *Droit civil-Droit de la famille* (Hachette 2000) 35.

54 Hilt (n 23) 119-178 (paragraphe 284, 294, 569), 185-230 (paragraphe 429, 430, 431).

55 Peter Bu, 'Le droit et le devoir' (2007) 41(3) Grand Orient de France-La chaîne d'union 84-85.

bu nedenle her bir eşin sorumluluklarını çözmek zorunda kalan yargıç, bu tür boşanmaların geri dönülemez nesnelleştirilmesi hareketinin yalnızca bir parçasıdır”⁵⁶.

Cinsiyetle ilintili haklar hakkında monografi 2009’da yayımlanmıştır. Burada, eşlerin birbirleriyle cinsel ilişkiye girme yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Öyle ki kanunda sayılanlara (C Civ art. 212, 215) ek olarak, eşler aralarında cinsel ilişkilerini düzenli sürdürmelidir. Evlilik içinde cinsel yaşamın düzenli paylaşılması evlilik görevidir. Çünkü “birlikte yaşama, çatı ve yatak birlikteliğini eş zamanlı ihtiva eder. Öyle ki seksüel yakınlık, düzenli ve ılımlı cinsel ilişkiye dönüşmelidir. Böylece yargıçlar, fazlalık ve eksiklik arasındaki mutlu ortamda yer alan ve evlilik görevinin alacaklıları statüsünde iki eşin yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda oldukları cinsel dengenin garantörü olmuştur”. Pozitif hukuk modelinde, evlilik borçları arasında evlilik içi cinsellik, iki boyutlu görev addedilir: Olumsuz boyutta, üçüncü kişilerle cinsel ilişkilerden kaçınma (sadaqat); olumlu çerçevede, eşle cinsel ilişkileri sürdürme (evlilik görevi). Gerçekten, “cinsel birliktelik yaşama yükümlülüğü kanunda açıkça belirtilmemişse de içtihat ve doktrin evlilik kurumunda cinsel ortodoksluk oluşturmuştur. Yasanın sessizliğinin yerini yargıçların ve muhafazakâr doktrinin yorumları almıştır”⁵⁷.

Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesi’nin yukarıda anılan içtihadının 2011’de kaleme alınan kritiğinde şu görüşlere yer verilmiştir. Ev dışında gerçekleşen zinanın ispatı ev içinde gerçekleşen cinsel perhizin ispatından daha kolaydır. Ayrıca evlilik görevi sayılan cinsel yakınlığı reddeden koca olsaydı, karının bunu ispat etmesi daha zor olurdu. Koca görevini üstlendiği yönünde savunma yapsaydı karının boşanma ve tazminat taleplerinin reddedilecek olması kuvvetle muhtemeldir. Üstelik aynı sebeple tazminata karar verilen farklı içtihatlarda, kadın ve erkek eş lehine binden on bin Euro tutarına kadar değişken tazminat miktarları tutarsızlık dolayısıyla eleştirilebilir⁵⁸.

Hukukçular tarafından kaleme alınan kısa internet makalelerinde, 2011, 2020 ve 2021 yıllarında, evli kişinin eşyle cinsel ilişkiye girmeyi reddetmesinin, zarar gören eşe tazminat ödenmesine sebep olabildiği belirtilmiştir (C Civ art. 212, 215/al.1, 242, 1382). Cinsel ilişki kurma yükümlülüğü (*obligation d’avoir des relations sexuelles*) kanunda açıkça bulunmaz; fakat birlikte yaşama yükümlülüğüne dâhil kabul edilir (C Civ art. 215). Yaşam ortaklığı hem çatı hem de yatak açısından geçerlidir⁵⁹.

56 Marie Lamarche ve Jean-Jacques Lemouland, *Mariage (40 effets)* (Daloz 2009) 13, 14; Borrillo (n 23) 155-157.

57 Borrillo (n 23) 155-157.

58 Marjorie Brusorio-Aillaud, ‘Chronique de droit patrimonial du divorce – Octobre 2011’ (*LexBase*, 31 Ekim 2011) <<https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/5509051-chronique-chronique-de-droit-patrimonial-du-divorce-octobre-2011>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2022; Cour d’Appel d’Aix En Provence 6e Chambre du 3 mai 2011 (n 45).

59 Esther Paolini, ‘Mariage: le devoir conjugal est-il encore une obligation en France?’ (*Police Justice*, 30 Mart 2021) <https://www.bfmv.com/police-justice/mariage-le-devoir-conjugal-est-il-encore-une-obligation-en-france_AV-202.103.300459.html> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022; Diane Brink, ‘Mariage et abstinence sexuelle’ (*brink-diane-avocat*, 23 Nisan 2020) <<https://www.brink-diane-avocat.fr/categories/tout-sur-vos-droits-13246/articles/mariage-et-abstinence-sexuelle-606.htm>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2022; Christine Mateus, ‘Devoir conjugal: sanctionnée pour avoir refusé de coucher avec son mari, elle saisit la justice européenne’ (*LeParisien*, 18 Mart 2021) <<https://www.leparisien.fr/sentinelles/devoir-conjugal-sanctionnee-pour-avoir-refuse-de-coucher-avec-son-mari-elle-en-appelle-a-la-justice-europeenne-18-03-2021-TSJSNBRCVNLJLGNQGRYNCECGE.php>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2022; Aggouri (n 41); Marchand ve Beilin (n 41); Brusorio-Aillaud (n 58); Le Bihan-Guénolé (n 53) 35.

Fransız aile hukuku çerçevesinde 2013'te yazılarak internete konulan kısa makalede, partnerini onurlandırma ödevi (*le devoir d'honorer son partenaire*) adı altında eşlerin birbirini cinsel yönden tatmin etmesinin *Canonique* hukuktan orijin bulduğu hatırlatılmıştır. Bu ödevin yerine getirilmemesi üzerine ortaya çıkan hukukî sonuçlar sorgulanmıştır. Evlilik içi cinselliğin kendine özgü hukukuna göre, cinsel perhiz kısa süreli bile olsa evli kişinin seksten kaçınmasının karşılığı boşanmada tam kusurlu addedilmek ve tuzlu miktarda tazminat ödemektir. Oysa evlilik içi seks diğer cinselliklerden farklı vaziyette kendi hukukunu meydana getirmemelidir⁶⁰. Aynı yılda ileri sürülen başka fikre göre, evlilik artık tanrı tarafından kutsanmış ortaklık değildir, söz konusu kurum karı ve koca açısından bazen karşılıklı bazen de her birine özgü ödevlerin kaynağıdır⁶¹.

Evlilikte eşlerin özgürlüklerinin evlilik yükümlülükleriyle sınırlandırıldığı 2016'da ileri sürülmüştür. Öyle ki eşlerin cinsel özgürlükleri birbirlerine karşı sadakat borçlarıyla sınırlıdır. Dolayısıyla evli kişilerin gerek cinsellik gerek barınma hürriyetleri sadakat ve birlikte yaşama yükümlülükleriyle daralmaktadır⁶².

Yasal görev terimi bu defa monografi boyutunda 2017'de incelenmiştir. Yükümlülük ve yasal görev arasındaki ayırım, ilkesel, esnek ve kullanışlıdır. Bu kavramların yapı ve kaynakları farklıdır. Bunların birbirlerinden ayırt edilmesi, hukukî sorumluluğun dağıtılması ve paylaşılmasında pratik faydalar sağlar. Yine de aynı kişiden yükümlülük veya görev nedeniyle aynı eylemlerin yerine getirilmesi talep edilebilir⁶³.

Eşlerin çift olarak gerçek anlamda evlilik hayatına başlama niyetlerinin yargıçlarca saptanmasında, cinsel ilişkilerine bakılır. Bu iddia 2017'de yazılan tezde ortaya konulmuştur. Paris İstinaf Mahkemesi'nin yukarıda anılan içtihadına değinilmiş; düğün gecesinde sadece bir kez cinsel ilişkiye rıza gösteren kadın eşin evlenmeye yönelik samimiyetini şüpheyle karşılamasından ve evliliğin iptalinin talep edilmesinden bahsedilmiştir. Yine *Montpellier* İstinaf Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan kararından söz edilmiş; cinsel birlikteliği yasaklayan veya birden fazla partnerle ilişkileri dayatan ya da sürekli mistik tefekkür emreden mezheplere ya da dinî ekollere mensup olmanın evlilikten kaynaklanan ortak yaşam, sadakat ve yardım gibi görevlerden eşleri muaf tutmadığı açıklığa kavuşturulmuştur⁶⁴.

Le Monde Gazetesi'nde 2020'de yer alan araştırma makalesinde, eşler arası cinsel iletişimin evlilik ödevi (*devoir conjugal*) sayılmasının Orta Çağ'da kaldığı savunulmuştur. Eşleri seksi başlatmaya

60 Sophie, 'Devoir conjugal: quand le sexe fait sa loi' (*Ethno Tendances*, 4 Ekim 2013) <<http://www.ethno-tendances.com/tendances-societe/devoir-conjugal-sexe-fait-loi/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.

61 Marie Christine Guiol, 'Les devoirs entre époux à travers la doctrine et la jurisprudence du XIXe siècle' (2013) 91(1) *Revue historique de droit français et étranger* 101.

62 Dania Dhaini, *Mariage et libertés: Étude comparative en droit français et libanais* (Université Paris-Saclay Droit 2016) 226 (*Tel Archives Hal*, 27 Haziran 2016) <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01337967/document>> Erişim Tarihi 13 Ekim 2022.

63 Najib Hage-Chahine, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé* (Panthéon-Assas 2017) Résumé.

64 Stehlin (n 46) 50, 51; Cour de cassation 1re Chambre civile du 19 décembre 2012 (n 46); Cour de Cassation 2ème Chambre civile du 9 octobre 1996 (n 44).

zorlamak, Katolik Kilisesi'nin Canonique yasalarının hayatta kalmasından farklı değildir⁶⁵. Aynı yılda, konuya ilişkin içtihatlar derlenmiş ve evlilik içi cinsel iletişime yanaşmamasının hangi koşullarda kusurlu addedildiği tespit edilmiştir. Bu şartlar şöyle sıralanmıştır: nedensiz kesintili, tıbbî sebeplerden uzak ve eşlerden sadece birinin inisiyatifinden kaynaklanan⁶⁶.

Feminist kolektiflerin konuya bakışı 2021'de dört kısa internet makalesinde aktarılmıştır. İlkinde alıntılanan feministlere göre, her türlü seksüel ilişkide tarafların rızası aranırken evli kadınlara kocalarıyla cinsel birliktelik yaşama yükümlülüğünün getirilmesi, onların kocalarının cinsel arzularına amade kalmasına zemin hazırlar. Diğer taraftan, ceza yargıçları evlilik içi cinsel ilişkide evli kadının rızasının yokluğunu ona tecavüz sayarak cezalandırmakta, hukuk yargıçları ise arkaik evlilik vizyonu ile kadına kocasıyla seksüel ilişki kurma borcu yüklemektedir⁶⁷. Başka çalışmada, feminist sivil toplum örgütlerinin açıklamaları şöyledir: Evlilik görevi kavramı tamamen absürttür ve yargının cinselliği evlilik görevi addederek kusurlu boşanmaya alet etmesi ataerkil ve arkaiktir. Böylesine kanun bulunmamaktadır ve söz konusu uygulama hâkimlerin yasayı keyfi yorumlamasından kaynaklanmaktadır. İçtihatla yasadaki evlilik borcu türetilmesi, evli kişileri cinsel ilişkiye girmeye zorlamak anlamına gelir ve bu zorlama evlilik içi tecavüzle ilgili yasal metinlerle çelişir⁶⁸. Aynı yönde başka kısa makalede feminist topluluklardan şu görüşler alıntılanmıştır. Fransız adaleti, evli kadınların kocalarıyla cinsel ilişkiyi onaylama veya reddetme haklarını gasp etmiştir. Evlilik görevinin hâlâ dayatılması kınanmalıdır. Özellikle vurgulanan çağrı, evliliğin ne kadın ne de erkek eş açısından cinsel kölelik olduğudur⁶⁹. Aynı yıla denk gelen farklı kısa makaleye göre, Fransız ceza ve medenî hukuklarında evlilik ödevi kavramı yıllardır eleştirilmektedir ve artık kaldırılmalıdır. Hâkimlerin Fransız Medenî Kanunu'nun bazı maddelerini arkaik yorumlayarak evlilik ödevi ihlâlini eşin seks talebini reddetme boyutunda genişletmesi kabul edilemez⁷⁰. Nihayet, 2021'deki çekimser görüşe yer verilmelidir: Boşanmada kusur oluşabilmesi için herhangi evlilik yükümlülüğünün ağır veya mükerrer ihlâlinin eşlerden birine yüklenebilmesi gerekir. Bir eşin artık diğerini arzulamamasını kusur sayabilir miyiz? Bu sorunun cevabı geniş tartışma gerektirir⁷¹.

65 Maïa Mazaurette, 'Faut-il abolir le devoir conjugal?' (*Le Monde Paris*, 28 Temmuz 2020) <https://www.lemonde.fr/m-perso/article/2020/06/28/faut-il-abolir-le-devoir-conjugal_6044430_4497916.html> Erişim Tarihi 10 Ekim 2022.

66 Brink (n 59).

67 Céline Peschard, 'Elle refuse des relations sexuelles avec son mari, la justice la sanctionne' (*Au féminin*, 17 Mart 2021) <<https://www.aufeminin.com/news-societe/elle-refuse-des-relations-sexuelles-avec-son-mari-la-justice-la-sanctionne-s4023251.html>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2022.

68 Mateus (n 59).

69 Michiels (n 47); Buckley (n 47).

70 Alison Hird, 'French woman at fault for refusing sex with husband goes to European Court' (*RFI-Request for Information*, 20 Mart 2021) <<https://www.rfi.fr/en/france/20210320-french-woman-at-fault-for-refusing-sex-with-husband-turns-to-european-court>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.

71 Léa Leostic, 'Devoir conjugal: pourquoi la décision de la Cour d'appel de Versailles fait polémique' (*Europe1*, 3 Nisan 2021) <<https://www.europe1.fr/societe/pourquoi-la-decision-de-la-cour-dappel-de-versailles-sur-le-devoir-conjugal-fait-polemique-4035996>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022. Bu haberde, aile hukuku uzmanı *Laurence Maugier-Vielpeau* ile görüşülmüştür. Ona göre, cinsel uyumsuzluklarda, yaşam birlikteliğinin yokluğu ile karakterize edilen evlilik bağının kesin olarak değiştirilmesi sebepli boşanma (C Civ art. 237) yasal dayanak addedilebilir.

2. İSVİÇRE HUKUKU

İsviçre aile hukukunda eşler arasında cinsel ilişkinin yokluğu veya kesintiye uğraması boşanma açısından değerlendirilmemektedir. Eşle cinsel birliktelik yaşayamama öğretide tartışmalara konu edilmişse de bunun sebebi Fransız aile hukukundaki konuya dair yargısal gelişmelerin İsviçre’de yankı uyandırması ve tenkitlere malzeme edilmesidir. İsviçre başlığında öncelikle, konuyu ilgilendiren medenî kanun maddelerine; ardından öğretilerdeki görüşlere değinilmektedir.

a. İsviçre Medenî Kanunu’nun İlgili Maddeleri

İsviçre boşanma hukuku revize edilmiş, evlilik birliğinin temelinden sarsılması karinesini temel alan sisteme geçilmiştir. Özel boşanma sebepleri kaldırıldığı gibi, boşanmada kusurun önemi çok istisnai hâllere indirgenmiştir⁷². İlk evlilik birliğinin eşlere dayattığı ödevlere, sonra boşanma sebeplerine değinilebilir.

İsviçre Medenî Kanunu⁷³ (CC) evliliğin genel hükümleri başlığı altında eşlerin ödevleri (*devoirs des époux*) konusuna değinmektedir (CC art. 159). Burada, birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak, çocukların bakımına beraberce özen göstermek, birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak şeklinde görevler eşlere atfedilmektedir. Bu görevler, karşılıklı mecbur etmek (*s’obliger mutuellement*) ve biri diğerine borçlanmak (*se devoir l’un à l’autre*) yüklemeleriyle anılmaktadır. Eşler ortak konutu birlikte seçmeli; ayrıca birliğin yönetimi ve ekonomik idaresine katkıda bulunmalıdır (CC art. 162, 163).

İsviçre’deki boşanma sisteminde artık hâkimler eşler arası kusur dağılımını kural olarak araştırmamaktadır (CC art. 111, 112, 114, 115). Şöyle ki boşanma sebepleri iki ana başlık altında incelenir: Ortak dilekçeyle boşanma (*divorce sur requête commune*) ve tek taraflı talep üzerine boşanma (*divorce sur demande unilatérale*). Ortak dilekçe, tam ve kısmî anlaşma (*accord complet ou partiel*) ihtiva edebilir (CC art. 111, 112). İkinci ihtimal ise, birlikte yaşamanın askıya alınmasından sonra (*après suspension de la vie commune*) veya evlilik bağının kopması (*rupture du lien conjugal*) sebebine dayanabilir (CC art. 114, 115)⁷⁴.

Aktarılan kanun hükümlerinden anlaşıldığı üzere, İsviçre kanun koyucusu, eşlerin cinsel iletişimsizliğini düzenlenmez. Ne evlilik ödevlerini ne de boşanma sebeplerini sayan hükümlerde eşlerin birbirleriyle cinsellik yaşa(ya)maması anılır.

72 Heinz Hausheer, ‘Türk-İsviçre Hukuk Topluluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler’ Çev. Bilge Öztan (2008) (76) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 204, 206, 214; Saibe Oktay-Özdemir, ‘Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı’ (2015) 35(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 31; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Turhan 2022) 89, 90; Tüzüner (n 28) 134; Çetinel ve Güneş (n 42) 312, 314; Ersöz (n 22) 26, 27; İnce (n 19) 193; Burcuoğlu (n 42) 3, 4.

73 *Code Civil Suisse*, Décision 10 décembre 1907, Entrée en vigueur 1 janvier 1912, Version en vigueur 23 janvier 2023.

74 İsviçre Medenî Kanunu’nda, boşanma davasının veya karşı davanın kabulünün anlaşmalı boşanma hükümlerinin kıyasen uygulanmasına mahal vermesi düzenleniyordu (CC art. 116). Bu madde, 19 Aralık 2008’de 1 Ocak 2010’dan itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

İsviçre Federal Konseyi (*Conseil fédéral suisse*), 1979'da İsviçre Medenî Kanunu'nun revizyonuna ilişkin mesaj-evliliğin genel hükümleri, mal rejimleri ve veraset (*Message concernant la révision du code civil suisse-Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions*) başlıklı mesaj yayımlamıştır. Bu metindeki vizyon, yasa koyucunun eşlerin görevleri konusuna temkinli yaklaşmasıdır. Kazuistik düzenlemelerle eş adayları evlilikten soğutulmamalıdır. “Yasa eşler arasındaki ilişkiyi her bakımdan düzenlemeye çağrılmamaktadır. Amaç yalnızca evliliğin temel yönlerini düzenlemektir. Sonuçta evlilik, hukuk yanı sıra ahlâk ve iyi töre kurallarına da tâbidir. Bunu geliştirmek her çifte kalmıştır. Evlilik hukuku, uygulamanın gereklerini dikkate almaya çağrılmaktadır. Evlilik her iki eşin karşılıklı çıkarlar elde ettiği tek tip kazançlı faaliyet modeline indirgenemez. Özellikle yaşlılardaki karşılıklılık farklı anlam ifade edebilir. Eşlerin evlilik hukuku hükümlerinden kolaylıkla kaçabilecekleri ve kendilerine uygun rejimi müteakbil anlaşmayla kurabilecekleri serbest düzene itiraz edilebilir. Yalnız hukuk düzeni, evlilik ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin güncel olmayan düzenlemelerle fiilen birlikte yaşamayı teşvik etmemelidir. Yarı ataerkil evlilik anlayışı terk edilmeli ve iki eşit ortak fikrine geçilmelidir. Birkaç yıldan beri, çok sayıda kantonda, evlilik veya aile danışmanlığı bürolarında, evlilik hazırlıklarına ek olarak cinsellik konularında gençlere yönelik eğitimler bulunmaktadır. Evlilik terapisi krizdeki eşlere yardım edebilir ve günlük yaşamın zorluklarında onlara tavsiyelerde bulunabilir”⁷⁵.

Federal Adalet Bürosu (*Office fédéral de la justice*), 2009'da evlilik hakkında hatırlatma: haklar ve yükümlülükler (*Memento sur le mariage en Suisse: droits et obligations*) broşürü hazırlamış ve İsviçre'nin tüm kantonlarında dağıtmıştır. Broşürün başlığında, evlilikten, yükümlülükler (*obligations*) doğduğu dile gelmiştir. Lâkin başlıktan sonra metne geçildiğinde yükümlülük terimi terk edilmiş, bunun yerine görev (*tâche*) kavramı mütemadiyen tercih edilmiştir. “İki eş eşit olduğu için cinsiyete göre görev dağılımı yapılmamaktadır. Evlilik görevleri her zaman ortaktır. Eşler, kimin hangi görevlerden sorumlu olduğu konusunda karşılıklı anlaşırlar”⁷⁶.

Nihayet eşler arası cinsel iletişim bozukluğunun kusurlu boşanmaya mesnet edilmesine dair İsviçre Federal Mahkemesi içtihadına rastlanmadığı belirtilebilir. Aksine temyiz yargılamasında ilgili ceza dairelerinin evlilik içi tecavüz (*viol conjugal*) vakalarını net kriterlerle profesyonel değerlendirdiği saptanmıştır⁷⁷.

75 Conseil Fédéral Suisse, ‘Message concernant la révision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979’, 1189, 1191, 1232, 1256, <<https://swissvotes.ch/attachments/21f060b3bf1ef42da6caf64d2f509046e5ec20234f086794a596.266.03182de72>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.

76 Office Fédéral de la Justice, ‘Memento sur le mariage en Suisse: droits et obligations’ <https://www.eda.admin.ch/content/dam/countries/countries-content/myanmar/fr/Merkblatt_Ehe_Franzoesisch_Nov09.pdf> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.

77 İsviçre Ceza Kanunu (*Code Pénal Suisse*, Décision 21 décembre 1937, Entrée en vigueur 1 janvier 1942, Version en vigueur 23 janvier 2023; CP) içerdiği cinsel taciz ve tecavüz hükümleriyle söz konusu hukuka aykırılıkların aile içinde gerçekleşmesine karşı çıkmaktadır (CP art 189, 190). İsviçre Federal Mahkemesi, 2019'da, karının her aşamada aynen tekrarladığı ifadelerine ve bunların tıbbi rapor yanı sıra komşuya kısa mesajla doğrulanmasına güvenerek kocayı evlilik içi tecavüzdən suçlu bulan Vaud Kanton Mahkemesi'nin keyfi davranmadığını dile getirmiştir. Karısının reddetmesini vicdanına rağmen zorlayıcı iradesiyle basturan koca evlilik içi tecavüz suçunu işlemiştir. Öyle ki göz yaşlarıyla ağlamak, yalnız bırakılmak istemek, mücadele etmek ve ikna edici girişimlerden kaçmak mağdur muhalefetinin açık örnekleridir. Federal Mahkeme'nin Ceza Dairesi, karısı tarafından reddedilen kocanın “*evliyse, bunun bir kadınla yatmak için olduğu (s'il était marié, c'était pour coucher avec une femme)*” ifadesini özel olarak yorumlamamıştır (Tribunal fédéral 6B-1285/2018 Arrêt du 11 février 2019 Cour de droit pénal Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal du canton de

b. Doktrindeki Görüşler

Eşlerin görev dağılımı hakkında 1997'de kaleme alınan monografiye göre, kadının evin içini yönetmeden erkeğin ise ekonomik idame için kaynaklar sağlamadan sorumlu tutulması 18. yüzyıla, endüstri devrimine dayanmaktadır. Eve kazanç sağlayan aktivitenin kocaya yüklenmesi üretim metotlarındaki değişiklikten kaynaklansa bile esasen kilise tarafından desteklenmiştir⁷⁸.

İsviçre boşanma reformunu açıklayan derleme 1999'da şu tespitlere yer vermiştir. Eşleri boşanmaya sürükleyen kusurlu davranışlar sıklıkla taammüden değil tepkiseldir. Öte yandan, kusur dağılımına dair gerçekçi araştırma yapmanın mümkün olduğu varsayılrsa bile, çoğunlukla birliğin dağılmasından hangi eşin sorumlu tutulması gerektiğinden emin olunamaz⁷⁹. Ayrıca kanun eşlere yüklediği davranışları görev şeklinde adlandırdığından bunların yerine getirilmemesine kusur kavramı uymaz⁸⁰. Başka görüş, 2000'de, boşanmanın amacını, eşlerin geçmiş hatalarını cezalandırmak değil, onlara geleceklere için tatmin edici çözüm sunmak şeklinde tarif etmiştir⁸¹.

Ceza ve medenî hukuk alanlarını harmanlayan makalede, 2017'de, evlilik görevi ve evlilik içi tecavüz birlikte değerlendirilmiştir. Buna göre, eşler arasındaki eşitlik evli kadınlara yasaya tabiiyet statüsü verir ve bu sayede çiftlerin cinsel ilişkilerinin sadece görev veya özgür rızayla kabul edilen boyun eğme şeklinde düşünülmesi mümkün olmaz. Çünkü evlilik kurumu içinde kadınların kendi kaderlerini tayin hakkı (*droit à l'auto – détermination des femmes au sein de l'institution maritale*) bulunmaktadır. 1907'de İsviçre Medenî Kanunu ile ataerkil kurulumda kristalize edilen evlilik anlayışı 1988'deki reforma kadar devam etmiştir. 1912'de yürürlüğe giren İsviçre Medenî Kanunu'nun temelinde, kamu kurumlarına fazla ağırlık vermeden İsviçre toplumunu tehdit eden çeşitli kötülöklere karşı koyabileceği düşünülen yeni Malthusçu (*néo-malthusien*) aile modeli dikkate alınmıştır. Bu *kleinfamilie* modeli, kamusal ve özel alanların katı şekilde ayrılması yanı sıra çocukların yetiştirilmesini aslı ve tamamlayıcı düzeyde üstlenen sorumlu kişinin ayırt edilmesiyle karakterize edilmekteydi. 1981'de cinsiyetler arası eşitliğin anayasal kabulü ve 1992'de evlilik içi tecavüz fiilinin suça dönüştürülmesiyle evliliğin yeni tanımı gelişmiştir. Bundan önce, eşlerin evlilik birliğini sona erdirmeye nedenlerini değerlendirmek ve boşanmadaki kusurlarını tartmak hukuk hâkiminin

Vaud du 30 octobre 2018 307 PE15.016445-OJO//ACP <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F11-02-2019-6B_1285-2018&lang=fr&type=show_document&zoom=YES&> Erişim Tarihi 22 Ekim 2022). Yine 2019'da başka davada, ilk derece ve kanton mahkemeleri, davacının kocasına duygusal bağımlılık sorunu yaşadığını, kendine güven eksikliğinden mustarip olduğunu ve barışı sağlamak için hiçbir şey söylemeden kendini sık sık kocasına bıraktığını kaydetmiştir. Vaud Kanton Mahkemesi, herhangi fiziksel ve psikolojik şiddet eylemini reddetmiş, davalının cinsel zorlama ve tecavüz suçlamalarından beraatına karar vermiştir. Böylece, duygusal bağımlılık kaynaklı teslimiyet mecburiyeti hissinin evlilik içi tecavüze delalet etmediği Federal Mahkeme tarafından teyit edilmiştir (Tribunal fédéral 6B-326/2019 Arrêt du 14 mai 2019 Cour de droit pénal Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 20 décembre 2018 399 PE13.006394-MAO//SOS <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F14-05-2019-6B_326-2019&lang=fr&type=show_document&zoom=YES&> Erişim Tarihi 13 Mart 2023).

78 Audrey Leuba, *La répartition traditionnelle de tâches entre les conjoints, au regard du principe de l'égalité entre homme et femme* (Staempfli 1997) 5, 6.

79 Renate Pfister-Liechti, *De l'ancien au nouveau droit du divorce* (Staempfli 1999) 11.

80 Pfister-Liechti (n 79) 11 [Ursula Nordman 1014].

81 Werro (n 22) 103.

göreviydi. Hâkimin müdahalesi, ancak eşlerden birinin sadakat, yardım ve saygı gibi aile görevini ihlâl etmesi ya da saldırı veya tehdit durumunda gerçekleşebilirdi. Daha sonra, eşler arasındaki eşitlik evli kadınlara yasal özne statüsü vermiştir, bu da evlilikteki cinsel ilişkilerin yalnızca görev veya gönüllü rıza gösterilen boyun eğme değil, aynı zamanda hak olarak düşünülmesini mümkün kılmıştır. Böylece, kamusal ve özel hukuk alanları arasındaki ayırım ve evliliği düzenleyen medenî kanun tarafından onaylanan zorlama, evlilik içi şiddeti kalıcı olarak gizlemiştir. Bu nedenle, mevcut ceza hükümlerinde aile içi şiddetin ve daha spesifik olarak evlilik içi tecavüzün kabulü gecikmiştir⁸².

Aile hukuku hakkında 2018'deki sistematik eserde, eşler arası sadakat ve birlikte yaşama görevlerinden bahsedilmekte, sadakatin cinsellikten ibaret algılanmaması gerektiği belirtilmekte; eşlerin birbirlerini cinsel yönde doyması şeklinde ödevden bahsedilmektedir⁸³.

İsviçreli bir hukukçu, evlilikte samimi ilişkilerin sona ermesini Fransız ve İsviçre aile hukukları açısından 2018'de kıyaslamıştır. İsviçre'deki boşanma davalarında, hangi eşin kusurlu olduğu bugün artık araştırılmamaktadır (CC art. 111, 112, 114, 115). En fazla, davacıya atfedilemeyen ciddi sebeplerin evliliğin devam etmesine engel olduğu durumlarda, özellikle iki yıllık ayrı yaşama süresi sona ermeden tek taraflı boşanma talebinde bulunulabilir (CC art. 115). Ancak bu hüküm, Federal Mahkeme tarafından çok kısıtlı algılanmakta ve dar yorumlanmaktadır. Örneğin zina yeterli gelmemekte, fiziksel şiddet içeren davranışlar aranmaktadır. Fransada olduğu gibi İsviçre'de de eşler birbirlerine sadakat ve yardım borçludur; ancak yasa, yakın ilişkileri sürdürme görevinden bahsetmez. Bu nedenle, cinsel ilişki eksikliğinin derhal boşanma talebinde bulunulmasına delalet ettiği söylenemez; a fortiori zarara yol açan ciddi kusur teşkil ettiği kabul edilemez⁸⁴.

III. EŞİN CİNSEL RAHATSIZLIK VE/VEYA KAÇINMALARINI BOŞANMADA KUSUR SAYAN YARGITAY KARARLARININ ELEŞTİRİLMESİ

Bu bölümde, *debitum conjugale* ve *copula carnalis* terimleri medenî hukukun güncel öğretisinden dışlanmakta; ardından, eşle cinsellik yaşa(ya)mama kaynaklı boşanma davalarında Yargıtay'ın

82 Geraldine Brown, Thierry Delessert ve Marta Roca i Escoda, 'Du devoir marital au viol conjugal-Étude sur l'évolution du droit pénal suisse' (2017) 3(97) Droit et Société 595, 597, 598, 601, 607, 609, 611-613.

83 Olivier Guillod ve Sabrina Burgat, *Droit des familles* (Helbing Lichtenhahn 2018) 244, 245; 2012'deki sistematik eserde aynı yönde Olivier Guillod, *Droit des familles* (Helbing Lichtenhahn 2012) 32.

84 Pascal Rytz, 'La Suisse, la France et les relations intimes' (*Tribune de Genève*, 28 Ocak 2018) <<https://www.tdg.ch/la-suisse-la-france-et-les-relations-intimes-305.746.121658>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2022; CC art. 115'e göre davacıya yüklenemeyen ciddi sebeplerin fiziksel anlamda dayanılmaz addedilmesi gerektiği, yoksa duygusal veya ruhsal katlanamama durumunun bu boşanma sebebine mahal vermediği, davalının davacıyı sürekli örselemesine sebep olan akıl hastalığına yakalanmasının veya davacının davalıdan fiziksel şiddet görmesinin CC art. 115'e zemin hazırladığı, ne var ki zinanın bu minvalde değerlendirilemediği yönünde Guillod ve Burgat (n 83) 396, 397; Guillod (n 83) 142, 143; CC art. 115'in yeni boşanma hukukunun suiistimalini engellemeye yaradığı, fiziksel şiddet kadar katlanılmaz zinanın da objektif anlamda ciddi sayılarak bu hükme uygulama alanı verdiği görüşüyle aksi yönde Werro (n 22) 121, 122; mezkûr maddenin yeni boşanma sisteminden sıra dışı haksız sonuçları ekarte etmeye yaradığı, davacıya yüklenemeyen objektif mertebede ciddi sebeplerin dürüstlük kuralı sayesinde pratik laboratuvarında zamanla netleşeceği yönünde Pfister-Liechti (n 79) 29.

irade dışı rahatsızlıkları veya ihtiyarî kaçınmaları tam kusurla yaftalaması yanı sıra bu sıkıntı yahut isteksizliklerden mustarip kişileri tazminata mahkûm etmesi tenkit edilmekte; nihayet, *erektîl disfonksiyon* ve *vajinismus*'un Yargıtay nezdinde boşanmada kusur sayılmasının temelinde yatan asıl gerekçe araştırılmaktadır.

A. DEBITUM CONJUGALE VE COPULA CARNALIS TERİMLERİNİN GÜNCEL AİLE HUKUKUNDAN DIŞLANMASI

Debitum conjugale ve *copula carnalis* kavramları artık aile hukukuna yabancıdır. Söz konusu yabancılaşma sırayla ortaya konulabilir. Eşlerin seksüel sorunlarının kusurdan ayrıştırılması sonraki başlıkta anlatılmaktadır.

1. Evlilik Borcu Kavramının Güncel Aile Hukukuna Yabancılaşması

Evlilik birliğinin eşlere borçlar yüklediği düşüncesi, onların birliğe ve birbirlerine yabancılaşmasına sebep olmaktadır. Kişilerin evlendiklerinde birbirlerinden alacaklı ya da birbirlerine borçlu hâle geldiği zannı, eşleri birbirlerinden izole ettiğinden başlı başına evliliğin doğasına aykırıdır. Evlilik birliğinin idamesinde, borç veya yükümlülük yerine ödev yahut görev terimleri yeğlenebilir.

Evlilikte eşlere atfedilen görevler konusunda, Türk Medenî Kanunu, mülga Türk Kanunu Medenisi'ndeki vazifeleri yükümlülük düzeyine çıkarmıştır⁸⁵. Mülga kanunda, yürürlükteki hukuktan farklı vaziyette, mükellefiyetler (yükümlülükler) yerine vazifeler (ödevler) başlığı tercih edilmişti (TKM m. 151; TMK m. 185). Evlilik yükümlülüğü teriminin Türk medenî hukukuna aniden katılması ilgi çekicidir. Mehz kanundaki eşlerin hakları ve ödevleri (*droits et devoirs des époux*) başlığının “haklar ve yükümlülükler” şeklinde hukukumuzda aktarılarak görevin yükümlülüğe yükseltilmesi şaşırtıcıdır (CC art. 159; TMK m. 185). Zaten İsviçre Medenî Kanunu'ndaki karşılıklı mecbur etmek (*s'obliger mutuellement*) ifadesi “yükümlüdürler” şeklinde (CC art. 159/2; TMK m. 185/2) ve birbirlerine borçlanmak (*se devoir l'un à l'autre*) ibaresi ise “zorunludurlar” görünümünde (CC art. 159/3; TMK m. 185/3) güçlendirilerek Türkçeye çevrilmiştir. Diğer taraftan Fransa'da, eşlerin ödevleri (*devoirs des époux*) iki maddede düzenlenir: Eşler birbirlerine karşılıklı, saygı, sadakat ve yardım borçludur; ayrıca birlikte yaşamalılırlar (C Civ art. 212, 215/al.1). Fransız Medenî Kanunu'nun anılan hükümlerinde yükümlülük değil, görev/ödev bakış açısı hâkimdir. Şu hâlde, evliliğin iyi idamesi için eşlerden beklenen görevlerin mehz kanunun lafzına aykırı vaziyette 2002'den sonra yükümlülüklerle evrildiği netleştirilebilir (CC art. 159; TKM m. 151; TMK m. 185). Ayrıca, mülga ve yürürlükteki Türk medenî kanunlarındaki vazifeden yükümlülüklerle sığrayış *Napoléon* Kodu'nun ilgili hükmüyle de çatışmaktadır (TKM m. 151; TMK m. 185; C Civ art. 212, 215/al.1).

85 Faruk Acar, 'Bir Boşanma Sebebi Olan Terk Kurumunun Konutun Aile Konutu Niteliğine Etkisi' (2011) 10(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35.

Türk aile hukukunu yansıtan eserlerin çoğunluğunda, eşlerin birbirlerine karşı görevleri yükümlülük terimiyle zikredilmektedir⁸⁶. İsviçre ve Fransız öğretisiyle yargı dünyasında eşlerden beklenen davranışların ekseriyetle görev veya ödev şeklinde anıldığı açıklığa kavuşturulmuştur⁸⁷. Yasal ödev/görev ve kanundan doğan borç/yükümlülük kavramları ilkesel düzeyde ayırt edilmelidir çünkü bunların yapı ve kaynakları farklıdır. Üstelik bu ayırımı kullanışlıdır. Elbette aynı kişiden yükümlülük veya görev nedeniyle aynı eylemler beklenebilir⁸⁸, fakat bunların yerine getirilmemesi durumunda karşılaşılan yaptırım ayrılmaktadır. Yasal görev, görevliyi kendi iradesine binaen görevini yerine getirmeye davet eder. Onun yasal ödevine boyun eğmesi yasa koyucu tarafından beklenir. Yasal görev ve ödevler bireysel veya toplu ahlâkın ifadesidir. Kabulü görevlinin özgür iradesine bağlıdır. Muhakkak benlik saygısını korumak adına kişi yasanın kendisine görev saydığını yerine getirmelidir⁸⁹. Diğer taraftan, madde başlıklarının madde hükmünden sayılmadığı sadece yorumda fayda sağladığı hatırlanabilir⁹⁰. Zaten baskın görüşe göre, evlenmenin hukukî niteliği, borçlar hukuku değil aile hukuku sözleşmesidir⁹¹. “*Evlenme, cinsî münasebet mukavelesi olmayıp, erkek ve*

86 Hatice Kübra Şenol-Erçoşkun, *Şematik Medenî Hukuk* (Seçkin 2022) 216-218; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (On İki Levha 2021) 83; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı-Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022) 215-218; Ersöz (n 22) 1, 32-38; Baygın (n 18) 460, 461; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 28) 167-171; Kılıçoğlu (n 72) 160-165; ödevler terimiyle aksi yönde Akıntürk ve Ateş (n 22) 191; dava edilemeyen minimal yükümlülük görüşüyle aksi yönde Serozan, Başoğlu ve Kapanacı (n 35) 533, 534; mülgâ Türk Kanunu Medenisi döneminde vazife ve/veya ödev terimleriyle aksi yönde Kötelî (n 18) 71-73, 90; Köprülü ve Kaneti (n 22) 118-124; Oğuzman ve Dural (n 28) 152-158. “*Evlilik birliğinin borç kaynağı olduğunu söylemek mutlaka gerekirse bu borçların hukukî yaptırımı bulunmayan, tamamen ahlaki nitelikte ve eşlerin kendi koyacakları normlara tâbi oldukları kabul edilmelidir*” [Kötelî (n 18) 90].

87 Aggiouri (n 41); Marchand ve Beilin (n 41); Paolini (n 59); Brink (n 59); Brusorio-Aillaud (n 58); Mateus (n 59); Borrillo (n 23) 155-157; Nau (n 45); Stehlin (n 46); Michiels (n 47); Buckley (n 47); Lamarche ve Lemouland (n 56) 13, 14; Guiol (n 61) 101; Sophie (n 60); Mazaurette (n 65); Peschard (n 67); Conseil Fédéral Suisse (n 53); Office Fédéral de la Justice (n 54); Brown, Delessert ve Escoda (n 82) 595, 597, 598, 601, 607, 609, 611; Rytz (n 84); Leuba (n 78) 5, 31, 55; Pfister-Liechti (n 79) 11; Delestraint ve Bihl (n 49) 73; Guilloid ve Burgat (n 83) 244, 245; Guilloid (n 83) 32; Le Bihan-Guénolé (n 53) 34-36; Hilt (n 23) 119-178 (paragraphe 284, 294, 569), 185-230 (paragraphe 421, 422, 424, 425, 429, 434, 435); Charageat (n 23) 85-123 (paragraphe 12, 23, 25, 33, 36); Hird (n 70). Evlilik birliğinin eşlere yüklediği davranışları görev şeklinde belirten mukayeseli hukuktaki mahkeme kararları da anılabilir: Cour de Cassation 2ème Chambre Civile du 9 octobre 1996 (n 44); Cour d’Appel d’Aix En Provence 6e Chambre du 3 mai 2011 (n 45); Cour de Cassation 1re Chambre Civile du 17 septembre 2020 (n 47).

88 Hage-Chahine (n 63) Résumé.

89 Bu (n 55) 84, 85.

90 Madde başlıklarının kanun metninden sayılıp sayılmaması tartışılmaktaydı. Bir görüşe göre, başlık, süs veya fantezi değildi; maddeye, dolayısıyla kanuna dâhildi. Fakat Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin 26.1.1944 tarihli ve 1367 sayılı meclis yorumunda aksi kabul edilmiştir. Bugün yasama yorumu terk edilmişse de yürürlükteki Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY) anılan meclis yorumuyla paralel düzenleme içermektedir (AY m. 176/2). Elbette madde başlıkları kanunların yorumlanmasında işe yarar. Sonuçta kanun maddeleri gibi madde başlıkları da yasama organınca ihdas edildiğinden ne kanun ne de başlığı onun iradesi hilafına değiştirilebilir [Erdin Bayram, ‘Kanun Sistematiğinde Madde’ (2008) (8) Yasama Dergisi 104; Ünal Narmanlıoğlu, ‘Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması’ iç. Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi 2001) 106, 107]. Yürürlükteki Anayasadan önce kanunların başlığı içerdiği yönünde Ferit Saymen, ‘Matlablar Kanun mudur?’ (1945) 10(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 565-578.

91 Çiğdem Yılmaz, ‘Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi’ (2016) (3) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 156; Özlem Tüzüner, ‘Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme’ (2013) (1) Ankara Barosu Dergisi 132, 134, 135; Metin İkişler, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü* (Seçkin 2022) 19-24; Şenol-Erçoşkun (n 86) 208; Ersöz (n 22) 4; Hatemi (86) 32, 33; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 28) 47, 48; Erdem ve Makaracı-Başak (n 86) 49; Akıntürk ve Ateş (n 22) 60; Köprülü ve Kaneti (n 22) 66, 67; Oğuzman ve Dural (n 28) 57-59; Serozan, Başoğlu ve Kapanacı (n 35) 533, 534;

*kadından müteşekkil sosyal bir müessesedir*⁹². “Evlilik, sevgi, şefkat, paylaşım ve duygu beraberliği içerir. Evliliğin yüklediği ödevlerin eşler tarafından yerine getirilmemesi evlilik birliğine cephe almak anlamına gelir”⁹³. Her ne kadar evlenme aile hukuku sözleşmesi sayılsa da kanunların eşlere atfettiği görevler hukuku yaptırımsız değildir (TKM m. 161-169; TMK m. 195-201; CC art. 171-179; C Civ art. 220-1 à 220-3). Bu temel normlara uyulmaması elbette maddî müeyyideye bağlanmıştır⁹⁴. Yalnız söz konusu maddî müeyyideler, kanun koyucuların nazarında evli kişilere atfedilen ödevlerin borçlar hukuku anlamında yükümlülük sayıldığı zannını desteklemez. Zira evlilik, aile kurucu etkisiyle yüceltilmeli fakat borç doğurucu fonksiyonla yerilmemelidir. Tabii sevgi yuvası kurması temenni edilen evlenmenin hukukî nitelik anlamında borçlar hukukundan yalıtılması, kanun koyucunun evlilik birliğinin korunmasını ahlâk veya örf âdet gibi hukuk dışı sosyal kurallara terk ettiği anlamına gelmez. Öyleyse, evlilik birliğinde eşlerin birbirlerine karşı yerine getirmekle ödevli oldukları davranışlar hem mukayeseli hukukta hem de Türk hukukunda hattı zatında görev addedilmektedir; bunların aslı görev/ödev olduğu için kanuna (başlığına veya metnine) yükümlülük şeklinde sehven çevrilmeleri veya Türkçeleştirilmeleri hukuku değer ifade etmemektedir. Kanunlarda eşlere atfedilen davranışlar, sadece mehaz ve mülga medenî kanunlarda ödev şeklinde düzenlediği veya İsviçre ve Fransız öğretilerinde çoğunlukla görev olarak anıldığı için böyle tanımlanmaz. Evlilik birliği, hukuk düzeninde eşitler arası ortaklıktır, sosyal açıdan dışa dönüktür, ahlaki yönden mahrem alandır. Evliliğin hukukî, beşerî ve ahlaki özellikleri üç boyutlu dikkate alındığında, kanunlarda eşlerden beklenen davranışlar, mamelekî karakteri ağır basan yükümlülöklere uzaktır. Eşlerden beklenen davranışların öncelikli konusu iktisadî değeri haiz edimlerden ziyade, paylaşma ve yardımlaşmadır. Borçlar hukuku değil aile hukuku akdi sayılan evlenmeden yükümlülük doğmasını düşünmek çelişkilidir. Eşlerin birlikte yaşama, sadakat, ortaklığın mutluluğunu gözetme gibi olumlu ve olumsuz davranışları, borçlar hukuku anlamında yükümlülük değil, aile hukuku boyutunda görev veya ödev şeklinde vasıflandırılabilir.

Barış Demirsatan, ‘Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Hükümsüz Evlilik Sözleşmelerinin Boşanmanın Eşler Arasındaki Mali Sonuçlarına Etkisi’ (2021) (153) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 319, 320.

92 Şakir Berki ‘Boşanma ve Ayrılık’ (1975) 31(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135.

93 Murat Topuz, ‘Yargıtay Kararları Işığında Terk Sebebiyle Boşanma’ (2006) (5/2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 221; evlenmenin ömür boyu sürecek duygu, düşünce, amaç ve kader ortaklığı olduğu yönünde İkizler (n 91) 19.

94 Eşlerden birinin talebi üzerine hâkim aile hukukunun gereklerini eşlere hatırlatarak birliğe müdahale edebilir (TMK m. 195). Birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşe karşı ekonomik anlamda zor durumda kalan eşi korumak adına bazı tedbirler yardıma koşabilir (TMK m. 196, 198). Yine eşlerden birinin diğerini cinsel ilişkiye zorlaması ve/veya rızası dışında onunla cinsel ilişkiye girmesi durumunda, kişilik hakkı ihlâl edilen eş lehine (evlilik bakış açısıyla sınırlı vaziyette) TMK m. 197’deki ayrı yaşama hakkı gündemde yerini bulur. Evlilik birliğinin korunması hakkında ayrıntılı bilgiler için Murat Doğan, ‘Türk Medenî Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler’ (2003) 52(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93, 98, 99; Vehbi Umut Erkan, ‘Türk Medenî Kanunu’nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları’ (2018) (134) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 431, 433, 444; Damla Gürpınar, ‘Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu’ (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan) 1293, 1339, 1311-1314; Şenol-Erçoşkun (n 86) 222-227; Hatemi (n 86) 95-97; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 28) 193-212; Kılıçoğlu (n 72) 207-222; Erdem ve Makaracı-Başak (n 86) 245-260; Akıntürk ve Ateş (n 22) 131-142; Köprülü ve Kaneti (n 22) 129-139; Oğuzman ve Dural (n 28) 161-169; Baygın (n 18) 462.

2. Evlilik İçi Cinsel İletişimin Evlilik Borcu veya Görevi Şeklinde Vasıflandırılmaması

Kanun koyucuların eşlerden bekledikleri model davranışların *debitum conjugale* değil, hukukî ödev/görev sayıldıkları savunulduktan sonra, evlilik içi cinsel iletişimin böylesine ödevlere dâhil edilmesi sorgulanabilir.

Debitum conjugale çerçevesinde *copula carnalis*'in eşlere borç olarak dayatılması kilise tarafından yaratılmıştır. Batılı din adamlarınca varlığı iddia edilen *copula carnalis Canonique* hukuktan orijin bulmaktadır. Karı veya kocanın yek birinin diğerinden isteği üzerine cinsel ilişkiye girmek zorunda olması konuya Batılı Hristiyan teolojisine uygun yaklaşılmasıdır⁹⁵. Demek ki eşin cinsel taleplerini haklı gerekçesiz reddetmeme ve onunla cinsel birliktelik yaşama borcu, çeşitli kiliselerin baskılarına yaslanan, hatta *séculier* (dinden bağımsız/yalıtılmış) hiçbir kaynağı bulunmayan teolojik yaklaşımlardan biridir ve Türk-İsviçre hukuk öğretisine yabancıdır.

Eşlerin ortak konutu birlikte seçmeleri ve birliğin yönetimiyle ekonomik idaresine katkıda bulunmaları Türk-İsviçre medenî kanunlarında paraleldir (TMK m. 186; CC art 162, 163). Türk ve İsviçre medenî kanunlarında eşlere atfedilen görevler arasında eşlerin birbirlerini cinsel yönden tatmin etmesi şeklinde davranış beklentisi bulunmamaktadır (TMK m. 185, 186; CC art. 159, 162, 163). Yalnız bu hükümlerde değil, ayrıca boşanma sebeplerini sayan maddelerde de eşler arası cinsellik anılmamaktadır (TMK m. 161-166; CC art. 111, 112, 114, 115). Türk boşanma sistemi henüz reform geçirmediğinden özel boşanma sebepleri detaylıdır (TMK m. 161-165). Ne var ki eşler arası cinsel iletişimsizlik hiçbir özel boşanma sebebine dâhil değildir. Ayrıca Fransa'da da evlilik içi seksüel ilişkiler evliliğin hükümlerinde veya boşanma sebeplerinde düzenlenmemektedir (C Civ art. 212, 215, 242 à 246). Şu hâlde, Fransız, İsviçre ve Türk medenî kanunlarında, lafza bakıldığında, ortak konutu seçme ve birlikte yaşama ödevleri, cinselliği kapsamamaktadır; cinsel birliktelik yaşa(ya)mama, spesifik boşanma sebebi sayılmamaktadır (C Civ art. 212, 215, 242 à 246; CC art. 111, 112, 114, 115, 162, 163; TMK m. 161-166, 186).

Mukayeseli hukukta, öğretinin çoğunluğu, yakın ilişkileri sürdürme borcunun eşlere yüklenmesine karşıdır. Cinsel ilişki eksikliğinin derhal boşanma talebinde bulunulmasına delalet ettiği söylenemez; *a fortiori* zarara yol açan ciddi kusur teşkil ettiği de kabul edilemez⁹⁶. Eşlere cinsel ilişki kurma

95 Perisanidi (n 24) 510-528; Gürsoy (n 22) 2, 3; Borrillo (n 23) 156; Köteli (n 18) 24.

96 İsviçre Medenî Kanunu'nun 1988'de revize edilmesi ve İsviçre ceza hukukunda 1992'de evlilik içi tecavüzün tanınmasıyla *néo-malthusien* aile modelinin terk edildiği, oysa bundan önce evlilik içi cinselliğin gönüllü boyun eğme ve hak ikileminde açıklığa kavuştuğu yönünde Brown, Delessert ve Escoda (n 82) 595, 597, 598, 601, 607, 609, 611; İsviçre Medenî Kanunu'ndaki boşanma sisteminde kusur araştırmasının yapılmadığı, en fazla davacıya atfedilemeyen ciddi sebeplerin evliliğin devam etmesine engel olduğu durumlarda, özellikle iki yıllık ayrı yaşama süresi sona ermeden tek taraflı boşanma talebinde bulunulabildiği (CC art. 115), ancak bu hükmün Federal Mahkeme tarafından çok kısıtlayıcı yorumlandığı, örneğin zinanın yeterli gelmediği, fiziksel şiddet içeren davranışların dikkat çektiği yönünde Pascal (n 56); cinsel birliktelik yaşama yükümlülüğü kanunda açıkça belirtilmemişse de içtihat ve doktrinin evlilik kurumunda cinsel ortodokslik oluşturduğu, böylece yasanın sessizliğinin yerini yargıçların ve muhafazakâr doktrinin yorumlarının aldığı yönünde Borrillo (n 23) 155-157; evlilik içi cinselliğin kendi hukukunu doğurmaması gerektiği yönünde Sophie (n 60); aynı yönde Brusorio-Aillaud (n 58); Lamarche ve Lemouland (n 56) 13, 14; Mazaurette (n 65); Michiels (n 47); Buckley (n 47); Peschard (n 67); Mateus (n 59); Hilt (n 23) 185-230 (paragraphe 429, 430, 431); Hird (n 70); karşı yönde Andorno (n 50) 81, 82; Bruguière (n 52) 5, 10-18; Stehlin (n 46) 50, 51; Guiol (n 61) 101; Dhaini (n 62) 226; Brink (n 59).

anlamında pozitif yükümlülük yükleyen azınlık görüşlere katılmak mümkün değildir⁹⁷. Zaten birlikte yaşama ödevinin cinsel birlikteliği de kapsadığı yönünde azınlık görüş artık Fransa'da terk edilmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi, 2012 ve 2020'deki içtihatlarında, cinselliği hem evlenme niyetinin ispatından hem de evlilik görevlerinin genişletilmesinden uzak tutmuştur. Özellikle 2020'de, "bireysel özgürlük ilkesinden" ve "fiziksel bütünlük hakkından" hareketle yakın ilişkilerin yokluğunun kendi başına evlilik birliğinden doğan görevlerin ciddi ihlali teşkil etmediğini belirtmiştir⁹⁸. İsviçre Federal Mahkemesi'nin eşler arası cinsel iletişim eksikliğini kusurlu boşanma sebebi sayan içtihadına rastlanmamıştır. Türk aile hukukunda da cinselliğin evlilik görevi sayılması ve/veya iktidarsızlığın direkt kusurlu boşanmaya yorulması gerek maddi hukuk gerek usul hukuku yönünden eleştirilmiştir⁹⁹. Özetle, liberal hukuk sistemlerine yabancı *copula carnalis*, kanunlarda benimsenmemekte, mukayeseli aile hukuku literatüründe çoğunlukla yadsınmakta ve Türk aile hukuku öğretisinde ise eleştirilmektedir.

Eşlerin birbirlerine periyodik cinsellik hizmeti sunması şeklinde hukuki ödevden bahsedilemez. Böylesine başlatıcı veya katılımcı davranışlar silsilesinin eşlerin görevleri hakkındaki mevcut hükümlerden genişletici yorum yoluyla çıkarılması yöntemi geride kalmıştır. Zaten evlilik içinde seksi başlatma görevinin kocaya yıkılması ve kadın eşin gönüllü boyun eğme misyonuyla donatılması çağ dışıdır. Aile hukukunun karı koca arasında eşitlik üzerine inşa edildiği malumdur. Erkek veya kadın eş evlilikteki partnerini cinsel yönden tatmin etmek zorunda değildir. Tersine bakış açısı, ömürlük sürmesi ümit edilen ve keramet atfedilen evlilik birliğini cinsel alışverişe indirgemektir. Seks, bazı çiftler açısından ortaklığın ayrılmaz parçası kabul edilirken diğerleri için yabancı vaziyet olabilir ya da tamamen önemsizleşebilir. Birliğin saadetini besleyen ve sosyal yönünü taçlandıran yakın münasebet, illa cinsellikle inşa edilmeyebilir; birlikte seyahate çıkma, sohbet etme, sinemaya gitme, özel günleri kutlama, birbirine iltifat etme, çiçek gibi küçük hediyeler alma, dert dinleme, kayınpeder veya kayınvalide ağırlama gibi sair başka yollardan da kurulabilir. Böylece, *copula carnalis*'in ne *debitum conjugale* ne de hukuki ödev adı altında evlenmenin hükümlerine dâhil olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca bu konunun özel boşanma sebebi addedilmediği de netleştirilmiştir.

B. EŞLERİN İRADELERİ DÂHİLİNDE VEYA DIŞINDA SEBEPLERLE SEKSÜEL SAMİMİYETE KATIL(A)MAMASININ KUSUR KAVRAMIYLA AÇIKLANAMAMASI

Cinsel rahatsızlıklardan psikolojik ve fiziksel acı çeken kişilerin eşleriyle yakın birleşme yaşamadıkları için boşanmada tam kusurlu sayılması her şeyden önce kusur tanımını ihlâl etmektedir. Öte yandan, yasa, eşlere cinsel boyun eğme dayatmadığına göre aksine davranış modeli,

97 Şafak-Aydın (n 28) 126, 130; Andorno (n 50) 81, 82; Bruguère (n 52) 5, 10-18; Guiol (n 61) 101; Dhaini (n 62) 226; Stehlin (n 46) 50, 51; Brink (n 59).

98 Cour de Cassation 1re Chambre civile du 19 décembre 2012 (n 46); Cour de Cassation 1re Chambre Civile du 17 septembre 2020 (n 47).

99 Gürsoy (n 22) 7; Gürsoy (n 26) 153; Cansel (n 27) 79; Ayiter (n 27) 171; Şener (n 27) 225, 226; Kia-Akkaya (n 6) 101; Kerestecioğlu (n 32) 231, 255; Çiftçi (n 36) 1741, 1779, 1780; karşı yönde Şafak-Aydın (n 28) 126, 130; boşanmayı gerektiren köklü sarsılma sebebi sayılması hakkında Dural, Ögüz ve Gümüş (n 28) 120; aynı yönde Köprülü ve Kaneti (n 22) 174; Oğuzman ve Dural (n 28) 125; karşı yönde Akıntürk ve Ateş (n 22) 264.

meselâ tedavinin reddedilmesi veya cinselliğe katılmaktan bilinçli kaçınılması basitçe kişilik hakkının özgür tezahürüdür.

Cinsel iletişimsizlik, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını ilgilendirse de kanunda bu meselenin kusura gerekçe sayılmasını destekleyen hüküm yoktur (TMK m. 166/1-2). İsviçre'deki boşanma sisteminde artık hâkimler eşlerin kusur dağılımını boşanma açısından kural olarak araştırmamaktadır (CC art. 111, 112, 114). Sadece davacıya atfedilemeyen ciddi sebeplerin evliliğin devam etmesine engel olduğu durumlarda, özellikle iki yıllık ayrı yaşama süresi sona ermeden tek taraflı boşanma talep edilebilmektedir (CC art. 115). Fransâda ise, “*evliliğin görev ve yükümlülüklerinin ciddi veya mükerrer ihlâl edilmesini oluşturan olgular*” boşanma talebine zemin hazırlayabilir (C Civ art. 242). Yalnız burada kusurlu boşanma olasılığı öngörülse de evliliğin gerektirdiği görev ve sorumlulukların ağır ve ciddi ihlâlî çok sınırlı algılanmakta ve özel boşanma sebepleri tek tek sayılmamaktadır. Fransâdaki boşanma sisteminde de hâkimler boşanma açısından eşlerin kusurunu nadiren araştırmaktadır (C Civ art. 242 à 246). Kısacası, mukayeseli boşanma hukukunda, evliliğin sona ermesinde kusur önemsizleştirilmiştir. Şu hâlde, kanunların sözleri ve amaçları dikkate alındığında, irade dışı cinsel rahatsızlıkların veya iradî seksüel isteksizliklerin boşanma neticesinde tazminata gerekçe gösterilmesi, Türk, İsviçre veya Fransız aile hukuklarında kanunî temeli haiz değildir.

Kanun koyucu kusur terimini tanımlamamakta, bu misyonu öğretiyeye emanet etmektedir. Genel kabule göre kusur şöyle açıklanmaktadır: Ayırt etme gücünü haiz kimsenin özünde haksızlık barındıran ve bu nedenle hukuk düzeni tarafından kınanan davranışını ika etmeye yönelik kasıt veya ihmâl içeren iradesidir. Kınamanın sebebi, kişinin başka türlü davranması mümkünken haksızlığı yeğlemesi, herkesten beklenen ortalama hareketten sapmasıdır. Kusurlu sayılmak evvel emirde temyiz kudreti gerektirir. Burada, hukuka aykırı sonucun istenmesi, kasıt; hukuka aykırılıktan kaçınmak için iradenin yeter derecede kullanılmaması ise, ihmâldir. Herkesin göstereceği asgari özenin yokluğu, ağır; yalnız dikkatli kişilerin göstereceği özenin eksikliği ise hafif ihmâle tekabül etmektedir¹⁰⁰. Şimdi kusur tanımının evlilik içi cinsellikle ilgili sair olasılıkları kapsayıp kapsamadığı tartışılabilir.

1. Gayri İhtiyari Gelişen Cinsel Rahatsızlıkların Kusurdan Yalıtılması

Her hayat ortaklığında başlangıçta veya sonradan ortaya çıkması muhtemel cinsel sorunların direkt kusur sayılması isabetsizdir. Cinsel isteksizlik veya yetersizlik her evlilikte dönem dönem nüksedebilir. Ekonomik sıkıntılar, ruhî bunalımlar, kayıp ve/veya yas süreçleri, meslekî açıdan stresli

100 Habip Oğuz, ‘Sorumluluk Hukukunda Kusur’ (2016) 28(7) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 273, 275, 276; Betül Tiryaki, ‘Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması’ (2008) 3(4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 270; Ömer Oğuzhan Meral, ‘Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği’ (2017) 19(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1161, 1162; Altan Fahri Gülerci, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)* (On İki Levha 2018) 278-281; Mustafa Kemâl Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2* (Vedat 2021) 58-65; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atillâ Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993) 492-496; Hüseyin Hatemi ve Kadir Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Filiz 2021) 155-157; İhsan Erdoğan, ‘Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Kusur Unsuru’ (1990) 3(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-120.

dönemler, çeşitli travmalar dahi seksüel fonksiyonları geçici (kısa yahut uzun süreli) yahut kalıcı etkileyebilir ki bu olasılıklarda kusurdan bahsedilemez. Cinselliğin gerçekleşmemesi veya devam etmemesi, başarısızlık, yetersizlik, elverişsizlik, uyumsuzluk veya geçimsizlik şeklinde nitelenebilse de kural olarak kusurla bağdaştırılamaz. Seksüel rahatsızlıkların boşanmaya zemin hazırlaması ve kusurlu davranış addedilmesi birbirlerinden ayırt edilebilir. Vajinismus veya erektil disfonksiyon, kasıtlı veya ihmalle geliştirilen ya da sürdürülen rahatsızlıklar değildir. Kişinin vücudundaki bazı kaslarının gayri ihtiyarı kasılması veya sertleşmemesi, özünde bilinç ve irade barındırmadığından, hiçbir gerekçeyle haksızlık şeklinde nitelenemez ve hukuk düzeni tarafından kınanamaz.

2. Cinsellikle İlgili Tedaviden Kaçınmanın Kural Olarak Kusurlu Davranış Sayılmaması

İrade dışı beliren cinsel rahatsızlıklardan mustarip evli kişilerin tedaviden kaçınmaları boşanmada kusur değildir. Kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme ve kendi geleceğini/kaderini belirleme hakları kişiler hukukunun güncel temalarındandır. Bu hak elbette vücut bütünlüğüne, özellikle cinsellik temasına sirayet eder ve kural olarak diğer hukukî müdahalelere nazaran önceliklidir¹⁰¹. Öyle ki insan haysiyeti, hür iradeden nemalanır ve kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme haklarıyla dış aleme yansır¹⁰². Bir yandan kişiye kaderini tayin kudretinden beslenen cinsel tedaviyi reddetme imkânı tanıyıp diğer yandan aynı kaçınmanın evlilik kurumunda gerçekleşmesini kusurla kınamak, evli kişilerin kaderlerini tayin yetkilerini kısıtlamak anlamına gelirdi. Kişinin eşiyle bile olsa cinsel ilişkiye katılıp katılmaması, bunun için tedaviye yanaşıp yanaşmaması, onun kendi bedeni üzerinde özgürce karar vermesi ve kaderini belirlemesidir. Diğer taraftan, tedaviyi ret kişinin kişiler ve sağlık hukuklarındaki temel haklarından. Karar verme yeterliğini haiz ve uzman hekim tarafından aydınlatılmış hasta kendisine önerilen tedaviyi reddedebilir. Redde rağmen tedaviye girilmesi hukuka aykırı tıbbî müdahaledir¹⁰³. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Biyotıp Sözleşmesi), ancak aydınlatılmış onamla tıbbî müdahale kuralını anmakta ve hastanın muvafakatini her an geri alabilmesini düzenlemektedir (Biyotıp Sözleşmesi m. 5). Ayrıca kişinin bedeni ve ruh sağlığı üzerindeki kişilik hakkı, tedaviyi reddetme, istediği zaman başlatma ve sona erdirmeye yetkilerini barındırır (TMK m. 23-25). Yine Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) tedaviyi reddetme hakkını tanımaktadır (HHY m. 25). Görüldüğü üzere, eşin tedaviyi seçme veya reddetme hakkı, kişiler ve sağlık hukuklarının özündendir, bunlar evlilik görevi gibi mülahazalarla yadsınamaz. Meğer ki hastalığın seyri ölümcül vaziyet alsın veya bulaşıcılık arz etsin. Böylesine istisnalar gerçekleşmediğinde hem hekime hem de hâkime düşen hastanın ret iradesine saygı duymaktır. Kısacası, kişinin bedeni ve ruh sağlığı üzerindeki kişilik hakkı, tedaviyi reddetme ve aydınlatılmış onamını geri alma haklarını barındırmaktadır (TMK m. 23-25; Biyotıp Sözleşmesi m. 5; HHY m. 25). Evli kişi de cinsel rahatsızlığının tedavisini reddetme, istediği zaman

101 Dilşad Keskin, 'İsviçre Hukuku'nda Tedbir Vekâleti' (2015) 64 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 365, 367, 394, 398; Selma Hülya İmamoğlu, 'Hukukî Açından, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi' (2012) 7(3-4) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29-59.

102 Bahri Öztürk, 'Hasta Hakları ve Ötanazi' iç Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi 2001) 574.

103 Gürkan Sert, 'Türk Hukukunda Bilinci Açık Hastanın Tedaviyi Ret Hakkının Tıp Hukuku ve Etiği Açısından İncelenmesi ve Tıp Etiği' (2012) 7(70) Terazi Hukuk Dergisi 14-21.

başlatma ve/veya sona erdirme haklarını haizdir. Tedaviyi reddetme hak statüsünde kabul edildikten sonra evli kişinin cinsel sorunlarını tedavi ettirmekten kaçınmasını kusurla açıklamak hukuken çatışır. Görüldüğü üzere, cinsel rahatsızlıkları konusunda tedaviye yanaşmayan ve hekime başvurmayı şiddetle reddeden eşin bile kusurundan bahsedilemez. Çünkü kişilerin ruhsal ve/veya fiziksel kaynaklı cinsel problemlerini tedavi ettirip ettirmemek kendilerinin ihtiyarındadır¹⁰⁴ ve bizzat karar verme haklarının sonucudur. *Vajinismus* ve *erektile disfonksiyon*'un anatomik ve kronik psikiyatrik temelleri bulunmaktadır ve tedavi edilebildikleri söylenmektedir. Yalnız cinsel yönden sorunlar yaşayan eşe tedaviyi kabul borcu yüklemek aksi taktirde onu kusurlu saymak ne kişilik hakkı ne de kusur tanımına uygundur. Herkesin hazır olduğu zamanda tedavi olmayı seçme hakkı kişilik hakkının parçasıdır, evliliğin cinsel tedaviye boyun eğme zorunluluğu getirmesi düşünülemez. Böylesine gayri ihtiyari cinsel rahatsızlıklar söz konusu olduğunda evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle iki eşin de kusuru olmaksızın boşanması mümkün olabilir.

3. Eşlerin Cinsel Kaçınmalarının Evlilik Birliğinin Sarsıldığını Göstermek Dışında Aile Hukukunun Konusuna Girmemesi

Eşlerin (iradi) cinsel kaçınma ve isteksizlikleri, elbette evlilik birliğinin sarsıldığını gösteren olgulardan biridir; bunun dışında, kusur telakki edilmeyerek aile hukukunun kapsamından dışlanabilir. Kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkından, bu hakkın insan haysiyetiyle bağlantısından ve cinsel bütünlüğe sirayetinden; ayrıca evlilik içi cinselliğin aile hukukundan ziyade ekseriyetle ahlâkla bağlantısından bahsedilmiştir¹⁰⁵. Yasa, eşlere, seksi başlatma, cinselliğe katılma veya eşinin cinsel arzularına boyun eğme ödevi yahut görevi dayatmadığına göre, onların cinsel kaçınmaları, isteksizlikleri veya üşengeçlikleri, basitçe kişilik haklarının özgür tezahürleridir. Böylesine seçim ne kusurludur ne de hukuka aykırıdır, sadece kişilik hakkının yansması ve bizzat karar verme hakkının kullanımınıdır.

Kural, cinsel isteksizliğin ve kaçınmanın kusur kavramıyla açıklanmamasıdır. Hemen akla gelen tartışmalı bir olasılığa değinilmelidir: *Garez*, kin, inat ve/veya hınçla sırf eşi zor durumda bırakmak için cinsel kaçınmanın ispatlanması. Habis duyguların cinsel perhizle dışa vurulması kesine yakın ortaya konulsa bile bu ihtimalin bile evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kusura delalet etmediği düşünülmektedir. Çünkü eşi cinsellikten yoksun bırakarak dize getirme niyeti, evlilik içi iletişimde genel geçer sorunlar arasındadır, bunun boşanmada kusur mülahasasına dâhil edilmesi isabetli değildir. Duyguların ifadesinden kaçınma, küslükleri gereksiz uzatma, (cinsel) iletişimde

104 Hatta irade dışı gelişen cinsel rahatsızlıklarda hastanın iç görüşü zayıf olabilir veya hiç olmayabilir. İç görü eksikliğinde veya yoksunluğunda tedaviyi reddetme aslında cinsel rahatsızlığın uzantısıdır. Bu durumda kişi rahatsızlığını kabul etmediğinden tedaviye de ikna olmayabilir [Farklı psikolojik rahatsızlıklar yönünden Halûk Savaş, 'Tedaviye İkna Olmayan Hastaları Nasıl İkna Ediyoruz? LEAP' (*Psikiyatri ve Psikoterapi Merkezi*, 22 Ocak 2023) <<http://haluksavas.com.tr/neleryapiyoruz-tedaviye-ikna-olmayan-hastalari-nasil-ikna-ediyoruz>—31.html> Erişim Tarihi 2 Şubat 2023; Ramazan Akdoğan ve Ayşe Sibel Türküm, 'Psikolojik Yardım Sürecinde Terapötik Bir Hedef Olarak İçgörü' (2014) 6(4) *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar* 376-378].

105 Keskin (n 102) 365, 367, 394, 398; İmamoğlu, (n 102) 39-31; Öztürk (n 103) 574; kişinin eşiyle bile olsa cinsel ilişkiye katılıp katılmamasının onun kendi bedeni üzerindeki özgür tasarrufu olduğu, aslında nişanlıların evlenme iradelerini açıkladıklarındaki müstakbel eşleriyle cinselliğe de onay verdikleri, fakat bir kere evlilik birliği kurulduktan cinsel iletişimin hukuku değil ahlâki ilgilendirdiği yönünde Köteli (n 18) 90.

yeterince olgunlaşmama, kişilik hakkı ihlâli değildir, pek kötü veya onur kırıcı davranış sayılmaz; hukuken kınanması gereken ihmali hareket seviyesine tek başına ulaşmaz; bu konular, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ispatlamak dışında, hukuk değil ahlâk kurallarını ilgilendirir.

4. Ara Sonuç

Cinsel isteksizlik veya kaçınma, vajinismus ya da erektil disfonksiyon, evlilik birliğinin temelinden çöktüğünü gösterebilir; fakat bunların boşanmada tazminata gerekçe sayılması hukuken farklı akıl yürütmeleri gerektirir. İrade dışı gelişen tıbbî sorunların kusurla açıklanması yerinde değildir. Açıkçası, ilgili kaslar kontrolsüz, bilinç dışının devreye girmesiyle, bir tür savunma iç güdüsüyle kasılarak veya kasılamayarak cinsel birleşmeye mâni olmaktadır. Kişinin bilinç altından gelen ve/veya bilincinden bağımsız onu iradesi hilafına esir alan hastalığına kusur yakıştırılması kusurun tanımına aykırıdır. Diğer taraftan, eşin cinsel yetersizliği konusunda tedaviden kaçınması ya da genel anlamda cinsel isteksizliği, soğukluğu ve/veya bıkkınlığı da kendi özgür iradesinin dışı yansımasıdır, kişilik hakkının unsurlarından bizzat karar verme yetkisinin kullanımınıdır. Farklı deyişle, eşlerden birinin diğerine karşı seksüel arzularının sona ermesi nedeniyle onunla yatak odası paylaşımından kaçınması, kişiler hukukuna uygundur, karar verme özgürlüğünün doğal sonucudur. Bu durum, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına delalet etmek dışında hukuk düzenini ilgilendirmez, kusur kavramını da doldurmaz. Özetle, cinselliğin paylaşılması da tedavisi de her koşulda özgür iradede beslenebilir. Evlilik, hukuk boyutunda, cinselliğe katılma veya katılmadığında tedavi olma gibi vaatler içermez. Eşler arası cinsel iletişimsizlik ister hastalıktan ister iradî kaçınmadan kaynaklansın kural olarak kusur kavramıyla tanımlanamaz, hiçbir hukuk normunun koruma amacına da girmez.

C. ÇALIŞMA KONUSUNU TETİKLEYEN YARGITAY KARARLARINDAKİ BAZI İFADELERİN ELEŞTİRİLMESİ

Yargıtay, eşleriyle cinsel birliktelik yaşa(ya)mayan davalıları çoğunlukla tam kusurlu bulduğu çekişmeli boşanma davalarında, genellemelere başvurmaktadır. Hemen hukuka özgü dile uymayan bazı ifadeler ilgili içtihatlardan direkt alıntılanarak eleştirilebilir.

*“Cinsel tatminsizlik daha önce var olan sevgi ve saygıyı nefrete veya en azından isteksizliğe dönüştürür”*¹⁰⁶ ve *“cinsel ilişkinin başarısız olması karşısında, eşlerde birbirine karşı haklı nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir”*¹⁰⁷ ifadelerindeki nefret kelimeleri taşkındır. Nefrete haklı sıfatı yakıştırılması hiçbir gerekçeyle sağaltılamaz. Cinsel yönden doyurulmayan eş nefret duygusunu reva gören bu cümlelerde, hâkimlerin öznel yargıları hukukun objektifliğinin önüne geçmiştir. Tatminsizlik yaşayan eşler bu soruna çare arayıp bularak veya alışarak, bu konu yüzünden uzmana danışarak yahut bilakis boşanarak ilişkilerini nötrleştirebilirler. Evlilikte cinsel yönden tatmin olunamadı veya edilemedi diye eşten nefret etme Yargıtay tarafından haklı bulunarak onaylanmamalıydı.

106 Yargıtay 2. HD 3.10.1995 (n 3) (n 6).

107 Yargıtay 2. HD 24.5.2000 (n 7); Yargıtay 2. HD 20.3.2003 (n 7); Köseoğlu ve Kocaağa (n 7) 102.

Yargıtay'ın “psikolojik sebeple de olsa uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kuramadıkları kızlık muayenesine dair rapordan anlaşılmaktadır”¹⁰⁸, “halen bakire olduğu doktor raporunda bildirilmiş”¹⁰⁹ ve “ tarafların yedi ay birlikte yaşadıkları hâlde aralarında cinsel birleşmenin gerçekleşmediği, davacının halen bakire olduğu”¹¹⁰ ibarelerine eleştirel yaklaşılabilir. Öncelikle, Yüksek Mahkeme kararında “kızlık muayenesi” ve “halen bakire” gibi gayri bilimsel tabirlere yer verilmemelidir. Henüz seksüel deneyim yaşamamış kadınlara kız denilmesi hukuka özgü dile uymaz. Öte yandan, Yargıtay'ın “halen bakire” tespiti kadın fizyolojine ve hayatın olağan akışına uymayabilir¹¹¹. Ayrıca, evlendiğinde karşı cinsle (kocasıyla veya karısıyla) ilk defa yakın deneyim yaşayacak kişinin henüz tanımadığı yetersizliğinden veya isteksizliğinden sorumlu tutulması da vicdanları rencide etmektedir.

Mahkemelerin eşler üzerindeki cinsel iktidarsızlık veya yetersizlik araştırmaları öncelikle fiziksel bulgularla sınırlı kalmış ardından psikiyatrik muayeneye genişlemiştir. Yargıtay'ın “fiziksel rahatsızlığı bulunmamasına rağmen, cinsel ilişkiyi gerçekleştiremeyen davalı koca tamamen kusurludur”¹¹², “cinsel ilişkiyi sağlayamayan koca, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tamamen kusurludur”¹¹³ ve “sağlıklı cinsel ilişkinin gerçekleştirilememesinde davalı-karşı davacı erkeğin kusurlu olduğu”¹¹⁴ cümleleri mezkûr eşlerin kişilik hakları bakımından değerlendirilebilir. Aile yaşamının gizliliğine saygı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası anlamında hiyerarşik açıdan kuvvetlendirilmiş kişilik hakkı unsurlarından biridir (AİHS m. 8; AY m. 20). Gerçekten, cinsel yaşam, kişilik hakkının unsurudur; özellikle ya özel ya da gizli hayat alanına dâhildir¹¹⁵ ve hukuk düzeni tarafından dışarıdan gelen müdahalelere karşı korunur (TMK m. 24, 25). Aslında tarafların mahrem alanlarını ilgilendiren hukukî meseleler söz konusu olduğunda, boşanma yargılamasını yöneten hâkim talep üzerine gizlilik kararı verebilir (TMK m. 184/b. 6). Yalnız cinsel yetersizlik merkezli her boşanma davasında seksüel yaşamları dilekçelere saçılan eşler (veya vekilleri) gizlilik talep etmeyebilir. Cinsel ilişki gerçekleştirememenin ruhsal ve/veya fizyolojik sebeplerden kaynaklandığı malumdur. Şu hâlde, eşlerin cinsel kimliklerini dışa vurma kudretleri ve bu konuyu

108 Yargıtay 2. HD 24.5.2000 (n 7); Yargıtay 2. HD 20.3.2003 (n 7); Köseoğlu ve Kocaağa (n 7) 102.

109 Yargıtay 2. HD 16.12.2010 (n 7).

110 Yargıtay HGK 15.12.2010 (n 3) (n 10).

111 Evlilik içinde cinselliğin gerçekleşmediği kanısının evli kadının cinsel muayenesinden hareketle tespit edilmesi, basitçe cinsiyettir. Çünkü bu bakış açısında, evlilik içi cinsellik, aslı ve aktif boyutta kocaya, tamamlayıcı ve edilgen düzeyde karıya dağıtılmaktadır. Oysa evlilik denilen hayat paylaşımında eşler her konuda eşit ortaktır. Üstelik, yapısı esnek ve/veya kalın hymen olasılığında yırtılma gerçekleşmeden evli kişiler arasında (defalarca) cinsellik yaşanmış olabilir. Yani hymen yapısı esnek ve/veya kalın evli kadın Yargıtay'ın deyimiyle “halen bakire” olmayabilir.

112 Yargıtay 2. HD 28.9.2009 (n 3) (n 8).

113 Yargıtay 2. HD 13.3.2014 (n 3) (n 11).

114 Yargıtay 2. HD 27.4.2016 (n 3) (n 12).

115 Aşlı Açıkgöz, ‘Şok Zarara Uğrayan Kişi Tazminat İsteminde Bulunabilir mi?’ (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 12, 18; Rona Serozan, ‘Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler’ (1977) 11(14) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 93-95; Zeki Hafızoğulları, ‘İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması’ (1997) 46(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 22; Ferhat Canbolat ve Günhan Gönül Koşar, ‘Basın Yoluyla Kişilik Hakkının İhlâlinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi’ (2020) (151) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 269, 270; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt* (Beta 2022) 369; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Adalet 2022) 110; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Filiz 2022) 120, 121; Delestraint ve Bihr (n 49); Köteli (n 18) 90; Şenol-Erçoşkun (n 86) 140, 141.

yöneten ruh dünyaları her birinin kendi kişilik hakkını ilgilendirir. Çekişmeli boşanma davası dosyalarında ve/veya mahkeme kararlarında eşlerin cinsel iktidarlarından açıkça bahsedilmesi ilgililerin kişilik haklarının ihlâl edilmesidir.

Yargıtay'ın “*davalının cinsel ilişkiden ve tedaviden kaçındığına ilişkin delil*”, “*toplanan delillerden, taraflar arasında cinsel ilişki kurulamadığı*”, “*dinlenen davacı tanıklarının beyanları, davalının kusurlu olduğunu kabule yeterli değildir*”¹¹⁶ ve “*davalının oturumdaki açıklamaları, tanık ifadeleri ve diğer kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde*”¹¹⁷ ifadeleri göstermektedir ki evlilik içi cinsel yaşamın soruşturulmasında başvurulacak araçlardan biri tanık delilidir. Türk usul hukuku öğretisinde evlilik içi yakın ilişkilerin ispatı faaliyeti zaten eleştirilmiştir¹¹⁸. Hakikaten, cinsel iktidarı tubben yerinde kişinin sıra eşine geldiğinde cinsel ilişkiyi sağlayamadığı veya bu iletişime katılmadığı hususunun ispat faaliyetine konu edilmesi şaşkınlıkla karşılanmaktadır. Tarafların sağlıklı cinsel ilişki kurup kuramadıkları konusunda tahkikat yürütülürken tanık deliline başvurulması şaibelidir. Bu konuda güya şahitlik eden kişiler ancak kulaktan dolma bilgiler aktarabilir. Çünkü onlar eşlerin yatak odasına tanıklık edemez.

Yargıtay, “*fizikî ve psikolojik herhangi sorunu bulunmadığı hâlde, cinsel birleşmeyi gerçekleştiremeyen davalının boşanmaya sebep olan olaylarda tamamen kusurlu olduğu*”¹¹⁹, “*cinsel ilişkiyi sağlayamayan koca, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tamamen kusurludur*”¹²⁰ ve “*sağlıklı cinsel ilişkinin gerçekleştirilememesinde davalı-karşı davacı erkeğin kusurlu olduğu*”¹²¹ sonuçlarına varmıştır. Oysa yukarıda açıklandığı üzere, cinsel birleşme sağlayamamak şeklinde kusurlu davranıştan bahsedilemez ve bu konunun kusurlu ilgisi bulunmaz; üstelik, cinsel yönden eşini tatmin edemeyen tüm eşlere doğrudan tam kusur atfedilemez. Kocalara cinsel ilişkiyi başlatma görevini yükleme ve bunu başaramayan kocaları boşanmada tam kusurlu addetme eğilimi, ilk bakışta kadın eşi korur gözükse de aslında basitçe cinsiyetçi ve ataerkildir. Bu konuya karı koca ayırımıyla yaklaşılması eşlerin eşitliği ilkesine aykırıdır.

Vajinismus teşhisi konulan kadın eşin boşanmada tam kusurlu addedilmesini savunan karşı oy yazısına sıra gelmiştir¹²². Kadını *vajinismus* veya erkeği *erektil disfonksiyon* yaftasıyla boşanmada direkt kusurlu addetmek hukukta infial yaratacak düzeyde hatalıdır. Böylesine cinsel elverişsizliklerin bilinçli geliştirilmediklerini ehli-vukuf hekimlerden öğrenen Yargıtay hâkimlerinin bunları kusurlu bağdaştırmaktan vazgeçeceği ümit edilmektedir.

116 Yargıtay 2. HD 16.12.2010 (n 7).

117 Yargıtay HGK 15.12.2010 (n 3) (n 10).

118 Çiftçi (n 36) 1741, 1779, 1780.

119 Yargıtay HGK 15.12.2010 (n 3) (n 10).

120 Yargıtay 2. HD 13.3.2014 (n 3) (n 11).

121 Yargıtay 2. HD 27.4.2016 (n 3) (n 12).

122 Yargıtay 2. HD 18.12.2019 (n 13).

D. YARGITAY'IN EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI KAYNAKLI BOŞANMA DAVALARINDA CİNSEL SORUNLARI KUSUR SAYMASININ TEMELİNDE YATAN ASIL GEREKÇE

Mukayeseli aile hukukundan farklı vaziyette Türk boşanma hukukunda, özel/genel, kusura dayanan/dayanmayan ve mutlak/nispi sebep ayrımı sürmektedir (C Civ art. 229-1 à 246; CC art. 111, 112, 114, 115; TMK m. 161-166)¹²³. Kusura dayanan boşanma sebepleri, zina, hayata kast, pek kötü muamele, onur kırıcı davranış, küçük düşürücü suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme ve terk hâllerinden ibarettir (TMK m. 161-164). Yani akıl hastalığı haricinde özel boşanma sebeplerinin tamamı kusura dayalıdır (TMK m. 165). Evlilik birliğinin sarsılması ise, nispi ve kusura dayanmayan boşanma sebebidir (TMK m. 166/1). Birliğin kökünden sarsılmasına ağır veya tam kusuruyla zemin hazırlayan eşin davasına karşı davalı eşin itiraz hakkı bulunmaktadır. Yalnız kusursuz veya hafif kusurlu davalının itirazı hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, ayrıca birliğin korunmasında çocuklar ve davalı açısından yarar kalmamışsa, hâkim bu itirazı dikkate almadan boşanmaya hükmedebilir (TMK m. 166/2).

1. Yargıtay'ın Evlilik İç Cinselliğe Kusurla Yaklaşmasının Temelindeki Sorun: Evlilik Birliğinin Sarsılması Kaynaklı Boşanma Davalarında Davalının Az Da Olsa Kusurunun Aranması

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçesiyle ikame edilen boşanma davalarında Yargıtay'ın beklentisi, davalının az da olsa kusurunun belirlenmesidir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması iddiasında davalı kusursuzsa boşanma davası reddedilmektedir¹²⁴. İsviçre ve/veya Fransadaki

123 Roma hukukunda evli kişilerin hiçbir sebep yokken boşanması imkân dahilindeydi. Klasik hukuk zamanında boşanma hakkının sebebe bağlanarak kısıtlanması denenmiştir. Fakat Romalılar bu kısıtlama girişimini benimsememiştir. İmparatorluk sürecinde, Hristiyan imparatorlar, boşanmayı nedene bağlamışlarsa da hiçbir zaman yasaklamamışlardır. *Iustinianus* döneminde boşanma dört sebeple çerçevelenmiştir: taraflara kusur yüklenemeyen hukukî sebeple, taraflardan en az birinin kusurlu davranışı yüzünden, hiçbir hukukî sebebe yaslanmayan ve anlaşmalı. Temelinde hukukî sebep bulunmayan, basitçe sebepsiz şekilde adlandırılan boşanmada, bunu talep eden, diğer tarafa tazminat ödüyordu. Fakat bu dört sebep bile onaylanmadığından milattan sonra 566'da boşanmanın tüm sebepleri kaldırılmıştır. Eninde sonunda Hristiyanlık'tan önceki boşanmada serbesti ortamına geri dönmüştür [Gönenç (n 19) 650-654; Akipek (n 22) 3-5; Köteli (n 18) 74, 75; klasik Roma aile hukukunun eşlerden birinin diğerine boşanma iradesini serbestçe beyan etmesini kâfi gördüğü, Bizans'ın boşanmayı men ettiği veya güçleştirdiği hakkında Ayiter (n 23) 6, 13]. İşte mukayeseli boşanma hukukundaki kusurun etkisini azaltma eğilimi Kıta Avrupası'nda Roma aile hukukunun Hristiyanlık'tan önceki versiyonuna geri dönüldüğü izlenimi yaratmaktadır. Belki de İsviçre ve Fransız aile hukuklarındaki boşanma reformlarıyla sebeplerin indirgenmesi, rotanın geçmişe döndüğüne; Roma aile hukukunun klasik dönemdeki iki taraflı boşanma serbestisine seyredildiğine işaret etmektedir [Tüzüner (n 28) 135].

124 Yargıtay'ın görüşünü yansıtan kararlardan örnekler verilebilir: Yargıtay HGK, E 2017/3156, K 2021/1209, 12.10.2021 <<https://aslankochukuk.com>> Erişim Tarihi 4 Mart 2023; Yargıtay HGK, E 2017/2-2838, K 2020/584, 16.7.2020; Yargıtay HGK, E 2004/2-363, K 2004/359, 16.6.2004 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 4 Şubat 2023; Yargıtay 2. HD, E 2017/6966, K 2019/3359, 25.3.2019 <www.yahyaderyal.net> Erişim Tarihi 4 Şubat 2023; Yargıtay 2. HD, E 2015/16407, K 2016/7878, 19.4.2016 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 18 Haziran 2023. Yargıtay'ın bu görüşünü açıklayan bazı eserler anılabilir: Dural, Ögüz ve Gümüş (n 28) 121; Erdem ve Makaracı-Başak (n 86) 130, 131; Akıntürk ve Ateş (n 20) 265-268; Kılıçoğlu (n 72) 110, 111; Hatemi (n 86) 125; Yılmaz (n 91) 152; Şenol-Erçoşkun (n 86) 254; Tüzüner (n 28) 153, 154; Metin İkizler, 'Eşlerin Çocuk Sahibi Olma Konusunda Uyuşmazlığa Düşmesi' (2017) (132) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 165, 176, 177; Tuğçe Tekben, 'Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma Üzerine Bir İnceleme' (2021) (17) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1077, 1079, 1094-1108, 1118, 1120-1123; Tülây Parlak, 'Türk Medeni Kanunu'nun 166'ncı Maddesinin 2'nci Fıkrasına İlişkin Sorunlar' (2020) (Eylül) İzmir Barosu

boşanmaya dair yenilikler Türk Medenî Kanunu'na henüz yansıtılmamıştır. Doktrin reform beklemektedir¹²⁵. Yargıtay ise mülga Türk Kanunu Medenisi dönemindeki en eski perspektifini mer'î hukuka rağmen sürdürmekte ve *contra legem* eklediği kusur kriterini dayatarak mezkûr hükmü hem *litera legis*'e hem de *ratio legis*'e aykırı uygulamaktadır (TKM m. 134'ün ilk versiyonu; güncellenmiş TKM m. 134/1-2; TMK m. 166/1-2). Doktrinin büyük çoğunluğu, Yargıtay'ın bu tutumunu haklı olarak tenkit etmektedir¹²⁶.

- Dergisi 39, 47, 52, 53, 57; Kudret Güven, 'Türk İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme' (2015) (2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35, 38, 39; Yeğin (n 40) 243.
- 125 Ormancı-Altınok (n 42) 1431, 1447, 1454; Çetinel ve Güneş (n 42) 309, 335; Hausheer ve Öztan (n 72) 204-208; Oktay-Özdemir (n 72) 29-46; çok nedenli boşanma sisteminin aile kavramını zayıflattığı yönünde Burcuoğlu (n 42) 3-6; Burcuoğlu (n 33) 135-140; Hollanda ve Birleşik Krallık'ta olduğu gibi dijital boşanma imkânı getirilmesi yönünde Seldağ Güneş Peschke, 'Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları' (2018) 4(1) KADEM Kadın Araştırmaları Dergisi 121-146.
- 126 Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı boşanma davalarında Yargıtay'ın davalının az da olsa kusurlu olması şeklindeki ekstra şart arayışı öğretide eleştirilmektedir. Kusura dayanmayan söz konusu boşanma sebebine kanunda yazmayan kusur şartı getirilmemelidir. Temelinden sarsılma gerekçeli boşanma davasında davacının ağır veya tam kusurlu olması boşanmaya hükmedilmesine mâni değildir. Davalının az da olsa kusurlu olması kustası kanun koyucunun iradesi hilafına araştırılmakta ve iki tarafın da kusursuz olduğu olasılıklarda boşanma hakkına ket vurulmaktadır. İlgili kanun maddesine Yargıtay marifetiyle, az da olsa kusurun davalıya atfedilmesi zorunluluğunun eklenmesi kanuna aykırıdır (TMK m. 166/1-2). Diğer taraftan, kanundaki itiraz terimiyle kast edilenin def'i olduğu baskın görüştür (TMK m. 166/2). Öyle ki aile hukukuna özgü def'i kullanılmadıkça hâkim re'sen kusur araştırması yapmaz. Kanundaki bu savunmayı kusur şartına dönüştüren Yargıtay'ın bazı içtihatları kanunun özüne ve ruhuna aykırıdır [Tekben (n 124) 1116, 1118, 1120-1123; Yılmaz (n 91) 149, 150-157; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 28) 121; eşlerden her ikisi de kusurlu olsa veya her ikisinin de kusuru bulunmasa bile yine de boşanma davası açılabileceği görüşünde Akıntürk ve Ateş (n 20) 266; kusurdan bağımsız olarak sarsılma olgusu gerçekleştiğinde boşanmaya hükmedilmesi gerektiği fikrinde Erdem ve Makaracı-Başak (n 86) 130; mülga Türk Kanunu Medenisi zamanında söz konusu itirazın yararından çok zararının bulunduğu mülga kanundan çıkarılması gerektiği hakkında Burcuoğlu (n 33) 139; Yargıtay'ın bu bakış açısının eşler arası intikam alma aracına dönüştüğü yönünde Burcuoğlu (n 42) 4, 5; Yargıtay'ın kanundaki savunma imkânını çok sert uyguladığı; bu fıkranın tatbikatında yumuşamaya gitmesi, evliliğin sürdürülmesinde sosyal yarar kalıp kalmadığını iyi tartması, özellikle şiddete uğrayan kadını yeniden dava açmaya zorlamaması gerektiği yönünde Köseoğlu ve Kocaağa (n 7) 69, 70; söz konusu savunma olanağının eşlerin evliliği sona erdirmeye hakkını kullanmasını güçleştirdiği; boşanmak isteyen kadın eşler aleyhine sonuçlar doğurduğu; onların nafaka ve tazminat gibi haklarından vazgeçerek anlaşmalı boşanmak zorunda kaldıkları görüşünde Parlak (n 124), 37, 56; mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde değiştirilmiş ilgili maddenin (güncellenmiş TKM m. 134/2) esasen Yargıtay'ın aksi yöndeki içtihadının etkisini önlemek için getirildiği yönünde Oğuzman ve Dural (n 28) 127; boşanma davasının kusursuz veya daha az kusurlu eş tarafından açılmadıkça kabul görmediği cümlesiyle aksi yönde Güven (n 124) 38, 39; evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçesiyle boşanmanın sadece iki eş de kusurluyken mümkün olduğu görüşüyle Yargıtay'la paralel düşünmeye yine aksi yönde Kılıçoğlu (n 72) 110, 111; TMK m. 166/2'nin def'i değil usulî anlamda ilk itirazlar arasında yer aldığı, bu fıkranın kaldırılmasının evlilik bağından zahmetsizce kurtulmak isteyen eşleri, birliği bilinçli ve planlı çökertmeye özendirileceği, fıkradaki takdir yetkisinin hâkimlerce keyfi kullanılmaması gerektiği şeklinde ayrık görüşte Tüzüner (n 28) 150, 153-154]. Yargıtay'ın kanunun hilafına eklediği mezkûr şart mülga Türk Kanunu Medenisi'nin ilk sürümüne dayanmaktadır (TKM m. 134'ün ilk versiyonu). Öyle ki mülga kanun dönemindeki "eğer geçimsizlik iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise, boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir" hükmüne (TKM m. 134/2) göre, imtizaçsızlığa daha ağır kusuruyla sebep olan eşin davası reddedilmeliydi [Berki (n 92) 145]. Daha sonra 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun (Kanun Numarası 3444, Kabul Tarihi 4.5.1988, RG 12.5.1988/19812) ile mülga hüküm tamamen değiştirilmiş ve bugünkü maddeyle paralel düzenleme getirilmiştir (güncellenmiş TKM m. 134/2; TMK m. 166/2). Söz konusu mülga değişikliğin kanununun komisyon raporunda, "sırf davacı daha fazla kusurludur diye boşanmayı engellemeyecek çözüm" getirildiği açıklanmaktadır. Komisyon raporundaki muhalefet şerhinde ise Antalya ve Afyon'dan iki milletvekili, "tamamen Türk hukuk sistemine aykırı olmakta ve ilk defa sisteme aykırı olarak kusura prim verilmektedir. Kusurlu eşe dava açıp boşanma hakkı veren değişiklik Türk aile yapısını temelden sarsacak ve toplumda büyük yaralar meydana getirecektir" cümleleriyle değişikliğe karşı çıkmaktadır. Tüm bunlar göstermektedir ki gerek yasa koyucu gerek yasa

İşte evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçeli boşanma davalarında Yargıtay'ın *vajinismus* veya *erektil disfonksiyon* gibi irade dışı cinsel rahatsızlıkları kusur saymasının temelinde, davalının az da olsa kusurlu olması şeklinde kanuna kendi kendine eklediği kriter arayışı bulunmaktadır. Yargıtay, cinsellik paylaşamayan eşlerin boşanmasını uygun görmektedir, fakat kökleşmiş içtihatlarında her iki taraf da kusursuzken birliğin sarsılması gerekçesiyle boşanmaya hükmedemediğinden kendini cinselliğe katılamayan tarafa kusur yüklemek zorunda zannetmektedir. Yatak odasında bitmiş evlilikleri hukuken de sonlandırmak isteyen Yargıtay'ın elini kolunu kendi yerleşmiş içtihatlarındaki davalının az da olsa kusurlu olması kıstası bağlamaktadır. Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın eşlerin cinsel yetersizlik ve/veya isteksizliğini boşanmada (tam) kusur sayan bakış açısının Türk boşanma hukukunun (henüz) güncellenmemesiyle ilgisi bulunmamaktadır. Sorunun temeli, evlilik içi cinsellik konusunda *de lege ferenda* tartışmalar değildir; *de lege lata*'nın Yargıtay'ın müdahaleleriyle değiştirilmesi, arı hâliyle (olduğu gibi) uygulanmamasıdır. Böylesine içtihatlarla zemin teşkil eden argüman Yargıtay'ın TMK m. 166/1-2'deki boşanma sebebine davalının az da olsa kusurunun tespit edilmesi şartını, yasaya, yasanın gerekçesine ve meclis tutanaklarına rağmen eklemesidir.

Aslında karşı oyların bulunması, Yargıtay içinde konuya fikir birliğiyle yaklaşmadığına işarettir. İlk muhalefet şerhinde, cinsel uyumun yakalanamaması elverişsizlik terimiyle kusur harici analiz edilmektedir. Erkeğin iktidarsızlığı kaynaklı "*elverişsizlik aslında evliliğin temelinden sarsılması olayının bir ögesidir. Temelden sarsılma olayında iki tarafın da kusuru söz konusu değildir*"¹²⁷. Yine Hukuk Genel Kurulu'nda vücut bulan başka karşı oyda, boşanma kararında tarafların kusur durumları eşit belirlendikten sonra ardıl tazminat davasında mükerrer kusur araştırmasına girilemeyeceği belirtilmiştir¹²⁸. Öyleyse Yargıtay'da azınlık, evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçeli boşanma davasında, cinsel elverişsizliği, eşlerin kusursuzluğuyla veya eşit kusurluluğuyla bağdaştırmaktadır.

2. Değerlendirmeler ve Çözüm Önerileri

Eşlerin cinsel varlığı, sosyal dokudan güç bulan yargısal kabullere kurban edilmeyebilir. Yasa koyucunun görevi evliliği her bakımdan kazuistik düzenlemek olmadığı gibi hâkimlerin müdahale alanı da eşlerin yakın ilişkilerini kapsamaz. Kanunun yalnızca evliliğin temel yönlerine dokunması, hâkimlerin de kanunu açıklıkla uygulaması kâfidir. Sonuçta evlilik, hukuk yanı sıra ahlâk ve örf

değişikliğine muhalefet edenler söz konusu iki maddede (güncellenmiş TKM m. 134/1-2 ve bunun izdüşümü TKM m. 166/1-2 hükümlerinde) evliliğin boşanmayla sona erdirilmesi noktasında, kusurdan ziyade temelden sarsılma olgusunun önemsendiğini, kusur prensibinden ödün verildiğini pekâlâ farkındadır [Türkiye Büyük Millet Meclisi, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49'ncü Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/392), <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c010/tbmm18010064ss0025.pdf>> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022; ayrıca Yılmaz (n 91)153]. Yargıtay, davalının az da olsa kusurlu olması kriteriyle, söz konusu hükmün ilk fıkrasının (TMK m. 166/1) uygulama alanını kanun koyucunun iradesi hilafına daraltmakta ve aslında bu hükmü oluşturan ikinci fıkrayı (TMK m. 166/2) yine kanun koyucunun beklentisine aykırı vaziyette geniş yorumlayarak neticede tüm maddenin tatbikatını sınırlı olasılıklara hasretmektedir. Yargıtay'ın mülga Türk Kanunu Medenisi'nin ilk hâline (TKM m. 134'ün ilk versiyonuna) dayanan ve yürürlükteki hukuku yok sayan yanlış uygulamasından dönmesi beklenmektedir.

127 Yargıtay 2. HD 3.10.1995 (n 3) (n 6).

128 Yargıtay HGK 15.12.2010 (n 3) (n 10).

âdet kurallarına da tâbidir. Hâkimlerin birlikte yaşama görevini cinselliğe katılma borcunu kapsarmışçasına genişletmesi, yasanın ruhuna ve sözde tam kusurlu bulunan eşin kişilik hakkına aykırıdır. Anılan Yargıtay kararlarının düşünsel temelinde evlilik ve cinsellik hakkında hâkimlerin öznel fikirleri bulunmaktadır ki bu görüşler yüzünden eşlerin mahrem alanı dilekçe ve kararlara yansımaktadır. Üstelik Yargıtay'ın böylesine kararları evliliği, her iki eşin karşılıklı seksüel çıkarlar elde ettiği kazanç modeline benzetmekte; eşler arasındaki seksüel ilişkileri haklı talep karşısında zorunlu boyun eğme değiş tokuşuna dönüştürmektedir.

Yargıtay'ın çekişmeli boşanma davalarında davalıda az da olsa kusur arayan yaklaşımına yöneltilen tüm eleştiriler haklıdır. Yargıtay'ın bu kıstası, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddesinin lafzından ve amacından, boşanmanın Roma aile hukukundaki tarihi temelinden, ayrıca mukayeseli hukuktaki reformist dönüşümünden kopuktur. Bu kıstastan vazgeçilerek yürürlükteki kanun sözüyle ve özüyle tatbik edildiğinde, eşlerin cinsel ilişkilerindeki uyumsuzluklar, molalar ya da tek taraflı psikolojik buhranlardan kaynaklanan yetersizlikler kusura konu edilmeden yatak odasında çatırdamış evlilikler sona erdirilebilir. Kısacası, böylesine cinsel iletişimsizlikler söz konusu olduğunda iki eşin de kusuru olmaksızın boşanma zaten kanuna uygun çözümdür, aksine yargısal yaklaşımdan vazgeçilebilir. Diğer taraftan, Türk hukukundaki kusur merkezli ve çok sebepli boşanma sistemi uzun zamandır işlevselliğini yitirmiştir. Bunun için, Kıta Avrupası'ndaki gelişmeler örneksenerek Türk boşanma hukukunda reform yapılması önerilmektedir.

Cinsel iletişim kaynaklı boşanma davalarında layıkıyla inceleme yapılsa çoğunlukla iki tarafın kusursuzluğuyla karşılaşılır. Zaten cinsel yaşamdaki arzular çoğunlukla iki kişilik manevî yıkıntıdır, bu konuda taraflardan birini doğrudan müsebbip seçmek yargılamanın görev alanını aşmaktadır. Hâkimlerin işi eşlerin cinsel yetersizlik veya isteksizliklerini cezalandırmak değildir. Evlilik içi cinsel iletişimi organize eden icrai veya ihmali davranışlar, ceza hukuku spektrumunda suç teşkil etmediği sürece, aile hukuku alanında, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına işaret etmek dışında ne kanun koyucuyu ne de hâkimleri ilgilendirir. Yargıtay'ın aile ve borçlar hukuklarını kümülatif ihlâl edip uzmanlık alanının dışında evlilik içi seksoloji konusuna karışarak sübjektif görüşlerine dayalı kararlar kaleme aldığı gözler önüne serilmiştir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması kaynaklı boşanma davalarında Yargıtay'ın davalının az da olsa kusurlu olması şartını kanuna eklemesi, cinsellikten orijin bulan çekişmelerde tarafların eşit kusurla (veya her iki taraf da kusursuzken) boşanmasını engellemektedir. Eş deyişle, mahrem ilişkiler kuramamış ya da böylesine samimiyetleri sona ermiş eşlerin boşanmasında Yargıtay'ın bu kriteri sorun teşkil etmektedir. Esasen herhangi eşin istikrarlı vaziyette cinselliğe yanaşmaması, yani seksüel iletişimde gönülsüzlüğü veya yetersizliği muhatap eşi rencide edebilir ve üzebilir. Evliliğin seksüel boyutunda çekimserlik veya isteksizliğin anatomik yahut psikolojik sorunlardan kaynaklanması diğer eşi buna katlanmaya zorlamayacağı gibi onun boşanma talep etmesini de engellemez. Cinselliksiz evlilik bundan memnun olmayan eş açısından çekilmezdir. Cinsel arzularını mütemediyen baskılamak zorunda kalan eşten evlilik birliğini sürdürmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırı düşerdi. Bir tarafın arzusuna aykırı vaziyette cinsel iletişimin hiç kurulamaması veya uzun soluklu kesilmesi elbette evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına delalettir. Fakat bu tespit

boşanmada cinsellik meselesinin doğrudan kusur dağılımına konu edilmesine izin vermez. Çünkü evlilik birliğinin temelinden sarsılması eşlerin kusurundan bağımsız vuku bulabilir. Yani her iki eşin de hiçbir kusuru yokken evlilik birliği temelinden sarsılabilir. Bu tür davaların sonucunda *divortium bona grita*'ya hükmedildiğinde elbette tazminat talepleri reddedilir. Kusur mülahasasının dışında tutulan evlilik içi cinsellik kural olarak tek başına (boşanmaya dayalı) maddî veya manevî tazminata gerekçe edilmez (TMK m. 174). Vakıalar zincirinde eşle cinsellik yaşa(ya)mama dışında kusur dağılımını etkileyen başka veri bulunmuyorsa, kimse diğerinden daha ağır kusurlu olmadığından yoksulluk nafakasının şartları oluşabilir (TMK m. 175). Tedbir ve iştirak nafakalarında zaten kusur aranmadığından ilgili kanun maddeleri aynen uygulanır (TMK m. 169, 182/3).

SONUÇ

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı çekişmeli boşanma davalarında Yargıtay, eşleriyle cinsel birliktelik yaşayamayan davalılara çoğunlukla tam kusur atfetmektedir. Böylesine kararlarda “kızlık muayenesi”, “*halen bakire*”, “*cinsel birleşmenin gerçekleşmediği anlaşıldığından*”, “*cinsel ilişkinin başarılammış olması*” veya “*cinsel birleşmeyi gerçekleştiremeyen davalı*” gibi ibareler yer almaktadır.

Evliliğin iyi idamesi için eşlerden beklenen davranışlar borç veya yükümlülük terimleriyle vasıflandırılmayabilir. Kanun koyucunun bu konudaki madde başlığında yükümlülük kelimesini tercih etmiş olmasına itibar edilmeyebilir. Zaten mukayeseli hukuk da eşlerin görevlerini ödev kavramıyla düzenlemektedir. Madem ki evlenme borçlar değil, aile hukuku akdidir; birlikte yaşama, sadakat, ortaklığın mutluluğunu gözetme gibi olumlu ve olumsuz davranışlar borçlar hukuku anlamında yükümlülük değil, aile hukuku boyutunda hukukî görev veya ödev şeklinde nitelenebilir. Eş deyişle, eşlerin birbirlerine karşı görevleri sanki borçlar hukuku anlamında kanundan doğan yapma borçlarıymışçasına yanlış etiketlenmeyebilir.

Kanunda eşlere atfedilen hukukî ödevler yakın cinsel ilişkiler kurmayı ihtiva etmez. Kanun koyucunun eşlerden beklediği görevler onların birbirlerini cinsel yönden tatmin etmelerini kapsamaz. *Debitum conjugale* ve *copula carnalis* Batılı din adamlarınca varlığı iddia edilen *Canonique* hukuktan orijin bulan Hristiyan teolojisine özgü kavramlardır. Esasen eşin cinsel taleplerini haklı gerekçesiz reddetmeme ve onunla cinsel birliktelik yaşama borcu çeşitli kiliselerin baskılarından başka dayanağı bulunmayan dinî yaklaşımlardan biridir. İsviçre-Türk medenî hukuk topluluğunun séculier evlilik vizyonuna yabancıdır.

Basitçe, evlilik içi cinsel iletişim, ceza hukuku spektrumunda suç teşkil etmediği sürece, aile hukuku alanında, evlilik birliğinin temelinden çöktüğünü ispatlamak haricinde, kanun koyucuyu ilgilendirmez ve/veya aile hâkimlerinin kusur mülahasalarına sıkıştırılmaz. Evlilik içi cinselliğin, ahlâk, din, örf âdet kuralları yanı sıra eşlerin bireysel erdemleriyle yönlenmesi yeğlenir. Ne erkek ne de kadın eş evlilikteki partnerini cinsel yönden tatmin etmek zorundadır. Tersine bakış açısı, ömürlük sürmesi ümit edilen ve keramet atfedilen evlilik birliğinin kutsiyetini sarsar.

Eşlerden birinin arzusuna aykırı vaziyette cinsel iletişimin hiç kurulamaması veya uzun soluklu kesilmesi elbette evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına delalettir. Herhangi eşin istikrarlı vaziyette cinselliğe yanaşmaması, yani seksüel iletişimde yetersizliği ve/veya gönülsüzlüğü muhatap eşin rencide edebilir ve üzebilir. Evliliğin seksüel boyutunda elverişsizlik, çekimserlik veya isteksizliğin psikolojik sorunlardan kaynaklanması diğer eş buna katlanmaya zorlamaz, onun boşanma talep etmesini engellemez. Cinsel arzularını mütemadiyen baskılamak zorunda kalan eşten evlilik birliğini sürdürmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırıdır, onun açısından çekilmezlik kriterinin olduğu artık kabul edilir. Fakat bu tespit boşanmada cinsellik meselesinin direkt kusur dağılımına konu edilmesine izin vermez. Cinselliğin gerçekleşmemesi veya devam etmemesi, yetersizlik, elverişsizlik veya geçimsizlik şeklinde adlandırılabilir de kural olarak kusurlu davranış sayılamaz. Cinsel ilişki eksikliği boşanmaya zemin hazırlasa da a fortiori zarara yol açan ciddi kusur teşkil etmez. Cinsel yaşamdaki arazlar çoğunlukla iki kişilik manevî yıkıntıdır, burada taraflardan birini doğrudan müsebbip seçmek yargılamanın görev alanını aşmaktadır. Her ne kadar cinselliğini eşyle paylaşmayan eş huzurunda, müşterek yaşamın çekilmezliği kriteri oluşmuşsa da bu cinsel iletişimsizlikte diğer eşe doğrudan kusur atfedilmeyebilir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması pekâlâ eşlerin kusurundan bağımsız vuku bulabilir. Her hayat ortaklığında başlangıçta veya sonradan ortaya çıkması muhtemel cinsel isteksizlik, iktidarsızlık ve/veya yetersizliğin kusur sayılması isabetli değildir. Birliğin saadetine hizmet eden ve sosyal yönünü taçlandıran yakın münasebet illa cinsellikle inşa edilmeyebilir; sohbet etme, çiçek gibi küçük hediyeler alma, dert dinleme, birlikte seyahat etme, sinemaya gitme veya özel günleri kutlama, kayınvalide kayınpeder ağırlama gibi sair başka yollardan da kurulabilir. *Vajinismus* ya da *erektil disfonksiyon* gibi irade dışı gelişen rahatsızlıklardan mustarip eşlerin boşanmada tam kusurla kınanması hem kusur tanımını ihlâl etmekte hem de evliliği iki taraflı cinsel kazanç ortaklığına benzetmektedir. Diğer taraftan, seksüel sorunlar yaşayan eşe tedaviyi kabul borcu yüklemek aksi taktirde onu kusurlu saymak ne kişilik hakkı ne de kusur tanımıyla bağdaşır. Herkesin tedaviyi reddetme ve hazır olduğu zamanda iyileşme hakkı, bizzat karar verme bağlamında kişilik hakkının parçasıdır, evlilik içi cinselliğin tedaviye boyun eğme zorunluluğu getirmesi düşünülemez. Yine eşlerden birinin diğerine karşı arzularının sona ermesi ve onunla cinsellikten kaçınması kişilik hakkına dâhil bizzat karar verme hakkını kullanmasıdır ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kusur kavramını doldurmaz. Böylesine cinsel rahatsızlıklar ve/veya kaçınmalar söz konusu olduğunda iki eşin de kusuru olmaksızın evliliğin sona ermesi mümkün olabilir.

Yargıtay'ın evlilik birliğinin temelinden sarsılması kaynaklı çekişmeli boşanma davalarında davalıda az da olsa kusur arayan yaklaşımına yöneltilen tüm eleştirilerin haklı olduğu, evlilik içi cinsel iletişimin boşanma davalarına yansımaları açısından da ispatlanmıştır. Yargıtay'ın davalının az da olsa kusurlu olması kriterini kanun hilafına ısrarla uygulaması ve cinsel yönden isteksiz veya yetersiz eş doğrudan tam kusurlu sayması, Türk Medenî Kanunu'nun lafzından, boşanmanın Roma aile hukukundaki tarihi temelinden ve mukayeseli hukuktaki ilerleyişinden kopuktur, Türk-İsviçre aile hukuklarına yabancıdır, bilakis *Canonique* hukuk orijinli evlilik içi cinsellik algısına yakındır.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında, Yargıtay'ın davalının az da olsa kusurlu olması kriterini kanuna eklemesi hem *litera legis'e* ve *ratio legis'e* aykırıdır hem de *contra legem* genişletici yorumdur; ayrıca mahrem konulardan nemalanan ihtilafli boşanma davalarında tarafların kusursuzken boşanmalarına ket vurmaktadır. Böylesine cinsel rahatsızlıklar ve/veya kaçınmalar evlilik birliğinin temelinden sarsılması kaynaklı boşanma yargılamasına yansdığında, tarafların kusurları olmaksızın boşanmaları sağlanabilir. Bu tür davaların sonucunda *divortium bona grita*'ya hükmedildiğinde elbette maddi ve/veya manevî tazminat talepleri reddedilir. Tedbir ve iştirak nafakalarında zaten kusur aranmadığından ilgili kanun maddeleri aynen uygulanır. Eşle cinsellik yaşa(ya)mama haricinde kusuru tetikleyen başka veri bulunmuyorsa, kimse diğerinden daha ağır kusurlu olmadığından yoksulluk nafakasının şartları oluşabilir.

Bu çalışmadaki hukukî meselelerin kaynağı, Türk boşanma sisteminin hâlihazırdaki durumu, yani henüz reformdan geçirilmemesi değil, mevcut sistemin Yargıtay tarafından çarpıtılmasıdır. Böylece, evlilik birliğinin sarsılması şeklindeki genel boşanma sebebinin kanun koyucunun iradesi hilafına Yargıtay marifetiyle kusur üzerine kurgulanmasının işlevsel olmadığına evlilik içi cinsellik açısından işaret edilmiştir. Yargıtay'ın mer'i boşanma hukukuna keyfi müdahalesi tenkit edildikten sonra, öğretilerdeki *de lege ferenda* temenninin paylaşıldığı eklenebilir. Öyle ki Türk boşanma sistemindeki kusur merkezli ve çok sebepli strüktürün en kısa zamanda terk edilmesi beklenmektedir. Zaten İsviçre ve Fransız aile hukuklarındaki reformlarla boşanma sebepleri büyük ölçüde kusurdan yalıtılarak sayıca indirgenmiştir. Eşler arası cinsel sorunlar penceresinden de İsviçre ve Fransız'daki gelişmeler örneksenerek Türk boşanma hukukunda reform yapılması zarureti yinelenebilir.

KAYNAKLAR

- Acar F, 'Bir Boşanma Sebebi Olan Terk Kurumunun Konutun Aile Konutu Niteliğine Etkisi' (2011) 10(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35-52.
- Açıkgöz A, 'Şok Zarara Uğrayan Kişi Tazminat İsteminde Bulunabilir mi?' (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1-31.
- Aggiouri T, 'La liberté sexuelle à l'épreuve du devoir conjugal' (*Merci pour L'Info*, 1 Nisan 2021) <<https://www.mercipourinfo.fr/actualites/famille/le-devoir-conjugal-a-lepreuve-de-la-liberte-sexuelle-880249>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.
- Akdoğan R ve Türküm A S, 'Psikolojik Yardım Sürecinde Terapötik Bir Hedef Olarak İçgörü' (2014) 6(4) Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar 375-388.
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (Beta 2021).
- Akıpek İ, *Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri* (Güney Matbaacılık Gazetecilik 1952).
- Akıpek J, Akıntürk Turgut ve Ateş Derya, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt* (Beta 2022).
- Aktaş Akoğlu Ö ve Küçükkaragöz H, 'Boşanma Nedenleri ve Boşanma Sonrasında Karşılaşılan Güçlüklere İlişkin Bir Araştırma: İzmir İli Örneği' (2018) 29(1) Toplum ve Sosyal Hizmet 153-172.
- Andorno R, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréation* (LGDJ 1996).
- Ayan M ve Ayan N, *Kişiler Hukuku* (Adalet 2022).

- Ayiter N, 'MK Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 165-174.
- Ayiter K, *Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku* (Ankara Üniversitesi 1963).
- Baygın C, 'Tanzimat'tan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 453-462.
- Bayram E, 'Kanun Sistematiğinde Madde' (2008) (8) Yasama Dergisi 102-123.
- Berki Ş, 'Boşanma ve Ayrılık' (1975) 31(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135-154.
- Binay M, 'Türkiyede Boşanma Nedenlerinin Analizi ve Alternatif Uyuşmazlık Yöntemleri' (2018) 5(9) Ombudsman Akademik 237-267.
- Borrillo D, *Le droit des sexualités* (Presses Universitaires de France 2009).
- Brink D, 'Mariage et abstinence sexuelle' (*brink-diane-avocat*, 23 Nisan 2020) <<https://www.brink-diane-avocat.fr/categories/tout-sur-vos-droits-13246/articles/mariage-et-abstinence-sexuelle-606.htm>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2022.
- Brown G, Delessert T ve Roca i Escoda M, 'Du devoir marital au viol conjugal: étude sur l'évolution du droit pénal suisse' (2017) 3(97) Droit et Société 595-614.
- Bruguère J M, *Le devoir conjugal: Philosophie du code et morale du juge* (Daloz 2000).
- Brusorio-Aillaud M, 'Chronique de droit patrimonial du divorce – Octobre 2011' (*LexBase*, 31 Ekim 2011) <<https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/5509051-chronique-chronique-de-droit-patrimonial-du-divorce-octobre-2011>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2022.
- Bu P, 'Le droit et le devoir' (2007) 41(3) Grand Orient de France-La chaîne d'union 84-85.
- Buckley C, 'Condamnée Pour Avoir Refusé Des Relations Sexuelles à Son Époux' (*Human Rights Pulse*, 3 Mayıs 2021) <<https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/condamne-pour-avoir-refus-des-relations-sexuelles-a-son-epoux>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2022.
- Burcuoğlu H, 'Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler' (2018) 4/2(1-12) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-12.
- Burcuoğlu H, 'Almanyada Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler', (2011) 48(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 113-140.
- Canbolat F ve Koşar Günhan G, 'Basın Yoluyla Kişilik Hakkının İhlâlinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi' (2020) (151) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 259-302.
- Cansel E, 'Boşanmanın Dayandığı Hukukî Esaslar' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 67-111.
- Castillo A, 'L'abstinence sexuelle dans le couple: dernier tabou' (*L'illustré*, 8 Nisan 2022) <<https://www.illustré.ch/magazine/labstinence-sexuelle-dans-le-couple-dernier-tabou>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2022.
- Charageat M, *La délinquance matrimoniale* (Sorbonne 2011) <<https://books.openedition.org/psorbonne/10061>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2022.
- Courbe P, *Le divorce* (Daloz 1996).
- Çetinel Ürem M ve Güneş Biset S, 'Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı' (2020) 5(1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 309-340.
- Çiftçi P, 'Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları' (2016) (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitezze Armağan) 1741-1821.
- Delestraint P D ve Bihr P, *Droit civil* (Daloz 1993).

- Demirsatan B, 'Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Hükümsüz Evlilik Sözleşmelerinin Boşanmanın Eşler Arasındaki Malî Sonuçlarına Etkisi' (2021) (153) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 297-334.
- Dhaini D, 'Mariage et libertes: Étude comparative en droit français et libanais' (Université Paris-Saclay Droit 2016) (*Tel Archives Hal*, 27 Haziran 2016) <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01337967/document>> Erişim Tarihi 13 Ekim 2022.
- Doğan M, 'Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler' (2003) 52(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93-129.
- Dufour A, 'Les origines intellectuelles et les caractéristiques institutionnelles et axiologiques du droit matrimonial occidental moderne' (1991) 22(4) *Revue générale de droit* 765-794.
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz 2022).
- Dural M ve Ögüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Filiz 2022).
- Erdem M ve Makaracı-Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022).
- Erdoğan İ, 'Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Kusur Unsuru' (1990) 3(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 109-134.
- Erkan V U, 'Türk Medenî Kanunu'nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları' (2018) (134) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 431-450.
- Ersöz O, *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma* (On İki Levha 2018).
- Gönceç F İ, 'Roma Hukukunda Boşanma (*Divortium*)' (2003) 7(1-2) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 645-654.
- Guiol M C, 'Les devoirs entre époux à travers la doctrine et la jurisprudence du XIX^e siècle' (2013) 91(1) *Revue historique de droit français et étranger* 101-125.
- Guillod O ve Burgat S, *Droit des familles* (Helbing Lichtenhahn 2018).
- Guillod O, *Droit des familles* (Helbing Lichtenhahn 2012).
- Gülerci A F, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)* (On İki Levha 2018).
- Gürpınar D, 'Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu' (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan) 1293-1339.
- Gürsoy K T, 'Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 1-45.
- Gürsoy K T, 'Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 127-163.
- Güven K, 'Türk İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme' (2015) (2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35-56.
- Hafizoğulları Z, 'İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması' (1997) 46(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-40.
- Hage-Chahine N, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé* (Panthéon-Assas 2017).
- Hatemi H, *Aile Hukuku* (On İki Levha 2021).
- Hatemi H ve Gökyayla K E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Filiz 2021).
- Hausheer H, 'Türk-İsviçre Hukuk Topluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler' Çev. Bilge Öztan (2008) (76) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 201-216.
- Helvacı M, 'Erkeklik Görevini Yerine Getirmeme Nedeniyle Boşanma' (*Helvacı Hukuk*, 9 Ekim 2021) <<https://mehmetalihelvacı.av.tr/erkeklik-gorevini-yerine-getirmeme-nedeniyle-bosanma.html>> Erişim Tarihi 6 Ekim 2022.

- Helvacı M, 'Kadınlık Görevinin Yerine Getirilmemesi' (*Helvacı Hukuk*, 8 Ekim 2021) <<https://mehmetalihelvacı.av.tr/kadinlik-gorevinin-yerine-getirilmemesi.html>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.
- Hilt P, *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme* (Presses Universitaires d'Aix-Marseille) <<https://books.openedition.org/puam/1212>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2022.
- Hird A, 'French woman at fault for refusing sex with husband goes to European Court' (*RFI-Request for Information*, 20 Mart 2021) <<https://www.rfi.fr/en/france/20210320-french-woman-at-fault-for-refusing-sex-with-husband-turns-to-european-court>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.
- İmamoğlu S H, 'Hukukî Açından, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi' (2012) 7(3-4) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29-59.
- İnce N, 'Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet' (2018) 9(34) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 189-229.
- İkizler M, *Evlernenin Hükümsüzlüğü* (Seçkin 2022).
- İkizler M, 'Eşlerin Çocuk Sahibi Olma Konusunda Uyuşmazlığa Düşmesi' (2017) (132) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 165-182.
- Kamalak M, 'Boşanmaların Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi' (Adli Tıp Uzmanlık Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi 2017).
- Kocakuşak F, 'Antik Roma'da Aile Kurumu' (Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi 2011).
- Kerestecioglu F, 'Medeni Hukukta Kadının Cinsel ve Ekonomik Kimliği: Yargıtay Kararları Eşliğinde bir Değerlendirme' iç H Durudoğan, F Gökşen ve B E Oder (edr) *Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar* (Koç Üniversitesi 2014) 231-259.
- Keskin D, 'İsviçre Hukuku'nda Tedbir Vekâleti' (2015) 64 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 365-403.
- Kılıçoğlu A M, *Aile Hukuku* (Turhan 2022).
- Kia-Akkaya R, 'Hukukun Kadına Bakışı: Ergin ve Eşit Olamama Hâli' (2009) 13(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87-102.
- Koçhisarlıoğlu C, 'Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı' (2004) 53(39) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19-28.
- Köprülü B ve Kaneti S, *Aile Hukuku* (Özdem Kardeşler 1986).
- Köseoğlu B ve Kocağa K, *Aile Hukuku ve Uygulaması* (Türkiye Barolar Birliği 2009).
- Köteli A, *Evliliğin Hukukî Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler* (Kazancı 1991).
- Labrusse C, 'Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint (Étude comparative de leur recevabilité et de leur fondement juridique)' (1967) 19(2) *Revue internationale de droit comparé* 431-456.
- Lamarche M ve Lemouland J J, *Mariage (40 effets)* (Daloz 2009).
- Le Bihan-Guérolé M, *Droit civil-Droit de la famille* (Hachette 2000).
- Leostic L, 'Devoir conjugal: pourquoi la décision de la Cour d'appel de Versailles fait polémique' (*Europe1*, 3 Nisan 2021) <<https://www.europe1.fr/societe/pourquoi-la-decision-de-la-cour-dappel-de-versailles-sur-le-devoir-conjugal-fait-polemique-4035996>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.
- Leuba A, *La répartition traditionnelle de tâches entre les conjoints, au regard du principe de l'égalité entre homme et femme* (Staempfli 1997).
- Marchand V ve Beilin A, 'Faut-il abolir le devoir conjugal? L'évolution du droit à travers l'évolution du droit en matière de devoir conjugal' (*Académie de Versailles*, 2022) <https://dgemc.ac-versailles.fr/IMG/pdf/seq-devoir_conjugal-seq2022.pdf> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.

- Mateus C, 'Devoir conjugal: sanctionnée pour avoir refusé de coucher avec son mari, elle saisit la justice européenne' (*Le Parisien*, 18 Mart 2021), <<https://www.leparisien.fr/sentinelles/devoir-conjugal-sanctionnee-pour-avoir-refuse-de-coucher-avec-son-mari-elle-en-appelle-a-la-justice-europeenne-18-03-2021-TSJSNBRCVNGJLGNQGRYNCECGE.php>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2022.
- Mazurette M, 'Faut-il abolir le devoir conjugal?' (*Le Monde Paris*, 28 Temmuz 2020) <https://www.lemonde.fr/m-perso/article/2020/06/28/faut-il-abolir-le-devoir-conjugal_6044430_4497916.html> Erişim Tarihi 10 Ekim 2022.
- Meral Ö O, 'Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği' (2017) 19(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1139-1206.
- Michiels R, 'Sanctionnée pour ne pas avoir accompli le devoir conjugal' (*Le Matin*, 18 Mart 2021) <<https://www.lematin.ch/story/sanctionnee-pour-ne-pas-avoir-accompli-le-devoir-conjugal-239.865.943761>> Erişim Tarihi 22 Ekim 2022.
- Narmanlıoğlu Ü, 'Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması' iç. *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2001) 93-118.
- Nau J Y, 'Dix mille euros pour ne pas honorer sa femme' (2012) (323) *Revue Médicale Suisse* (du 11 janvier 2012) 78, 79, <https://www.revmed.ch/view/496472/4097860/RMS_idPAS_D_ISBN_pu2012-01s_sa22_art22.pdf> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.
- Musy B L, 'Quels sont les effets d'un manque de rapports sexuels?' (*Tribune de Genève*, 24 Mart 2017) <<https://www.tdg.ch/quels-sont-les-effets-dun-manque-de-rapports-sexuels-769.307.409387>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2022.
- Nurhas S ve Nevzat A, 'Kadın Cinsel İşlev Bozukluklarının Adli Tıbbi Yönden Değerlendirilmesi' (2000) 5(3) *Adli Tıp Bülteni* 173-179.
- Oğuz H, 'Sorumluluk Hukukunda Kusur' (2016) 28(7) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 273-286.
- Oğuzman M K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükmümler Cilt-2* (Vedat 2021).
- Oğuzman M K ve Dural M, *Aile Hukuku* (Filiz 1998).
- Oktay-Özdemir S, 'Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı' (2015) 35(1) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 29-46.
- Ormancı-Altınok P, 'Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler' (2022) 71(4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1431-1458.
- Oruç E S ve Kurt A, 'Erzurum ve Bursa Müftülüklerine 2005-2008 Yıllarında Gelen Sorular Işığında Kadınların Boşanma Talebinin Nedenleri' (2009) 18(2) *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 299-325.
- Oswald D, *L'opposition au divorce-Application er réforme de l'article 142, alinéa 2 du Code Civil Suisse* (Paul Attinger 1977).
- Öztürk B, 'Hasta Hakları ve Ötanazi' iç *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi 2001) 573-590.
- Paolini E, 'Mariage: le devoir conjugal est-il encore une obligation en France?' (*Police Justice*, 30 Mart 2021) <https://www.bfmtv.com/police-justice/mariage-le-devoir-conjugal-est-il-encore-une-obligation-en-france_AV-202.103.300459.html> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.
- Parlak T, 'Türk Medenî Kanunu'nun 166'ncı Maddesinin 2'nci Fıkrasına İlişkin Sorunlar' (2020) (Eylül) *İzmir Barosu Dergisi* 37-59.
- Perisanidi M, 'Was There a Marital Debt in Byzantium?' (2017) 68(3) *The Journal of Ecclesiastical History*, 510-528.

- Peschard C, 'Elle refuse des relations sexuelles avec son mari, la justice la sanctionne' (*Au féminin*, 17 Mart 2021) <<https://www.aufeminin.com/news-societe/elle-refuse-des-relations-sexuelles-avec-son-mari-la-justice-la-sanctionne-s4023251.html>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2022.
- Peschke S G, 'Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları' (2018) 4(1) KADEM Kadın Araştırmaları Dergisi 121-146.
- Pfister-Liechti R, *De l'ancien au nouveau droit du divorce* (Staempfli 1999).
- Richard S, 'Le couple, entre faits et droit: la nullité du mariage de René II de Lorraine et Jeanne d'Harcourt' (2016) 123(3-4) *Moyen Age* 567-626.
- Rytz P, 'La Suisse, la France et les relations intimes' (*Tribune de Genève*, 28 Ocak 2018) <<https://www.tdg.ch/la-suisse-la-france-et-les-relations-intimes-305.746.121658>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2022.
- Savaş H, 'Tedaviye İkna Olmayan Hastaları Nasıl İkna Ediyoruz? LEAP' (*Psikiyatri ve Psikoterapi Merkezi*, 22 Ocak 2023) <<http://haluksavas.com.tr/neleryapiyoruz-tedaviye-ikna-olmayan-hastalari-nasil-ikna-ediyoruz-31.html>> Erişim Tarihi 2 Şubat 2023.
- Serozan R, 'Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler' (1977) 11(14) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 93-112.
- Serozan R, Başoğlu Başak ve Kapanıcı Berk, 'Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi' (2016) 15(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 531-560.
- Sert G, 'Türk Hukukunda Bilinci Açık Hastanın Tedaviyi Ret Hakkının Tıp Hukuku ve Etiği Açısından İncelenmesi ve Tıp Etiği' (2012) 7(70) *Terazi Hukuk Dergisi* 14-21.
- Sophie, 'Devoir conjugal: quand le sexe fait sa loi' (*Ethno Tendances*, 4 Ekim 2013) <<http://www.ethno-tendances.com/tendances-societe/devoir-conjugal-sexe-fait-loi/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.
- Stehlin A, 'Le mariage: un contrat ou une institution?' (*Mémoire de fin de Master 2 Droit Notarial* 2017) (*Dumas Hal*, 8 Temmuz 2019) <<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02176290/document>> Erişim Tarihi 13 Ekim 2022.
- Şafak-Aydın A, 'Yargıtay Kararları Işığında Türk Aile Hukukunda Kadın Bedeninin Ele Alınışının Feminist Bir Perspektifle İncelenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2013).
- Saymen F, 'Matlablar Kanun mudur?' (1945) 10(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 565-578.
- Scherrer W, 'Wandlungen in der Auffassung über die rechtlichen Voraussetzungen zum Abschluss einer Ehe' (1944) 11(6-8) *Der Schweizer Familienforscher = Le généalogiste suisse* 66-83, <<https://www.e-periodica.ch/cntmng?pid=fsj-002%3A1944%3A11%3A%3A214>> Erişim Tarihi 24 Şubat 2023.
- Şener E, 'Medenî Kanun'un Aile ve Nesep Bölümlerinde Çatışan Eğilimler' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 219-240.
- Şenol-Erçoşkun H K, *Şematik Medenî Hukuk* (Seçkin 2022).
- Tatlıoğlu K ve Demirel N, 'Sosyal Bir Gerçeklik Olarak Boşanma Olgusu: Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme' (2016) 22(4) *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi* 59-73.
- Tekben T, 'Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma Üzerine Bir İnceleme' (2021) (17) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1077-1130.
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993).
- Tiryaki B, 'Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması' (2008) 3(4) *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 267-279.
- Topuz M, 'Yargıtay Kararları Işığında Terk Sebebiyle Boşanma' (2006) (5/2) *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 221-248.
- Tüzüner Ö, 'Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme' (2013) (1) *Ankara Barosu Dergisi* 125-148.

- Tüzüner Ö, 'Boşanma ve Boşanmanın Genel Sebepleri' iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr) *Medenî Hukuk-II Aile Hukuku* (Adalet 2023) 148.
- Werro F, *Concubinage, mariage et démariage* (Staempfli 2000).
- Yaman A, *İslâm Aile Hukuku* (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı 2008).
- Yeğın D, 'Türk Hukukunda Boşanma Sebeplerinin İncelenmesi' (2022) (161) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 225-251.
- Yılmaz Ç, 'Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi' (2016) (3) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-159.

Yargıtay'ın "İpotek Hakkının Bölünmezliği" Olarak İfade Ettiği İlkeye Eleştirel Bir Bakış: Birden Fazla Alacağı Güvence Altına Alan İpotek Hakkının Paraya Çevrilmesi İçin Yapılan İcra Takibinin Etkileri

A Critical Approach to the Supreme Court's "Indivisibility of Hypothec" Principle: The Effects of an Enforcement Proceeding for the Hypothecs Covering Multiple Claims

Evrım ERİŞİR* , Halil Ahmet YÜCE** 

ÖZ

Türk Hukuku'nda ipotek hakkı, aynı kişiden olan birden fazla alacağın güvence altına alınması için kullanılabilir. Teminat kapsamındaki değişik alacakların niteliğine göre; başlatılacak olan icra takipleri farklı kurallara tabi olabileceği gibi ilgili alacakların muacceliyet anları da farklılık gösterebilir. Zira ipotekle teminat altına alınan alacaklardan biri diğerinden daha önce muaccel hale gelebileceği gibi bu alacaklardan biri ödeme emrine diğeri ise icra emrine konu olabilir. Yargıtay bu hallerde meseleyi çözmek için "ipotek hakkının bölünmezliği" ilkesini geliştirmiştir. Bu ilke doğrultusunda Yargıtay, teminat kapsamındaki tüm alacakların tek bir icra takibi içerisinde öne sürülmesi gerektiğini ve (alacaklardan biri için icra emrinin gönderilmesi mümkün olsa dahi) borçluya yalnızca ödeme emrinin gönderilebileceğini kabul etmektedir. Çalışmada ipotek hakkının bölünmezliği ilkesinin bu sonuçları ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Buna göre, Yargıtay'ın görüşünün aksine, ipotek hakkının birden fazla alacağı teminat altına alması halinde bu alacakların hem farklı icra takiplerine konu olabilecekleri ("tek takip" prensibinin reddi) hem de niteliklerine göre borçluya hem icra emri hem de ödeme emrinin gönderilebileceği ("yalnızca ödeme emri" prensibinin reddi) savunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İpotek, İpotek Hakkının Sona Ermesi, İpoteğin Paraya Çevrilmesi, İpotek Hakkının Bölünmezliği, Ödeme Emri.

* Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-8988-0996.

** Doktor (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk), Avukat (Tekirdağ Barosu), ORCID: 0000-0003-4159-5752.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Evrim ERİŞİR

E-posta/E-mail: evrim.erisir@bilgi.edu.tr / yucehukuk@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 30.03.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 28.04.2023

ABSTRACT

The hypothec in Turkish Law can be used to secure multiple claims against the same person. Not only the method of enforcement proceeding can vary according to the character of these claims (i.e. enforcement via a payment order or an enforcement order), but their maturity dates may also be different. To deal with these instances, the Supreme Court has developed the so-called "indivisibility of the hypothec" principle. According to this principle, the Supreme Court concludes that all of the claims must be put forward within a single enforcement proceeding and (regardless of whether one of the claims may qualify for an execution order) only a payment order can be sent to the debtor. In this study, results of the so-called "indivisibility of the hypothec" principle are separately examined. Contrary to the Supreme Court's position, it is asserted in this study that the abovementioned claims can be subject to different enforcement proceedings (rejection of the "single proceeding" principle), and both payment order and enforcement order can be sent to the debtor if the qualification of the claim allows it (rejection of the "payment order only" principle).

Keywords: Hypothec, Dissolution of the Hypothec, Liquidation of the Hypothec, Indivisibility of the Hypothec, Payment Order.

GİRİŞ

İpotek hakkı birden çok alacaklının alacaklarının güvencesi olmak üzere tesis edilebileceği gibi, aynı alacaklının aynı kişiden olan birden çok alacağının güvencesi olmak üzere de tesis edilebilir. Bu ikinci ihtimale, bir bankanın müşterisinin bir yandan banka ile kendisinin akdettiği genel kredi sözleşmesinden doğan kredi borcu, diğer yandan başka bir kişinin aynı bankaya olan kredi borcuna kefaletten doğan borcu için kendisi veya üçüncü kişinin ipotek tesis etmesi örnek verilebilir. Yani bankanın biri kredi diğeri kefalet sözleşmesi olmak üzere iki farklı borç ilişkisinden doğan alacakları ipoteğin kapsamındadır. Önce rehne başvurma zorunluluğunun (İcra ve İflâs Kanunu [İİK] madde [m.] 45) gereği olarak banka, üst sınır ipoteklerinde limite kadar her iki alacağı için de ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak zorundadır¹. Buna karşılık yalnız kredi ilişkisinden doğan

1 Alacağın ipotekle temin edilen kısmı için yapılacak genel haciz yoluyla takibin süresiz şikâyet yoluyla iptal edileceğine ilişkin bkz. İlhan E Postacıoğlu ve Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları* (5. Baskı, Vedat 2010) 688; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C III* (3. Baskı, Evrim 2000) 2382; M Necmeddin Berkin, *Tatbikatçılara İcra ve İflâs Hukuku Rehberi* (Filiz 1980) 374; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (2. Baskı, Adalet 2013) 986 ve 988; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları* (8. Baskı, Beta 2004) 309; Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *İcra İflâs Hukukunda Şikâyet* (2. Baskı, Vedat 2017) 204-205; Talih Uyar, *İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi* (2. Baskı, Kazancı 1992) 12; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (9. Baskı, On İki Levha 2022) 330; Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı C I ve C II* (2. Baskı, Bilge 2012) C I 567; Müjgan Tunç Yücel, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi* (On İki Levha 2010) 120; Abdurrahim Karşlı, *İcra ve İflas Hukuku* (4. Baskı, Filiz 2022) 716; Adnan Deyneki, *İcra ve İflas Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip* (Turhan 2013) 67-68; İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok, ve Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflâs Hukuku* (Seçkin 2022) 436. Şikâyetin süreli olması gerektiğine ilişkin karşı. Kemal Arar, *İcra ve İflâs Hükümleri C I İcra* (Siyasal Bilgiler Okulu 1944) 97; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri* (5. Bası, İstiklal Matbaası 1960) 176; Ali Cem Budak, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip* (2. Baskı, On İki Levha 2009) 48; Orhan Eroğlu, 'İpoteğin Paraya Çevrilmesine İlişkin Takipte İcra Müdürünün Yapması Gereken İşlemler ve Alması Gereken Tedbirler' (2021) 18(2) YÜHFD 891, 902. Rehne rağmen haciz yoluyla takip yapıldığının şikâyete değil, itiraza konu olacağına ilişkin karşı. Burhan Gürdoğan, *Türk İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi* (Ajans Türk Matbaası 1967) 21-22; Burhan Gürdoğan, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar* (Türkiye Bankalar Birliği Yayınları 1979) 9; Burhan Gürdoğan,

alacak ipotekle temin edilmiş olsaydı, banka yalnız bu alacağı için önce rehne başvurmak zorunda olacak, kefalet sözleşmesinden doğan alacağı için ise genel haciz yoluyla takip yapabilecekti. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapan alacaklının banka olup olmamasına, alacağın ilâm veya ilâm niteliğinde belgeye bağlı olup olmamasına ve ipotek senedinde kayıtsız şartsız borç ikrarında bulunulup bulunulmamasına göre (takip talebi üzerine) icra müdürü borçlu ve varsa ipotek veren üçüncü kişiye ödeme emri (İİK m. 149/b) veya icra emri (İİK m. 149, 150/h ve 150/ı) gönderir. İpotekle temin edilen birden çok alaktan biri için ödeme emri, diğeri için icra emri gönderilmesi gerekebilir.

Yukarıda tarifini vermiş olduğumuz durumlara ilişkin olarak Yargıtay kararlarında “*ipotek hakkının bölünmezliği*” adı altında bir ilkededen bahsedilerek, bir yandan, aynı alacaklının aynı ipotekle temin edilen birden çok alacağının aynı takip talebiyle tahsiline girişmesinin zorunlu olduğu (“*tek takip ilkesi*” olarak adlandırılacaktır); diğer yandan, birlikte takip edilmekle birlikte alacaklardan biri için icra emri, diğeri için ödeme emri gönderilmesi gerekiyorsa, ancak her iki alacak için de ödeme emri gönderilerek bu ilkenin hayata geçirilebileceği kabul edilmektedir (“*yalnızca ödeme emri*” olarak adlandırılacaktır). Görüleceği üzere, ipotek hakkının bölünmezliği olarak ifade edilen ilke takip hukukuna iki farklı cepheden yansımaktadır.

Ayrıca, Yargıtay’ın “*ipotek hakkının bölünmezliği*” ilkesinden bahsettiği başka kararlarında ise bu kavramı farklı bir anlamda (daha çok teminat yükünün kapsamına yönelik) kullandığı görülmektedir². Nitekim ipotek senedinde gösterilmese dahi taşınmazın bütünleyici parçaları ve eklentilerinin rehin yükü altında olduğu ortadadır (Türk Medeni Kanunu [TMK] m. 862/1). Bu bakımdan, Yargıtay kararlarında geçen bu ifade yeni bir hukukî durum yaratmamaktadır. Belirtmek gerekir ki Yargıtay’ın bu terimi farklı anlamlara gelecek şekilde kullanması bir anlam bulanıklığına yol açmakla kalmamakta, aynı zamanda terim kullanımındaki özensizliğini de gözler önüne sermektedir. Ancak konunun sınırlanması açısından “*ipotek hakkının bölünmezliği*” ilkesi; çalışmamızda, bu son değindiğimiz (maddî kapsama ilişkin olan) anlamıyla değil, “*ipotek hakkının kullanılmasına olan etkisi*” anlamıyla inceleme konusu yapılacaktır.

Bu çalışmada, ipotek hakkı ile teminat altına alınan birden çok alacağı bulunan alacaklının birden çok ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapıp yapamayacağı; bunun yanında alacaklardan biri için icra emri gönderilebilirken diğeri için ödeme emri gönderilmesi gerekiyorsa, icra emri gönderilebilecek alacak için ödeme emri gönderilmesinin gerekip gerekmediği Yargıtay kararlarında kabul edilen ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi çerçevesinde ayrı ayrı tartışılacaktır.

İcra Hukuku Dersleri (Ajans Türk Matbaası 1970) 165; M Necmeddin Berkin, *İcra Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Hamle Matbaası 1969) 159. Limit ipoteklerinde belirlenen limitin anaparanın azami miktarına ilişkin olduğu konusunda bkz. Seza Reisoğlu, *İpoteğin Kapsamı Hükümleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar* (Türkiye Bankalar Birliği 1979) 15.

2 Örn. bkz. Yargıtay 17 HD, 21.02.2013, 1190/2014 (Lexpera): “...taşınmaz ipoteği, mütemmim cüzleri ve teferruatı da kapsar. Taşınmaz ipoteği kurulunca taşınmaz üzerinde bulunan mütemmim cüzler ve teferruat kendiliğinden ipotek kapsamına girer. İpotek akıt tablosunda yazılı olmasa bile ipotek kapsamında oldukları kabul edilir. Hal böyle olunca taşınmazla birlikte bir bütün olarak ipotek edildiği anlaşılan dava konusu mahcuzların **ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi karşısında** ayrıca haczedilmelerinin mümkün olmayacağı kabul edilerek davanın kabulü gerekirken yanlış değerlendirme sonucunu reddi bozmayı gerektirmiştir.”.

I. "TEK TAKİP" İLKESİ: AYNI İPOTEKLE TEMİN EDİLEN BİRDEN ÇOK ALACAĞIN VEYA AYNI ALACAĞIN FER'İLERİ İLE BİRLİKTE TAMAMININ AYNI TAKİP TALEBİYLE TAHSİLİNE GİRİŞİLMESİ ZORUNLULUĞU

A. YARGITAY KARARLARINA BAKIŞ

Yargıtay'a göre ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi gereğince alacaklı, ipotekli taşınmazın bedelinden tahsil etmek istediği tüm alacağını aynı takip dosyasından talep ederek ipoteğin paraya çevrilmesini talep etmelidir. Aynı ayrı, yani iki farklı takip yapamaz; yaptığı takdirde sonraki takibin iptaline karar verilir.

Yüksek Mahkeme'nin gerekçesi hemen tüm kararlarda matbu ifadelerle ortaya konulmaktadır:

"İpotek hakkının bölünmezliği ilkesi gereğince alacaklı, ipotek ile teminat altına almak istediği tüm alacağını aynı takip dosyasından talep ederek ipoteğin paraya çevrilmesini talep etmelidir; zira takip konusu taşınmazın satışı gerçekleştiğinde taşınmazda yer alan ipotek çözülmekle, teminat oluşturmaktan çıkacaktır. Kaldı ki; dosya borcunun ödenmesi nedeniyle ipotek satışının yapılmamış olması bu sonucu değiştirmeyecektir; ipotek bir kez kullanılmakla artık aynı ya da farklı bir borcun teminatını oluşturamayacaktır. Bu nedenle sırf ipotek şerhinin tapudan fek edilmemesi nedeniyle aynı ipotek, borçlunun alacaklı nezdinde doğmuş doğacak tüm borçlarının teminatını oluşturmayacağı gibi, tahsilde tekerrür olmamak üzere takip başlatılmış olması da sonucu değiştirmeyecektir."

Bu matbu gerekçeye yer verilen kararlarda, alacaklının yalnızca bir kereye mahsus ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileceği; bu talepten sonra (ilgili takip henüz sonuçlanmamış olsa dahi) ikinci defa ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunamayacağı kabul edilmektedir. Örneğin, alacaklının başlattığı ilk ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte borcun haricen ödenmesinden sonra, aynı ipotekle teminat altına alınan başka bir alacak için başlatılan ikinci ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin iptali cihetine gidilmiştir³.

Yine ilk takip devam ederken farklı bir alacağın tahsili için yeni bir ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmasına izin verilmemiş, ikinci takip iptal edilmiştir⁴.

Diğer bir kararda, tek bir alacağı bulunan bankanın takip tarihine kadar işlemiş temerrüt faizinin tahsili için başlattığı ikinci ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte icra emrinin iptaline

3 Yargıtay 12 HD, 14.9.2020, 153/6889 (E-Uyar). Aynı yönde – *tespit edebildiğimiz* – Yargıtay'ın en güncel kararına konu olan olayda bankanın kredi alacağının tahsili için başlattığı ilk takip, süresinde satış talep edilmediği için sona ermiştir. Bu takip devam ederken alacak haricen ödenmiştir. Bu sefer aynı ipotekle temin edilen başka bir kredi ilişkisine kefaletten doğan borç için başlatılan yeni ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin olarak Yargıtay, ilk takipte alacağın haricen tahsilinin ipoteği çözeceği, ipotekli taşınmazın satışının yapılmamasının ve ipotek şerhinin tapudan fek edilmemesinin, takip tutarı ipotek limitinin altında olsa dahi aynı ipoteğe dayalı yeniden takip yapma imkânı vermeyeceği sonucuna varmıştır, bkz. Yargıtay 12 HD, 8.11.2021, 10344/9813 (E-Uyar).

4 Yargıtay 12 HD, 7.12.2020, 1258/10193 (E-Uyar). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12 HD, 23.9.2019, 9935/13240 (E-Uyar). Benzer bir kararda ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesinden iki gün önce alacaklı başka bir alacağı için yeni bir ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatmış, bu ikinci takip aynı ilkedan hareketle iptal edilmiştir, bkz. Yargıtay 12 HD, 24.12.2019, 11511/18415 (Lexpera).

hükmedilmiştir⁵. Kararda, ipotek hakkının bölünmezliği gereğince, alacaklının ipotek ile teminat altına almak istediği tüm alacağını aynı takip dosyasından talep ederek ipoteğin paraya çevrilmesini talep etmesi gerektiği, takipte talep edilmeyen bakiye alacak var ise bunun sonradan ipoteğin teminatı kapsamında istenemeyeceği gibi, bu hakkın saklı tutulmuş olmasının da sonucu değiştirmeyeceği belirtilmiştir. Demek oluyor ki, Yargıtay’a göre alacağın fer’isi için dahi ikinci bir takip yapılamaz ve bu hakkın saklı tutulması da bu sonucu değiştirmez. Bu kararda takibin iptali yerine icra emrinin iptal edilmiş olması dikkat çekicidir. Kararın gerekçesinde ilk takip tarihinde doğmuş başka bir borç bulursa bile bu alacağın ipoteğin güvencesinden mahrum kalacağı ifade edilmiştir. Kanaatimizce gerekçeyle uyumlu olacak şekilde – eğer borçlu veya ipotek veren talep sonucunda takibin iptalini talep etmişse – icra emrinin değil, ipotek güvencesinden çıkan temerrüt faizi için ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamayacağından takibin iptaline hükmedilmesi icap ederdi.

Bu son kararın gerekçesinden hareketle denilebilir ki Yargıtay’a göre; asıl alacağın bir kısmının tahsili için takip başlatıldıktan sonra, bakiyesi için ikinci bir takip yapılamaz. Yani alacaklı muaccel hâle gelen tüm alacağını aynı takip talebinde istemelidir; aksi takdirde alacağın fer’isi veya bakiyesi için başlatacağı ikinci takip iptal edilir. İsviçre Hukuku’ndaki içtihadın bu yönde olmadığını belirtmek gerekir⁶.

Son olarak, Yargıtay ipotek hakkının bölünmezliği ilkesinin ihlâlinin borçlu ve varsa ipotek veren üçüncü kişi tarafından süresiz şikâyet yoluna başvuru olarak ileri sürülebileceğini içtihat ederek⁷ bu ilkenin kamu düzenini ilgilendirdiğini kabul etmektedir.

B. BENZER BİR KAVRAM OLARAK “TAŞINIR REHNİNDE REHNİN BÖLÜNMEZLİĞİ” İLKESİNE GENEL BİR BAKIŞ

Yargıtay’ın “*ipotek hakkının bölünmezliği*” olarak ifade ettiği ilkenin akla getirdiği ilk husus, taşınır rehnine hâkim olan “*rehnin bölünmezliği*” ilkesidir. Rehnin bölünmezliği ilkesi (bir başka ifadeyle “*teminatın bölünmezliği*” ya da “*rehin teminatının bölünmezliği*”), TMK’da açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Öte yandan teslimine bağlı taşınır rehni hükümleri arasında yer alan TMK m. 944/2’nin bu ilkeye ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Nitekim, alacağın ödenmesinin ardından rehnin iade edilmesi borcunu düzenleyen TMK m. 944/2’nin Hükümet Gerekçesinde “*rehnin bölünmezliği ilkesi*” ifadesi kullanılmıştır⁸.

5 Yargıtay 12 HD, 9.2.2017, 26343/1647 (E-Uyar).

6 Alacaklının alacağının bir kısmı için veya yalnızca faizi için VZG Art 54/2 hükmü uyarınca ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunabileceği, zira ilgili hükmün rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe de uygulanabileceği yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 107 III 124 (1) ve BGE 58 III 16 (2).

7 Yargıtay 12 Hukuk Dairesi’nin kararına konu olan bir olayda alacaklının ilk ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip devam ederken başlattığı ikinci takibin haksız olduğu iddiasıyla borçlu icra emrinin iptali talebiyle yedi günlük süre geçtikten sonra şikâyet yoluna başvurmuştur. Yargıtay, ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi yönünden inceleme yapılması gerektiğinden bahisle bozma kararı vererek bu konudaki şikâyetin süresiz olarak ileri sürülmesinin yolunu açmıştır, bkz. Yargıtay 12 HD, 21.9.2020, 5640/7294 (E-Uyar).

8 Bkz. TMK m. 944 hükmünün Hükümet Gerekçesi: “...*rehnin bölünmezliği ilkesi gereğince alacağın tamamı ödenmedikçe rehninli alacaklı, rehnedileni veya onun bir kısmını rehnedene iade zorunda tutulmamıştır*.” <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m-2.htm>> Erişim Tarihi 29 Mart 2023.

Çalışmamızda ele aldığımız mesele, rehnin alacağın tamamına yahut tüm alacaklara güvence teşkil etmesidir. Gerçekten bir taşınır eşya (tıpkı ipotekte söz konusu olduğu gibi) aynı veya farklı kişilerin birden fazla alacağını teminat altına almak için rehnedilebilir⁹. Böyle bir durumda "*rehnin bölünmezliği*" prensibi etki gösterir ve borçlu borcunu kısmen öderse veya rehin birden çok alacağı teminat altına almaktaysa, bunlardan biri ödense dahi teslimine bağlı taşınır rehninde rehin konusunun geri verilmesi talep edilemez¹⁰. Teslime bağlı taşınır rehinlerinde TMK m. 944/2 uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça alacaklı, alacağının tamamını elde edinceye kadar rehin konusu taşınırı veya onun bir bölümünü geri vermekten kaçınabilir. Rehnin bölünmezliği (bütünlüğü) ilkesi gereğince, teminat altına alınan alacağın veya alacakların tamamı sona erene kadar rehin hakkı devam eder ve rehin konusu eşyanın kısmen dahi olsa iade edilmesi gerekmez¹¹. Nitekim bu ilkeyle güdülen amaç alacaklının elindeki teminat miktarının yüksek tutularak menfaatinin korunmasıdır¹². Görüldüğü üzere, burada Yargıtay'ın benimsediği ipotek hakkının bölünmezliği ilkesinin aksine alacaklının hukukî konumunu güçlendiren, onun rehin hakkını kullanma şeklini sınırlandırmayan bir durum mevcuttur.

Ek olarak, taşınır rehninin birden fazla eşyanın aynı alacağı teminat altına almak için tesis edildiği hâllerde her eşyanın alacağın tümünden sorumlu olması da yine taşınır rehnine hâkim olan rehnin bölünmezliği ilkesi ile ilişkilendirilmiş ve ortada bir "*toplu rehin*" (Almanca [Alm.] "*Gesamtpfandrecht*") olduğu belirtmiştir¹³. Nitekim benzer bir ilke taşınmaz rehni bakımından TMK m. 873/3 hükmünde kabul edilmiş olup, anılan madde hükmüne göre birden çok taşınmazın rehnedilmiş olması hâlinde, rehnin paraya çevrilmesi istemi, taşınmazların tamamı hakkında yapılır, ancak icra dairesi yalnızca gerektiği kadarını paraya çevirir¹⁴. Taşınmazlardan yalnız birinin paraya çevrilmesi talep edilirse, icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulabilir¹⁵.

Görüldüğü üzere, doktrinde benimsenmiş bulunan *rehnin bölünmezliği* ilkesi taşınır rehnine dair olup, alacaklının menfaatinin korunması için kısmî ifa (veya teminat altına alınan birden fazla alacağın yalnızca bir kısmının ifa edilmesi) hallerinde rehin konusu eşyanın alacaklının elinde kalmaya devam edeceğini ifade eder. Fakat rehnin tapu sicili nezdinde tesis edildiği ipotekte ise;

9 Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar* (Fakülteler Matbaası 1982-1983) 472.

10 Karl Oftinger ve Rolf Bär, *ZK – Das Sachenrecht Die beschränkten dinglichen Rechte Art 884-918 ZGB mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch IV/2c* (Schulthess 1981) Art 889 N. 22; M Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (20. Baskı, Filiz 2017) N. 3649. Öte yandan yazarlar, bu durumun aksinin kararlaştırılabileceğine dikkat çekmektedir.

11 Dieter Zobl ve Christoph Thurnherr, *BK – Schweizerisches Zivilgesetzbuch Systematischer Teil und Art 884-887 ZGB Das Sachenrecht Die beschränkten dinglichen Rechte Das Fahrnispfand Band IV/2/5/1* (Schulthess 2010) Sys Teil N. 310; Köprülü ve Kaneti (n 9) 472.

12 Oftinger ve Bär (n 10) Art. 889 N. 21.

13 Zobl ve Thurnherr (n 11) Sys Teil N. 311; Köprülü ve Kaneti (n 9) 472.

14 Ek olarak, taşınmaz rehni bakımından toplu rehni gerçekleşmesi için TMK m. 855'te düzenlenmiş olan toplu rehin şartlarının da sağlanmış olması gerekir.

15 Bu durumda takibin iptal edileceğine ilişkin bkz. Postacıoğlu ve Altay (n 1) 725; Uyar (n 1) 351-352; Deyneki (n 1) 208. Takibin ancak taşınmazların tamamı hakkında yapılacağı hususunda ayrıca bkz. Gürdoğan, *Sorunlar* (n 1) 14; Budak (n 1) 98-99. Şikâyet yoluna başvurularak takibin bütün rehinlere teşmil edilmesinin talep edilebileceği hakkında bkz. Arar (n 1) 326; Ansay (n 1) 178.

borcun kısmen ödenmesi hâlinde ipotekli taşınmaz malikinin TMK m. 883'e dayanarak rehnin miktarının temel borç ilişkisindeki değişime (kısmî ifaya) paralel şekilde indirilmesini alacaklıdan talep edebileceği, bu talebin kabul edilmediği hâlde tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m. 1025) açabileceği kabul edilmektedir¹⁶. Bu bakımdan doktrinde, taşınmaz rehnindeki anlamıyla (TMK m. 944/2'ye benzer bir şekilde) "ipotek hakkının bölünmezliği" ilkesinin varlığından söz edilmemektedir. İlgili ifadenin ilk kez Yargıtay tarafından kullanıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

C. YARGITAY'IN "İPOTEK HAKKININ BÖLÜNMEZLİĞİ" İLKESİNE YÜKLEDİĞİ İŞLEVİN FARKLILIĞI

Yargıtay'ın kullandığı "ipotek hakkının bölünmezliği" ilkesi ile yukarıda ele almış olduğumuz "taşınır rehninde rehnin bölünmezliği" ilkesi oldukça farklı anlamlara sahiptir. Bu doğrultuda, ipotek hakkının bölünmezliği ilkesinin kendisine özgü yapısına ve sonuçlarına dikkat çekilmelidir. İlk olarak vurgulamak gerekir ki taşınır rehninde geçerli olan rehnin bölünmezliği ilkesi alacaklının elindeki teminat miktarını (kısmî ifaya rağmen) yüksek tutarak alacaklı menfaatine sonuç doğururken; Yargıtay tarafından ortaya atılan "ipotek hakkının bölünmezliği" ilkesi ise tam tersi bir etki göstererek alacaklının aleyhine sonuç doğurur. Zira Yargıtay'a göre ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi, aynı ipotekle temin edilen birden çok alacağın veya aynı alacağın fer'ileri ile birlikte tamamının aynı takip talebiyle tahsiline girişilmesini emreder. Kararlarda açıkça ifade edilmemekle birlikte; aynı ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesi için birden çok takip yapılırsa, ipotek hakkının bölüneceği ve buna izin verilmemesi gerektiği çıkarımında bulunulabilir. Başka bir deyişle, Yargıtay'a göre ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna bir kereye mahsus olarak başvurmasına imkân verir; alacaklı, ipoteğin kapsamı içinde yer alan diğer bir alacağı ya da aynı alacağın fer'isi yahut farklı bir dilimi için¹⁷ ikinci bir takip yapamaz. Örneğin, aynı ipotek bankanın hem müşterisinin kredi borcunu hem de aynı kişinin başka bir kredi ilişkisine olan kefaletinden doğan borcunu temin ediyorsa, Yargıtay'ın rehn hakkının bölünmezliği ilkesine yüklediği işlev, aynı takip talebinde kefalet borcuna da yer verilmesini mecburi kılmaktadır¹⁸. Aksi takdirde ipotek hakkı

16 Hans Leemann, *BK – Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band IV Sachenrecht II Abteilung Art 730-918* (Stämpfli 1925) Art 826 N. 6; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 10) N. 3253; Köprülü ve Kaneti (n 9) 377-378; İlhan Helvacı, *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı* (On İki Levha 2008) 403. Öte yandan Yargıtay'ın kısmi ödeme hâlinde ipotek hakkının kısmen dahi olsa ortadan kaldırılmayıp, bunun yerine yapılan ödemenin kütükteki "düşünceler" sütununa kaydedilmesini öngören kararları da mevcuttur (örn. bkz. Yargıtay 14. HD, 9.12.2020, 2139/8237 [Lexpera]).

17 "Somut olayda, alacaklı tarafından ilk olarak ...29. İcra Müdürlüğü'nün...sayılı dosyasında...alacağına ilişkin olarak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip başlatılmıştır. Söz konusu takipte...nolu bağımsız bölümün satılarak paraya çevrilmesi istenmiş olup, takip halen derdesttir...takipte talep edilmeyen bakiye alacak var ise sonradan ipoteğin teminatı kapsamında istenemeyeceği gibi, bu hakkın saklı tutulmuş olması da sonucu değiştirmeyecektir." Yargıtay 12 HD, 9.2.2017, 26343/1647 (Lexpera).

18 Tek takip ilkesi uyarınca kefaletten doğan alacağı için ipotekten mahrum kalmak istemeyen alacaklı muaccel olmuş kefalet alacağı için de takip yapmaya zorlanmakla kalmamakta, aynı zamanda bu ilke aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere onu henüz muaccel olmamış kefalet borcu için de takip şartı olan muacceliyet eksikliğine rağmen ihale bedelinden artacak bedelin depo edilmesi talebiyle takibe geçmeye mecbur kılmaktadır, bkz. aşa. I, D, 3, a.

henüz arttırmaya çıkılmamış olsa dahi kefalet borcu için sona ermektedir. Takip devam ederken kefaletten doğan alacak için yeni bir ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamamaktadır.

Şu hâlde, kredi borcu için icra emri, kefalet borcu için ödeme emri gönderilebilecek olsa bile alacaklı ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesinden tüm alacaklarının karşılanmasını istiyorsa, aynı takip talebinde hem kredi hem de kefalet ilişkisinden doğan alacağına yer vermek zorundadır. Bu bakımdan, ortaya atılan *ipotek hakkının bölünmezliği* ilkesinin alacaklının "rehini paraya çevirme yetkisini" sınırlamaya uğrattığı ve (ipotek birden fazla alacağı teminat altına almasına rağmen) paraya çevirme hakkının yalnızca bir kez kullanılabilceğinin kabul edildiği görülmektedir. Hâlbuki rehin hakkının asli işlevi olan paraya çevirtme yetkisinden mahrum kalmış bir alacaklının sahip olduğu hakkın artık ipotek hakkı olarak nitelendirilmesine olanak yoktur¹⁹. Yargıtay'ın benimsediği bu ilkeye göre ipotekli taşınmaz, bir kere takip yapıldığında takip talebinde gösterilmeyen diğer alacaklar için teminat oluşturmaktan çıkmakta, adeta ipotek hakkı takibe konu olmayan alacaklar bakımından sükût etmelidir²⁰. Zira ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi uyarınca artık bu alacaklar için tekrar takip talebinde bulunulamayacaktır. Öyle ki ilk takibin yapıldığı tarihte diğer alacakların muaccel olup olmamasının dahi bir önemi olmadığı gibi, ilk takipte borcun haricen ödenmesi veya takibin taşınmazın paraya çevrilmeden sona ermesi de sonuca etkili değildir. İpotek hakkı, içindeki alacak haklarından herhangi birisi için takibe konu olduğu anda artık diğer alacaklara dayanarak takip talebinde bulunma imkânı kalmamaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki matbu gerekçede geçen "*ipotek bir kez kullanılmakla artık aynı ya da farklı bir borcun teminatını oluşturamayacaktır*" şeklindeki ifade; yalnızca borcun takip devam ederken haricen ödenmesi ihtimalinde değil, takibi sona erdiren her durumda, örneğin, süresinde satış istenmediği için ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin düşmesi (İİK m. 150/e f. 2) hâlinde de alacaklının artık yeni bir takip yapmasına engel teşkil edecek kapsayıcılıktadır²¹.

Netice itibarıyla, taşınır rehninde geçerli olan "*rehnin bölünmezliği*" ilkesinden farklı hüküm ve sonuçlara sahip olan ve özellikle alacaklı için zıt yönde bir etki doğurarak onun ipotek hakkına sınırlama getiren farklı bir ilkenin ortaya konulduğunu tespit etmek mümkündür. Bu nedenle, ilgili ilke Yargıtay'ın yüklediği bu farklı işlevi itibarıyla kendi başına ele alınıp değerlendirilmelidir.

19 Paraya çevirme yetkisinin rehin hakkındaki merkezî konumuna ilişkin benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Leemann (n 16) Art. 816 N. 2; Kemal T Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1984) 1019; Köprülü ve Kaneti (n 9) 461; Erol Cansel, *Türk Menkul Rehni Hukuku C. I: Teslim Şartlı Menkul Rehni* (Sevinç Matbaası 1967) 214.

20 "...takip konusu taşınmazın satışı gerçekleştiğinde taşınmazda yer alan ipotek çözülmekle, teminat oluşturmaktan çıkacaktır. Kaldı ki; dosya borcunun ödenmesi nedeniyle ipotek satışının yapılmaması bu sonucu değiştirmeyecektir; ipotek bir kez kullanılmakla artık aynı ya da farklı bir borcun teminatını oluşturamayacaktır. Bu nedenle sırf ipotek şerhinin tapudan fek edilmemesi nedeniyle aynı ipotek, borçlunun alacaklı nezdinde doğmuş doğacak tüm borçlarının teminatını oluşturmayacağı gibi, tahsilde tekerrür olmamak üzere takip başlatılmış olması da sonucu değiştirmeyecektir." Yargıtay 12 HD, 14.9.2020, 153/6889 (Lexpera).

21 Nitekim aynı yönde bkz. Yargıtay 12 HD, 8.11.2021, 10344/9813 (Lexpera).

D. CEBRÎ İCRANIN İPOTEK HAKKINI SONA ERDİRMESİ VE BUNUN SONUÇLARI

1. İpotek Hakkının Bölünmezliği Bağlamında İcra Takibinin İpotek Hakkını Sona Erdirdiği Anın Netleştirilmesi

Yukarıda değinildiği üzere “*tek takip ilkesinin*” önemli sonuçlarından birisi, ipotek hakkını sona erdirmesidir. Nitekim ipotek hakkı temel borç ilişkisini teminat altına alan bir hak olduğu için, sona eriyor olması onun doğası gereğidir. Bir başka deyişle ipotek hakkı, normal Şartlar altında mülkiyet veya irtifak hakları gibi ilelebet devam etmesi arzulan bir aynı hak değildir. İpotek, yalnızca temel borç ilişkisini teminat altına alma görevini üstlenen bir sınırlı aynı haktır. Bu bakımdan, onun sona ermesi bu *ad hoc (niyete mahsus)* özelliğinin de bir sonucudur. Yargıtay, ipotek hakkının bölünmezliği ilkesini bu sona erme hâlinin kıstası olarak da kullanmakta olup; Şüphesiz ki bu kıstasın somut olaylara uygulanıŐı ve yerindeliliği incelenmeyi hak etmektedir.

a. Rehin Hakkının Kullanılma Sonucu Sona Ermesinin Gerekliliği ve Yargıtay’ın “İpotek Hakkının Bölünmezliği” İlkesini Benimserken Kullandığı Ölçüt

TMK m. 873/1 uyarınca borç ödenmezse alacaklı alacağını rehinli taşınmazın satış bedelinden elde etme yetkisine sahiptir. Rehin hakkı, üzerinde mevcut olduğu eşyanın satılması yoluyla kullanılmaktadır. Takip yapılarak taşınmaz paraya çevrildiği takdirde (alacaklı tatmin edilmese de) rehin hakkı son bulur²². Rehin hakkının kullanım yoluyla sona ermesi gerekliliği ortadadır. Aksi takdirde teminat oluŐturun eşya, rehin hakkına dayanarak müteaddit kereler cebri icra marifetiyle paraya çevrilerek el değiştirir. Hiç kuşku yok ki kimse böyle bir eşya için satım sözleşmesi akdetmeye yahut arttırmada pey sürmeye yanaŐmaz. Bu ise pratikte hakkın kullanılmaz (eşyanın satılmaz) hâle gelmesi sonucunu doğurur. O nedenle rehin hakkının kullanılma suretiyle sona ermesi (paraya çevirme hakkının sınırlandırılması), eşyanın doğası gereğidir.

Nitekim Mehaz İsviçre Medeni Kanunu’nun (Zivilgesetzbuch [ZGB]) paraya çevirme yetkisini düzenleyen Artikel (Art.) 816 (TMK m. 873) hükmünü Şerh eden yazarlarca alacaklıya ipotek sayesinde tanınan mülkiyetinde bulunmayan bir taşınmazı paraya çevirtme Şeklindeki tasarruf yetkisinin kullanılır kullanılmaz tükeneceği, cebri icra faaliyeti sonucunda rehin hakkının sona ereceği, bu takip kısmen veya tamamen semeresiz kalsa bile alacaklının rehin hakkının kendisine bahŐettiđi takip hakkını kullanmış ve bu sebeple rehin hakkının düşmüş olacağı, tapuda gözüken rehin

22 Leemann (n 16) Art 816 N. 14; Postacıoğlu ve Altay (n 1) 730; Berkin (n 1) 150; Berkin, *Rehber* (n 1) 390; Helvacı (n 16) 410; D Nurdan Korkmaz, *İcra Hukukunda Rehin Açığı Belgesi* (On İki Levha 2019) 113. Alacaklı paraya çevirme işleminden sonra alacağını alırsa rehin hakkının düşmüş olacağına ilişkin bkz. Gürdoğan, *Sorunlar* (n 1) 9. Haciz yoluyla takipte rehinli mal paraya çevrilir ve rehinli alacaklı tatmin edilirse, rehin hakkının sona ereceğine ilişkin bkz. Bettina Deillon-Schegg, ‘Übergang des Grundeigentums und Untergang von Grundpfandrechten infolge Zwangsversteigerung’ (2000) 81(89) ZBGR 89, 103; Marc Bernheim ve Philipp Känzig, in *Kurzkommentar SchKG* (2. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2014) Art. 135 N. 11. Rehin paraya çevrilmesi yoluyla takipte rehinli mal paraya çevrilir ve takip yapan rehinli alacaklıdan derece itibarıyla sonra gelen rehinli alacaklı da tamamen tatmin edilirse, rehin hakkının sona ereceğine ilişkin bkz. Robin Moser, ‘Die Behandlung von nachrangigen Grundpfandrechten – in der Zwangsverwertung aufgrund von Betreuung – auf Pfandverwertung’ (2011) 1 BJM 1, 15.

hakkının silinmesinin de kurucu değil açıklayıcı etki doğuracağı savunulmakta; "takibin semeresiz kalması" ifadesiyle ilgili olarak arttırmada hiç veya karşılama prensibine uygun pey sürülmemesi, ihale bedelinin alacağı karşılama kısmen veya tamamen yetmemesi hâlleri arasında bir ayırım yapılmamaktadır²³. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de rehin hakkının alacaklıya rehin konusu malı birden çok kez paraya çevirtme yetkisi vermediğine, malın paraya çevrilmesiyle rehin hakkının sükût edeceğine, takibin kısmen veya tamamen semeresiz kalmasının bu sonucu değiştirmediyine yönelik kararları mevcuttur²⁴. Bu bakımdan, Yargıtay'ın da rehin hakkının kullanılması yoluyla sona ereceğini benimsemesi yerinde olup, burada problem teşkil eden husus "hakkın kullanılıp kullanılmadığını belirleyen anın" tam olarak hangi an olduğudur.

Yukarıda dikkat çekmiş olduğumuz "hakkın kullanım imkânını sınırlama" tavrını takınan Yargıtay; "ipotek hakkının bölünmezliği" şeklinde ifade ettiği ilke uyarınca alacaklının alacağını rehinli taşınmazın satış bedelinden elde etme hakkını ancak "tek bir takip yaparak" kullanabileceği görüşündedir. Bu bakımdan, kararlarda etraflıca açıklanmamış olmakla birlikte, Yargıtay'ın hakkın kullanıldığı anı tespit etmek için "takip talebinde bulunmayı" ölçüt olarak kullandığı görülmektedir. Alacaklı bu hakkını bir kere kullanmışsa (yani takip talebinde bulunmuşsa); taşınmaz henüz paraya çevrilmemiş (veya başlatılan takip ihalenin sonuçlanmasından başka bir nedenden ötürü sona ermiş) olsa bile bu hak ikinci kez kullanılamaz, yeni bir takip başlatılamaz.

Yargıtay'ın kullandığı "takip talebinde bulunma ölçütü", özellikle teminat kapsamında birden fazla alacağın bulunduğu hâllerde oldukça yakıcı bir etki gösterir. Zira aşağıda tekrar değinileceği üzere²⁵, Yargıtay'a göre birden fazla alacağı teminat altına alan bir ipotek hakkına dayanılarak başlatılan bir takipte alacağın haricen tahsil edilmiş olması da ipotek hakkının kullanıldığı anlamına gelir ve hak böylece sönümlendiği için artık onun başka bir takibe konu olması mümkün değildir²⁶. Bu bakımdan, Yargıtay'ın benimsediği bu ilke teorik bir tartışmanın ötesinde, oldukça önemli pratik sonuçlar doğurmaktadır. O nedenle şu soruyu sormak gerekir: Acaba ipotek, takibe konu edilmemiş alacak bakımından ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılır mı (takip talebinde bulunulunca mı), yoksa arttırma sonuçlandığında mı sona erer? Başka bir ifadeyle, yalnızca takip talebinde bulunan alacaklı (arttırma henüz yapılmamış olsa dahi) ipotek hakkını tam anlamıyla kullanmış ve bu hakkını tüketmiş sayılmalı mıdır?

23 David Dürr ve Daniel Zollinger, in Peter Gauch, Jörg Schmid (eds), *ZK – Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Grundpfand Bd. IV/2b/2* (Schulthess 2013) Art. 816 N. 14, 66-67; Deillon-Schegg (n 22) 103-104 ve 116-117; Christina Schmid-Tschirren, in Thomas Geiser, Stephan Wolf (eds), *BSK ZGB II Art 457-977 ZGB und Art 1-61 SchIT ZGB* (Helbing Lichtenhahn, 2019) Art 816 N. 2a; Leemann (n 16) Art. 816 N. 14-15. Taşınır rehni bakımından aynı yönde bkz. Oftinger ve Bär (n 10) Sys Teil N. 131.

24 BGE 106 II 187-188 ve BGE 125 III 254-255.

25 Bkz. a.ş. IV. 2.

26 "...alacaklı banka tarafından başlatılan ilk takipte alacağın haricen tahsil edildiği tarafların da kabulünde olduğuna göre ipotek çözülmüş olup, ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi gereğince, ipotekli taşınmazın satışının yapılmaması ve ipotek şerhinin tapudan fek edilmemesi, takip tutarı ipotek limitinin altında olsa dahi aynı ipoteğe dayalı yeniden takip yapma imkanı vermeyeceğinden şikayetin bu gerekçe ile kabulü yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi isabetsiz ise de sonuçta istem kabul edildiğinden sonucu doğru İlk Derece Mahkemesi kararının onanması gerekmiştir..." Yargıtay 12 HD, 8.11.2021, 10344/9813 (Lexpera).

b. İpotek Hakkının Sona Ermesi Bakımından Benimsenmesi Gereken Ölçüt: Arttırmanın Tamamlanması

Kanımızca rehin hakkının kullanılmasına (ve hakkın sona ermesine) ilişkin ölçüt olarak “*arttırmanın tamamlandığı an*”, yani arttırmanın sona erdiği gün ve saat (İİK m. 115/2) dikkate alınmalıdır. Bir başka deyişle, Yargıtay’ın görüşünün aksine, yalnızca takip talebinde bulunulması ve takibin başlaması rehin hakkının kullanıldığı anlamına gelmemelidir. Zira aksinin kabulü her şeyden önce TMK m. 873/1’in lafzıyla bağdaşmaz. TMK m. 873/1’de yalnızca bir kez takip talebinde bulunulabileceği, takip talebiyle birlikte artık ipoteğin sona ererek ne ilk takibe konu alacağın ne de farklı bir alacağın teminatını oluşturacağı, ikinci bir takip yapılamayacağı düzenlenmiştir²⁷. Taşınmazı paraya çevirme yetkisini düzenleyen bu hükümden rehin konusu taşınmaz paraya çevrilmese de rehin hakkının sükût etmesine müncer böyle bir ilke çıkarılamaz. Ayrıca hüküm, ipotek hakkının bölünmezliği adı altında bir ilke türetililecek, ipoteğin kapsamına giren alacakların bir kısmı için ipotek güvencesini, buna bağlı olarak takip hakkını ortadan kaldıracak bir anlamı hiçbir şekilde ihtiva etmemektedir²⁸.

Diğer yandan, İİK’da da bu takip yoluna bir kereye mahsus olarak başvurulabileceğine yönelik kısıtlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Bilakis, İİK m. 134/1 (ve onunla paralellik arz eden TMK

27 Benzer yönde bkz. Dürr ve Zollinger (n 23) Art. 816 N. 67 (Öte yandan yazarlar önemli olan yegâne hususun satış talebinde bulunulması olduğunu ifade etmekte olup; bizce asıl benimsenmesi gereken ölçüt “*arttırmanın tamamlanması anı*” olduğu için yazarların bu görüşü de aşağıda ayrıca eleştirilmiştir [bkz. aşa. dn 31]). Demek oluyor ki yalnızca takip talebinde bulunmakla rehin hakkı sona ermemektedir.

28 Doktrinde aynı rehinli malın birden fazla alacağa teminat teşkil etmesi hâlinde alacaklının hangi alacağı için bu rehin teminatına başvuracağına kendisinin karar vereceği ifade edilmekte; rehin hakkı, takip konusu alacak için kullanılmamışsa, borçlunun önce rehne başvurma kuralına dayanamayacağı savunulmaktadır (Domenico Acocella, in Daniel von Staehelin, Thomas Bauer, Franco Lorandi [eds], *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I Art 1-158 SchKG* [Helbing Lichtenhahn 2021] Art. 41 N. 29; Tunç Yücel [n 1] 148-149). Muaccel olmuş birden çok alacağı bulunan alacaklının her iki alacağı için birden rehni paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak mecburiyetinde olmadığı, tek bir alacak için de bu takibin başlatılabilecek olması yönüyle bu görüşe katılıyoruz. “*Hangi alacağı için bu rehin teminatına başvuracağına kendisinin karar vereceği*” ifadesi ile “*alacaklardan birisi için genel haciz yoluyla takip yapılabilmesi*” birlikte okunduğunda, alacaklardan yalnız birisi için rehin hakkının kullanılabilmesi ve alacaklının rehin teminatı altında olan alacaklardan birisi için genel haciz yoluyla takip yapmayı tercih edebileceği gibi bir intiba uyanmaktadır. Fakat söz konusu yazarlarca atf yapılan İsviçre Federal Mahkemesi’nin 18.5.1978 tarihli kararı (BGE 104 III 8) incelendiğinde anlaşılmalıdır ki Mahkeme ne alacaklının rehin hakkını kullanacağı alacağa dair seçimde bulunması gerektiğini ne de rehne rağmen alacaklardan biri için genel haciz yoluyla takip yapma yetkisinin olduğunu kastetmektedir. Zira karara konu olan olayda iş ve danışmanlık sözleşmesinden doğan para alacağı için yapılan genel haciz yoluyla takipte alacağın bir kısmı için itirazın kaldırılmasına karar verilmiştir. Şirket aracını iade etmesini talep eden borçlu işverene karşı alacaklı hapis hakkını kullanmıştır. Borçlu önce rehne başvurma kuralına aykırılığı ileri sürerek takibin iptalini talep etmiştir. Kararın özet kısmında (doktrinde de ifade edildiği üzere) alacaklının aynı borçluya karşı tek bir rehin hakkı ile teminat altında olan birden çok alacağı varsa, bu alacaklardan herhangi birisi için teminatı paraya çevirtmekte serbest olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, kararın gerekçesinde aynı tespiti “*alacaklının bu alacaklardan herhangi biri için rehinden feragat edebileceği ve böylece rehin yerine borçlunun tüm malvarlığına müraacaat etmekte serbest olacağı*” eklenmiş, hapis hakkının itirazın kaldırılması istenmemiş kısmı için kullanıldığı vurgulanmıştır (BGE 104 III 10-11). Demek ki İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre de rehin teminatı altındaki alacaklardan birisi için genel haciz yoluyla takip yapmak ancak o alacak için rehin hakkından feragat etmekle mümkündür. Feragat edilmediği sürece rehin hakkı her iki alacağı da güvence altına almaya devam eder; bunun bir gereği olarak önce rehne başvurma kuralı da etkisini sürdürür. Diğer yandan alacaklı, rehin hakkını alacaklarından yalnız birisi için kullanmak zorunda değildir; rehin hakkını her iki alacak için de kullanabilir, hatta her iki alacak için birlikte rehni paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir.

m. 705/2) hükmü ile cebri icra yoluyla satış bir sicil dışı mülkiyet kazanım hâli olarak düzenlenmiş ve mülkiyet hakkının ihalenin yapıldığı an kazanılacağı esası benimsenmiştir. Bu bakımdan, rehin hakkının alacaklıya verdiği "paraya çevirtme" tasarrufunun etki gösterdiği (kullanılarak sona erdiği) an, arttırma ihale ile sonuçlanmışsa ihale anı olmalıdır. İhale kesinleştiğinde ise ipoteğin sona ermesi hâli kalıcılaşır. Tescil işlemi ancak ihale kesinleştiğinden sonra gerçekleşecek olsa da (İİK m. 135/1) alıcı mülkiyet hakkını ihale anında kazanır²⁹. Yani mülkiyet hakkı kamu hukuku tasarrufuyla borçlu veya ipotek veren üçüncü kişiden alıcıya ihale edilme (Alm. "Zuschlag") anında geçer ve ihale kesinleştiğinde ise göstermiş olduğu etkinin ortadan kaldırılma olanağı sona erer³⁰. Bu nedenle, (Yargıtay'ın kabul ettiğinin aksine) rehin hakkının kullanılma (ve sona erme) anını takip talebinde bulunulduğu an değil, neticesi ne olursa olsun (satış gerçekleşsin veya gerçekleşmesin), arttırmanın tamamlandığı an olarak kabul etmek doğru olur. Nitekim arttırmada alıcı çıkmadığı hâlde de kesin rehin açığı belgesi düzenlenerek artık alacaklının alacağını borçlunun ipotekli taşınmaz dışındaki malvarlığı değerlerinden tahsil etmesinin yolu açılır. Bu bakımdan, rehin hakkının takip talebi veya takip içerisinde satış talebinde³¹ bulunulduğu an değil, "taşınmazın ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe konu olup da arttırmanın herhangi bir şekilde – taşınmazın ister – sonradan iptal veya feshedilmemek koşuluyla – ihale edilerek ister ihale edilemeyerek – sonuçlandığı zaman" kullanılacağını kabul etmek gerekir.

29 Sıtkı Akyazan, *Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi* (Kutulmuş Matbaası 1959) 64; Ansay (n 1) 157; Berkin, *Rehber* (n 1) 339; Gürdoğan, *İcra* (n 1) 112; Kuru, *İcra El Kitabı* (n 1) 312; Elif Kısmet Aslan, *İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Arttırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi* (Günçel 2004) 137; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 1) 238; Murat Dönmez, *Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi* (Vedat 2010) 270; Mehmet Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku* (8. Baskı, Beta 2021) 300; Ömer Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku* (Mimoza 2015) 198; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi* (Adalet 2017) 176; Karlı (n 1) 596; Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (Yetkin 2016) 714-715; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2022) 423; Mert Namlı, *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi* (On İki Levha 2019) 506; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 10) N. 1507; Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer ve Dieter Zobl, *ZK – Das Eigentum Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. IV/1* (Schulthess 1977) Art 656 N. 60; Arthur Meier-Hayoz, *BK – Das Sachenrecht: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen Art 641-654 ZGB* (Stämpfli 1981) Art 656 N. 100; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2022) 311; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2022) 282; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 1) 281.

30 İhalenin feshedilmesinin ihale ile sona eren rehin hakkına etkisi aşağıda ele alınacaktır (bkz. aşa. I, D, 2, a, ii).

31 Doktrinde rehin hakkının "alacaklının takip esnasında satış talebinde bulunulması anında kullanıldığını" savunan bir görüş de mevcuttur (bkz. Dürr ve Zollinger (n 23) Art. 816 N. 67. Yazarlara göre hakkın kullanılmış sayılması için belirleyici olan husus, takip içerisinde satış talebinde bulunulup bulunulmadığıdır). Gerçekten de taşınmazın ihale edilmesi bir yönüyle idari bir işlem teşkil etmektedir (Hans Fritzsche ve Hans Ulrich Walder-Bohner, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht. Band 1* [3. Aufl., Schulthess 1993] § 31 N. 44; Haab, Simonius, Scherrer ve Zobl (n 29) Art. 656 N. 60; Lorenz Strebel, in Thomas Geiser, Stephan Wolf [eds], *BSK – ZGB II Art 457-977 ZGB und Art 1-61 SchIT ZGB* [Helbing Lichtenhahn 2019] Art 656 N. 45; Meier-Hayoz (n 29) Art. 656 N. 100; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 1) 322. İcra işlemlerinin idari nitelikte olduğuna ilişkin ayrıca bkz. Berkin, *Rehber* (n 1) 34; Karlı (n 1) 50. Bu açıdan bakıldığında alacaklının bizzat gerçekleştirdiği satış talebinde bulunma işleminin onun bir tasarrufu (rehin hakkının kullanılması) anlamına geldiği normatif açıdan kuşkusuz savunulabilir. Fakat paraya çevirtme yetkisinin cebren kullanıldığı unutulmamalıdır. Satış talebinde bulunan alacaklı hakkını gerçekleştirmek üzere icra dairesinden cebir uygulamasını istemektedir. Hakkın cebren kullanılması da ancak taşınmazın paraya çevrilmesi işlemi tamamlandığında söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan, rehin hakkının kullanıldığı an olarak arttırmanın tamamlanması anının (taşınmazın alıcıya ihale edilmesinin veya ikinci arttırmada da taşınmazın satılmamasının) geçerli ölçüt olarak benimsenmesi gerekir. Alacaklının yalnız satış talebinde bulunması rehin hakkının kullanıldığı anlamına gelmemelidir.

Önemle belirtmek gerekir ki hacizli malların paraya çevrilmesi için iki arttırma yapılması öngörülmüştür. Birinci arttırmada taşınmaz ihale edilir ve ihale bedeli ödenirse, ikinci arttırma yapılamaz. Bu durumda arttırma, birinci arttırma sonunda tamamlanır. Birinci arttırmada alıcı çıkmaz yahut taşınmaz ihale edilmekle birlikte ihale bedeli ödenmediği için ihale iptal edilirse, ikinci arttırmaya geçilir (İİK m. 115/6). İkinci arttırmada taşınmaz ihale edilirse, arttırma ikinci arttırma sonunda tamamlanmış olur. Rehin hakkının kullanılıp sona erdiği anın netleştirilmesinde kullandığımız “*arttırmanın tamamlanması*” ölçütü farklı ihtimaller dahilinde birinci veya ikinci arttırmanın sonuçlanmasını ifade etmektedir. İkinci olarak; rehin hakkının kullanılması ölçütü olarak takip talebinde bulunulmasını kabul etmek ve ipotekli taşınmazın arttırmaya konu olmadığı hâllerde dahi “*ipoteğin çözüldüğünden*” bahsetmek, ipotek hakkına adeta yenilik doğuran bir hak muamelesi yapmaktadır³². Zira Yargıtay’ın düşünce tarzına göre ipotek hakkı bir kez takibe konu edilerek öne sürüldüğü vakit tükenir. Oysa takip talebinde bulunularak ipotek hakkının öne sürülmesi, onun kesin olarak kullanıldığı ve sona erdiği anlamına gelmez. Alacaklı takibe giriştiği tarih itibariyle taşınmaz asıl paraya çevirme işlemine (arttırmaya) konu olmamıştır ki ipotek hakkı kullanılmış olsun. Bir başka deyişle, alacaklının rehin hakkından doğan paraya çevirtme yetkisi çerçevesinde icra takibi yoluyla eşyayı paraya çevirtmeye girişmesi (takip başlatması) rehin hakkının kullanıldığı sonucunu doğurmaz. Takip talebi alacaklıyı rehin hakkını cebren gerçekleştirme girişiminden ibarettir. Bu nedenle, takip talebinde bulunulması tek başına rehin hakkını sona erdirmez. Takip talebinde bulunmakla ipotek hakkı sona eriyor olsaydı, takip kesinleşince taşınmazın takibin konusunu oluşturan alacaklar için paraya çevrilmesinin hangi hukukî zemin üzerinde gerçekleşeceği de tartışmalı hâle gelirdi.

Ayrıca, Yargıtay’ın görüşü kabul edilecek olursa, ipoteğin kapsamında olan ve iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden doğan diğer bir alacağı bulunan alacaklı, kendi edimini takibe geçmeden önce ifa etmişse (örneğin, banka aynı ipotekle korunan diğer bir kredi ilişkisinde müşterisine krediyi

32 Yenilik doğuran hakların, sahip oldukları olağan dışı etki nedeniyle kullanılmakla birlikte karşı taraf üzerinde derhal hüküm ve sonuç doğurdıkları; bu sebepten ötürü de kullanılmakla birlikte amaçlarına ulaştıkları için sona erdiklerine yönelik bkz. Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005) 395; Rona Serozan, *Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (Vedat 2015) II § 4 11-12; Christoph Müller, *BK – Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen* (Schulthess 2018) Einl. N. 104; Peter Jäggi, *ZK – Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht Art 1-17 OR* (Schulthess 1973) Vorbem vor Art 1 N. 101. Fakat şuna dikkat çekmek gerekir: Yargıtay’ın ipotek hakkını içine hapsedmiş olduğu “*ipotek hakkının bölünmezliği*” ilkesi, esasen ipotekli alacaklıyı yenilik doğuran hak sahibinden daha kötü bir hukukî pozisyona sokar. Zira yukarıda belirtildiği üzere yenilik doğuran haklar hak sahibi tarafından kullanıldıkları an *kendiliğinden* (muhatabının işbirliğine veya rızasına ihtiyaç duymaksızın) istenen hukukî sonucu doğurur. Bu bakımdan, tek taraflı bir hukukî işlem olan yenilik doğuran hakkın kullanılması, istenen sonucu kesinlikle meydana getirir (Buz [n32] 57; Jäggi [n 32] Vorbem vor Art. 1, N. 98). Fakat ipotek hakkının takip talebi ile sönümlenmesi, alacaklının mutlaka ipotek ile arzu edilen sonuca ulaşacağı (taşınmazın mutlaka bir arttırmaya konu edileceği) anlamına gelmez. Hatta arttırmaya çıkılsa ve taşınmaz ihale edilse dahi alacaklının hiç sorumlu olmadığı nedenlerden ötürü ihalenin iptal edilmesi veya feshedilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda alacaklı nasıl olur da diğer alacakları için ipotek hakkını kullanmış sayılabilir? Mamafih Yargıtay’a göre, ipotek hakkı bir kez takibe konu olduktan sonra bu takibin yalnızca varlığı dahi (henüz sonuçlanmasa da) alacaklının başka bir takip başlatmasını engellemek için yeterlidir (İlk takip açıldıktan yaklaşık bir ay sonra açılan ikinci takibin ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi uyarınca iptal edildiği Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 12 HD, 7.12.2020, 1258/10193 [Lexpera]). Bu bakımdan, ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi, yarattığı sonuçlar itibariyle alacaklıyı adeta bir bilinmeze sokmakta; kendi kontrolü dışında gerçekleşecek cebrî icra sürecinin tüm rizikosunu onun sırtına yüklemektedir.

kullandırmışsa), ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi gereği bu alacak için teminattan faydalanamaz. Bu durum aynı zamanda borçlunun gereksiz yere ödüllendirilmesine de neden olur. Zira ilk takiple birlikte sicilde gözükken ipotek hakkının aslında çözülmüş hâle geldiğini ve teminat altına alınan diğer alacaklar için hüküm ifade etmediğini kabul eden Yargıtay'ın içtihadı, borçlunun hem borcunu ödemeyip hem de teminat yükünden kurtulmasına zemin hazırlamaktadır. Hâlbuki ilk takip devam ederken taşınmaz hakkında aynı ipotek güvencesinde olan diğer bir alacak için tekrar ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunulabilmelidir. İhale öncesi yalnızca takip talebinde bulunmakla rehin hakkının sona erdiğine ilişkin Yargıtay içtihadının taraflar arasındaki menfaat dengesini alacaklı aleyhine bozduğu da bir gerçektir. İchtihat, bu yönüyle de eleştiriyi açıktır.

Bu gerekçeler doğrultusunda rehin hakkının gerçek anlamda takip talebinde bulununca kullanılmış ve takibe geçildiği tarihte sükût etmiş sayılamayacağı kanaatindeyiz. Cebri icranın rehin hakkını sona erdirici etkisi esas itibarıyla "arttırma tamamlandığında" devreye girer. O itibarla, rehin hakkının cebri icra faaliyetiyle çözüleceğini savunmak, prensip olarak arttırmanın tamamlanması hâlinde mümkün olmalıdır. Arttırma sonucunda taşınmazın ihale edilmesine kadarki dönemde ne takip konusu alacak ne de aynı rehinle temin edilen diğer bir alacak için rehin hakkının ortadan kalktığından söz edilebilir. Dikkat edilirse, İsviçreli hukukçular tarafından da ipotek birden çok alacağı temin ediyorsa, taşınmaz paraya çevrilmemiş olsa bile bir kereye mahsus olmak üzere takip yapılabileceğine, takibe geçilmekle diğer alacaklar için – hele ki ipotek hakkının bölünmezliği adı altında bir ilkeden dem vurularak – ipoteğin sona ereceğine yönelik bir görüş serdedilmemiştir.

2. İpotek Hakkının Bölünmezliği İlkesi Çerçevesinde Cebri İcranın Alacaklının Takibin Konusunu Oluşturmayan Fakat İpotek Hakkıyla Teminat Altına Alınmış Olan Diğer Alacakları Bakımından Etkisi

Takip talebinde bulunmakla ipotek hakkının sona ermemesi gerektiğini belirttikten sonra, ipotek hakkına dâhil olan diğer alacakların durumunu incelemek gerekir. Bu bakımdan, ilk takibin konusunu oluşturmayan alacakların arttırmanın tamamlandığı tarihte muaccel, müeccel veya müstakbel olmasına ve bunun yanında arttırma sonucunda taşınmazın satılıp satılamamasına göre alt ayrımlara gitmek faydalı olacaktır.

a. Arttırmanın Gerçekleştiği İhtimal: İpotekli Taşınmaz İçin Arttırma Yapılmasının Alacaklının Takibin Konusunu Oluşturmayan Diğer Alacakları Bakımından İpotek Hakkına Etkisi

İpotekli taşınmaz için icra takibinde arttırmaya çıkıldığı vakit iki temel ihtimalden biri gerçekleşecektir: Taşınmaz ya arttırma sonucunda (karşılama prensibine uygun en yüksek pey sürene) ihale edilecek ya da her iki arttırmada da karşılama prensibine uygun bir teklif ileri sürülmediği için taşınmaz satılamayacaktır. Bu bakımdan, her iki ihtimalin ayrı ayrı açıklanması gerekir. İkinci ihtimali "her iki arttırmanın yapılmasına rağmen satışın gerçekleşmemesi" şeklinde vurgulamamızın nedeni, yukarıdaki başlıkta da belirtildiği üzere³³ cebri icranın rehin hakkını sona erdirici etkisinin

33 Bkz. yuk. I, D, 1.

arttırmanın tamamlandığı an ortaya çıkmasındandır. Başka bir deyişle, arttırma tamamlandığı zaman rehin hakkının vermiş olduğu paraya çevirtme yetkisi kullanılır ve hak sona erer. Eğer taşınmaz paraya çevrilir ve ihale kararı kesinleşirse, alacaklı alacağını rüçhanlı olarak tahsil eder. Buna karşılık, taşınmaz ikinci arttırma sonucunda da satılmazsa veya birinci veya ikinci arttırmada satılmakla birlikte ihale bedeli alacaklının alacağını karşılamazsa kesin rehin açığı belgesi düzenlenir (İİK m. 152). Fakat netice itibariyle her iki ihtimalde de rehin hakkı etkisini göstererek sona ermiş olur. Öte yandan, ipoteğin teminat altına aldığı diğer alacaklar (özellikle üst sınır ipoteğinde) varlıklarını sürdürmeye devam edebilir veya sonradan varlık kazanabilir. Eğer ki ihale bedeli takip alacaklısının ve ona göre rüçhanı bulunan diğer alacaklıların alacaklarının tamamını karşılamışsa, (alacaklının takip talebi esnasında öne sürememiş olduğu diğer alacak haklarına rağmen) artan bedelin rehin verene iade edilip edilmeyeceği meselesi gündeme gelir. Bu bakımdan, sona eren rehin hakkının koruma altına almış olduğu diğer alacak haklarının da arttırma sonucundan ne şekilde etkileneceğini her bir ihtimal için ayrıca incelemek gerekir.

aa. Arttırma Sonucunda Taşınmazın İhale Edilmesi Hâlinde İpoteğin Sona Ermesi

aaa. İhale Tarihinde Muaccel Olan Alacaklar İçin İpotek Hakkının Sona Ermesi

Mehaz İsviçre Hukukunda da haklı olarak kabul edildiği üzere, ipotek hakkının koruma altına aldığı fakat takibe konu edilmemiş diğer alacaklar için aynı taşınmazın ikinci kez satılıp paraya çevrilmesine olanak bulunmamaktadır³⁴. Alacaklı, birden fazla alacak için tesis edilmiş olan ipotek hakkını bu alacaklardan biri için kullanırsa (paraya çevirtme işlemi gerçekleşirse); en fazla üst sınır olarak belirtilen miktar kadar tatmin edilmelidir³⁵. Alacaklı ipotek hakkını bir kez kullanıp, yani bu hakla taşınmazın satışını gerçekleştirerek satış bedeliyle tatmin olup bir de o eşya üzerindeki rehin hakkını adeta rezerve ederek daha sonra taşınmazı tekrar paraya çevirtememelidir³⁶. Aksi takdirde rehin yüküyle bir taşınmazı cebri arttırmada satın almaya kimse yanaşmayacaktır³⁷. Dikkat etmek gerekir ki (aşağıda ele alınacağı üzere) ihale bedeli takip konusu alacağın tamamını karşılamaya yetmiş,

34 BGE 106 II 183 (Olayda kendisi takip başlatmamakla birlikte başka bir rehinli alacaklının takibinde paraya çevirme işlemi sırasında dikkate alınmış, fakat satış bedelinden faydalanamamış bir muaccel alacağın alacaklısının daha sonra [halen tapu sicilinde mevcut gözükten] rehin hakkına dayanarak tekrar takip yapması engellenmiştir).

35 Bu konuda bkz. Pekcanitez ve Simil (n 1) 218-219; Murat Aydoğdu, 'İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İlämsiz Takip' iç Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1997) 319, 334; Erdal Tercan, 'İpoteğin Paraya Çevrilmesinde Kredi Kurumlarının Özel Durumu' (1994) 17(4) BATİDER 83, 92; Hakan Pekcanitez, 'İpoteğin Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar' (2000) 22 Bankacılar Dergisi 40, 43; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özeken (n 1) 336; Budak (n 1) 93; Tunç Yücel (n 1) 165; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları* (6. Baskı, Adalet 2017) 615; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukukunda Rehinin Paraya Çevrilmesi* (Adalet 2017) 376; Deyneklî (n 1) 43-44; Nedim Meriç ve Ahmet Cemal İyilikli, 'Taşınmaz Teminatının Üçüncü Kişi Alacaklının Alacağını Perdeleyip Takibi Semeresiz Bırakması Üzerine Bir İnceleme' (2018) 33 TAAD 39, 48-49; Eroğlu (n 1) 908; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 29) 471 ve oradaki dn 24; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 29) 422.

36 Yargıtay kararına konu olan bir olayda alacaklı ipotekle temin edilen konut kredisi alacağının tahsili için ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmış, bu takipte taşınmazın paraya çevrilmesinden sonra muaccel hâle gelen başka alacaklının da ihale bedelinden ödenmesini istemiştir. Yargıtay ipoteğin satılmasıyla ipoteğin çözüleceğini, sonradan muaccel hâle gelen alacakların dosya alacağına dâhil edilemeyeceğini içtihat etmiştir, bkz. Yargıtay 12 HD, 28.3.2017, 12650/4801 (Lexpera).

37 BGE 106 II 189.

üstelik geriye bir bedel kalmışsa; ilk takip sırasında muaccel olmayan ancak teminat kapsamında yer alan diğer alacaklar için rehin hakkı (aynî ikame sonucu) rehin verenin icra dairesinden olan alacak hakkı üzerinde varlığını sürdürmeye devam eder³⁸.

İpoteğin ihale anında sona erdiğinin, henüz doğmamış veya muaccel olmamış alacaklar bakımından alıcının taşınmazı ipotekten ari olarak iktisap edeceğinin diğer bir gerekçesi de şudur: İİK m. 151/3'te atıf yapılan İİK m. 144 f. 4 uyarınca bir taşınmazı paraya çeviren icra dairesi o taşınmaz üzerindeki taşınmaz rehin haklarına dair kayıtların tapu sicilinden terkin ve nakillerini yaptırır³⁹. Alıcı taşınmazı rehin yüküyle birlikte iktisap ediyor olsaydı, icra dairesince rehin hakkı re'sen terkin ettirilmezdi. Buna karşılık, takip halen derdestse; rehin hakkı, teminat altına aldığı diğer alacak veya alacağın fer'ileri için de varlığını sürdürmeye devam eder. Şu hâlde, ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi, ancak ipoteğin temin ettiği alacaklar için ipoteğin birden çok kez paraya çevrilmesini engelleyen⁴⁰ ve taşınmazı ihaleden satın alan alıcının diğer alacaklar için bir kez daha ipoteğin paraya çevrilmesine katlanma yükümlülüğü altında olmadığı anlamında kullanılabilir. Başka bir ifadeyle "ipotek hakkının bölünmezliği" ilkesi, yalnızca alıcının menfaatini korumaya yönelik ve onu tekrar tekrar gerçekleşecek paraya çevirme işlemlerinden kurtaracak bir ilke olmalıdır. Nitekim bu ilkenin reddi hâlinde (temel piyasa mantığı gereği) zaten kimse başka bir alacağı da teminat altına almış bulunan bir ipotekli taşınmazı ihaleden satın almak istemeyecektir.

Şunu tekrar vurgulamak gerekir ki, takibe geçen alacaklının rehin hakkının sona ermesi için taşınmazın arttırma sonucunda satılması ihtimalinde ihale bedelinin alacaklıyı tamamen tatmin edip etmemesinin bir önemi yoktur. Alacaklı, takip yaptığı alacağının bir kısmını yahut alacaklarından birini tahsil edememiş olsa bile rehin hakkı sona erer⁴¹. İcra dairesince kendisine kesin rehin açığı belgesi verilir (İİK m. 152/1). Nitekim İsviçre Hukuku'nda da kesin rehin açığı belgesi (ve hatta takipte bulunmayan diğer alacaklılar için düzenlenen alacaklarının karşılanmadığına dair belge), rehin hakkının sona erdiğini göstermekte olup, bu durumun maddî hukuk bakımından da etki göstereceği belirtilmektedir. Zira (önceden taşınmaz rehniyle kesilmiş olan) zamanaşımı, kesin rehin açığı belgesinin düzenlenmesiyle birlikte işlemeye başlar⁴². Bu bakımdan, Türk Hukuku'nda da buna paralel olarak (eğer geçici rehin açığı belgesi verilmemişse) kesin rehin açığı belgesinin tanzimi ile

38 Bu ihtimalde alıcıya devredilen taşınmazın ikinci kez paraya çevrilmesi için takibe geçilmesi mümkün değilse de alacak rehninin paraya çevrilmesi için icra takibi yapılabilir (bkz. aşa. I, D, 3, a, ii).

39 Arttırma şartnamesinde alacaklı lehine olan rehin takyidatının arttırmanın sonucundan bağımsız olarak – pey sürülmesi bile – tapu sicilinden terkin edileceğine yer verileceğine ilişkin bkz. Dürr ve Zollinger (n 23) Art. 816 N. 59.

40 Rehlin hakkının alacaklıya rehnin paraya çevrilmesini birden çok kez isteme hakkını vermeyeceğine ilişkin bkz. Namli (n 29) 424.

41 Rehinli alacak ihale bedelinden karşılanamıyorsa, rehin hakkının sona ereceğine ilişkin bkz. Antoine Favre, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht* (Freiburg Univ Verl 1956) 211; Deillon-Schegg (n 22) 104; Moser (n 22) 15; Philipp Possa, Melanie Gasser ve Marlen Stöckli, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I Art 1-158 SchKG* (3. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2021) Art 135 N. 18 ve 22.

42 Marc Bernheim, Philipp Känzig ve Gaudenz Geiger, in Daniel von Staehelin, Thomas Bauer, Franco Lorandi (eds), *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I Art 1-158 SchKG* (Helbing Lichtenhahn 2021), Art. 158 N. 36; Sven Rüetschi, Sosan Nawid ve Nathalie Loretan, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Dominik Vock (eds), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4. Aufl, Schulthess 2017) Art 158 N. 16; Leemann, Art. 807 N. 3; Schmid-Tschirren (n 23) Art. 807 N. 10; Christoph Käser ve Kathrin Häcki, *Kurzkommentar SchKG* (2. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2014) Art 158 N. 5.

önce rehne başvurma zorunluluğu sona erer (İİK m. 45/1 c. 2) ve alacaklı borçluya karşı genel haciz yoluyla takip yapabilir (İİK m. 152/2). Zira kesin rehin açığı belgesinin düzenlenmesiyle birlikte rehin hakkı sona erdiği için zaten alacaklının diğer malvarlığı unsurlarına başvurma hakkının doğması tutarlılık gösterir⁴³. Bir başka ifadeyle, rehin açığı belgesinin düzenlenmesi zaten cebri icra nedeniyle rehin hakkının düşmüş olmasından kaynaklanır⁴⁴. O nedenle, kesin rehin açığı belgesi; ipoteğe dayanan takibin sonunda ister eşya hiç satılamamış olsun ister alacak tam karşılanamamış olsun takibin sonunda alacaklıya verilir⁴⁵. Bu bakımdan, alacaklının satış bedeliyle tatmin edilememesi hâli, aşağıda ele alınacak olan “taşınmazın arttırma sonucunda satılamaması” hipoteziyle paralellik gösterir⁴⁶.

İhale bedelinin takibe geçen alacaklının alacağını kısmen veya tamamen karşılayamadığı durumda muaccel olup olmamasına bakılmaksızın takibe geçilmemiş, ipotekle temin edilen diğer tüm alacaklar için ipotek hakkı sona erer ve tapu sicilinden o ölçüde terkin edilir. Kanımızca yalnız takibe geçmemiş diğer alacaklıların değil, takibe geçen alacaklının aynı ipotek güvencesinde olan ve takibin konusunu oluşturmayan diğer bir alacağı için de rehin hakkı sona erer. Zira ihalenin kanundaki esaslara göre gerçekleştirilmesiyle birlikte (sonucundan bağımsız olarak) ipotek hakkının verdiği temel yetki tüketilmiş olur ve bu sona erme hâli ipotek hakkıyla koruma altına alınan diğer alacak hakkı için de etki gösterir. Başka bir deyişle, takibe konu edilmemiş diğer alacağı koruma altına alacak bir ipotek hakkı kalmaz ki cebri icra yoluyla tekrar ileri sürülebilir.

Takip yapan ipotekli alacaklıdan derece itibariyle sonra gelen muaccel alacaklar olup ihale bedeli takibe geçilmemiş bu alacakları karşılamaya yetmezse, rehin hakkı sona erer⁴⁷. Bu alacaklılara da kesin rehin açığı belgesi verilir⁴⁸. Fakat böyle bir rehin açığı belgesi derece itibariyle sonra gelen alacaklılar ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapıp takiplerini kesinleştirmişlerse borç ikrarını içeren senet mahiyetinde olur. Henüz takip yapmamış yahut takip yapmış olmakla birlikte takibini kesinleştirmemiş derece itibariyle sonra gelen alacaklıların kesin rehin açığı belgesinin böyle bir etkisi yoktur⁴⁹. İsviçre Hukukunda Taşınmazların Paraya Çevrilmesi Hakkında Kararname

43 Favre (n 41) 229; Kurt Amonn ve Fridolin Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts* (9. Aufl, Stämpfli 2013) § 33 N. 45; Jolanta Kren Kostkiewicz, *SchKG Kommentar* (20. Aufl, Schulthess 2020) Art 158 N. 2; Fritzsche ve Walder-Bohner (n 31) § 34 N. 48.

44 Käser ve Häcki (n 42) Art. 158 N. 1; Rüetschi, Nawid ve Loretan (n 42) Art. 158 N. 4.

45 Favre (n 41) 229; Amonn ve Walther (n 41) § 33 N. 42; Bernheim, Känzig ve Geiger (n 42) Art. 158 N. 1. Daha detaylı bir şekilde ifade etmek gerekirse, İsviçre Hukuku'nda kesin rehin açığı belgesinin VZG Art. 112'de yer alan pay cetvelinin (Alm *Verteilungsplan*) düzenlenmesinin ardından verileceği ifade edilmektedir, bkz Bernheim, Känzig ve Geiger (n 42) Art. 158 N. 15; Carl Jaeger, Hans Ulrich Walder ve Thomas M Kull, *Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) Artikel 89-158* (5. Aufl, Schulthess 2006) Art 158 N. 7; Rüetschi, Nawid ve Loretan (n 42) Art. 158 N. 13; Markus Zopfi, *Kurzkommentar VZG* (Schulthess 2011) Art 112 N. 3; Fritzsche ve Walder-Bohner (n 31) § 34 N. 47.

46 Bkz. aşa. I, D, 2, a, ii. İleride bu başlık altında Türk Hukukunda kesin rehin açığı belgesinin düzenlenmesinin rehin hakkını sona erdirmeyeceğine ilişkin görüşler değerlendirilecektir.

47 Gürdoğan, *Rehin* (n 1) 106.

48 Arar (n 1) 334; Gürdoğan, *Sorunlar* (n 1) 32.

49 Gürdoğan, *Rehin* (n 1) 98-99 ve 101. *Tunç Yücel* ise takip yapmayan alacaklılara rehin açığı belgesi verilebileceğinin kabulünün İİK m. 45'in gerçek bir istisnasını ortaya çıkaracağını belirtmektedir (Tunç Yücel [n 1] 126). Bu alacaklılara kesin rehin açığı belgesi verilemeyeceğine ilişkin aynı yönde bkz. İbrahim Özbay ve Ferhat Çelik, 'İcra ve İflâs Hukukunda Rehlin Açığı Belgesi' (2018) 34 TAAD 1, 12. Benzer şekilde *Korkmaz* da bu alacaklılara kesin rehin açığı

(Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken [VZG]) m. 120 c. 2 uyarınca da takip yapmamış diğer rehinli alacaklılara rehin açığı belgesinden farklı alacaklarının karşılanmadığını havi bir belge verilmektedir⁵⁰.

Takip yapan ipotekli alacaklıdan derece itibariyle önce gelen muaccel alacaklılar varsa, ihale bedelinin bu alacaklıların alacaklarının toplamını karşılaması gerekir (İİK m. 115/1). İİK m. 150/g uyarınca kıyasen uygulanacak İİK m. 125/3'e göre bu alacakların alacaklılarına ayrı bir takip yapmalarına gerek olmadan icra dairesince rüçhan hakları (İİK m. 206/1 c. 1) gereğince ödeme yapılır⁵¹.

bbb. İhale Tarihinde Müaccel Olan veya Müstakbel Alacaklar İçin İpotek Hakkının Sona Ermesi

Takip yapan alacaklıdan *derece itibariyle sonra gelen* müaccel alacaklar olup ihale bedeli takibe geçilmemiş bu alacakları karşılamaya yetmezse, rehin hakkı sona erer ve bu alacaklılara kesin rehin açığı belgesi verilir. İhale bedelinden takip yapan alacaklıya ödemede bulunulduktan sonra para artarsa, kanımızca alacaklının tatmin edilemediği kısım için rehin hakkı kaim değer üzerinde devam eder. Alacak muaccel hâle geldiğinde, alacaklı alıcıya karşı taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatabilir (İİK m. 145-147)⁵². İhale ile birlikte ipotek sona ereceği için alacak muaccel olunca ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamaz. Bunun yanında önce rehne başvurma kuralı (İİK m. 45) uyarınca alacaklı alıcıya karşı genel haciz yoluyla takip de başlatamaz. Takip yapan alacaklı lehine üst sınır ipoteği tesis edilmiş, söz konusu ipotek aynı alacaklının ileride doğması muhtemel alacaklarını da temin ediyorsa, paraya çevirme işlemi ile ipotek hakkı sona erer.

Alacakların ödenmesinden sonra ihale bedeli artmışsa, müstakbel alacakların varlığı söz konusu ise (örneğin banka teminat mektubunun paraya çevrilerek gayri nakdi kredinin nakdi krediye dönüşme ihtimali varsa) artan paranın, icra dairesince alacaklıya teminat oluşturmaya devam edecek şekilde muhafaza edilmesi gerekir. Bu durumda, fazlalık değer alacaklının ipotek hakkını ikame edecek olup, bu hususa aşağıda ayrıca temas edilecektir⁵³. O bakımdan, üst sınır ipoteğinde ihale ile alacaklının ipotek hakkı sona erse de fazlalık değer üzerinden teminat güvencesi müstakbel alacaklar için devam eder.

belgesi verilemeyeceği, İsviçre Hukukunda olduğu gibi bir belge verilebileceğini savunmaktadır (Korkmaz [n 22] 114).

50 Bu konuda bkz. Amonn ve Walther (n 43) § 33 N. 42; Zopfi (n 45) VZG Art. 120 N. 6; Rolf Gütlün ve Gerhard Kuhn, in Roger Schlegel ve Markus Zopfi (eds), *Die betriebsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken in Theorie und Praxis* (Schulthess 2019) N. 797-798; Käser ve Häcki (n 42) Art. 158 N. 3; Moser (n 22) 20.

51 Deynekli (n 1) 206; Korkmaz (n 22) 109. "15.9.2003 tarihinde gerçekleşen ihalede müşteki Banka 2. derecede ipotek alacaklısı konumunda olup taşınmaz üzerinde 40.000.000 TL bedelle 1. derecede ipoteği bulunan şirketin ipotek alacağını karşılar biçimde 3.800.000.000 TL bedelle İİK'nun 129/2. maddesi koşullarına uygun olarak taşınmaz satışı gerçekleşmiştir. İhalenin kesinleşmesi üzerine, 1. derecedeki ipotek alacağı ihale bedelinden alınarak talep halinde bu ipotek alacaklısına ödenmek üzere, icra veznesine depo edilmek koşuluyla, ihale alıcısının taşınmazı tüm takyidatlarından âri olarak tapuda adına tescil ettirebilir. Bir başka anlatımla İİK'nun 129. madde koşullarında gerçekleşerek kesinleşen ihale sonucunda taşınmaz üzerindeki ipotekler ve hacizler kalkarak taşınmazın tapuda tescili gerçekleşir." Yargıtay 12 HD, 26.1.2004, 24232/1394 (E-Uyar).

52 Alacak rehni takip hukukunda taşınır rehni muamelesi görür (İİK m. 23/1 b. 2).

53 Bkz. aşa. I, D, 3, a, ii.

Takip yapan ipotekli alacaklıdan *derece itibarıyla önce gelen* müeccel alacaklılar varsa, İİK m. 150/g uyarınca kıyasen uygulanacak İİK m. 125/1'e göre arttırma şartnamesinde taşınmazın ipotekle birlikte satılacağı borçlunun bu taşınmaz ile temin edilmiş şahsi borçlarının da alıcıya intikal edeceğine yer verilir. Lafzi yorum, alıcının taşınmazı ipotek yüküyle iktisap etmekle kalmayacağı bir de müeccel borca kanun gereğince kısmen katılacağına işaret etmektedir⁵⁴. Öyle ki alıcı ile alacaklının borca katılma için bir anlaşma yapmasına dahi gerek bulunmamaktadır⁵⁵. Dikkat etmek gerekir ki, alacaklı önceki borçluya bir yıl içinde başvuru hakkını saklı tuttuğunu bildirmezse, borçlu borcundan kurtulur (TMK m. 888/2; İİK m. 125/2). Takibe konu edilmemiş müeccel alacak muaccel hâle geldiğinde, ipotek hakkı bâki kaldığı için bu sefer alıcıya karşı yeni bir ipotegün paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılacak ve taşınmaz bu alacağa dayanılarak tekrar paraya çevrilecektir⁵⁶. İhale bedeli, muaccel hâle gelen bu alacağı karşılamaya yetmezse, alacaklıya kesin rehin açığı belgesi verilecek, alıcı borca katılan konumunda olup borçtan şahsen de sorumlu tutulduğu için bir de diğer malvarlığı değerlerinin haczedilip paraya çevrilmesine katlanmak durumunda kalacaktır⁵⁷. İİK m. 125/1'de öngörülen alıcının hem aynı hem de şahsi sorumluluk altına sokulduğu söz konusu rejim eleştiriye açıktır. Böyle bir sorumluluk rejiminin kişileri pey sürmekten alıkoyacağı, cebri satışa katılımın düşük kalacağı şüpheden uzaktır.

Alıcının aynı ve şahsi sorumluluk altına sokulması, bu şekilde ilgililerin arttırmaya mesafeli duracak olmaları nedeniyle ipotekli taşınmazı satmak hiç de kolay değildir. Bu nedenle, uygulamada bazı dosyalarda ipotekli taşınmaz paraya çevrilirken müeccel ipotekli alacaklar muaccel ipotekli alacaklarmış gibi değerlendirilip asgari ihale bedeli belirlenirken dikkate alınmakta, yani taşınmaz ipotek yüküyle birlikte satılmamakta⁵⁸; bunun yanında, müeccel alacaklılara ihale bedelinden

54 Örn. bkz. Gürsoy, Eren ve Cansel (n 19) 1020. Alıcının yalnız iktisap ettiği taşınmazın değeriyle değil, fakat bütün malvarlığıyla sorumlu tutulacağına ilişkin bkz. Postacıoğlu ve Altay (n 1) 578. İİK m. 125/2'nin ihale ile birlikte borcun da müşteriye ayrıca bir anlaşmaya lüzum olmaksızın devrolunmuş bulunacağı tarzında ifade bulunduğu hususunda bkz. Üstündağ (n 1) 263. Alıcının ipotek sözleşmesindeki alaktan rehinin alacak bakımından kapsamına göre taşınmazla sorumlu olacağına ilişkin karşı. Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 1) 266.

55 Üstündağ (n 1) 263; Aslan (n 29) 80; Dönmez (n 29) 151; Uyar, Uyar ve Uyar, *CI* (n 1) 1639. Borçtan alacaklıya karşı hem borçlunun hem de müşterinin sorumlu olacağına ilişkin bkz. Mustafa Reşit Belgeşay, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm: Metinler ve İzahı* (2. Baskı, İstanbul Üniversitesi 1949) 140.

56 Bu görüşte bkz. Postacıoğlu ve Altay (n 1) 578; Aslan (n 29) 80; Dönmez (n 29) 153; Muşul, *İhale* (n 29) 113-114; Muşul, *Esaslar* (n 35) 480-481; Muşul, *Rehin* (n 35) 361-362; Namlı (n 29) 424 ve 502. İpotegün paraya çevrilmesi yoluyla takipte önceki derecedeki müeccel ipotekli borçların alıcıya geçeceğine ilişkin ayrıca bkz. Akyazan (n 29) 38; Gürdoğan, *Sorunlar* (n 1) 32; Gürdoğan, *İcra* (n 1) 193; Kuru, *İcra El Kitabı* (n 1) 1024 ve oradaki dn 20; Deynekli (n 1) 204; Muşul, *İhale* (n 29) 112-113; Muşul, *Esaslar* (n 35) 479; Korkmaz (n 22) 108-109. Genel haciz yoluyla takip bakımından aynı görüş için bkz. Arar (n 1) 284; Ansay (n 1) 151; Aslan (n 29) 77, 80; Karlı (n 1) 436; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 29) 267; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 1) 257.

57 *Postacıoğlu ve Altay*, arttırma şartnamesinde kişisel borçların alıcıya geçeceği açıkça belirtilmek koşuluyla, 10.000 TL pey sürerek taşınmazı 30.000 TL muaccel olmamış bir borç için ipotekle yüklü olarak iktisap eden alıcının 30.000 TL borcu ödemek zorunda kalacağını, taşınmaz kendisine karşı başlatılacak yeni takipte yapılacak bir arttırmada 30.000 TL'nin altına satılırsa, eksik kalan kısım için şahsen sorumlu olacağını belirtmektedirler (Postacıoğlu ve Altay [n 1] 578-579).

58 Bu konuda bkz. Uyar (n 1) 259 ve 359; Deynekli (n 1) 204. Bu uygulamanın eleştirisi için bkz. Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 29) 298. Yargıtay'ın da muaccel olmayan ipotekli alacaklılar bakımından ihalenin ipotek yüküyle birlikte yapıldığına ilişkin bir kararı bulunmaktadır: "(...) taşınmazın açık arttırma şartnamesinde gayrimenkul üzerindeki rehinle temin edilmiş muaccel borçların müşteriye devredilmeyerek satış bedelinden tercihen ödeneceğinin kararlaştırıldığı, söz konusu borçların henüz muaccel olmadıkları anlaşılmalı, ihalenin taşınmaz üzerinde bulunan O.t ...A....ye ait ipotekler ile yükümlü yapıldığı yönündeki mahkeme kararının onanması gerekirken sehven bozulduğu görülmekle, alacaklıların karar

iskonto yapılarak derhal ödemede bulunulmakta yahut elde edilen bedel borç muaccel olana kadar icra dairesinde muhafaza edilmektedir. Bu suretle, icra dairelerince zaten müeccel alacakların kaim değer üzerinden karşılanması sağlanarak, taşınmazın ikinci kez satılmasına set çekilmektedir. İcra dairesinin artan ihale bedelini malike vermemesi yerindeyse de alacaklıya taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmadan ödeme yapılması, sonradan muaccel hâle gelen alacak için alıcıya hukukî dinlenilme hakkı (Hukuk Muhakemeleri Kanunu [HMK] m. 27) tanınmaması itibariyle eleştiriye açıktır.

Rehinli taşınmaz üzerindeki önceki sırada bulunan müeccel borçların ve rehin haklarının intikali meselesi Alman Hukuku'nda Cebrî Arttırma ve Cebrî İdare Kanunu (Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung [ZVG]) § 52 hükmünde düzenlenmiş olup; benimsenen "devralma ilkesi" (Alm. "Übernahmeprinzip") gereğince alıcı kendisinden önceki rehin yüklerini devralarak bunların bedelini ihale bedelinden mahsup eder⁵⁹. Kanun koyucunun bu sistemle arttırmalara olan ilgiyi arttırmayı hedeflediği, zira bu sayede diğer alacakları satış bedelinden mahsup eden alıcının (karşılama ilkesine göre) daha az peşinat vererek malın kendisine ihale edilmesinin mümkün kılındığı belirtilmektedir⁶⁰. Öte yandan bu ilke doğrultusunda alıcı rehinle yüklü bir taşınmazı devralmış olur ve bu rehin haklarının kendisine karşı kullanılması riskini de üstlenir⁶¹. Nitekim Alman Hukuku, İİK m. 125 hükmüne paralel bir şekilde, alıcıyı taşınmazda mevcut bulunan (ve satışla kendisine geçen) ipotek haklarının teminat altına aldığı temel borç ilişkilerinden dolayı da sorumlu kılmaktadır. Zira ZVG § 53 hükmünde (eğer ki takip borçlusunu aynı zamanda temel borç ilişkisinin borçlusunu ise⁶²) yasal bir borcun iç üstlenilmesi meydana geleceği öngörülmektedir⁶³. Burada alıcının son tahlilde eski borçluya karşı sorumlu olduğunu vurgulamak gerekir. Zira alıcının devraldığı ipotegün alacaklısı borcun üstlenilmesine rıza göstermese ve dış ilişkide takip borçlusunu ona karşı sorumlu olmaya devam etse dahi iç ilişkide Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]) § 415/3 hükmü uyarınca alıcının borçluya karşı bu borçtan ötürü sorumlu hâle geldiği ifade edilmektedir⁶⁴. Nitekim alacaklı borcun üstlenilmesine rıza göstermez ve borçlu alacaklıyı kendisi tatmin edecek olursa, alıcıya bu ipotek hakkına dayanarak rücu edebilir ve BGB § 1164 uyarınca tatmin etmiş olduğu alacaklının ipotek hakkı ona geçeceği için alıcıya

düzeltilme isteminin kabulüne karar vermek gerekmiştir." Yargıtay 12 HD, 19.6.2012, 9328/21205 (Lexpera).

59 Rainer Goldbach, in Wolfgang Schneider (ed), *ZVG Kommentar: Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung* (Otto Schmidt 2020) § 52 N. 4.

60 Klaus Bartels ve Marie-Louise Noll 'Das ZVG auf dem Prüfstand: Rechtsvergleichende Forschung zur Reform des ZVG: Eine Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz' (2017) <www.bmj.de> accessed 28.03.2023, 21.

61 Kurt Stöber, *Zwangsversteigerungsgesetz: Kommentar zum ZVG der Bundesrepublik Deutschland mit einem Anhang einschlägiger Texte und Tabellen* (CH Beck 2016) § 52 N. 2.1.

62 Bir kimsenin başkasının borcu için rehin verdiği ve bu borç nedeniyle taşınmazı paraya çevrildiği takdirde ZVG § 53 hükmünün işlemeyeceği, alıcı ile eski malik arasında borcun üstlenilmesi ilişkisi kurulmayacağı yönünde bkz. Goldbach (n 59) § 53 N. 4.2; Stöber (n 61) § 53 N. 2.1.

63 Volker Rieble, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch §§397-432: J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnissen* (Otto Schmidt/De Gruyter 2017) § 415 N. 39-40; Bernd Stumpe ve Stefanie Simon, in Johann Kindl, Caroline Meller-Hannich (eds), *Nomos Kommentar: Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung* (Nomos 2021) § 53 N. 3.

64 Stöber (n 61) § 53 N. 2.2; Stumpe ve Simon (n 63) § 53 N. 7.

karşı bu ipoteği öne sürebilir⁶⁵. Öyle ki madde hükmü, BGB'nin borcun üstlenilmesi hükümlerine (BGB § 416) atıfta bulunmakta ve iç üstlenen kişinin iç ilişkideki sorumluluğunun devam edeceğini düzenlemektedir. Eğer ki alacaklı, kanunen kurulan iç üstlenmeye rıza gösterirse, artık ortada bir dış üstlenme söz konusu olur ve alıcı borçlunun yerini aldığı için eski borçlu borcundan kurtulur⁶⁶. Yine borcun üstlenilmesine ilişkin genel hükümlere paralel olarak, eğer alıcı ile ipotek hakkı sahibi kimse aynı kişi ise artık “*alacaklının rızası*” aranmaz ve ZVG § 53 hükmünün etkisiyle alacaklı ile borçlu sıfatları birleştiği için ipotek miktarınca borç sona erer⁶⁷.

İsviçre Hukukunda da muaccel olmayan borçlar alıcıya intikal etmekte (SchKG Art. 135/1; VZG Art. 46/3), ihale alıcısı rehinle temin edilmiş alacağın kişisel borçlusu olmaktadır⁶⁸. Bununla birlikte Taşınmazların Paraya Çevrilmesi Hakkında Kararname (VZG) m. 45/1-a'ya göre arttırma şartnamesinin muaccel olmayan borçlardan doğan kişisel yükümün bunların ihale bedeline göre halen hukuken mevcut olduğu sürece alıcıya intikal edeceğini ihtiva etmesi gerekir. Aynı Kararname m. 49/2 uyarınca en yüksek teklifte bulunan, arttırma şartlarında öngörülmediği sürece ihale bedelini aşacak şekilde ödeme yükümlülüğü altına sokulamaz⁶⁹. Taşınmazların arttırma şartlarına yönelik bu Kararname ile hazırlanan ve kullanılan örnek 13B formunun A başlığının 3. maddesine göre rehinle temin edilen muaccel olmayan alacaklar alıcıya ihale bedeli tutarına kadar intikal eder. Görüleceği üzere, alıcının ihale ile intikal eden borçlardan sorumluluğu ödediği ihale bedeli ile sınırlı olup ihale bedelinin takibe konu alacağı karşılayıp karşılamamasına göre ayırım yapılmaktadır⁷⁰. Buna göre, ihale bedelini aşan rehin hakları sona erer ve tapu sicilinden terkin edilir⁷¹. Demek ki, ihale bedeli takip yapan alacaklının alacağını karşılamaya yetmemiş, tüm bedel bu alacaklının alacağına sarf olunmuşsa, borcun alıcıya intikal etmesi söz konusu olmayacak, ipotek sona erecek ve rehin hakkı tapu sicilinden terkin edilecektir. Buna karşılık, takip yapan alacaklının tüm alacağı karşılanmışsa,

65 Goldbach (n 59) § 53 N. 9; Stöber (n 61) N. 2.6; Stumpe ve Simon (n 63) § 53 N. 7.

66 Goldbach (n 59) § 53 N. 6; Stumpe ve Simon (n 63) § 53 N. 3 ve N. 6 (Yazarlar bir kimsenin borçlusunun kendi rızası dışında değiştirilememesi ilkesine sadık kalınarak dış üstlenme için alacaklının rızasının arandığına dikkat çekmektedir).

67 Rieble (n 63) § 415 N. 41 (Aynı yönde 4.6.1996 tarihli BGH kararı için bkz. NJW 1996 2310).

68 Deillon-Schegg (n 22) 107; Moser (n 22) 13; Bernheim ve Känzig (n 22) Art. 135 N. 5.

69 Bu konuda Bkz. BGE 60 III 31 (2). Karara konu olan olayda, alıcıdan istenen ek ödeme, arttırma şartnamesinde de ödenmesi gerektiği belirtilmiş olan, kanalizasyon yenileme bedelidir. Federal Mahkeme, “*Arttırma şartlarının alıcı bakımından icap niteliğinde olduğunu; zira bu şartlara göre onun da teklifte bulunacağı ya da hiç incelemede bulunmayacağı; bu sebepten ötürü şartnamenin düzgün hazırlanmasının uyumsuzlukların giderilmesi açısından önemli olduğu*” yönünde bir değerlendirmede bulunmuştur. Devamında ise Federal Mahkeme'ye göre, “*VZG 49 hükmünün alacaklıya şartnamede açık ve fark edilmemesi mümkün olmayan ek tutarları' ödememe hakkı vermediğini, hükmün alıcıya böyle bir koruma sağlama amacı olmadığını*” belirtmiştir. Bu nedenle, arttırma şartnamesinin kanundaki içerikten farklı olmasının veya takip alacağının çoktan ödenmiş olmasının bu ek ödemedeki kaçınma hakkı vermediğine karar verilmiştir.

70 Rehinli mal paraya çevrildiğinde sonraki derecedeki rehin haklarının temin ettiği alacaklar müeccele alıcıya geçecek olmasının sınırının ihale bedeli oluşturduğuna ilişkin bkz. Deillon-Schegg (n 22) 107; Moser (n 22) 14.

71 BGE 106 II 189; Deillon-Schegg (n 22) 107; Moser (n 22) 14; Gerhard Kuhn, *Kurzkommentar VZG* (Schulthess 2011) Art 46 N. 5; Possa, Gasser ve Stöckli (n 41) Art. 135 N. 5, 5a. Bu son yazarlar, ihale bedelinin rehinli alacaklıların alacağını karşılaması gerektiği belirtmektedirler. VZG Art. 45/1-a hükmü 1.1.1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten önce doktrinde alıcının sorumluluğunu tarihsel gelişim içinde ele alan *Fritzsche ve Walder-Bohner*, intikal sisteminin benimsendiğini, bu sistemde rehin hakkının sona ermeyeceğini, gerek rehinli alacaklının gerekse alıcının menfaatinin ihale ile rehin hakkının müeccele alacaklar bakımından sona ermemesi yönünde olduğunu ifade etmektedirler (Fritzsche ve Walder-Bohner [n 31] § 31 N. 9).

artan bedel kadar alıcı sorumlu olmaya devam edecektir. Bununla birlikte alıcı sorumlu olacağı meblağı ihale bedelinden indirebilecektir⁷².

Kanımızca herhangi bir ayrığa yer verilmeyerek lafzı çok geniş tutulan İİK m. 125/1'de kural aksaklığının meydana getirdiği bir boşluk vardır. Boşluk, hüküm teleolojik redüksiyona tâbi tutulup "ihale bedelinin bakiyesi kadar" şeklinde sınırlayıcı bir ayrık eklenerek, ihale bedelinin yetersiz kaldığı hâlde alıcının aynı ve şahsî sorumluluğu hükmün uygulama alanı dışında tutularak doldurulabilir. İhale bedelinin bakiyesi kadar devam eden rehin hakkının ipotek olmadığı altı çizilmelidir. İpotek, ihale ile her hâl ve kârda sona ermekte, alıcı taşınmazı ipotekli olarak iktisap etmemektedir. Bize göre ancak ihale bedelinden artan bir bedel varsa, rehin hakkı kaim değer üzerinde devam eder. Alacak muaccel hâle geldiğinde, ipotek verenin takip borçlusu veya üçüncü kişi olmasına göre bu kişiye, ayrıca alıcıya karşı taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir. İhale ile birlikte ipotek hakkı sona ereceği için alacak muaccel olunca ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamaz. Bunun yanında, önce rehne başvurma kuralı (İİK m. 45) uyarınca alacaklı alıcıya karşı genel haciz yoluyla takip de başlatamaz. Çünkü alacak rehni, borca katılan alıcının şahsî sorumluluğuna bakiye ihale bedeli kadar güvence teşkil etmektedir. Yani ipoteğin satılması neticesinde ortaya çıkan kaim değer, alıcının borcunu temin etmekte olup ipotekli taşınmaz maliki alıcı rehin veren üçüncü kişi konumundadır.

bb. Satışın Gerçekleştirilememesi Hâlinde İpotek Hakkının Sona Ermesi

İkinci arttırmada ipotekli taşınmazın ihale edilememesi, ihale edilmekle birlikte alıcının ihale bedelini süresi içinde ödemeyip ihalenin iptal edilmesi ve ihalenin icra mahkemesince feshedilmesi olmak üzere üç farklı ihtimalde satış gerçekleştirilememiş olur. Bu başlık altında satışın gerçekleştirilemediğinde ipotek hakkının sona erip ermediği ele alınacaktır.

Satışın gerçekleştirilememesinin ilk hâli, taşınmazın ikinci arttırmada karşılama prensibine uygun pey sürülmediği için ihale edilememesidir. 7343 sayılı Kanunla İİK'da yapılan değişiklikler öncesinde taşınmaz ikinci arttırmada ihale edilemediğinde satış talebi düşmekteydi (İİK m. 129/3). Satış talebi düşünce alacaklı yeniden satış talep edebilirdi. 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle alacaklıya kalan satış isteme süresi içinde satış günü verilmesini isteme yetkisi (İİK m. 115/7), bunun yanında satış gerçekleştirilemediğinde ek bir yıllık satış isteme süresi (İİK m. 106/2) tanındı⁷³.

7343 sayılı Kanun değişikliği öncesinde ikinci arttırma sonucunda taşınmaz ihale edilemeyip kesin rehin açığı belgesi verildiğinde takibin sona erip ermediği konusunda doktrinde ihtilaf bulunmaktaydı⁷⁴. Buna karşılık, ikinci arttırma sonucunda kesin rehin açığı belgesi düzenlense

72 Possa, Gasser ve Stöckli (n 41) Art. 135 N. 5.

73 Bu konuda bkz. Selçuk Öztekin, *Cebri Satışlarda Elektronik Ortamda Açık Arttırma Suretiyle Satışa İlişkin Bazı Notlar* (Platon 2022) 59-60.

74 Gürdoğan, kesin rehin açığı belgesi verildikten sonra takibin sona ermeyeceğini, alacaklının yeniden satış talep edebileceğini savunmaktadır (Gürdoğan, *Rehin* [n 1] 96, 105). Muşul da ikinci arttırmada rehinli mal ihale edilemediğinde satış talebinin düşeceğini ve alacaklının yeniden satış talep edebileceğini belirtmektedir (Muşul, *Rehin* [n 35] 315, 368; Muşul, *İhale* [n 29] 56-57). Fakat yazar yeniden satış talep edileceğinin ilişkin görüşünü alacaklıya bu aşamada kesin

dahi rehin hakkının sona ermediği ittifakla kabul edilmektedir⁷⁵. Yargıtay kararlarında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte alacaklının yeniden satış talep edebileceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. O kadar ki, bazı kararlarda satış gerçekleştirilemediğinde yeni bir satış isteme süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir⁷⁶. O halde, Yüksek Mahkemeye göre ikinci arttırma sonucunda ne rehin hakkı ne de takip sona ermektedir.

Kanımızca ikinci arttırmanın tamamlanmasıyla rehin hakkı ve takip sona erer ve alacaklıya derhal bir kesin rehin açığı belgesi verilir. Yukarıda belirtildiği üzere⁷⁷ kesin rehin açığı belgesinin düzenlenip alacaklıya verilebilmesi için rehin hakkı ve buna bağlı olarak icra takibi sona ermiş olmalıdır⁷⁸. İİK m. 152 ve İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği (İİK Yön.) m. 54'te kesin rehin açığı belgesinin düzenlenebileceği zaman açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, rehinli mal satılmazsa alacaklıya kesin rehin açığı belgesi verilir. Bunun yanında, aynı hükümde borçlunun malvarlığı değerlerinin haczine kendisine yeniden icra veya ödeme emri tebliği gerekmeden izin verilen 1 yıllık süre arttırma gününden itibaren başlatılmıştır. Görüleceği üzere, cebri icra yoluyla rehin konusu eşyayı satmaya girişen alacaklı için ikinci arttırma adeta bir “*kader anı*” yaratmakta, buradaki neticeye göre rehin hakkı başarılı bir şekilde kullanılmakta veya kesin rehin açığı belgesinin düzenlenmesiyle alacaklı

rehin açığı belgesi de verilip verilmeyeceğinden arı olarak serdetmiştir. Doktrinde diğer görüşe göre ise takip sona erer: “*Takip alacaklısının bırakın hangi sürede tekrar satış isteyebileceği sorusuna yanıt aramayı, rehinli malın yeniden satışını istemesini mümkün kılacak bir icra takibi dahi olmayacaktır*” (Bilgehan Yeşilova ve Hakan Hasırcı, ‘Rehlin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takipte Paraya Çevirme Süresine İlişkin Bir Kısmı Kazai İçtihadın Mukayeseli İncelemesi İİK m. 150/e, f 2, 3’ iç Prof Dr Necmettin M Berkin’e Armağan [Filiz 2021] 1393, 1453). Rehlinli mal satılmadığında takibin sona ereceğine ilişkin bkz. Korkmaz (n 22) 117-118; Melih Işık, *İcra Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanakları İİK m 143 105* (On İki Levha 2019) 65. Kesin rehin açığı belgesi verilmesiyle takibin sona erdiğine ilişkin ayrıca bkz. Özbay ve Çelik (n 49) 25. Kesin rehin açığı belgesi verildiğinde takibin sonuçlandığına ilişkin bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 29) 544. Kesin rehin açığı belgesinin verilebilmesi için satış aşamasının bitmesi ve takibin sona ermesi gerektiğine ilişkin bkz. Tunç Yücel (n 1) 126. Rehlin açığı belgesinin takip sonunda verileceğine ilişkin ayrıca bkz. Selçuk Öztekin, *İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası İİK m 143 m 251* (Alfa 1994) 37; Deynekli (n 1) 229.

75 *Gürdoğan’a göre taşınmaz satılmadığında takip yapan alacaklının rehin hakkı sona ermez. O, bir yandan rehin hakkı sahibi olarak taşınmazın yeniden satılmasını isteyebilecek, diğer yandan kesin rehin açığı belgesine istinaden borçluya karşı genel haciz yoluyla takip yapabilecektir* (Gürdoğan, *Rehin* [n 1] 96, 105). Rehlin hakkının rehin açığı belgesi tanzimi ile sona ermediğine ilişkin aynı yönde bkz. Berkin (n 1) 156; Berkin, *Rehber* (n 1) 391; Postacıoğlu ve Altay (n 1) 730; Korkmaz (n 22) 117-118; Yeşilova ve Hasırcı (n 74) 1455. Kesin rehin açığı belgesi düzenlenmesi ile rehin hakkının sona ermediğini savunan bu son yazarlar diğer yandan da alacaklıya derhal bir kesin rehin açığı belgesi verilmesi gerektiğini, alacaklının yalnızca genel haciz yoluna başvurabileceğini belirtmektedirler. Bunun yanında yazarlar rehin hakkı baki kalan alacaklının yeni bir rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapıp yapamayacağı sorusunu ortaya atmakla birlikte İİK m. 45 ile ilgili içinden çekilmesi güç sair soruların sorulması gerektiğini belirtmekle yetinmektedirler (Yeşilova ve Hasırcı [n 74] 1454-1456).

76 “*Satış talebinin düşmesi ile geçerli bir satış talebi kalmayacağından, satış isteme süresinin durması ve yeniden işlemeye başlaması söz konusu olamaz. Bu nedenle satış talebinin düşmesinden itibaren yeni bir süre işlemeye başlar, dolayısıyla İİK’nın 150/e maddesinde belirtilen iki yıllık sürede alacaklının yeniden satış talep etmesi zorunludur.*” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.9.2021, 749/992 (E-Uyar). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12 HD, 11.5.2016, 11294/13958 (E-Uyar).

77 Bkz. yuk. I, D, 2, a, i, i/a.

78 Rehlin açığı belgesinin düzenlenebilmesinin temel koşulunun rehin hakkının sona ermesi olduğuna ilişkin bkz. Rüetschi, Nawid ve Loretan (n 42) Art. 158 N. 3-5. Rehlin açığı belgesinin takip yapan alacaklıya tebliği ile takibin sona ereceğine ilişkin bkz. Karl Spühler, *Schuldbetreibungs – und Konkursrecht I* (6. Aufl, Schulthess 2014) N. 652. Rehlin açığı belgesinin düzenlenmesiyle takibin esas itibarıyla sona ereceğine, bununla birlikte alacaklının borçluya ödeme emri göndermeden haciz talep edebileceği süre devam ettiği müddetçe ödeme emrinin hükmünü yitirmeyeceğine ilişkin bkz. Käser ve Häcki (n 42) Art. 158 N. 8.

rehin hakkını kaybetmektedir. Bu bakımdan, satış işleminin ve rehin hakkının akıbeti belirli bir ana (ikinci arttırmanın tamamlanması anına) sabitlenmiştir⁷⁹.

Alacaklı bir yandan rehni yeniden paraya çevirtme yetkisini kullanabilirken, diğer yandan kesin rehin açığı belgesi ile borçlunun malvarlığı değerlerine el atamamalıdır. Başka bir deyişle, ya alacaklıya derhal kesin açığı belgesi verilmemeli; o, rehinli malın yeniden satışa çıkarılmasını talep edebilmeli ya da rehin hakkı sona erip kesin rehin açığı belgesi verilmeli, buna bağlı olarak da takip sona ermeli, alacaklı yeniden satış talep edememelidir. Kanun koyucu İİK m. 152 ve İİK Yön. m. 54'te tercihini ikincisinden yana yapmıştır. İlki tercih edilmiş olsaydı, rehin hakkı sahibi alacaklı alacağını halen taşınmazın satış bedelinden tahsil edebilecek durumda olacağı için, önce rehne başvurma zorunluluğuna tâbi olmaya devam eder, rehin hakkı sona ermeden de alacaklıya kesin rehin açığı belgesi verilemezdi. Aksi takdirde İİK m. 45'te düzenlenen "*önce rehne başvurma ilkesi*" de aşındırılmış olurdu. Kanun koyucu böyle bir tercihte bulunmuş olsaydı, temel amacı "*alacaklıyı borçlunun diğer malvarlığına başvurmaya yetkili hale getirmek*" olan⁸⁰ kesin rehin açığı belgesinin bir işlevi kalmazdı.

Görüşümüze göre, ipotekli taşınmaz ikinci arttırma sonunda ihale edilemediğinde rehin hakkı da takip de sona erdiğine göre, alacaklı 7343 sayılı Kanun değişikliği öncesinde yeniden satış talebinde bulunamaz, anılan değişiklikten sonra ise yeni bir satış günü verilmesini talep edemez. Dikkat edilirse, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipte paraya çevirme usulünü düzenleyen İİK m. 150/g'de atf yapılan hükümler, ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesine kıyasen uygulanmaktadır. Rehin hakkının sona erdiği an ikinci arttırmanın da sonuçsuz kaldığı an olmakla İİK m. 115/7 işin niteliğine uygun düşmediği için kanaatimizce rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipte uygulanma kabiliyetini haiz değildir.

Taşınmaz arttırma sonucunda satılamamışsa, yalnız takip yapan alacaklının rehin hakkı sona erer, aynı taşınmazla temin edilen diğer alacaklıların rehin hakkı bâkidir. Bu nedenle, diğer

79 Hâlbuki rehin konusu eşya kredi sözleşmesindeki geçerli bir özel yoldan paraya çevirme hükmüne istinaden bankanın kendisi tarafından bizzat paraya çevrileseydi, belki de daha uzun bir zaman aralığına yayılan (mutlaka kanunla katı bir şekilde belirlenmiş bir tarihte yapılması zorunlu olmayan) esnek bir satış işlemi gerçekleştirilebilecek ve bu sayede daha fazla alıcı ile irtibata geçilebilecekti (Özel satış yöntemindeki esnekliğin faydası hakkında genel olarak bkz Halil Ahmet Yüce, 'Rehin Hakkının Teminat İşlevi Bakımından Alacaklının Rehin Konusu Eşyayı Paraya Çevirme Yetkisi' [Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2023] 47 ve 474). Bu bakımdan, rehin konusu eşyanın özel yoldan satılması, eşyaya alıcı bulma evresinde (rehin hakkını kaybetme riski altında olmaksızın) alacaklının rehin hakkı varlığını sürdürmeye devam ettiği ve satılmadığı zaman rehin hakkı sona ermediği için, alacaklı için daha avantajlı sonuçlar yaratmaktadır. Cebrî icrada ise mutlaka belirli bir anda tamamlanacak olan satışa katılan alacaklı, taliplilerin arttırmaya o an gösterdiği ilgiye göre, rehin hakkını kullanabilecek veya kaybedecektir. Kaldı ki cebrî icra yoluyla yapılan satışların fiyat verimliliğine ilişkin dezavantajı da herkesçe bilinen bir olgudur.

80 Rehin açığı belgesinin temel işlevinin alacaklıyı diğer malvarlığı unsurlarına başvurmaya ehil hâle getirmek olduğu yönünde bkz. Fritzsche ve Walder-Bohner (n 31) § 34 N. 48; Rüetschi, Nawid ve Loretan (n 42) Art. 158 N. 2; Kren Kostkiewicz (n 43) Art. 158 N. 2. Kesin rehin açığı belgesi tanzim edildiğinde artık önce rehne müracaat kuralına dayanılmayacağına ilişkin ayrıca bkz. Spühler (n 78) N. 653; Postacioğlu ve Altay (n 1) 729; Gürdoğan, *Rehin* (n 1) 101; Gürdoğan, *İcra* (n 1) 194; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C III* (3. Baskı, Evrim 2000) 2482; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 29) 349; Eroğlu (n 1) 922; Okan Yağcı, 'Rehin Açığı Belgesi' (2016) 3(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 313, 318-319. Bu konuda ayrıca bkz. Tunç Yücel (n 1) 125; Deynekli (n 1) 230; Yılmaz (n 29) 838; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 29) 544; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 1) 468-469.

rehinli alacaklılara kesin rehin açığı belgesi verilmez⁸¹. İsviçre Hukukunda VZG m. 111'de paraya çevirme sonuçsuz kalırsa, icra dairesinin takibe konu edilen alacak bakımından rehin hakkının terkin edilmesini isteyeceği açıkça düzenlenmiştir. Aynı Kararname m. 120 uyarınca taşınmaz yeterli pey sürülmediği için paraya çevrilemezse, satış talep eden alacaklıya Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) Art. 158 uyarınca rehin açığı belgesi verilir. Bu alacaklının rehin hakkı, takip konusu alacağının miktarına göre kısmen veya tamamen terkin edilir⁸². Bunun yanında, aynı alacaklının birden çok alacağı aynı ipotekle temin ediliyor, alacaklı bu alacaklarından birisi için takip yapmışsa, rehin hakkı yalnız takibe konu alacak için sona erer; alacaklı, muaccel hâle gelmek koşuluyla diğer alacakları için sonradan yeni bir takip yapabilir. Alacaklarının muaccel olup olmamasına bakılmaksızın takip yapmamış alacaklıların rehin hakkı paraya çevirtme yetkisi henüz kullanılmadığından devam eder. Bu alacaklılara ne rehin açığı belgesi ne de VZG Art. 120 c. 2 uyarınca takip yapmamış diğer rehin alacaklılara alacaklarının karşılanmadığını havi bir belge verilir⁸³.

Satışın gerçekleştirilememesinin ikinci hâli, taşınmaz ikinci arttırmada ihale edilmekle birlikte alıcının ihale bedelini süresi içinde yatırmaması üzerine ihalenin iptal edilmesidir⁸⁴. Alıcı ihale bedelini 7 günlük süre içinde ödemezse ihale iptal edilir (İİK m. 115/6, 118, 130). İhalenin iptali geçmişe etkilidir. Yani ihale hiç yapılmamış olur. Bu durumda, ipotek hakkı avdet eder; alacaklıya verilmişse kesin rehin açığı belgesi de hükmünü yitirir. Alacaklı ipotekli taşınmazın yeniden paraya çevrilmesini talep edebilir. Şu hâlde, İİK m. 115/7, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde ihalenin iptal edilmesine uygun düştüğü için kıyasen uygulanabilir. Alacaklı kalan satış isteme süresi içinde satış günü verilmesini talep edebilir; kök süre geçmişse, İİK m. 106/2 uyarınca ek 1 yıllık süreden yararlanabilir.

Son olarak, ihale icra mahkemesince feshedilince de satış gerçekleştirilememiş olur. Zira ihalenin feshi kararı geçmişe etkilidir⁸⁵. İhalenin iptal edilmesinde olduğu gibi bu ihtimalde de ipotek hakkı avdet eder, alacaklıya verilmişse kesin rehin açığı belgesi hükmünü yitirir. Buna bağlı olarak, alacaklı

81 Gürdoğan, *Rehin* (n 1) 106; Gürdoğan, *İcra* (n 1) 193; Gürdoğan, *Sorunlar* (n 1) 32; Özbay ve Çelik (n 49) 12; Eroğlu (n 1) 924.

82 Gütlin ve Kuhn (n 50) N. 797; Moser (n 22) 19-20.

83 Zopfi (n 45) Art. 120 N. 4.

84 Taşınmaz birinci arttırmada ihale edilmiş, fakat alıcı ihale bedelini süresi içinde yatırmamışsa, 7343 sayılı Kanun değişikliği sonrasında ikinci arttırmaya geçilir (İİK m. 115/6 c. 2).

85 İhalenin feshi kararının geçmişe etkili sonuçlar doğuracağı hakkında bkz. Postacıoğlu ve Altay (n 1) 622; Berkin, *Rehber* (n 1) 359; Ramazan Arslan, *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1984) 202; Dönmez (n 29) 466; Yıldırım ve Deren Yıldırım (n 29) 306; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 29) 329; Ömer Çon, *İhalenin Feshi İcra ve İflâs Kanunu Madde 134* (Yetkin 2021) 140-141; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 29) 312; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 1) 322. İhalenin feshedilmesi hâlinde, alıcının ihale anında kazanmış olduğu mülkiyet hakkının geriye etkili olarak son bulacağı yönünde bkz. Y. 12. HD, 7.2.2019, 16268/1548 (Lexpera). İhale yoluyla iktisabın bozucu şartta bağlı olduğu, o şartın da ihalenin feshedilmesi olduğu konusunda bkz. Deillon-Schegg (n 22) 100-101 ve 114-115. İsviçre Hukukunda ihalenin feshi hâlinde tekrar arttırma yapılabileceği konusunda bkz. BGE 119 III 74 (1a); Jaeger, Walder, Kull ve Kottmann (n 45) Art. 132a N. 9; Jürg Roth, in Daniel von Staehelin, Thomas Bauer, Franco Lorandi (eds), *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I Art 1-158 SchKG* (3. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2021) Art 132a N. 37.

kalan satış isteme süresi içinde satış günü verilmesini talep edebilir (İİK m. 115/7), kök süre geçmişse, İİK m. 106/2 uyarınca ek 1 yıllık süreden yararlanabilir.

b. Arttırmının Gerçekleşmediği İhtimal: Takibin Taşınmaz Paraya Çevrilemeden Sonuçsuz Kalmasının Alacaklının Takibin Konusunu Oluşturmayan Diğer Alacakları Bakımından İpotek Hakkına Etkisi

Yargıtay'ın benimsemiş olduğu "ipoteke hakkının bölünmezliği" ilkesinin en büyük etkisi bu hipotezde ortaya çıkmaktadır. Zira Yargıtay'a göre takip talebinde bulunulduğu an ipotek hakkı kullanılmış sayılacağı için takip sonuçsuz kalsa dahi ipotek hakkı sona ermiştir. Hâlbuki ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip taşınmaz arttırmaya çıkılmadan sonuçsuz kalmışsa, rehin hakkı henüz kullanılmamış demektir.

Takibi bu şekilde sonuçsuz bırakacak hâllerden ilki, süresinde satış talep edilmemesidir. Alacaklı süresinde satış talep etmediği için ilk takip düşmüşse (İİK m. 150/e), rehin hakkı sırf takibe geçildiği için sükût etmez. Gerek düşen takibin konusunu oluşturan gerekse ipotek kapsamında olup bu arada muaccel hâle gelen diğer alacaklar için yeni bir ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir⁸⁶.

Takibin bu şekilde sonuçsuz bırakacak hâllerden bir diğeri, yukarıda anılan Yargıtay kararına konu olan olayda geçen takip konusu borcun haricen ödenmesidir. Takip devam ederken borç ödenirse, bu takipte talep edilmeyen diğer alacak ile yeni doğan alacakların ipoteğin teminatı kapsamında istenemeyeceği ve haricen tahsilin ipoteği çözeceği şeklindeki gerekçe, Yargıtay'ın ödeme ile rehin hakkının sona erdiği görüşünde olduğu intibasını uyandırmaktadır. Gerçekten fer'ilik ilkesi gereğince rehin hakkının sona ermesine neden olan olgulardan birisi kuşkusuz teminat altına alınan alacağın sona ermesidir (Türk Borçlar Kanunu [TBK] m. 131)⁸⁷. Alacak sona erince, ipotekli taşınmazın maliki alacaklıdan ipoteği terkin ettirmesini isteyebilir (TMK m. 883). Alacaklı terkin ettirmemiş, ipotek şeklen de olsa varlığını sürdürmüşse, yeni bir ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapıldığında, İİK m. 150 c. 3 uyarınca sicil düzeltilmesini davasının açılması gündeme gelecektir⁸⁸.

86 Yukarıda temas edilen Yargıtay 12 HD, 8.11.2021, 10344/9813 (E-Uyar) sayılı kararda süresinde satış talep edilmediği için sona eren ilk takip devam ederken borç haricen ödenmişken, aynı ipotekle temin edilen başka bir kredi ilişkisine kefaletten doğan borç için başlatılan yeni ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin ilk takipte ipoteğin çözüldüğü gerekçesiyle iptali cihetine gidilmiştir. Dikkat edilirse, Yargıtay ilk takip süresinde satış talep edilmediği için düşmüş olsa bile ipoteğin çözüldüğünü, aynı veya farklı bir alacak yeni bir takip yapılamayacağı sonucuna varmamıştır. Başka bir alacak için de olsa "ipoteke hakkının bölünmezliği ilkesi" uyarınca yeni bir takip yapılmasına, ilk takip derdestken yapılan harici ödemenin ipoteği çözmesinin engel teşkil ettiği içtihat edilmiştir. Zaten süresinde satış talep edilmemesi neticesinde takibin düşmesiyle, takip yapılmasına bağlanan hukukî sonuçlar prensip itibarıyla ortadan kalkar. Bir an için takibe geçilmesiyle rehin hakkı kullanıldığı içtihat edilmiş olsaydı bile, ilk takibin yapılmamış sayılmasıyla rehin hakkının avdet etmesi gerekirdi.

87 Kısmî ifadadaki durum için bkz. yuk. d.n. 16. Bu konuda ayrıca bkz. Sezin Aktepe, 'İpoteğin Alacağına Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri' (2007) 12 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 177, 183.

88 Borç sona erdiğinde açılacak sicil düzeltilmesi davası hakkında bkz. Uyar (n 1) 6; Budak (n 1) 208; Tunç Yücel (n 1) 261; Deynekli (n 1) 131; İbrahim Özbay, 'İpoteğin İptali Davası İİK m 150 c 3 Üzerine Bir İnceleme' (2007) 11(3-4) EÜHFD 403, 415 vd; Tolga Akkaya, 'İcra Hukuku Bağlamında Süreli İpotek' (2013) 12 TAAD 161, 174-175; Meriç ve İyilikli (n 35) 61-62.

Fakat kanımızca haricen ödeme rehin hakkının adeta tüketilmesi ve kapsamındaki diğer alacaklar bakımından da sona ermesi sonucunu doğurmaz. Bir kere alacaklı; alacağına ipoteğin satış bedelinden değil, borçlu veya üçüncü kişinin borcu ifa etmesi sonucunda kavuşmuştur. Sonra, üst sınır ipoteği, doğmuş borçların yanında ileride doğabilecek borçların da teminatını teşkil edebilmesi için ihdas edilmiş olup (TMK m. 881) ipotekle alacak hakkının bağlılığı gevşetilmiştir⁸⁹. Fer'ilik ilkesinin esnetildiği üst sınır ipoteğinde (anapara ipoteğinden farklı olarak) taşınmaz henüz paraya çevrilmeden doğmuş tüm borçlar ifa edilse bile, ipoteğin kapsamı içinde bulunan diğer alacaklar için sona ermez⁹⁰ ve teminat kapsamı içerisinde yer alan alacaklar⁹¹ ileride doğdukları zaman kendiliğinden üst sınır ipoteğinin koruması altında olur. Böylece, o an için muaccel bir borç bulunmasa bile, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinden doğabilecek yeni alacaklar olduğu sürece, ipotek de varlığını devam ettirir⁹². Bu bakımdan, örneğin bir kredi sözleşmesinden gelecekte doğacak borçlar da ipotek limiti dâhilinde ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına girer. Taşınmaz farklı alacaklar için teminat teşkil ediyorsa, bu alacaklardan biri sona erdiğinde, üst sınır ipoteği diğer alacağın teminatını oluşturmaya devam eder⁹³. O nedenle, şunu vurgulamakta fayda vardır:

- 89 David Duerr, in Peter Gauch, Jörg Schmid (eds), *ZK – Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Grundpfand Bd. IV/2b* (Schulthess 2009) Art. 794 N. 99; Pascal Simonius ve Thomas Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band II Die beschränkten dinglichen Rechte* (Helbing Lichtenhahn 1990) § 5 N. 22; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 10) N. 3403; Helvacı (n 16) 304; Türker Yalçınduran, 'Ana Para ve Üst Sınır İpoteki Arasındaki Farklılıklar' iç *Prof Dr Ergun Özsunay'a Armağan* (Vedat 2004) 671, 675; Aktepe (n 87) 181; Meriç ve İyilikli (n 35) 43. Nitekim bu doğrultuda, doğmuş ya da doğacak birden fazla alacak için genel bir rehin hakkı tesis edilmesi istendiği vakit üst sınır ipoteğinin kurulması gerektiği ifade edilmektedir (Ayşe Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* [7. Baskı, Yetkin 2019] 593; Jörg Schmid ve Bettina Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht* [Schulthess 2017] N. 1507a).
- 90 Banka genel kredileri bakımından benzer yönde bir örnek için bkz. Mehmet Işık, *Banka Genel Kredi Sözleşmesinde İpotek* (Yetkin 2022) 83 (Özellikle sözleşme boyunca müşterinin farklı krediler çekmesi mümkün olduğu için genel kredi sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran çerçeve bir sözleşme olduğu ve bu nedenle sözleşme süresi boyunca bir tarihte borcun sıfırlanmasının ipotek hakkının sona ermesi anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. Işık [n 90] 85).
- 91 Bu bakımdan (uyuşmazlıkların önlenmesi için) teminat kapsamına giren alacak ilişkisinin sözleşmede belirlenmesinin, bir başka deyişle üst sınır ipoteğinin hukuki sebebinin (alacağın kökeninin) ipotek sözleşmesine yazılmasının önem taşıdığı ortadadır (bkz. Duerr [n 89] Art. 794 N. 71; Simonius ve Sutter [n 89] § 5 N. 21; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir [n 10] N. 3253 d.n. 85a; Işık [n 90] 84-85). Zira ileride açılacak "ipotek kaydının kaldırılması" davalarında bu hukuki sebebin (alacağın) gerçekten sona erip ermediğinin incelenmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay kararları da mevcuttur (örneğin bkz. Yargıtay 14 HD, 28.4.2014, 1728/5448 [Lexpera]).
- 92 Duerr (n 89) Art. 794 N. 104-106 (Yazara göre bu özelliğinden ötürü üst sınır ipoteğinin içi taraflar arasındaki temel borç ilişkisinin o anki durumuna göre [adeta rehin derecelerini andırır bir biçimde] dolu veya boş olabilir. Bu bakımdan üst sınır ipoteği anapara ipoteğine göre oldukça yüksek bir *elastikiyete* sahiptir); Simonius ve Sutter (n 89) § 5, N. 22 (Yazarlar cari hesabın o anki alacak durumuna göre taşınmaz üzerindeki teminat yükünün üst sınır içerisinde sürekli daralma ve genişleme gösterdiğini vurgulamaktadır); Helvacı (n 16) 304. Bu bakımdan, üst sınır ipoteği, tapu sicilinde var olmaya devam ettiği sürece ileride doğan alacakları kendiliğinden teminatı altına almaya devam ettiği için, anapara ipoteğinin aksine, tapuda tekrar ipotek tesis edilmesi gerekliliğini ortadan kaldırır (bkz. Duerr [n 89] Art. 794 N. 104). O nedenle, şimdilik borçların ifa edilmiş olması, üst sınır ipoteğinin sona ermesini gerektirmez. İpotenin kapsamı içinde yer alan diğer alacağın henüz doğmamış olması, ipotek tescilinin yolsuz olmasına sebebiyet vermez (Özbay [n 88] 419; Meriç ve İyilikli [n 35] 43). Bu durumun, prosedürel kolaylığa ek olarak, taraflar için vergi ve harç ödemeleri bakımından da avantaj sağladığı vurgulanmaktadır (bkz. Yalçınduran [n 89] 675).
- 93 Vurgulamak gerekir ki, bu durumun gerçekleşmesi için elbette diğer alacakların da ipoteğin kapsamında olduğu üzerinde bir uyumsuzluk bulunmamalıdır. Örneğin Yargıtay, konut finansmanı kredisinin teminatı olarak tesis edilen ipoteği konu edinen bir kararında, ipotek senedinde yer alan taşınmazın borçlunun bankadan kullandığı diğer kredilerin de teminatı olduğu yönündeki kaydı şaşırtıcı şart olarak nitelendirmiş ve tüketici açısından yazılmamış sayılacağı, borçlunun bankadan kullandığı diğer kredilerin veya kredi kartından doğan borçların bu üst sınır ipoteği kapsamında sayılamayacağı sonucuna varmıştır (bkz. Yargıtay 23 HD, 16.11.2016, 3963/5051 [E-Uyar]; kredi kartı borcu bakımından

Birden fazla alacak ipotekle teminat altına alınmışsa, bunlardan biri ifa ile son bulursa, yalnızca o alacak ve üst sınır ipoteği arasındaki rabıta sona erer. Diğer alacakların ipotek hakkıyla olan ilişkileri bundan zedelenmez. Her alacak hakkının üst sınır ipoteğiyle kurduğu ilişki ayrı olup, müstakbel alacakların da dâhil edildiği ihtimalde bu ilişki zaten oldukça zayıftır. Bu sebepten ötürü üst sınır ipoteğiyle teminat altına alınan bir alacağın ifayla sona ermesi, diğer alacaklar bakımından da ipotek hakkının sona erdiği anlamına gelmez. İpotek hakkı, ipotek sözleşmesine göre teminatın kapsamında bulunan diğer alacak haklarıyla kurmuş olduğu (ya da bu haklar doğunca kuracağı) fer'ilik ilişkisine dayanarak varlığını sürdürmeye devam eder.

Öte yandan, paraya çevirme hâlinde ise doğrudan ipotek hakkının kendisi kullanılarak sönmüldüğü için artık hangi alacağın tahsilinin amaçlandığına bakılmaksızın ipotek hakkı tamamen (teminat kapsamındaki tüm alacaklar için) sona erer. Bu bakımdan, alacaklının tatmin edilme şekli rehin hakkının verdiği "paraya çevirme" yetkisi kapsamında yapılan bir satış vasıtasıyla gerçekleşmediği (bir başka deyişle henüz rehin hakkı kullanılmadığı) sürece ipotek sona ermemelidir. Bu nedenle, takibin başlayıp daha sonra alacaklının başka bir şekilde tatmin edilmesinin söz konusu olduğu hâllerde henüz rehin hakkı kullanılmış sayılamayacağı için "ipotek hakkının bölünmezliği" ilkesi gerekçe gösterilerek rehin hakkının ipotekle korunan diğer alacakların tahsili için kullanılmayacağı sonucuna ulaşmak mümkün gözükmemektedir, hele ki haricen tahsil nedeniyle alacağın sona ermiş olduğundan bahsedilerek. Rehin hakkı, teminat altına aldığı diğer alacak yahut takip konusu yapılmamış alacağın bakiyesi ya da fer'isi için varlığını sürdürmeye devam etmelidir.

3. "TEK TAKİP" İLKESİNİN DİĞER ETKİLERİ

a. Müstakbel veya Müeccel Diğer Bir Alacağının Üst Sınır İpoteğinden Mahrum Kalmasını İstemeyen Alacaklının Alacağı Henüz Doğmadan veya Muaccel Hâle Gelmeden Takibe Geçmeye Zorlanması

Yargıtay'ın benimsemiş olduğu ipotek hakkının bölünmezliği ilkesinin doğal bir sonucu olan "tek takip ilkesi" uyarınca alacaklı, yalnızca bir defaya mahsus olarak takip talebinde bulunabilir. Öte yandan özellikle üst sınır ipoteklerinin birden fazla alacağı (hatta bunların bir kısmı henüz doğmamış olsa dahi)⁹⁴ aynı anda teminat altına alması mümkündür. Elbette ipotek koruması altındaki bu alacakların farklı tarihlerde muaccel hâle gelmesi veya varlık kazanması da söz konusu olabilir. Bu bakımdan,

bkz. Yargıtay 23 HD, 3.6.2020, 8166/1903 [Lexpera]). Zira Yargıtay'a göre: "...ipotek konut finansmanı kredisinin teminatı olarak kabul edilen ve istisna getiren kanuni düzenlemeler gözetildiğinde MK'da düzenlenen ipotekten farklı olduğu açıktır. Tüketicinin Kanunu'nun amacı olan tüketicinin korunması öncelendiğinden, hareketle konut finansmanı kredisinin teminatı dışında ipotek senedine yazılan kayıtların az yukarıda belirtildiği gibi haksız şart olarak kabulü ile yazılmamış sayılma müeyyidesine tabi tutulacaktır." (bkz. Yargıtay 23 HD, 13.9.2017, 7190/2135 [Lexpera]). Böyle bir durumda taraflar arasında bu alacakların da ipotek güvencesinden yararlanmasına ilişkin irade uyumu gerçekleşmemiş olacağı için ipotek hakkı tek bir alacağı koruma altına alacak ve bu alacak sona erdiği zaman ipoteğin kendisi de sona erecektir. Nitekim taşınır rehni bakımından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda da tüketicinin taşıt kredisinin için tesis edilmiş olduğu rehinin kredi kartı borcunu da teminat alması esası reddedilmiş, haksız şart oluşturacağı nedeniyle iptaline karar verilmiştir (bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.1.2015, 596/792).

94 Helvacı (n 16) 304; Sirmen (n 89) 593; Köprülü ve Kaneti (n 9) 376-377; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 10) N. 3403.

Yargıtay içtihadıyla ipotek hakkının özellikleri arasında bir uyumsuzluk olduğu görülmektedir. Zira özellikle şu hipotez alacaklıyı oldukça dezavantajlı bir konuma sokar: Alacaklının ipotekle teminat altına alınan ve takip talebine konu edilmemiş bir alacağı, takip talebinden sonra (fakat arttırmanın tamamlanmasından önce) muacceliyet kazanabilir. Fakat Yargıtay’a göre alacaklı, böyle bir durumda “*tek takip*” prensibi nedeniyle ipotek hakkının takip talebi anında sona ermesinden ötürü, sonradan muacceliyet kazanan (örneğin bu aralıkta vâdesi gelen) diğer alacakları için ipotek hakkını kullanamaz⁹⁵. Bu ise alacaklıyı takip talebinde bulunmak için beklemeye itecek ve borçlu için adeta *fiili vâde uzatımı* anlamına gelecektir. Yahut henüz varlık kazanmamış ya da varlık kazanmakla birlikte muaccel hâle gelmemiş alacak için henüz takip yapmaya imkân bulunmamasına rağmen taşınmazın paraya çevrilmesinden önce alacağın varlık kazanacağı yahut muaccel hâle geleceği beklentisi ile muaccel alacakla birlikte takip talebinde gösterilmek mecburiyetinde kalınacaktır.

aa. Diğer Alacağın İhaleden Önce Doğması veya Muaccel Hâle Gelmesi

Yargıtay’ın benimsediği “*ipotek hakkının bölünmezliği*” ilkesine göre alacak ilk takibin yapıldığı tarihte hiç doğmamış ya da doğmuş olmakla birlikte henüz muaccel hâle gelmemişse, ipoteğin sağladığı teminattan mahrum kalmasını engellemek için alacaklının bunları da takibe konu etmesi Yargıtay’ın benzer bir konuda takındığı tutum dikkate alındığında mümkün olmalıdır. Yargıtay, nakdî krediye dönüşmemiş gayri nakdî krediden doğan riskin taşınmazın satış bedelinden mahrum bırakılmaması adına bankanın muaccel alacakları ile birlikte ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe konu edilmesine izin vermektedir⁹⁶. Doktrinde de alacaklının nakdî kredi için yapacağı takipte gayri nakdî kredi bedelinin depo edilmesini isteyebileceği kabul edilmektedir⁹⁷. Böyle bir objektif takip birleşmesinde gayri nakdî kredi ilişkisinden doğması muhtemel (müstakbel) alacağın ödetilmesi

95 Örn. bkz. yuk. d.n. 3’te anılan Yargıtay kararı.

96 “Hemen belirtelim ki, banka teminat mektuplarından kaynaklanan risk doğmamışsa, diğer bir deyişle gayrinakdî kredinin ödenmemiş olması nedeniyle borcun tazmin edilmiş olması söz konusu değilse, bu durumda gerek ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla, gerekse genel haciz yoluyla icra takibi yapılması mümkün değildir. Bununla birlikte somut olayda banka komisyon alacaklarından kaynaklanan nakit krediler yönünden mahkemece verilen hüküm temyiz edilmeyerek kesinleştiğinden, taşınmazların başlatılan takip nedeniyle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satılması ve ipoteğin nakte çevrilmesi söz konusu olduğundan, taşınmazlar üzerindeki ipotekler kalkacaktır. Bu durumda meri teminat mektuplarına ilişkin gayrinakdî kredilerin ödenmemesi ihtimalinden kaynaklanan rizikonun teminatı olması amacıyla; kesinleşen komisyon alacağı nedeniyle söz konusu olan ‘bankanın nakit alacağı’ tahsil edildikten sonra, kalan paranın banka nezdindeki faizsiz bir hesaba depo edilmesi ve bu para üzerinde bankaya rehin hakkı tanınması gerekir. Öte yandan, takip konusu borcun ödenmesi halinde ise takibin düşeceği tartışmasızdır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2.5.2007, 241/239 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12 HD, 17.1.2017, 7570/445 (E-Uyar). Gayri nakdî kredi riski için de takibe geçilebilmesinin hesap kat ihtarında söz konusu müstakbel alacağa da yer verilerek borçluya bildirimde bulunulması koşuluna bağlı olduğuna ilişkin bkz. Yargıtay 8 HD, 28.1.2013, 12446/866 (E-Uyar).

97 Seza Reisoğlu, *Bankalar Açısından İcra ve İflas Kanunundaki Yeni Düzenlemeler 3494 Sayılı Kanun* (Türkiye Bankalar Birliği 1989) 20; Ramazan Arslan, ‘İcra ve İflâs Kanunu’nun 68/B ve 150/I Maddeleri’nde Düzenlenen Kuralların Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar’ (1998) 27 *Bankacılar Dergisi* 76, 83; Ramazan Arslan, ‘İcra ve İflâs Kanunu’nun 68/B ve 150/I Maddelerinin Banka Alacaklarının Tahsiline Getirdiği Kolaylıklar’ iç *Türk İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu* (İstanbul Sanayi Odası Yayını 1993) 188, 203; Tercan, *İpotek* (n 35) 97; Yılmaz (n 29) 821. Gayri nakdî risk doğmadan İİK m. 150’nün uygulama alanı bulmasının mümkün olmadığına ilişkin karşı yönde bkz. Pekcanitez ve Simil (n 1) 216. Gayri nakdî kredi riskinin depo edilmesi talepli bir takibin icra tekniği bakımından savunulması güç bir görüş olduğu gerekçesiyle karşı yönde bkz. Bilgehan Yeşilova, ‘İcra ve İflâs Hukukunda Kredi Alacaklarının Tahsil’ (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2000) 164.

istenmemekte, ipotek paraya çevrilince elde edilecek ihale bedelinin muaccel diğer alacağa sarf edilmesinden sonra artan bedelin depo edilmesi talep edilmektedir. Örneğin; takip devam ederken banka teminat mektubu bedeli banka tarafından ödenmek suretiyle gayri nakdi kredi nakdi krediye dönüştüğü için bankanın alacağı doğup muaccel hâle gelirse, takip talebinde depo edilmesi istenen alacak için de artık tahsil talebinde bulunulabilir ve elde edilecek ihale bedeli her iki alacağa da sarf edilebilir⁹⁸. Her ne kadar kararlarda ipotek hakkının bölünmezliği ilkesinden hiç bahsedilmese de Yargıtay, ipotekli taşınmazın satılmasından sonra rehin hakkının sükût edecek, gayri nakdi kredinin nakdi krediye dönüşmesi hâlinde bankanın alacağının artık taşınmazın yeniden paraya çevrilmesi suretiyle elde edilecek satış bedelinden veya bakiye ihale bedelinden karşılanamayacak olmasına binaen alacaklının rehin hakkından mahrum kalmaması adına müstakbel alacağı için de takibe geçmesine izin vermektedir. İlk takip devam ederken gayri nakdi kredi nakdi krediye dönüşse bile, aynı ipotekle temin edilen başka bir alacağa yönelik yeni bir "ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip" yapılamayacak olmalıdır ki takip tarihinde bankanın ileride doğması muhtemel bir alacağı için takibe geçebilmesi mümkün olsun. Bu açıdan, söz konusu içtihat aynı ipotekle temin edilen ve takip devam ederken doğan veya muaccel olan – örneğin, borçlunun başka bir kredi ilişkisine kefaletinden doğan – borç için ipoteğin artık teminat teşkil etmeyeceğini kabul eden içtihatla tutarlılık arz etmektedir.

Öyle anlaşılıyor ki, ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi Yargıtay'a göre ipoteğin alacaklıya tanıdığı paraya çevirtme yetkisinin ancak borç ödenmeyince kullanılabilmesinin (TMK m. 873/1) göz ardı edilmesini haklı kılmaktadır⁹⁹. Hâlbuki muacceliyet, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız ve ilâmlı takipte icra müdürünce resen gözetilebilecek bir takip şartıdır (İİK m. 149, m. 149/b)¹⁰⁰.

98 "...mahkemece, hesap kat ihtarında talep edilen ve hesap kat ihtarına uygun olarak düzenlenen takip talebine göre gayri nakti alacak olarak talep edilen, 16.255,00 TL'nin takip tarihinden sonra tazmin edilmesi nedeniyle takibe dahil edilmesi takibi genişletme mahiyetinde olmadığından..." Yargıtay 12 HD, 16.3.2017, 717/3952 (E-Uyar).

99 Paraya çevirtme yetkisinin kullanılabilmesi için aranan objektif şartın ipotekle temin edilen alacağın muaccel hâle gelmesi olduğuna ilişkin bkz. Dürr ve Zollinger (n 23) Art. 816 N. 25; Schmid-Tschirren (n 23) Art. 816 N. 5 (Yazar rehin hakkının bahsettiği paraya çevirtme yetkisinin kullanılabilmesi için borcun muaccel hâle gelmesinin yeterli olduğunu, borçlunun temerrüde düşmesinin aranmadığını vurgulamaktadır. Aynı yönde bkz. Oftinger ve Bär [n 10] Art. 891 N. 18 ve 57; Schmid ve Hürlimann-Kaup [n 89] N. 1551; Leemann (n 16) Art. 816 N. 5 (Yazar, muacceliyet unsurunun tarafların arasındaki sözleşme şartlarına ve kanundaki muacceliyet hükümlerine göre belirleneceğine dikkat çekmektedir); Köprülü ve Kaneti (n 9) 280.

100 Evrim Erişir, 'İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takipte Takip Şartı Olarak Malike Muacceliyet İhbarında Bulunulması TMK m 887' (2021) 17(48) MİHDER 67, 118. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı ve ilâmsız takipte icra dairesine muacceliyeti inceleme yetkisi verildiğine ilişkin bkz. Berkin, *Rehber* (n 1) 197; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanagası (n 29) 535. İİK m. 149 hükmünün kamu düzenini ilgilendirip reşen dikkate alınacağına ilişkin bkz. Yılmaz (n 29) 793-794. İİK m. 150/1'ya göre yapılacak takiplerde icra müdürünün muacceliyet incelemesi yapabileceği yönünde bkz. Cemal Fazıl Karakaş, *İcra ve İflas Hukukunda Banka Alacaklarının Korunması* (Yetkin 2019) 133 dn 137. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipte icra memurunun alacağın muaccel olup olmadığını gözetmesi gerektiğine ilişkin bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 29) 473. Fakat doktrinde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipte icra müdürünün alacağın muaccel olup olmadığını reşen araştırma yetkisinin bulunmadığı hâkim görüştür (Gürdoğan, *Sorunlar* [n 1] 15; Uyar, Uyar ve Uyar, *C. II* [n 1] 2012; Bilgehan Çetiner, *Taşınmaz Teminatı* [Filiz 2015] 317; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar [n 1] 460). Diğer bazı yazarlar icra müdürünün ilâmsız takipte prensip olarak bu konuda icra müdürünün inceleme yetkisinin bulunmadığını, yalnız muacceliyet incelemesi için ipotek senedi dışında başkaca bir araştırmaya gereksinim duymayan icra müdürünün bu yetkiyi haiz olduğunu savunmaktadırlar (Kuru, *C. III* [n 80] 1458 dn. 10; Yeşilova [n 97] 171 ve oradaki dn 695; Budak [n 1] 181-182; Tunç Yücel [n 1] 208, 274. İlâmlı takipte icra memurunun alacağın muaccel olup olmadığını araştırmayacağına açıkça düzenlendiği, icra memurunun açıkça belirtilmediği sürece alacağın esasına ilişkin inceleme yapamayacağı, icra memuruna böyle bir yetki tanımaması gerektiğine ilişkin bkz.

Takip devam ederken alacak muaccel hâle gelmediği sürece takibin kısmen iptal edilmesi gerekir¹⁰¹. Bu bakımdan Yargıtay, kendisinin ortaya attığı “*ipotek hakkının bölünmezliği*” ilkesi ile tutarlı bir görünüm çizmekte, fakat yine rehin hakkının temel mantığı ile bağdaşmayan bir hukukî durum yaratmaktadır.

Görüldüğü üzere, takip talebinde bulunulduktan sonra doğan ve aynı ipotekle temin edilen alacak için taşınmaz paraya çevrilmeden yeni bir ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamaması, alacaklıyı ileride doğması muhtemel veya müeccel alacağı için de takibe geçmeye zorlamaktadır. Zira takip talebinde bulunulduktan sonra doğan veya muaccel hâle gelen alacak için yeni bir takibe geçilemiyorken; ilk takipte doğmamış veya muaccel olmamış alacak için de tahsil talebinde bulunulur ve takip devam ederken bu alacak da muaccel hâle gelirse, ihale bedelinden her iki alacak için de ödemede bulunulabilecektir. Bu bakımdan, Yargıtay’ın öne sürdüğü “*ipotek hakkının bölünmezliği*” ilkesi normatif açıdan tartışmalı bir durum yaratmaktadır. Hâlbuki, yukarıda ifade ettiğimiz görüşümüze göre¹⁰², arttırma sonuçlanmadığı sürece ipotek hakkı varlığını sürdürecektir; müstakbel ve müeccel alacaklar teminat altında olmaya devam edecektir. O itibarla, alacaklının takip şartı eksikliğine rağmen takibe geçmeye zorlanması hem hukuka aykırı hem de gereksizdir. Alacaklı takip talebinde bulunulduktan sonra ve ihale tamamlanmadan önce muaccel hâle gelen diğer alacaklar için de ipotek hakkını kullanılabilir. Bu bakımdan, Yargıtay’ın öne sürdüğü “*ipotek hakkının bölünmezliği*” ilkesi normatif açıdan tartışmalı bir durum yaratmaktadır. Hâlbuki, yukarıda ifade ettiğimiz görüşümüze göre¹⁰², arttırma sonuçlanmadığı sürece ipotek hakkı varlığını sürdürecektir; müstakbel ve müeccel alacaklar teminat altında olmaya devam edecektir. O itibarla, alacaklının takip şartı eksikliğine rağmen takibe geçmeye zorlanması hem hukuka aykırı hem de gereksizdir. Alacaklı takip talebinde bulunulduktan sonra ve ihale tamamlanmadan önce muaccel hâle gelen diğer alacaklar için de ipotek hakkını kullanılabilir.

bb. Diğer Alacağın İhaleden Sonra Doğması veya Muaccel Hâle Gelmesi: Fazlalık Değerin İpotek Konusu Taşınmaz İkame Etmesi

Bazı hallerde ipotekli taşınmaz arttırmaya konu olana kadar gayrî nakdi kredinin nakdî krediye dönüşmeyebileceği; bu bakımdan bankanın alacağının arttırma tamamlandıktan sonra doğması halinde teminattan mahrum kalacağı belirtilerek henüz muaccel hâle gelmemiş alacak için de takibe geçilmesine izin veren yargı kararlarına getirdiğimiz eleştiriye yanıt verilebilir¹⁰³. Fakat gözden kaçırmamak gerekir ki yukarıda açıklandığı üzere üst sınır ipoteği, ileride doğması muhtemel alacaklara da teminat teşkil etmesi murat edilerek tesis edilen bir sınırlı aynî hak olup, bu bakımdan hakkın özündeki fer’ilik ilkesi dahi esnetilmiştir¹⁰⁴. Bu açıdan yukarıdaki amacı haiz üst sınır ipoteklerine dair şu soruyu sormak gerekir: Acaba taşınmazın ipotekle temin edilen alacaklardan

Pekcanitez [n 1] 49. İlamlı takipte muacceliyeti inceleme yetkisi tanıyan açık hükmün ilâmsız takiplerde bulunmadığına ilişkin benzer yönde bkz. Deyneki [n 1] 123. *Gürdoğan*’ın konu ile ilgili görüşleri tutarlılık arz etmemektedir. Yazar bir yandan ilâmsız takipte icra memuru ibraz edilen belgelerden alacağın muaccel olup olmadığını inceleyeceğini ve neticede muaccel olduğunu görürse borçluya bir ödeme emri göndereceğini ifade ederken (*Gürdoğan, Rehin* [n 1] 63; *Gürdoğan, İcra* [n 1] 177), diğer yandan kanunun ifadesi ve gerekçesine rağmen icra memurunun böyle bir yetkisinin olmadığı kanaatinde olduğunu belirtmektedir (*Gürdoğan, Sorunlar* [n 1] 15).

101 Tazmin edilmemiş teminat mektubu için takip yapılamayacağına ilişkin bu yönde bkz. Tunç Yücel (n 1) 306-307.

102 Bkz. yuk. I, D, 1.

103 Henüz doğmamış veya muaccel olmamış alacak için de takip yapılabileceğini savunan yazarlar, ipotekli taşınmazın satışından elde edilen ihale bedeli muaccel alacağın tamamını karşılayıp geriye para artmışsa, bu paranın bankanın nakdî teminatı olarak depo edilmesi gerektiğini belirtmektedirler (Reisoğlu, *Yeni Düzenlemeler* [n 97] 20; Tercan, *İpotek* [n 35] 97).

104 Bkz. yuk. A, IV, 2, b.

biri için satılması halinde, teminat kapsamında yer alan ve ileride doğması muhtemel olan diğer alacaklar bu ipoteğin sağladığı teminattan her hâl ve kârda mahrum mu kalmaktadır?

Kanaatimizce, üst sınır ipoteğinin amacına uygun bir değerlendirme yapılacak olursa; şayet üst sınır ipoteğiyle yüklü taşınmaz paraya çevrildiğinde alacağın tamamı alındıktan sonra geriye bir para kalmışsa; rehin hakkı, *kaim değer* olan artan para üzerinde varlık göstermelidir. Böylece, teminat kapsamında yer alan ancak henüz doğmamış ya da o an muaccel olmayan diğer alacaklar da teminat altında kalmaya devam eder. Bu durumda alacaklı paraya çevirme ile bir bakıma ipotek hakkını yitirir¹⁰⁵, fakat alacağı teminat altında kalmaya devam eder. Böylece alacaklı, ipotek hakkını kaybetmenin sonuçlarından korunur ki zaten aynı ikame müessesesinin temel amacı kişinin (menfaat sahibinin) malvarlığındaki değişimlerden korunmasıdır¹⁰⁶. Dikkat etmek gerekir ki artık bu durumda teminatın konusu, paraya çevrilmiş olan taşınmaz eşya değil, rehin verenin ihale bedelinin fazlasına ilişkin icra dairesinden olan alacak hakkı olur. Zira bu durumda ipotek hakkı ihale işlemiyle sona ermiş olsa da (tıpkı taşınmaz rehininin diğer benzer sona erme hâlleri için savunulduğu gibi)¹⁰⁷

105 Nitekim bir hakla ilgili olarak aynı ikamenin (Alm. "die dingliche Surrogation") gerçekleşmesi için ilgili hakkın sona ermesi gerektiğine dair 11.03.2010 tarihli BGH kararı için bkz. DZWIR, 2010, Heft 7, 305, N. 13. İlgili karara aşağıda ipoteğin paraya çevrilmesi bakımından taşıdığı önemden ötürü tekrar değinilecektir.

106 Büşra Cömert Akbay, 'Aynı İkame İlkesi ve Paylaşılmalı Mal Ayrılığı Rejimi' (2021) 25(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 267, 268. Ayrıca, genel anlamda aynı ikame ilkesi ve tarihsel gelişimi hk. bkz. Işık Önay, *Medeni Hukukta İkame ve Kaim Değer Kavramları* (On İki Levha 2022) 37 vd.; Cömert Akbay [n 106] 270 vd.

107 TMK m. 879/1 uyarınca alacaklı bir kaim değer olan sigorta tazminatı alacağı üzerinde kanundan doğan bir *alacak rehnine* sahiptir (bkz. Schmid-Tschirren [n 23] Art. 822 N. 3; Önay [n 106] 195 vd.; Murat Tümerdem, 'Taşınmaz Rehninde Belirlilik İlkesi' (2017) 32 TAAD 337, 346). Bu hükmün genişletici yorum yöntemine tâbi tutulacak alacaklının sigorta tazminatı haricindeki diğer kaim değerler üzerinde de (örn. taşınmaza karşı gerçekleştirilen bir haksız fiilden dolayı rehin verenin üçüncü kişiye karşı doğan alacağı üzerinde) alacak rehininin bulunduğu ağırlıklı olarak kabul edilmektedir: BGE 110 II 24; Simonius ve Sutter (n 89) 172-173; Hans Michael Riemer, *Grundriss der schweizerischen Sachenrechts Band II Die beschränkten dinglichen Rechte* (Stämpfli 2000) § 22 N. 18; Schmid-Tschirren (n 23) Art. 822 N. 5; Jale Güral Akipek, *Türk Eşya Hukuku C. III: Mahdut Aynı Haklar-Menkul Rehni Hariç* (Sevinç Matbaası 1974) 174 (Yazara göre kanun koyucunun yalnızca sigorta tazminatına değinip diğer tazminat türlerine değinmemiş olması ortada bir kanun boşluğu olduğunu göstermekte olup, bu boşluk TMK m. 879'un kıyasen uygulanması yoluyla doldurulmalıdır. Aynı yönde bkz. Dürr ve Zollinger [n 23] Art. 822 N. 17-18); Gürsoy, Eren ve Cansel (n 19) 1012; Köprülü ve Kaneti (n 9) 273 (Yazarlar bu durumun "*rehin hakkının taşınmazın değerini yükümleyen bir hak olmasının doğal sonucu olduğuna*" haklı olarak dikkat çekmektedir); Suat Sarı, 'Taşınmaz Rehninde Belirlilik Muayyenlik İlkesi' iç *Prof. Dr. M. Kemal Öğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta 2000) 963, 1003; Tümerdem (n 107) 346 (Nitekim Türk-İsviçre Hukuku'nda genel olarak aynı ikame ilkesinin uygulama alanının kesin sınırlarla çizilmediği yönündeki genel tespit için bkz. Cömert Akbay [n 106] 274 vd.; Önay [n 106] 211). Aksi yöndeki görüş ise, kanunda açık bir hüküm bulunmadığı için yalnızca lafza uygun şekilde sigorta değeri açısından kaim değer üzerinde rehin hakkının devam edebileceğini savunmaktadır bkz. Leemann (n 16) Art. 822 N. 24; Cansel (n 19) 164; Önay (n 106) 221 (Yazar taşınmaz rehininin tazminat bedeli üzerinde ikame edilmesinin TMK m. 867'nin açık lafzı karşısında *de lege lata* mümkün olmayacağını, ancak ilgili hükmün menfaatleri dengeleme konusunda yetersiz kalmasından ötürü mümkün olduğu ölçüde dar yorumlanmasını ve uygulama alanı dışında kalan hallerde [örn. taşınmazın değerinin azalmasının söz konusu olmayıp tamamen yok olduğu hallerdeki tazminat alacağında] TMK m. 879'un kıyasen uygulanmasıyla aynı ikamenin gerçekleşmesini savunmaktadır. Ek olarak, yazar rehin konusu eşyanın malik tarafından satılması halinde [şayet bu satış rehin hakkının ortadan kalkmasına sebep olursa] eşya için verilen ivaza dair alacağın da ikame bedel oluşturacağını savunmaktadır [bkz. Önay {n 106} 237]. Bu bakımdan yazarın kural olarak açıkça düzenlenmeyen hallerde dahi kıyas yoluyla aynı ikamenin kabul edilmesi ve rehin hakkının etkisini sürdürmesi fikrine karşı olmadığı; ancak tazminat alacağı özelinde TMK m. 867 nedeniyle olumsuz görüş bildirdiği görülmektedir.). Kanaatimizce bu görüş kanunun lafzını fazla sınırlayıcı yorumlamakta; rehin hakkının son tahlilde eşyanın *değerine* yönelik bir hak olduğunu gözden kaçırmaktadır. Bu görüş, uygulamada istenmeyen sonuçlara yol açabilir. Zira Yargıtay'ın da rehin hakkının ihale bedeli üzerinde devam edeceği yönünde bir kararı bulunmaktadır: Karara konu olan olayda icra mahkemesi, ihale kesinleştikten fakat ihale bedeli henüz alacaklıya

fazlalık bedel üzerinde tekrar varlık kazanır ve bu bakımdan rehin verenin fazlaya ilişkin olan alacak hakkı üzerindeki bir rehin hakkı ile ikame edilir¹⁰⁸. Böylece, ilgili müstakbel alacak ileri tarihte doğduğu zaman (bir nevi, *riziko* gerçekleştiği zaman), alacaklı artan para üzerindeki rehin hakkını kullanabilir. Ancak dikkat etmek gerekir ki alacaklı, ipotek hakkının ikame edilmesi sonucu artık bir *alacak rehniyle*¹⁰⁹ temin edildiğinden, taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılacaktır. Şu hâlde, taşınmaz satıldıktan sonra müstakbel alacak doğsa veya müeccel alacak muaccel hâle gelse bile, bu alacaklar yine de rehin güvencesinde kalabilir; yeter ki ihale bedelinin takibe konu alacağı sarf edilmesinden sonra geriye bir para artsın ve rehin hakkı için çizilen üst sınıra riayet edilerek mükerrer tahsilat yapılmamış olsun¹¹⁰. Nitekim bu durum rehin sözleşmesine giren tarafların iradelerine de uygundur: Rehlin veren ve alacaklı, rehin konusu eşyanın *değerinin* rehin sözleşmesi

ödenmeden önce takibin iptaline karar vermiştir. Yargıtay'a göre takip iptal edilmiş olsa dahi, usulüne göre yapılmış olan ihale geçerlidir. Alacaklının ipotek ile sağlanan teminat hakkı, niza çözümlünceye kadar ihale bedeli üzerinde devam eder. Belirtilen nedenlerle ihale bedelinin borçluya ödenmesi de söz konusu değildir, bkz. Yargıtay 12 HD, 18.1.2016, 31478/1097 (Kazancı). Buna karşılık, ihale kararı kesinleştikten sonra takibin iptal edilmesi hâlinde ihale bedelinin takip borçlusuna ödenmesi gerektiğine ilişkin aksi yönde bir karar da bulunmaktadır, bkz. Yargıtay 12 HD, 7.9.2015, 9771/19944 (Kazancı). Son olarak vurgulamak gerekir ki kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da kamulaştırma ile sona eren bir ipotek bakımından ikamenin gerçekleşeceği ve ipotekli alacaklının kamulaştırma bedeli üzerinde rehin hakkı sahibi olacağı da yine benzer bir genişletici yorum vasıtasıyla kabul edilmektedir (Akipek [n 107] 175; Gürsoy, Eren ve Cansel [n 19] 1012; Köprülü ve Kaneti [n 9] 273; Sirmen [n 89] 608; Helvacı [n 16] 208-209 [*Helvacı*, bu görüşünü, doğrudan TMK m. 879'un kıyasen uygulanabileceği fikri üzerine inşa etmiştir.]; Çetiner [n 100] 226-227; Önay [n 106] 211-212 ve 215). Kanaatimizce, ihale bedeli bakımından farklı bir değerlendirmede bulunmayı gerekli kılabilecek bir sebep olmadığı gibi, alacaklının bu imkânı duyduğu ekonomik ihtiyaç da benzerdir. O nedenle, ipotek hakkı ihale ile sona erdiği vakit, ihale esnasında muaccel olmamış alacaklar için fazlalık değer ile ipoteğin ikame edilmesi ve alacaklının bir alacak rehni sahibi olarak teminat altında kalmaya devam etmesi gerekir. Elbette bu durum, üst sınır ipoteği için başlangıçta öngörülen limitin aşılması sonucunu doğuramaz.

- 108 Benzer yönde bir çözüm için bkz. Oftinger ve Bär (n 10) Art. 906 N. 62 (Yazarlara göre icra dairesi bir eşyayla ilgili artırma gerçekleştirdikten sonra TMK m. 961/2'de anılan anlamıyla borçlu hâline gelebilir, zira rehinli eşyanın malikinin fazlalık kısmı ilişkin olan alacağı üzerinde [ikame sonucu] rehinli alacaklının rehin hakkı devam eder.).
- 109 Kanaatimizce artık alacaklının taşınmaz rehni yerine alacak rehnine sahip olması, özellikle zamanaşımı bakımından önemli bir etki gösterir. Zira kaim değer üzerinde devam eden rehin hakkı, artık taşınmaz rehni olarak nitelendirilemeyeceği için TMK m. 864'te öngörülmüş olan sonucu gerçekleştiremez ve (TBK m. 154 b. 1'e göre taşınmaz rehni tesis edildiği an kesilmiş olan) zamanaşımı işleyebilir. Nitekim TBK m. 159 hükmü de taşınır rehniyle güvence altına alınan bir alacak için zamanaşımının işleyeceğini, fakat alacaklının rehin konusundan hakkını almasının mümkün olduğunu açıkça düzenlemiştir.
- 110 Örneğin, 500.000 TL limitli bir üst sınır ipoteği güvencesinde olan muaccel 300.000 TL alacağın tahsili için başlatılan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip kapsamında bir taşınmaz 1.200.000 TL'ye satılmış olsun. Alacaklıya bu takip sonunda takip tarihi itibarıyla muaccel olan alacağı için 300.000 TL ödeme yapılırsa ve başka bir alacaklı yoksa, ihale bedelinden 900.000 TL artmış olacaktır. Bu durumda, alacaklının üst sınır ipoteği ile teminat altına alınan ve ileride doğabilecek olan diğer alacakları için teminat devam etmeli; ipotek hakkının yerini bu fazlalık kısım üzerinde bir alacak rehni almalıdır. Fakat bu durum alacaklı için bir sınır aşımına bahane oluşturmamalıdır. Başlangıçta belirlenen ipotek üst sınırına sadık kalınmalı ve rehin verenin eşya üzerindeki mülkiyet hakkını gerçekten arzu ettiği ölçüde sınırlandırması sağlanmalıdır. Bu bakımdan, ilgili 900.000 TL. içerisindeki yalnız 200.000 TL'lik kısım icra dairesinde muhafaza edilerek alacaklıya teminat oluşturmaya devam etmelidir. Şu da var ki, burada alacak rehnine ilişkin TMK m. 961 hükmü uygulama alanı bulmalı ve üzerinde rehin hakkı bulunan alacak yalnızca rehinli alacaklının rızasıyla rehin verene ödenebileceği için rehne konu miktar tevdi edilmelidir (Benzer yönde bkz. Dieter Zobl, *BK – Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Fahrnispfand Art 888-906 ZGB mit kurzem Überblick über das Versatzpfand Band IV/2/5/2* [Schulthess 1996] Art 906 N. 93; Oftinger ve Bär [n 10] Art. 906 N. 61). Böylece netice olarak rehin verene fazlalık kısım içerisinde yalnızca 700.000 TL'lik tutar ödenmeli ve onun mülkiyet hakkına da (başlangıçta ipotek için çizilen üst sınır doğrultusunda) saygı duyulmalıdır. Tevdi edilen 200.000 TL'lik kısım ise, sonradan doğabilecek borcun akibetine göre, ileride ayrıca değerlendirilmelidir.

kapsamında anılan *alacaklara* teminat oluşturmasını sağlamak için rehin hakkı tesis etmişlerdir. Bu bakımdan, fazlalık bedel üzerinde de diğer haklara ilişkin olarak rehin hakkının devam edebilmesi; ihale bedelinden artan paranın malike verilmemesi, alacaklının ipotek hakkıyla tatmin edilmemiş bulunan alacak miktarı kadar kısmının icra dairesince TMK m. 961'e uygun olarak tevdi edilmesi gerekir¹¹¹.

Taşınmazın satıldığı tarihte bankanın gayri nakdi kredi teminatının kaim değer (ilk takipteki fazlalık değer) üzerinde devam ettiğine, dolayısıyla rehin güvencesinde olduğuna ve ipotek hakkının bölünmemesi adına bankanın müstakbel alacağı için de en başta takibe geçmeye zorlanmasının gereksiz bulunduğuna ilişkin kanaatimiz; aynı zamanda kefaletten doğan alacakların teminat altına alındığı hâllerde de geçerlidir. İpotek hakkı bankanın hem kredi ilişkisinden doğan muaccel bir alacağını hem de başka bir kredi ilişkisine kefaletten olan alacağını temin ediyorsa ve muaccel alacak için takibe geçileceği tarihte asıl borcun (diğer kredi ilişkisinden doğan borcun) ödenmemesi henüz söz konusu olmadığından ötürü kefilin sorumluluğunun kurucu unsuru (koşul olgusu) şimdilik gerçekleşmemişse; Yargıtay'ın perspektifinden meseleye yaklaştığımızda, banka kefaletten doğan alacağı için de takibe geçebilmeli ve ihale bedelinden muaccel alacak tamamen karşıladığında geriye artan para kefaletten doğup henüz muaccel hâle gelmemiş kefalet alacağı için tahsis edilebilmelidir.

111 Rehlin özel yoldan paraya çevrildiği ihtimal ise farklılık gösterecektir. Zira bu ihtimalde alacaklı satışı bizzat gerçekleştirdiği için satış bedelini de bizzat kendisi tahsil eder. Doktrinde, alacaklının özel satış yönteminde de alacağı aşan fazlalık kısmı rehin verene ödeme borcu altında olduğu ifade edilmektedir (Schmid-Tschirren [n 23] Art. 816 N. 14; Yüce [n 79] 483; Ayşe Lale Sirmen, *Alacak Rehni* [Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1990] 125; Cansel [n 19] 235-236). Fakat yukarıda açıklanan aynı ikame görüşü çerçevesinde bu fazlalık kısım üzerinde de alacaklının rehin hakkı varlık göstermeye devam eder. Böylece, başlangıçta taşınmaz üzerinde tesis edilmiş olan rehin, artık satış bedeli üzerinde geçerli olur ve alacaklının fazlalık bedeli rehin verene ödeme borcu gündeme gelmez (Rehlin özel yoldan satılması halinde de tıpkı cebri icra yoluyla satışta olduğu gibi aynı ikamenin gerçekleşeceğine ilişkin benzer yönde hüküm kurulan 11.03.2010 tarihli BGH kararı için bkz. DZWIR, 2010, Heft 7, 304, N. 8. Kararda BGH, satış nedeniyle ortadan kalkan tüm aynı haklar için benzer bir sonuç doğacağına dikkat çekmektedir. Nitekim kararda ayrıca; şayet ilgili hak paraya çevirmeye rağmen varlığını sürdürebiliyor ve alıcıya karşı da öne sürülebiliyorsa, artık aynı hak sahibinin satış bedelinden öncelikli olarak tatmin edilme talebinde bulunamayacağı yerinde olarak ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Yüce [n 79] 446 ve oradaki dipnot 221).

Ayrıca dikkat çekmek gerekir ki özel satış yönteminde satış bedeli hâlihazırda alacaklının elinde bulunduğu için yukarıdaki gibi bir alacak rehni söz konusu olmayacaktır. Zira cebri icra yoluyla satışta rehlin ikame ettiği değer esasen rehin verenin icra dairesinden olan alacağıydı ve borçlu konumunda olan icra dairesinin alacak rehni hükümlerine (TMK m. 961) göre alacağı tevdi etmesi gerekiyordu. Fakat özel satış yönteminde esasen bir alacak bulunmaz; çünkü satış bedeli zaten satışı gerçekleştiren alacaklının elindedir. Bu bakımdan, alacaklının hukukî durumu cebri icraya göre daha güvencelidir. Alacaklı, fazlalık bedeli teşkil eden ve kendi nezdinde bulunan bedel üzerinde bir taşınır rehinine sahip olur. Örneğin, alacaklı bankaysa, bu para doğrudan bankanın kendi hesaplarında tutulabilir. Para üzerinde ikame edilmiş olan rehin hakkı sayesinde alacaklı, fazlalığı iade etme borcu altında değildir; bu rehin hakkı sayesinde parayı elinde tuttuğu için rehin verenin bu bedeli alacaklıdan talep etme hakkı yoktur. Rehlin veren, rehinin alacaklı nezdinde kalmasına katlanmak zorundadır. Öyle ki alacaklının bu para üzerindeki rehin hakkı kanaatimizce bir *düzensiz rehin* teşkil eder. Nitekim alacak rehlinde alacaklıya tahsil yetkisi verildiği hâlde de benzer bir hukukî durum ortaya çıkmakta olup, rehin teşkil eden alacağın asıl alacaktan daha önce muaccel olmasından ötürü *erken* tahsil edilmesi hâlinde rehlinli alacaklının elinde tuttuğu bu bedel üzerinde bir *düzensiz rehin* hakkı olduğu kabul edilmektedir (bkz. Otfinger ve Bär [n 10] Art. 906 N. 40 ve 48; Zobl [n 110] Art. 906 N. 74; Sirmen, *Alacak Rehni* [n 111] 102, Aslı Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi* [On İki Levha 2014] 303-304; Seda İrem Çakırca, *Adi Alacakların Rehni* [Vedat 2006] 65). Benzer şekilde burada da paranın mülkiyeti alacaklının malvarlığına geçer (Düzensiz rehinde rehin konusunun mülkiyetinin alacaklıya geçirildiği yönünde genel olarak bkz. Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (3. Baskı, Filiz 2014) 348; Erden Kuntalp, 'Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk' iç *Prof Dr Reha Poroy'a Armağan* [İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1995] 263, 284.).

Zira bu düşünce tarzına göre; mademki müstakbel alacak için dahi takip yapılabilir ve taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen ihale bedeli (alacak doğmuşçasına) müstakbel alacağa rezerve edilebiliyor, muaccel olmamış¹¹² kefaletten doğan alacağa yönelik evleviyetle takibe geçilebilmelidir. Hâlbuki burada savunduğumuz görüşümüze göre ise banka yalnız muaccel alacağı için takip yapabilir; ipotek paraya çevrildiğinde elde edilen ihale bedelinden arta kalan para üzerinde bankanın rehin hakkı, kefaletten doğan alacağı için kaim değer olarak devam eder. Böylece, kefalet akdinden doğacak alacak için (normatif sınırları zorlayarak) takipte bulunulması gerektiğine hükmetmeye gerek kalmaz. Zira görüşümüz uyarınca, kefilin borcu muaccel hâle geldiği takdirde alacaklı ihale bedelinden artan bedel (fazlalık değer) üzerindeki rehin hakkını kullanabilir, ipotek verene karşı taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatabilir. Burada ikinci alacak her ne kadar kefalet akdinden doğuyor olsa da artık rehin konusu şey, rehin verenin ihaledeki fazlalık tutara dair alacağıdır. Rehlin veren kefilen başka bir kişi – örneğin asıl borçlu – ise bir üçüncü kişi rehni söz konusu olacağından, takip talebinde kefil ile birlikte rehin verenin de borçlu olarak gösterilmesi gerekir. Çünkü rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de borçtan şahsen sorumlu olan ile rehin veren arasında mecburi takip arkadaşlığı ilişkisi vardır (İİK m. 145-146; m. 149, 149/b)¹¹³.

b. Rehlin Hakkının Bölünmezliğine Yüklenen Farklı İşlevin Tasarruf İlkesine İstisna Getirmesi

Yargıtay, ilk takibin yapıldığı tarihe henüz doğmamış veya doğmuş olmakla birlikte muaccel hâle gelmemiş alacaklar ile birlikte ilk takibin yapıldığı tarihte muaccel olan diğer bir alacak ya da takip

112 Dikkat etmek gerekir ki, kefilin borcu her ne kadar alacaklı ile kefil arasındaki ayrı bir borç ilişkisinden doğuyor olsa da (kefaletin fer'i yapısından ötürü) kefilin borcunun muaccel olabilmesi için hem asıl borcun muaccel olması hem de ayrıca kefilin borcunun muaccel olması gerekir (bkz. Hugo Oser ve Wilhelm Schönenberger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Band V/3 Art 419-529 OR* (Schulthess 1945) Art 501 N. 6; Christoph M Pestalozzi, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (eds), *BK – Obligationenrecht I Art 1 – 529 OR* (Helbing Lichtenhahn 2007) Art 501 N. 1; Silvio Giovanoli, in Arthur Meier-Hayoz (ed), *BK – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Abteilung 7. Teilband: Die Bürgschaft, Spiel und Wette Art 492-515 OR* (Stämpfli 1978) Art 501 N. 1; Mustafa Alper Gümüş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II* (Vedat 2014) 420; Burak Özen, *Kefalet Sözleşmesi* [4. Baskı, Vedat 2017] 74-75 [Yazar özellikle kefilin borcunun asıl borçtan önce muaccel hâle geleceği yönünde bir sözleşme yapılamayacağını vurgulamaktadır {Aynı yönde bkz. Oser ve Schönenberger –n 112– Art. 492 N. 42}]. Bu bakımdan, asıl alacağın henüz muaccel olmadığı dönemde kefalet sözleşmesinden doğan ve rehlin teminat altında bulunan bir borç henüz muaccel hâle gelmiş olamaz. Ayrıca, asıl borç ilişkisi için rehin verilmemişken bile kefilin borcu için ayrıca rehin verilebileceği yönünde ve borçlunun iflasıyla muaccel hale gelen bir borcun kefilinin bu muacceliyetten etkilenmeyeceğine (kefilin borcunun henüz muaccel olmayacağına) dair genel olarak bkz. Özen (n 112) 74 (Yazara göre tüm bunlar, kefalet ilişkisinin asıl borç ilişkisinden ayrı bir varlığa sahip olmasının bir sonucudur. Nitekim aynı sebepten ötürü kefaletle konu olan borcun asıl borçtan daha sonra muaccel olacağına ilişkin bir vade de kararlaştırılabilir.).

113 Postacıoğlu ve Altay (n 1) 735; Kuru, İcra El Kitabı (n 1) 997-998; Pekcanitez ve Simil (n 1) 206; Pekcanitez, (n 1) 44; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes (n 1) 336; Nazlı Gören Ülkü, *İcra Hukukunda Ödeme Emri* (Arıkan Yayınları 2008) 79; Muşul, *Esaslar* (n 35) 609; Budak (n 1) 104; Tunç Yücel (n 1) 176; Öz Seçer, 'İpotegün İlamlı Takip Yoluyla Paraya Çevrilmesi' (2010) 75-76 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi 25, 28-29; Karşlı (n 1) 721; Çetiner (n 100) 287; Ulukapı (n 29) 289 ve oradaki dn 422; Deynekli (n 1) 92; Yılmaz (n 29) 99; Buse Dişel, *İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı* (On İki Levha 2014) 101; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 29) 535 ve oradaki dn 11; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 29) 422; Meriç ve İyilikli (n 35) 50; Barış Küçük, 'İİK m. 150/1 Uyarınca İpotegün Paraya Çevrilmesi Yoluyla Yapılan Takiplerde Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu' (2019) 158 Terazi Hukuk Dergisi 1946, 1949; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 29) 472; Erişir (n 100) 123-124; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 1) 440-441.

edilen alacağın fer'isi için de ikinci takip yapılmasına izin vermemektedir. Yukarıda değinilen işlemiş temerrüt faizinin ipoteğin satış bedelinden ödenmesi için dahi ikinci bir takip yapılamayacağına ilişkin içtihat çarpıcıdır¹¹⁴.

Yargıtay, alacaklıyı alacağın tamamı ve ipotek kapsamındaki tüm muaccel alacakları için tek bir takip yapmaya zorlayarak adeta bir mecburi objektif takip birleşmesi tesis etmiştir. Objektif dava birleşmesinde (davaların yığılmasında) (HMK m. 110) davacı aynı davalıdan olan birden çok alacağının tek bir dava dilekçesiyle hüküm altına alınmasını talep edebilir. Aynı şekilde alacaklı kanaatimizce aynı borçludan olan birden çok para alacağını veya birden çok borçludan olan para alacaklarını takip talebinde ayırtırmak koşuluyla prensip olarak birlikte takip edebilir¹¹⁵. Fakat objektif dava birleşmesi usûl ekonomisi ilkesi (Anayasa m. 141/4; HMK m. 30) gereğince alacaklının ayrı ayrı dava açmasına alternatif bir dava türüdür. Hiçbir hukuk kuralı yoktur ki alacaklıyı alacağının tamamını yahut birden çok alacağını birlikte dava etmeye zorlasın. Aynı şekilde icra takibi yapacak alacaklıyı tüm alacaklarını birlikte takip etmeye zorlayan bir norm da bulunmamaktadır. Tersine, medenî usûl ve takip hukukuna egemen olan tasarruf ilkesi (HMK m. 24/2) uyarınca kanunlarda açıkça belirtilmedikçe hiç kimse kendi lehine olan bir hakkı dava etmeye, bu hakkın teslimi için takip yapmaya zorlanamaz. Bu ilkenin doğal bir sonucu olarak hiçbir alacaklı tüm alacaklarını birlikte ya da bir alacağının tamamını dava veya takip etmeye zorlanamaz¹¹⁶. Kısmi dava tasarruf ilkesi üzerine inşa edilmiştir¹¹⁷. TMK ve İİK'da tasarruf ilkesine bir istisna getirilmiş değildir. Ne var ki rehin hakkının bölünmezliği ilkesine yüklenen mevcudiyeti tartışmaya açık farklı işlev, alacaklıyı tek bir ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmaya zorlayarak bu ilkeye bir istisna getirmektedir. Kanımızca alacaklı pekâlâ birden çok ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir, yeter ki ilk takipte taşınmaz paraya çevrilmemiş olsun. Birden çok takipten birinde taşınmaz paraya çevrildiğinde, elde edilen bedel aynı alacaklının muhtelif alacaklarına ipoteğin derece ve sırasına göre sarf edilir.

c. Mecburi Objektif Takip Birleşmesinin Mecburi Takip Arkadaşlığına Zemin Hazırlaması

İpotek hakkının bölünmezliği adı altında ifade edilen ve bizatihi mevcudiyeti tartışmaya açık bulunan ilke yine yargılama ve takip hukukunda yeri olmayan mecburi objektif takip birleşmesini zorunlu kılması, aynı taşınmaz ile temin edilen farklı alacaklılar arasında mecburi takip arkadaşlığı ilişkisini beraberinde getirir. Gerçekten aynı alacaklının farklı alacakları için ayrı ayrı takip yapıldığında

114 Bkz. Y. 12. HD, 9.2.2017, 26343/1647 (E-Uyar). İsviçre Federal Mahkemesi'nin VZG Art. 54/2 hükmü uyarınca bir borcun yalnızca faizi veya bir kısmı için takip yapılabileceğine yönelik aksi yöndeki içtihadı için bkz. BGE 107 III 124 (2).

115 Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararına konu olan bir olayda banka iki ayrı hesap kat ihtarnamesi ile iki ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı icra takibi başlatmıştır. Asıl borçluları farklı, ipotek vereni aynı kişi olan bu olayda ilk derece mahkemesinin ipotek hakkının bölünmezliğine (özellikle asıl borçluları farklı olduğundan) aykırı ilâmlı takip yapıldığı iddiasının dosya kapsamına göre yerinde olmadığı, bu şartlarda ilâmlı takip yapılmasında bir engel bulunmadığına yönelik kararı Gaziantep BAM tarafından hukuka uygun bulunarak, istinaf başvurusu esastan reddedilmiştir, bkz. Gaziantep BAM 12 HD, 9.11.2020, 2312/1770 (Lexpera).

116 Bu konuda bkz. Nedim Meriç, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Yetkin 2011) 77.

117 Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II* (15. Bası, On İki Levha 2017) 989; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku C I* (3. Baskı, Yetkin 2020) 590; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (5. Bası, Filiz 2021) 87 ve 157.

ipotek hakkı bölünüyorsa, aynı şekilde farklı alacaklılar münferiden takip yaptıklarında da ipotek hakkı bölünecektir. Bu nedenle, alacaklıların birlikte hareket etmeleri, aynı takip talebini doldurarak harekete geçmeleri kaçınılmaz bir hâl alır. Hâlbuki her bir alacaklının birbirinden bağımsız ipotek hakkı vardır. Her bir alacaklı alacakları muaccel olduğunda münferiden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçebilir. Yerleşik kabule göre birden fazla alacaklının alacağı aynı sebepten doğsa bile çoğu zaman ortak bir işlem yapılması söz konusu olmayacağından, onların borçluya karşı ayrı ayrı takip yapmaları gerekir¹¹⁸. Fakat kanımızca ihtiyari dava arkadaşlığının caiz olduğu hâllerde (HMK m. 57) ihtiyati takip arkadaşlığı da caizdir¹¹⁹. Aynı taşınmazın farklı alacaklılara ipotekli olması hâlinde hak elbirliği mülkiyeti dışındaki bir sebeple ortaktır (HMK m. 57/1-a). Ayrıca ipotekli taşınmaz ortak bir işlemle paraya çevrilerek alacaklılara tatmin edilecektir. O itibarla, bu alacaklılar tek (ortak) bir takip talebi doldurarak takibe geçebilmelidirler. Bu ihtimalde aralarında ihtiyari takip arkadaşlığı ilişkisi meydana gelir¹²⁰. Fakat alacaklılar kanımızca birlikte takip yapmaya zorlanamazlar. İçlerden biri önce harekete geçip takibini kesinleştirdikten sonra taşınmazı sattırması olabilir. Birden fazla ipotekli alacaklı birbirlerinden bağımsız olarak alacaklı sıfatına sahip olmaları itibarıyla ipotekli taşınmazın satış bedelinden – takiplerin kesinleştirilmesi koşuluyla – ipotek dereceleri doğrultusunda, öncelik sırasına göre, alacaklarını tahsil ederler.

II. “YALNIZCA ÖDEME EMRİ” İLKESİ: BİRLİKTE TAKİP EDİLEN ALACAKLARDAN BİRİSİ İCRA EMRİ, DİĞERİ ÖDEME EMRİ GÖNDERMEYE UYGUNSA, HER İKİ ALACAK İÇİN DE ÖDEME EMRİ GÖNDERİLMESİ ZORUNLULUĞU

A. GENEL OLARAK

Yargı kararlarında kabul edilen ipotek hakkının bölünmezliği ilkesinin takip hukukuna ikinci yansıması, birlikte takip edilen alacaklardan biri için icra emri, diğeri için ödeme emri gönderilmesi gerekiyorsa, ancak her iki alacak için de ödeme emri gönderilerek bu ilkenin hayata geçirilebileceğidir. Yargıtay öteden beri tüketici kredilerinde İİK m. 150/ı'nın uygulanmayacağını kabul etmektedir¹²¹. Öyle ki ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip yapılması kamu

118 Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C I* (3. Baskı, Evrim 1988) 165; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 29) 22-23. Bu durumun İİK'da öngörülmediği, aynı borçluya karşı birlikte tek bir takip talebi ile takip yapılabilmesinin mümkün olmadığına ilişkin bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 29) 148. Ayrı ayrı takip yapılmasının daha isabetli olacağına ilişkin benzer yönde bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes (n 1) 87. HMK m. 57/1-b ve-c bentlerinde yer alan ihtiyari dava arkadaşlığına ilişkin sebeplerle icra hukukunda ihtiyari takip arkadaşlığının oluşmayacağını savunan Dişel, kısmi alacaklılıkta da alacaklıların birlikte takip yapmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir (Dişel [n 113] 126-130). Borçlunun her bir alacaklıya farklı itiraz sebeplerini ileri sürebilecek olması ihtimaline binaen takip arkadaşlığını tereddütle karşılayan diğeri bir yaklaşım için bkz. Gören Ülkü (n 113) 44.

119 Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari İlimler Fakültesi 1973) 35 ve oradaki dn 4.

120 Doktrinde haklı olarak işaret ettiği gibi takip talebinde birden çok alacaklı varsa, alacaklıların kimlik bilgileri ve adresleri açık bir şekilde belirtilir (Kuru, *İcra C. I* [n 118] 225; Aydoğdu [n 35] 332; Gören Ülkü [n 113] 44-45; Uyar, Uyar ve Uyar, *C. I* [n 1] 609; Deyneklî [n 1] 91; Görgün, Börü ve Kodakoğlu [n 29] 65).

121 Yargıtay 12 HD, 19.9.2013, 20063/29227 (E-Uyar); Yargıtay 12 HD, 27.10.2015, 21440/26091 (E-Uyar); Yargıtay 12 HD, 17.12.2020, 3787/10966 (E-Uyar); Yargıtay 12 HD, 11.3.2021, 6167/2819 (E-Uyar). İİK m. 150/ı hükmünün eleştirisi için

düzenini ihlâl etmekte olup tüketici süresiz şikâyet yoluna başvurarak icra emrinin iptalini talep edebilir.¹²² Tüketici kredisi ipotekle temin edilmişse, tüketici ve varsa ipotek verene ödeme emri gönderilmesi gerekmektedir.¹²³ Aynı ipotek aynı müşterinin ticarî krediden doğan borcunu da temin ediyorsa, bankanın bu iki farklı alacağı için İİK m. 150/1 uyarınca birlikte icra emri gönderilmesine izin verilmemektedir. Tüketici kredisinden doğan alacak için icra emrinin iptal edilmesi, bankanın bu alacak için teminatsız kalmasına sebebiyet vereceğinden, ipotek hakkının bölünmezliği adı altında ilke dayanak gösterilerek her iki alacak için de icra emrinin iptali cihetine gidilmekte, bu suretle her iki alacak için de ödeme emri gönderilmesinin yolu açılarak ipotek hakkının bölünmesine engel olunmak istenmektedir¹²⁴.

İpoteğin kapsamı içindeki alacaklardan biri için icra emri diğer için ödeme emri gönderilmesi, bankanın aynı müşterisinin hem kredi ilişkisinden hem de başka bir krediye kefaletinden doğan alacağı için ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak istediğinde de gündeme gelebilecektir. Kefalet borcu için borçluya İİK m. 150/1 uyarınca icra emri gönderilemeyeceği kabul edilirse, icra mahkemesince icra emrinin yalnız kefalet borcu için mi yoksa takip borçlusunun kredi borcunu da içine alacak şekilde tümüyle mi iptal edilmesi gerektiği, ipotek hakkının bölünmezliği bağlamında çözüme muhtaç meselelerden bir diğerini oluşturmaktadır. Bu meselenin çözüme kavuşturulabilmesi için öncelikle kefalet borçlarının tahsili için İİK m. 150/1 uyarınca icra emri gönderilip gönderilemeyeceğine açıklık getirilmesi gerekmektedir.

ayrıca bkz. Muhammet Özeken, 'İcra ve İflâs Kanunu'nda Yer Alan Kredi Kurumları ile İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi' iç *Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2007) 97, 111 vd.

122 Yargıtay 12 HD, 13.3.2018, 29554/2477 (E-Uyar). Tüketici icra emri gönderilemeyeceğinden bahisle değil, başka bir sebeple şikâyet yoluna başvurmuşsa, icra mahkemesinin kamu düzeninin söz konusu sebeple ihlâl edildiğini re'sen dikkate alıp icra emrinin iptaline karar verip veremeyeceği sorulabilir. İcra mahkemesinin şikâyet sebepleri ile bağlı olması kuralının istisnası kamu düzeninin ihlâli sonucunu doğuran hukuka aykırılıklardır, bu konuda bkz. Pekcanitez ve Simil (n 1) 332-333. Yargıtay'a göre tüketici kredisi için ödeme emri yerine icra emri gönderilmesi kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğine göre, tüketici başka bir sebeple şikâyet yoluna başvurursa bile icra mahkemesi icra emrini yine de iptal edebilecektir.

123 Bu konuda ayrıca bkz. Pekcanitez ve Simil (n 1) 212-213.

124 "...kredi kartı alacağına ilişkin alacağın varlığı ve miktarı, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında yargılama yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu durumda kredi kartı alacağı bakımından, takibe dayanak belgeler ilam niteliği kazanmadığından, İİK'nun 150/1 maddesi kapsamında icra emri gönderilemez. Ancak, ipotek, bu alacaklar dışında ticari nitelikteki diğer alacakları da teminat altına aldığından, takibin kredi kartı alacağı yönünden kısmen iptali halinde, bu kredi alacağının teminatsız kalması sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi karşısında icra emrinin tamamının iptal edilerek yerine ödeme emri çıkarılması gerekir. Açıklanan ve kamu düzenine ilişkin olan bu hususun, borçlunun takibin iptali istemi ile yaptığı başvurusunun incelenmesi sırasında, mahkemece re'sen gözetilmesi ve icra emrinin iptaline karar verilmesi gerekir. Bu durumda, yukarıda belirtilen ilke ve kurallar çerçevesinde kredi kartı alacağı bakımından, takibe dayanak belgelerin ilam niteliği kazanmadığı gerekçesi ile icra emrinin iptaline karar verilmesi gerekirken..." Yargıtay 12 HD, 30.6.2020, 10927/5977 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12 HD, 9.3.2016, 290/6806 (Lexpera); Yargıtay 12 HD, 9.2.2017, 25142/1608 (Lexpera); Yargıtay 12 HD, 17.12.2020, 3787/10966 (Lexpera).

B. İPOTEKLE TEMİN EDİLEN KEFALETEN DOĞAN ALACAKLAR İÇİN BORÇLU VE VARSA İPOTEK VERENE İİK M. 150/1 UYARINCA İCRA EMRİ GÖNDERİLEBİLİR Mİ?

Kanımızca İİK m. 150/1 kefiller hakkında uygulanmaz¹²⁵. İpoteğin kefalet sözleşmesinden doğan borcu kapsayıp kapsamamasının bu açıdan bir önemi yoktur. Hükmün kenar başlığı ile lafzında geçen “*krediyi kullanan taraf*” ifadesi, İİK m. 150/1'nin uygulama alanına münhasıran kredi sözleşmesinden doğan alacakların tahsilinin girdiğini göstermektedir. Banka ile müşterisi arasında bir kredi ilişkisinin bulunması, borçluya bu hüküm uyarınca icra emri gönderilebilmesinin olmaz ise olmaz koşuludur. Her ne kadar kefil kredi sözleşmesinin altını bu sıfatla imzalıyor da kefalet sözleşmesi kredi sözleşmesinden ayrı bir sözleşmedir. Banka ile kefil arasında İİK m. 150/1'nin tanımladığı şekilde bir kredi ilişkisinin bulunmadığı, kefilin krediyi kullanan taraf değil, kredinin ödenmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği (TBK m. 581) açıktır. Diğer yandan, kefil hesap kat ihtarının muhatabı değildir¹²⁶. Alacağın kredi kullanan taraf için muaccel kılındığının kefile bildirilmesi TBK m. 590/3 uyarınca alacağın kefil için de muaccel hâle getirilmesi gerekliliğinden ileri gelir. Yoksa borcu ipotekle temin edilen kefile hesap kat ihtarı kendisine de icra emri gönderilebilmesi için tebliğ edilmemektedir¹²⁷. Şunu da eklemek gerekir ki, hesap kat ihtarı kefile tebliğ edilmiş olsa bile onun itiraz hakkı bulunmamaktadır¹²⁸. Bu hüküm bankaya ilâmlı takip yapma hakkını noter aracılığıyla gönderilen hesap kat ihtarına sekiz gün içinde itiraz edilmediğinde tanımaktadır. Hesap katına itiraz hakkı yalnız krediye kullanana tanındığına göre ilâmlı takibin de yalnız ona karşı yapılabilmesi gerekir.

Sözün özü, aynı kişinin hem kredi borcu hem de kefalet sözleşmesinden doğan borcu için İİK m. 150/1 uyarınca icra emri gönderilirse, borçlunun ve varsa ipotek veren üçüncü kişinin şikâyet yoluna başvurması üzerine, kefalet borcu için icra emrinin kısmen iptaline karar verilmesi gerekir.

Yargı kararlarında ise bir sözleşmenin hem asıl borcu hem de asıl borç için verilmiş olan kefaletin borcu ipotegin kapsamı içinde yer almıyorsa, ipotekle temin edilen asıl borçla birlikte kefalet borcu için de birlikte ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamayacağına birlik bulunmaktadır¹²⁹.

125 Reisoğlu, *Yeni Düzenlemeler* (n 97) 26-27; Arslan, *Sorunlar* (n 97) 79, 84; Arslan, *Kolaylıklar* (n 97) 205; Kuru, *İcra C. III* (n 80) 2472; Yeşilova (n 97) 222; Tunç Yücel (n 1) 353; Uyar, Uyar ve Uyar, *C. II* (n 1) 2074; Karşlı (n 1) 728; Deynekli (n 1) 182; Yılmaz (n 29) 833; Küçük (n 113) 1953.

126 Hesap kat ihtarının kefile gönderilmesinin gerekmediğine ilişkin bkz. Kuru, *İcra C. III* (n 80) 2472; Arslan, *Sorunlar* (n 97) 79; Arslan, *Kolaylıklar* (n 97) 197; Erdal Tercan, ‘Takip Hukuku Açısından Cari Hesap ve Kısa Orta Uzun Vadeli Kredi Sözleşmeleri’ (1995) 85 TNBD 40, 47; Yeşilova (n 97) 222; Tunç Yücel (n 1) 353; Yılmaz (n 29) 833; Karakaş (n 100) 129; Küçük (n 113) 1953.

127 Kuru, *İcra C. III* (n 80) 2472; Deynekli (n 1) 183-184.

128 Kuru, *İcra El Kitabı* (n 1) 1018; Deynekli (n 1) 183.

129 “24.1.1991 tarih 8173 yevmiye no.lu gemi ipoteği mukavelesi ile, Roman Yatıcılık Turz. San. ve T.A.Ş.'ne ait ‘Yazyeli Yolcu Gemisi’ 600.000.000 limitle aynı zamanda şirketin kefalet borcu nedeniyle bankaya ipotek edilmiştir. İİK'nun 150/1 yollaması ile 149. maddesi gereğince sadece ‘asil borçlu’ ve ‘ipotek veren’e icra emri çıkartılması gerekir. Bu nedenle, asıl borçlu ve ipotek verene icra emri çıkartılması ve bunlara çıkartılan icra emrinin iptali isteminin reddi yerindedir. Ancak, ‘müteselsil kefiller’ hakkında da ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması ve müteselsil kefiller Ar Sey. Acentası Roman Turz. Seyahat İş. Ltd. Şti. A. Roman, Y. D. O., Akça Turz. Sey. ve Tic. A.Ş.'ne de icra emri çıkartılması ve bunlar hakkındaki icra emrinin mercice iptal edilmemiş olması yasaya aykırıdır.” Yargıtay 12 HD, 25.5.1993, 4885/9833 (E-Uyar). Aynı

Bir başka deyişle, asıl borç ve kefilin borcu aynı ipoteğin kapsamına alınmadıysa bu ikisinin borcu için tek bir ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamaz. Fakat aynı kişinin hem kredi borcunu hem de başka bir kredi ilişkisine kefaletinden doğan borcunun ipotek kapsamında yer alması hâlinde ise kararlarda kefalet borcu için İİK m. 150/1 uyarınca icra emri gönderilemeyeceği açıkça belirtilmemiş, bilakis aynı kişinin hem kredi kullanan hem de diğer bir kredinin kefilisi sıfatıyla yüklendiği borçları için İİK m. 150/1 uyarınca birlikte icra emri gönderilmesinde bir mahzur görülmemiştir¹³⁰.

C. İPOTEK HAKKININ BÖLÜNMEMESİ İÇİN KEFALETTEN DOĞAN ALACAK İÇİN DE ÖDEME EMRİ GÖNDERİLMESİ GEREKLİLİĞİ

1. Genel Olarak

İpotek hakkının bölünmezliği ilkesi dayanak gösterilerek icra emrinin her iki alacak için de iptal edilmesine yönelik olarak tüketici ve ticarî kredi ilişkisinden doğan alacakların birlikte takibinde çok sayıda karar bulunmakla birlikte, kredi ilişkisi ile kefaletten doğan borçların birlikte takibinde – tespit edebildiğimiz kadarıyla – verilmiş bir karar yoktur. Fakat her ne kadar Yargıtay asıl borçlu ile birlikte kefile karşı da İİK m. 150/1 uyarınca ilâmlı takip yapılmasında bir mahzur görmemekteyse de ipotek hakkının bölünmezliği perspektifinden meseleye yaklaşıldığında, salt kefil hakkında icra emrinin iptaliyle ipotek hakkı kredi ilişkisi ile kefaletten doğan borçların birlikte takibinde de bölünecektir. Şu hâlde, bankanın aynı taşınmazla temin edilen alacaklarından birisi için icra emri, diğeri için ödeme emri gönderilmesi gerekliliğinin, bu alacaklardan birinin tüketici kredisi diğeri için ticarî kredi ilişkisinden doğmasının yanında birinin kredi ilişkisinden diğeri için kefaletten doğması hâlinde de mevcut olduğu söylenebilir.

2. Her İki Alacak İçin Ödeme Yerine İcra Emri Gönderilip İcra Emri İcra Mahkemesince Her İki Alacak İçin de İptal Edildiğinde, Bu Aşamaya Kadar İcra Dairesince Yapılan İşlemlerin Akıbeti

Tüketici kredisinden veya kefaletten doğan alacak için İİK m. 150/1 uyarınca icra emri gönderilmişse, icra mahkemesi yalnız icra emrini iptal eder¹³¹. Takip iki alacak bakımından da iptal edilemez.

yönde bkz. Yargıtay 12 HD, 29.2.2016, 2481/5603 (E-Uyar); Yargıtay 12 HD, 26.9.2016, 15369/19784 (E-Uyar); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.6.2019, 12-356/711 (Kazancı). İpotek kefalet borcunu temin etmiyorsa, bankanın kredi borcu için ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla, kefile karşı da genel haciz yoluyla olmak üzere iki ayrı takip yapması gerekir. Bu konuda bkz. Kuru, *İcra C. III* (n 80) 2472; Muşul, *Rehin* (n 35) 210-211; İ Murat Haznedar ve Özyay Şule Gürses, *Bankacılar İçin İpotek Hukuku* (Legal 2018) 106-107. Kefilin kefalet borcu ipoteğin kapsamı içinde olmamasına rağmen aynı takip talebiyle hem kredi müşterisine hem de kefile karşı ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılırsa, takip kefilin müracaatı üzerine icra mahkemesince yalnız onun bakımından iptal edilir.

130 Aynı kişinin hem kredi ilişkisinden hem de başka bir kredi ilişkisine kefaletinden doğan borçları için taşınmaz üzerinde banka lehine ipotek tesis edilen bir olayda, banka her iki alacağı için birlikte ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmış, borçluya İİK m. 150/1 uyarınca icra emri tebliğ edilmiştir. Ne Bölge Adliye Mahkemesi ne de Yargıtay kefalet borcu için icra emri gönderilemeyeceği gerekçesiyle bozma/kaldırma kararı vermiştir, bkz. Yargıtay 12 HD, 21.10.2014, 23772/24544 (E-Uyar). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12 HD, 27.5.2014, 14135/15131 (E-Uyar); Yargıtay 8 HD, 27.10.2014, 740/19233 (E-Uyar); Yargıtay 12 HD, 1.3.2021, 6538/2196 (E-Uyar).

131 Tüketici kredisinin söz konusu olduğu hâllerde İİK m. 150/1 uyarınca ilâmlı takip yapılamayacağı görüşü için bkz. Muşul, *Rehin* (n 35) 509; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 29) 478.

İcra emrinin mi yoksa takibin mi iptal edileceği icra mahkemesinin iptal kararına kadar yapılan başta kıymet takdiri ve taşınmaz kirada ise kiracıya kiralari icra dairesine ödemesi içim yapılan bildirim (TMK m. 863; İİK m. 150/b) olmak üzere icra dairesince yapılan işlemlerin akıbetinin belirlenmesinde rol oynayacaktır. Çünkü takip iptal edilirse yeniden harç yatırılarak yeni bir takip yapılacak ve tüm işlemler tekrar edilecektir. Buna karşılık, yalnız icra emri iptal edilirse, takip derdest kalmaya devam edecektir. Görüşümüze göre icra mahkemesi yalnız tüketici kredisi veya kefaletten doğan borçlar için icra emrini iptal etmeli, borçluya ve varsa ipotek veren üçüncü kişiye bu sefer bir ödeme emri gönderilmelidir. Bu durumda, ticarî krediden doğan alacak için ipotekli taşınmaz paraya çevrilebileceğine göre, tüm işlemler geçerliliğini muhafaza eder; tüketici kredisi veya kefaletten doğan alacak için bu sefer ödeme emri gönderilecek olması, işlemlerin tekrar edilmesi gerektirmez.

Yargıtay'ın bakış açısıyla ipotek hakkının bölünmezliği adı altında bir ilke dayanak gösterilerek her iki alacak için de icra mahkemesinin icra emrinin iptali kararından sonra bu sefer ödeme emri gönderilmesi lüzumu hasıl olduğunda, takip yine de derdest kalmaya devam etmekle birlikte acaba iptal kararından önceki işlemlerin tekrar edilmesi mi gerekecektir? Kanımızca bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Genel haciz yoluyla takipten farklı olarak rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte arttırmaya hazırlık tedbirlerine ödeme/icra emri kesinleştiğinde yahut bunlar borçlulara tebliğ edildiğinde değil, takip talebinde bulunulur bulunulmaz derhal başlanır. İcra dairesinin takip talebi üzerine satış hazırlıklarına başlayacağı, takibin kesinleşmesini beklemeden kıymet takdirini yaptıracağına ilişkin İİK m. 150/d hükmünün lafzı hiçbir yoruma gereksinim göstermemektedir. O hâlde, kıymet takdirine başlanabilmesi için ödeme veya icra emri gönderilmesine dahi gerek yoktur¹³². İcra mahkemesinin icra emrini iptal etmesi, önceden yapılan kıymet takdiri ve sair işlemlerin sıhhatini haleldar etmez.

İpotekli taşınmaz kirada olup kiracıya yapılan bildirim de icra mahkemesinin kararından etkilenmez. İİK m. 150/b uyarınca rehin, kiraya verilmiş bir taşınmaz ise icra müdürü, alacaklının talebi üzerine takibin kesinleşmesini beklemeden kiracıları takipten haberdar eder ve işleyecek kiralardan icra dairesine ödenmesini emreder. Takibin kesinleşmesini beklemeden ifadesi ile alacaklının takip talebinde bulunur bulunmaz kiracıya söz konusu bildirim yapılmasını isteyebileceği kastedilmektedir. Zira kiralardan takibin derdestlik kazanmasıyla birlikte alacaklı lehine kanunî rehin hakkı teşkil eder¹³³. TMK m. 863'e göre kiraya verilmiş taşınmaz üzerindeki rehin hakkının kapsamına borçluya karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanmasından başlayarak rehnin paraya çevrilmesi anına kadar işleyen kira bedelleri girer. Bu hükümde de takibin başlangıç anı esas alınmıştır. İcra emrinin iptalinin ardından bu sefer ödeme emri gönderilecek, borçlunun da ödeme emrine itiraz ederek alacağı tartışmalı hâle getirebilecek olması, kiralardan maddî hukuk anlamında alacaklıya kanunî rehin hakkı bahsettiği gerçeğini değiştirmez. Her iki alacak için gönderilecek ödeme

132 Takibin kesinleşmesine gerek olmadığına ilişkin bkz. Postacıoğlu ve Altay (n 1) 681; Kuru, *İcra El Kitabı* (n 1) 1000; Karlı (n 1) 721; Muşul, *Rehin* (n 35) 246; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 1) 466. İcra müdürünün takip talebini alır almaz satış hazırlıklarına başlayacağına ilişkin bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 29) 473.

133 Kanun hükmünde belirtilen kira alacakları üzerinde esasen alacaklının kanundan doğan ve ipotek hakkına bağlı bir alacak rehni kazandığı yönünde bkz. Leemann (n 16) Art. 806 N. 2; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 10) N. 3335; Sirmen (n 89) 627; Helvacı (n 16) 196. Zira kiralardan teminatın kapsamına girmeyeceği yönünde yapılan anlaşmaların yalnızca taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuracağı belirtilmektedir (bkz. Akipek [n 107] 169).

emrine itiraz edilirse, kiracı tarafından yatırılmaya devam edilecek kiralar takip kesinleşmedikçe alacaklıya ödenemez¹³⁴. Şunu da eklemek gerekir ki, görüşümüze göre icra mahkemesi yalnız tüketici kredisi veya kefaletten doğan alacak için icra emrinin iptaline hükmedebilir. Asıl borçlu (bankanın müşterisi) hakkında İİK m. 150/1 uyarınca düzenlenecek icra emrinin tebliğinden itibaren borç otuz gün içinde ödenmez ve takip kesinleşirse, kiracı tarafından icra dairesinin hesabına yatırılan kiralar bankaya derhal verilebilir.

D. İPOTEĞİN KAPSAMI İÇİNDEKİ HER İKİ ALACAK İÇİN ÖDEME EMRİ GÖNDERİLMESİ GEREKLİLİĞİNİN ELEŞTİRİSİ

İpotek hakkının bölünmemesi için her iki alacağın tahsiline yönelik olarak ödeme emri gönderilmesi gerekliliği farklı cephelerden eleştirilebilir:

Bir kere, borçluya tüketici kredisinden doğan borçlar veya kefalet borçları için de İİK m. 150/1 uyarınca icra emri gönderilmişse, icra mahkemesi takibin değil, icra emrinin iptaline karar verir. Zira ipotek her iki alacağı da kapsamakta olup, alacaklının alacağının taşınmazın satış bedelinden elde etme (TMK m. 873/1, bu doğrultuda alacaklının ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapma) yetkisi vardır. İcra emri iptal edilince, aynı dosyadan tüketici kredisinden doğan borç veya kefalet borcu için bu sefer İİK m. 149/b uyarınca ödeme emri gönderilebilir. Ticarî krediden doğan alacak için borçlu ve varsa ipotek verene icra emrinin tebliğ edilmesi ise kanuna uygundur. Bir icra takip işlemi ancak kanuna veya olaya aykırı ise iptal edilir (İİK m. 16). Ticarî krediden doğan alacağın tahsili için icra emri gönderilmesi kanuna aykırı değildir ki icra mahkemesince bu alacak için de icra emri iptal edilebilir. Takip talebinde belirtilen alacaklardan biri için icra emrinin iptal edilmesi gerekliliği, aynı takip talebinde yer verilen ve kanuna uygun olarak icra emri gönderilen diğer bir alacak için de icra emrinin iptalinin bir dayanağı olamaz. Kanuna aykırılık, ipotek hakkının bölünmezliği adı altında bir ilkenin hayata geçirilmesi adına başka alacaklar için gönderilen icra emrine teşmil edilemez. O itibarla, icra mahkemesi bir şikâyet yargılaması yaptığına göre icra emrini ancak yalnız tüketici kredisinden veya kefaletten doğan borç için iptal etmekle yetinebilir.

Sonra, birden çok alacağın tahsili için aynı takip talebiyle takibe girişildiğinde, bu alacaklardan biri için icra emri, diğeri için ödeme emri gönderilmesinin önünde bir engel bulunmakta mıdır? Yargıtay'ın ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi adı altında bir ilke geliştirmesinin nedeninin yalnız tüketici kredisinden veya kefaletten doğan borç için icra emri iptal edilir, ticarî kredi için gönderilecek icra emrine istinaden taşınmaz satılırsa, tüketici kredisinden veya kefaletten doğan

134 Kuru, *İcra El Kitabı* (n 1) 1000; Uyar (n 1) 163; Karslı (n 1) 721; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 29) 473; Sema Taşpınar Ayvaz, 'İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takipte Kiracılara Haber Verme İİK m 150/b Hükmü ve Ortaya Çıkan Sorunlar' iç Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan (Filiz 2021) 1003, 1025 ve 1029. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nce ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takibe itiraz edilerek takibin durdurulmasının, kendisine İİK m. 150/b uyarınca bildirim yapılmış olan kiracının kiralari icra dairesine ödeme mecburiyetini ortadan kaldırmayacağı içtihat edilmiştir, bkz. Yargıtay 12 HD, 13.5.2003, 8060/10943 (E-Uyar). Demek ki, takip yapan alacaklının alacağının borçlu tarafından çekışmeli kılınması dahi TMK m. 863 ve İİK m. 150/b'nin uygulanmasına engel değildir. Aynı şekilde icra emri iptal edildikten sonra ipotek verenin kira üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına bağlı olarak kiracının kendisine geçerli bir ifade bulunması mümkün olmayacak, icra dairesince yapılan bildirim gereğince kiralar icra dairesine ödenmeye devam edilecektir.

alacakların ipotek güvencesinden mahrum kalması olduğu anlaşılmaktadır. Bu alacakların ihale bedelinden ödenebilmesi Yargıtay'a göre borçluya tüm alacaklar için ödeme emri gönderilmesini zorunlu klmaktadır. Fakat ticarî krediden doğan alacak için icra emri, tüketici kredisi veya kefaletten doğan alacak için ödeme emri gönderilmesine rağmen herhangi bir alacağın ipotek güvencesinden mahrum kalması söz konusu olmayacaksa, yani ipotek hakkı bölünmeyecekse, ticarî krediden doğan alacak için pratik mülahazalarla icra emrini iptal etmek doğru olmayacaktır.

Kanımızca tek bir takip talebine bağlı olarak aynı borçluya bir ödeme bir de icra emri gönderilmesinin önünde bir engel bulunmadığı gibi, bu şekilde herhangi bir alacağın ipotek güvencesinden mahrum kalması endişesine de mahal yoktur. Ne İİK'da ne de İİK Yönetmeliğinde objektif takip birleşmesinde borçluya karşı yeknesak bir icra takip işlemi yapılması mecburi tutulmuştur. Ayrıca takip talebi tüm takip türleri için müşterektir. Alacak rehinle temin edilmişse, alacaklının bu durumu takip talebinde belirtmesi yeterlidir. Alacaklı takip talebinde bulunurken ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı veya ilâmsız takibi seçmeye zorlanmamıştır. Takip talebini hazırlamak alacaklının, ödeme veya icra emrini düzenlemek ise icra müdürünün görevidir¹³⁵. Genel haciz yoluyla takipte ödeme emrini düzenleyen İİK m. 60/1 c. 1 hükmünde açıkça ödeme emrinin icra dairesince hazırlanacağı öngörülmüştür. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takipte icra emrini düzenleyen İİK m. 149 ve ilâmsız takipte ödeme emrini düzenleyen m. 149/b hükmünde ödeme/icra emrinin icra dairesince gönderileceği belirtilmiştir. Her ne kadar uygulamada alacaklı vekilleri borçluya gönderilecek ödeme veya icra emrini de hazırlayarak bir bakıma takibin türünü de belirlemekte iseler de borçluya ödeme emrinin mi yoksa icra emrinin mi gönderileceği, yani takibin türünü, takip talebine eklenen belgeleri incelemesi gereken icra müdürünce belirlenir¹³⁶. İİK m. 149 ve 149/b'nin lafzından ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin türünün ilâmlı mı yoksa ilâmsız mı olacağına alacaklının değil, icra müdürünün karar vereceği çıkmaktadır. Alacaklı aynı ipotekle temin edilen birden çok alacağı için takibe geçmişse, icra müdürü ilâmlı takip yapılabilecek borç için icra emri, ilâmlı takip yapılamayacak borç için ise ödeme gönderilmesine karar verebilmelidir. Buna göre, borçluya tüketici kredisinden veya kefaletten doğan borç için İİK m. 149/b uyarınca ödeme emri, ticarî krediden doğan borç için ise İİK m. 150/1 uyarınca icra emri tebliğ edilmelidir. Borçlu 7 gün içinde ödeme emrine itiraz edip takibi durdurabilir (İİK m. 150, m. 150/a). Buna karşılık, borçlu icra emrine itiraz edemez; borcunu ödemişse, İİK m. 149/a uyarınca icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasını talep edebilir yahut hesap katına 8 gün içinde itiraz etmişse İİK m. 150/1 c. 2 uyarınca icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurabilir. Borçlunun icra emrine karşı koyma imkânı ödeme emrine nazaran zayıflatıldığı için ödeme emri henüz kesinleşmemiş olsa da icra emrine hiç karşı konulmaması yahut konulsa dahi takibin durdurulamaması nedeniyle taşınmazın satılması olasıdır. Bu durumda, icra dairesine alıcı tarafından ödenen para icra emri gönderilen alacak için bankaya derhal ödenir; geriye para

135 Arar (n 1) 121; Gürdoğan, *İcra* (n 1) 32; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes (n 1) 103; Muşul, *Esaslar* (n 35) 268; Yılmaz (n 29) 324; Aşık, Oruç, Tok ve Şaçar (n 1) 99.

136 Mehaz İsviçre İİK m. 38/3 uyarınca ne tür bir cebri icranın tatbik edileceğini icra memuru belirler. Demek ki, icra dairesi cebri icranın türünü reşen belirlemekle yükümlüdür (Kren Kostkiewicz [n 43] Art. 38 N. 17; Benno Krüsi, in Jolanta Kren Kostkiewicz ve Dominik Vock [eds], *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* [4. Aufl, Schulthess 2017] Art 38 N. 23 ve 28). Bu hüküm Kanunumuza alınmamıştır, bu konuda bkz. Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 29) 30. Fakat kanımızca Türk Hukuku bakımından farklı bir sonuca varılamaz. Ödeme/icra emrini düzenleme görevinin icra dairesine yüklenmesinden de bu sonuç çıkmaktadır.

artmışsa, kesinleşmemiş ödeme emrinin konusu olan alacağa tahsis edilir. Her ne kadar taşınmaz paraya çevrilmişse de artan ihale bedeli, yukarıda belirtildiği üzere¹³⁷, bir kaim değer olup ödeme emrinin konusu olan alacak için rehin hakkı bu kaim değer üzerinde devam eder. Borçlunun itirazı kaldırılır veya iptal edilirse, muhafaza edilen para alacaklıya; itirazın kaldırılması veya iptali talebi reddedilirse, bu sefer ipotekli taşınmazın malikine verilir. Görüleceği üzere, borçluya bir ödeme bir de icra emri gönderildiğinde de her iki alacak taşınmazın ihale bedelinden karşılanabilmekte, ipotek hakkı bölünmemektedir.

Nihayet, ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi birden çok alacağın tahsiline yönelik olarak yeknesak bir icra takip işlemi yapılmasını zorunlu tutuyor olsaydı, taşınmaz farklı alacaklıların alacaklarını temin edip bu alacaklardan biri için icra emri, diğeri için ödeme emri gönderilmesi gerektiğinde de aynı ilke gereğince icra müdürünün icra emri gönderilmesinin koşullardan biri mevcut olmasına rağmen önceki takibe uygun olarak ödeme emri göndermesi gerekirdi. Örneğin, bir banka hesap katını noter aracılığıyla, diğer banka ise iadeli taahhütlü mektupla göndermişse, hesap katını noter aracılığıyla gönderen banka için de ödeme emri gönderilmek zorunda kalınırdı¹³⁸. İpotek hakkının bölünmezliği ilkesinden hareketle borçlusuna icra emri gönderebilecek alacaklı bundan vazgeçmek zorunda bırakılamaz. Alacaklıları farklı takiplerden birinin diğer takibi bu şekilde bağlamasına, hatta yeknesaklığı sağlamak adına alacaklıları birlikte takip yapmaya zorlamasına hukuken olanak yoktur. Böyle bir değerlendirme, İİK m. 149 ve 150'in lafzına açıkça aykırı olacağı gibi, her bir alacak için birbirinden bağımsız rehin hakkı tesis edildiğini göz ardı etmek anlamına gelir. Nasıl ki aynı alacaklının birden çok alacağı için başlattığı takipte alacaklardan biri için icra emri, diğeri için ödeme emri gönderildiğinde, ilâmsız takibin ilâmlı takibe göre daha geç kesinleşmesi alacağın ihale bedelinden karşılanmasına engel değilse, aynı şekilde birden çok alacaklının¹³⁹ başlattığı birden çok takipte de ilâmsız takibe konu alacak derece veya sıra itibarıyla ilâmlı takibe konu alacağın derece veya sırasının üzerinde yer alıyorsa, ilâmsız takip kesinleşene kadar öncelikle bu alacaklıya ödenecek para icra dairesinde muhafaza edilir; ilâmsız takibe konu alacak derece veya sıra itibarıyla ilâmlı takibe konu alacağın derece veya sırasının altında alıyorsa, rehin hakkı artan bedel üzerinde devam eder.

Sonuç itibarıyla, tek bir takip talebiyle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapan aynı bankanın aynı ipotekle temin edilen ticarî krediden doğan alacağı için İİK m. 150/1 uyarınca icra emri, tüketici kredisi veya kefaletten doğan alacakları için İİK m. 149/b uyarınca ödeme emri gönderilebilir.

137 Bkz. yuk. I, D, 3, a, ii.

138 İİK m. 150/1 uyarınca icra emri gönderilebilmesi için hesap kat ihtarının münhasıran noter aracılığıyla gönderilmesi bir takip şartıdır (Tunç Yücel [n 1] 301, 310-313; Erişir [n 100] 120). İhtarın noter vasıtasıyla tebliğinin geçerlilik şartı olduğuna ilişkin bkz. Karakaş (n 100) 128. İadeli taahhütlü mektupla gönderilen hesap katına istinaden icra emri gönderilirse, şikâyet üzerine icra emri icra mahkemesince iptal edilir, bu konuda bkz. Erişir (n 100) 147. Bu ihtimalde takibin iptal edilmesi gerektiğine ilişkin karş. Muşul, *Esaslar* (n 35) 618.

139 Yukarıda belirtildiği üzere her bir alacaklının rehin hakkının bağımsızlığının, buna bağlı olarak her bir alacaklının münferiden takibe geçebileceğinin sonuçlarından birisi de, rehinli malın satılamaması hâlinde yalnız takipte bulunan alacaklıya rehin açığı belgesi verilmesidir. Satış talep eden alacaklıdan derece veya sıra itibarıyla önce ve sonra gelen alacaklılara bu belge verilmez. Çünkü bunların rehin hakları ve rehni paraya çevirtme yetkileri devam eder (Aynı yönde bkz. Bernheim, Känzig ve Geiger, Art. 158 N. 8; Rüetschi, Nawid ve Loretan, Art. 158 N. 6; Kren Kostkiewicz, Art. 158 N. 3).

Tüketici kredisi ile kefaletten doğan alacaklar için icra emri gönderilememesi, ticarî krediden doğan asıl alacak için de ödeme emri gönderilmesini, yani icra emrinin bütünüyle iptal edilmesini gerektirmez. Çünkü tüketici kredisi ile kefaletten doğan alacaklar için icra emrinin iptal edilmesi, bu alacakları ipotek güvencesinden mahrum bırakmaz. Tüketici kredisi veya kefaletten doğan alacak için icra emrinin iptaliyle yetinilip icra dairesince derhal gönderilecek bir ödeme emri ile aynı dosyadan her iki alacak da ihale bedelinden karşılanabilir. Yani bizatihi varlığı tartışmaya açık ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi ihlâl edilmiş olmaz.

SONUÇ

1. Bir ipotek hakkı birden fazla alacağın teminat altına alınması için kullanıldığı zaman, bu alacakların farklı muacceliyet anına sahip olmaları mümkündür. Buna bağlı olarak borçluya ve varsa ipotek veren üçüncü kişiye farklı zamanlarda ödeme veya icra emri gönderilmesi söz konusu olabilir. Bu hâllerde Yargıtay, ipotek hakkının kullanılmasına ilişkin önemli sınırlamalar teşkil eden ve doktrinde hiç rastlanılmayan “*ipotek hakkının bölünmezliği*” isimli bir ilkeyi benimsemiştir. Bu ilkeye dayanarak Yargıtay’ın iki adet sonuca ulaştığını görmek mümkün olup, ifade kolaylığı bakımından ilgili sonuçlar “*tek takip ilkesi*” ve “*yalnızca ödeme emri ilkesi*” olarak adlandırılabilir.

a) Tek takip ilkesine göre, tüm alacaklar tek bir icra takibi içerisinde öne sürülmelidir. Zira ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takip için talepte bulunulduğu an ipotek hakkı aynı ipotekle temin edilen diğer alacaklar için de sona erecektir. Bu bakımdan başlatılan icra takibinin taşınmaz için arttırmaya çıkılmadan sona erdiği hâllerde de (örneğin alacağın haricen ödenmesi) artık ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunulamayacak, başlangıçta ipotegin kapsamında yer alan diğer alacaklar için de ipotegin sona ermesinden ötürü genel haciz yoluyla takibe başvurulması gerekecektir.

b) Yalnızca ödeme emri ilkesine göre ise, birlikte takip edilmek istenen alacaklardan biri için icra emri, diğeri için ödeme emri gönderilmesi mümkünse de ancak her iki alacak için de ödeme emri gönderilebilir.

2. a) Tek takip ilkesiyle ilgili olarak; elbette rehin hakkı alacaklıya rehni paraya çevirme yetkisini bir kereye mahsus olarak vermelidir. Fakat rehin hakkının takip talebinde bulunulduğu an değil, rehin konusu taşınmaz için arttırma sonuçlandığında sona erdiğini kabul etmek gerekir. O nedenle rehin hakkı, yalnızca arttırma sonucunda taşınmaz – ileride feshedilmemek bozucu şartıyla – ihale edildiğinde veya kesin rehin açığı belgesinin düzenlendiği an son bulur. Böylece, bu iki hâlin dışında sonuçlanan bir takibin (örneğin borcun haricen ödendiği bir takipte) ipotek hakkını sona erdirmeyeceği ve diğer alacak için tekrar ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takip talebinde bulunulabileceği kabul edilmelidir. Zira bu ihtimalde takip talebinde bulunulmuş olsa da arttırma sonuçlanmadığı için ipotek hakkı sona ermemiştir.

b) İpotek hakkının sona erdiği anın takip talebinde bulunulduğu an değil de “*arttırmanın tamamlandığı an*” olarak tespit edilmesi, birden fazla alacağın ipotekle teminat altına alındığı

hâllerde ilk takip talebine konu olmayan alacak haklarına etkisi bakımından incelenmelidir. Zira burada değişik ihtimaller söz konusu olabilir:

i. İlk ihtimal arttırmanın gerçekleşmesidir. Eğer ki arttırma gerçekleşip de taşınmaz bir kimseye ihale edilecek olursa, ihale tarihinde muaccel olan alacaklar için ipotek hakkı sona erer. Tatmin edilemeyen alacaklılar için kesin rehin açığı belgesi düzenlenir. Eğer diğer alacaklar ihale tarihinde müeccel (veya müstakbel) alacak durumunda ise, derece itibariyle sonra gelen müeccel alacaklar ihale bedeliyle karşılanamazlarsa sona erer ve bunlar için kesin rehin açığı belgesi verilir; ihale bedeli artacak olursa bu rehin hakları fazlalık kısım üzerinde varlıklarını sürdürmeye devam eder. Müeccel alacaklara ilişkin ipotek derece itibariyle önceki sırada bulunuyor ise herhangi bir ayrığa yer verilmeyerek lafzı çok geniş tutulan İİK m. 125/1'deki kural aksaklığının meydana getirdiği boşluk, hüküm teleolojik redüksiyona tâbi tutulup "*ihale bedelinin bakiyesi kadar*" şeklinde sınırlayıcı bir ayrık eklenerek, ihale bedelinin yetersiz kaldığı hâlde alıcının aynî ve şahsî sorumluluğu hükmün uygulama alanı dışında tutularak doldurulabilir. Son olarak, iki arttırma da yapılmasına rağmen taşınmaz kimseye ihale edilemezse ipotek hakkı yine sona erer. İİK m. 115/7 hükmü ile getirilen "*kalan satış isteme süresi içerisinde satış isteyebilme hakkı*", esasen rehin hakkının yapısıyla bağdaşmadığı için kural olarak kıyasen uygulanmaması gerekir. Fakat şu iki ihtimali ayrı değerlendirmek gerekir: 1) Taşınmazın bir kişiye ihale edilmesi ancak ihale bedelinin ödenmemesi (ihalenin iptali) ve 2) Yapılan ihalenin icra mahkemesi tarafından feshedilmesi. Bu iki ihtimalde, rehinli alacaklının kontrolünde bulunmayan sebeplerden ötürü satış netice itibariyle sonuçsuz kalmakta ve geçmişe etkili kararlarla (ihalenin iptali ve feshiyle) ipotek hakkı tekrar varlık kazanmaktadır. Bu bakımdan, bu iki ihtimalde alacaklının İİK m. 115/7'nin kıyasen uygulanmasından faydalanarak kalan süre içerisinde tekrar satış talebinde bulunabilmeli ve İİK m. 106/2'de yer alan ek 1 yıllık süreden de yararlanabilmelidir.

ii. İkinci ihtimal ise arttırmanın gerçekleşmemesi, takibin taşınmazın paraya çevrilmeyerek sonuçsuz kalmasıdır. Burada alacaklı tarafından satışın süresi içerisinde talep edilmemesi ve takip borcunun haricen ödenmesi ihtimalleri örnek olarak gösterilebilir. Bu ihtimallerde, ipotek hakkının konusunu oluşturan diğer alacaklar Yargıtay'a göre ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi uyarınca sona erer. Halbuki, bu ihtimallerde rehin hakkının kullanıldığından ve bu nedenle sona ermiş sayılması gerektiğinden bahsetmek mümkün değildir. Özellikle bir üst sınır ipoteğinin tesis edildiği hâllerde, teminatın kapsamına giren alacaklardan biri hakkında takip talebinde bulunulduğundan bahsedilerek (özellikle bu takip arttırma tamamlanmadan sona ermiş olduğu için) diğer alacak için de ipotek hakkının sona erdiğini savunmak güçtür. Her ne kadar (örneğin haricen ödeme ihtimalinde) ipoteğin kapsamına giren bir alacak sona ermiş olsa da henüz arttırma yoluyla ipotek hakkının *kendisi* kullanılmamış olduğu için, kapsamındaki diğer alacaklar için sona erdiğini savunmak mümkün değildir. Bu ihtimallerde ipotek hakkının diğer (takibe konu olmayan, fakat ipoteğin kapsamında yer alan) alacaklar için teminat oluşturmaya devam etmesi gerekir.

3. Tek takip ilkesinin sonuçları yukarıda bahsedilenlerle sınırlı değildir. Zira kapsamına birden fazla alacağı alan ipotek haklarında elindeki teminatı yitirmek istemeyen alacaklının davranışları da bu ilke çerçevesinde düzenlenmektedir.

a. İlk olarak, teminat kapsamında yer alan bir alacak müstakbel veya müeccel durumda olsa dahi, ipoteğin bölünmezliği ilkesinin yakıcı sonuçlarından kaçınmak için, alacaklının bu alacakları için de takibe geçmesi adeta bir zorunluluktur. Bu ise ya henüz muaccel olmamış (veya varlık dahi kazanmamış) bir borç için takip yapılmasına izin verilmesi gibi tartışmalı bir durum meydana getirir (örneğin, bir banka teminat mektubu nedeniyle verilen gayri nakdî kredinin henüz nakdî krediye dönüşmeden takibe konu olması) ya da alacaklının bu hakların da muaccel hâle gelmesini zorunlu kılarak adeta bir “*fiili vade uzatımı*” etkisi doğurur. Bu bakımdan, yukarıda da savunduğumuz gibi henüz rehin hakkının sona ermediği (artturmanın sonuçlanmadığı) ve bu sayede ilgili alacaklar için ileride muaccel hâle geldiklerinde takip başlatılabileceği kabul edilirse, böyle tartışmalı bir hukukî durum yaratmaya gerek kalmaz.

b. Ek olarak, ipoteğin (kapsamına aldığı alacaklardan herhangi birisi için) paraya çevrilmesi hâlinde diğer alacak henüz muaccel değilse ve ihale bedelinde bir fazlalık meydana gelmişse, alacaklının bu fazlalık bedel üzerinden korunmaya devam etmesi gerekir. Üst sınır ipoteğiyle yüklü bir taşınmaz ihale edildiğinde teminat kapsamındaki bir alacak henüz muaccel değilse ve ihale bedelinden arta kalan bir kısım rehin verene iade edilecek ise; alacaklının bu fazlalık miktar üzerinde rehin hakkına sahip olacağını kabul etmekte fayda vardır. Bir başka deyişle; fazlalık ihale bedeli, teminat konusu olarak taşınmazı ikame etmeli ve ileride diğer alacak muaccel hâle geldiğinde kullanılmalıdır. Bu sonuca, tıpkı taşınmazla ilgili rehin verene ödenen tazminat ve kamulaştırma bedelleri için de savunulduğu gibi, taşınmaz için ödenen sigorta bedelinde geçerli olan aynı ikame prensibinin (TMK m. 879) ihale bedeline kıyas yoluyla uygulanması yoluyla ulaşılmıştır. Zira her ne kadar ikameye sebep olan olay ipoteğin paraya çevrilmesi olsa da ipoteğin kapsamında bulunan diğer alacaklar bulunduğu gibi aynı zamanda rehin konusu eşyanın maddi değeri de (ihale fazlası olarak) varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Bu bakımdan, ilgili değer üzerinde rehin hakkının kendini ikame etmesi “*rehnin eşyanın değerine yönelik bir hak olması*” gerçeğiyle de bağdaşır ve alacaklı rehin sözleşmesine uygun bir şekilde o malvarlığının *değeri* üzerinde öncelikli konuma gelerek gerçekten teminat altına alınmış olur. Altını çizmek gerekir ki bu hâlde kazanılan rehin hakkı, bir alacak rehni (rehin verenin ihale bedeline ilişkin alacağı üzerinde bir rehin hakkı) olacak ve gerek takip edilmesi (taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunulması) gerek zamanaşımına olan etkisi (taşınır rehninin TBK m. 159 gereği zamanaşımının işlemlerini engelleyememesi) bakımından taşınır rehninin hüküm ve sonuçlarına tâbi olacaktır. Burada alacaklının mükerrer tahsilatta bulunmaması ve netice itibarıyla ipotek hakkı için çizilen üst sınıra riayet etmesi gerekir ki rehin verenin mülkiyet hakkına da saygı duyulmuş olsun. Diğer yandan, rehnin özel yoldan paraya çevrilmesi yöntemi tercih edilecek olduğunda alacaklı (örneğin banka), bu fazlalık değeri bizzat kendi elinde tutabilir ve gelecekte muaccel hâle gelecek olan alacağın teminatı olarak kullanabilirdi. Bu bakımdan ilgili durum özel yoldan paraya çevirmenin faydalarına da ışık tutmaktadır.

c. Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere, teminat kapsamında yer alan bir alacağın fer’isi için (örneğin işlemiş temerrüt faizinin satış bedelinden ödenmesi için) dahi ikinci bir takip yapılmasına müsaade edilmemektedir. Bu bakımdan Yargıtay, alacağın tamamını ve ipotek kapsamındaki tüm muaccel alacaklar için tek bir takip yapma zorunluluğu getirerek adeta bir mecburi objektif takip birleşmesi tesis etmektedir. Fakat bir kimseyi alacağının tamamını yahut birden çok alacağını birlikte

dava etmeye zorlayacak bir hukuk kuralı yoktur. Bu bakımdan Yargıtay'ın tesis ettiği ipotek hakkının bölünmezliği ilkesiyle tasarruf ilkesine adeta bir istisna getirilmektedir. Kanımızca alacaklı pekâlâ birden çok ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir, yeter ki ilk takipte taşınmaz paraya çevrilmemiş olsun. Şayet bu takiplerden birinde taşınmaz paraya çevrilecek olursa, alacaklının diğer alacakları da derece ve sıralarına göre bedelin paylaşılmasında göz önünde bulundurulmalıdır.

d. Nihayet bu durum, aynı zamanda birden fazla alacaklının da birbirinden ayrı takip yapmasını engeller. Zira aynı alacaklı farklı alacakları için ayrı takip yaptığında ipotek hakkı bölünüyorsa, farklı alacaklılar münferit takipler yaptığında da bölünür. Bu ise alacaklıların mecburi takip arkadaşlığına zorlanması, aynı takip talebini doldurarak birlikte harekete geçmeleri gerektiği anlamına gelir. Birden fazla alacaklı olduğu vakit münferit takip başlatılırsa, takiplerin kesinleştirilmesi koşuluyla, diğer alacaklılar da ipotek derecelerine ve öncelik sırasına göre alacaklarını tahsil edebilmelidirler.

4. İpotek hakkının bölünmezliği ilkesinin bir diğer alt unsuru olarak Yargıtay kararlarında kendisine yer bulan ilke "*yalnızca ödeme emri*" ilkesidir. Bu ilke uyarınca Yargıtay, takip edilen alacaklardan biri için icra emri, diğeri için ödeme emri gönderilmesi gerekiyorsa; her iki alacak için de ancak ödeme emri gönderilebileceğini kabul etmektedir. Bu durum özellikle bir müşterinin aynı ipotekle hem ticarî kredisini hem de tüketici kredisini teminat altına aldığı zaman bankanın iki alacak için de (İİK m. 150/1 hükmüne dayanamayıp) ödeme emri gönderilmeye sevk edilmesi hâlinde kendini göstermektedir. Bir diğer hâl ise bir müşterinin hem kredi borcu hem de başka bir krediye yönelik üstlendiği kefalet borcunda; bankanın yine aynı şekilde her iki alacak için de yalnızca ödeme emri göndermesi ve (şayet gönderilirse) icra emrinin tümüyle iptal edilmesidir.

Kanımızca İİK m. 150/1 maddesi münhasır olarak kredi sözleşmesinden doğan alacakların tahsilini konu edindiği için kefalet sözleşmeleri hükmün uygulama alanı dışında kalır. Nitekim hesap kat ihtarının kefile gönderilmemesi ve kefilin buna itiraz edememesinin altında yatan sebep de budur. Bundan ötürü, bir kimseye hem kredi borcu hem de kefalet sözleşmesinden doğan borcu için İİK m. 150/1 hükmüne dayanarak icra emri gönderilirse, icra emrinin kısmen (kefalet borcu için) iptal edilmesi gerekir. Yargı kararlarında ise ipotegin kapsamına aynı kişinin hem kefalet hem de kredi borcu giriyorsa, İİK m. 150/1 uyarınca bu borçlar için birlikte icra emri gönderilmesine müsaade edilmiştir.

5. a. İcra emrinin her iki alacak için de iptal edilmesine ilişkin Yargıtay kararları, daha çok yukarıda açıklanan "*bir kimsenin hem tüketici kredisini hem de ticarî kredi borcu için tek bir ipotek hakkı tesis ettiği*" hipotezine dairdir. Bir kimsenin "*hem kredi borcu hem de başka bir krediye dair kefalet borcunun birlikte takibi*" hipotezine dair aynı şekilde içtihadı rastlanılamamıştır. Halbuki meseleye "*ipotek hakkının bölünmezliği*" bakımından yaklaşıldığında durum aynıdır.

b. Şayet bir kimsenin kredi borcunun yanında tüketici kredisinden veya başka bir borcun kefaletinden doğan borcu için de icra emri gönderilecek olursa; mahkeme sadece icra emrini iptal etmeli, takibi iptal etmemelidir. Böylece takip derdest kalmaya devam etmeli, borçluya ve varsa ipotek veren üçüncü kişiye bu sefer ödeme emri gönderilmelidir. Bu hâlde, asıl kredi ilişkisinden doğan alacak için ipotekli taşınmaz paraya çevrilebileceğine göre; tüm işlemler geçerliliğini korur. İptal edilen icra emri

yerine ödeme emri gönderilecek olması işlemlerin tekrarını gerektirmez. Özellikle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibinde arttırmaya hazırlık tedbirlerinin takip talebinde bulunduğu anda derhal yapılması burada etkili olur. Zira icra emrinin iptal edilmesi, ondan daha önce yapılmış olan kıymet takdiri ve sair işlemlerin geçerliliğini etkilemez. Benzer durum İİK m. 150/b uyarınca ipotekli taşınmazın kiracısına yapılan bildirim bakımından da geçerlidir. Zira gerek ilgili maddede gerek maddi hukuk açısından (TMK m. 863) rehinli taşınmazın kira bedelleri hakkında takibin başlangıç anı esas alınmıştır. Öte yandan, fikrimizce burada icra emri kısmen (yalnızca tüketici kredisinden veya kefaletten doğan borç için) iptal edileceğinden ötürü; şayet sıhhatli olan kısımdan (asıl borç için İİK m. 150/ı'ya dayanılarak gönderilen icra emrinden) dolayı takip kesinleşecek olursa kira bedelleri alacaklıya verilir.

6. a. Borçlunun ticarî kredi yanında kefalet veya tüketici kredisinden doğan borcu için de icra emri gönderilirse, bu borçlar için icra emrinin iptal edilip İİK m. 149/b uyarınca ödeme emri gönderilmesi gerekir. Fakat başlangıçtaki icra emri aynı zamanda (yerinde bir şekilde) ticarî kredi için de gönderilmiştir. İcra dairesinin hukuka uygun bu işlemi (kanuna aykırılığın mevcut olmamasından ötürü) iptal etmesi yerinde değildir. Bir alacak için icra emrinin iptal edilmesi, diğer alacak için hukuka uygun şekilde düzenlenmiş olan icra emrinin iptal edilmesinin gerekçesi olamaz. İcra emrinin yalnızca tüketici kredisi veya kefaletten doğan (kanuna aykırı kısım) için iptal edilmesi gerekir. Bu iptal edilen icra emri yerine de derhal ödeme emri gönderilmeli, aynı dosyadaki her iki alacak da ihale bedelinden faydalanabilmelidir.

b. Tek bir takip talebine dayanılarak borçluya bir ödeme bir de icra emri gönderilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Nitekim mevzuatta objektif takip birleşmesinde borçluya karşı yeknesak bir icra takip işlemi yapılması mecburi tutulmadığı gibi takip talebi tüm takip türleri için müşterektir. Takip talebinde alacaklı yalnızca alacağın rehinle teminat altına alındığını belirtmekle yetinir. O, özellikle ipotegin ilâmlı veya ilâmsız takibini seçmeye zorlanmamıştır. İcra dairesi, ödeme veya icra emrini düzenler. Bu doğrultuda, takip talebini inceleyen icra müdürü bir borç için icra emri diğeri için ise ödeme emri gönderilmesine karar verebilmelidir. Borçlu da kendisine gönderilen ödeme ve icra emrine karşı uygun düşen hukukî müracaat imkânlarını ayrı ayrı kullanabilmelidir. Şayet ödeme ermine itiraz mevcutken icra emrine binaen taşınmaz satılmışsa, ihale bedeli icra emrine kaynak teşkil eden alacak için derhal alacaklıya ödenmeli; eğer artan satış bedeli mevcutsa bunun da kesinleşmemiş ödeme emrine kaynaklık eden alacağa tahsis edilmesi gerekir. Rehin hakkı, burada da kaim değer üzerinde devam eder. Ödeme emrine yapılan itirazın muvaffakiyetine göre bu fazlalık değer, alacaklıya veya ipotekli taşınmazın malikine verilir. Böylece birden çok alacağın takibinde borçluya bir ödeme bir de icra emri gönderilmesine rağmen ipotek hakkı bölünmeden kullanılmış olur.

c. Nihayet, Yargıtay'ın benimsediği ipotek hakkının bölünmezliği ilkesinin mantıksal sonucu, bir ipotegin farklı alacaklılara ait birden çok alacağı teminat altına aldığı ihtimalde; yeknesaklığı sağlamak adına her iki alacaklıyı da ödeme emri göndermeye, hatta onları birlikte takip yapmaya zorlamaktır. Böyle bir zorlama, özellikle icra emri göndermeye yetkili olan alacaklıyı ödeme emrine

mahkûm etmektir. Bu ise İİK m. 149 ve 150'nin lafzına aykırı olacağı gibi, her alacak için birbirinden bağımsız rehin hakkı tesis edildiğini göz ardı etmek anlamına gelir.

KAYNAKÇA

- Acocella D, in Daniel von Staehelin, Thomas Bauer, Franco Lorandi (eds), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I Art 1-158 SchKG (Helbing Lichtenhahn 2021).
- Akipek JG, Türk Eşya Hukuku C. III: Mahdut Ayni Haklar-Menkul Rehni Hariç (Sevinç Matbaası 1974).
- Akkaya T, 'İcra Hukuku Bağlamında Süreli İpotek' (2013) 12 TAAD 161-184.
- Aktepe S, 'İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri' (2007) 12 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 177-193.
- Akyazan S, Cebri İcra İhale ve İhalenin Feshi (Kutulmuş Matbaası 1959).
- Amonn K ve Walther F, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (9. Aufl, Stämpfli 2013).
- Ansay SŞ, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri (5. Bası, İstiklal Matbaası 1960).
- Arar K, İcra ve İflâs Hükümleri C I İcra (Siyasal Bilgiler Okulu 1944).
- Arslan R, 'İcra ve İflâs Kanunu'nun 68/B ve 150/I Maddeleri'nde Düzenlenen Kuralların Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar' (1998) 27 Bankacılar Dergisi 76-85.
- Arslan R, 'İcra ve İflas Kanunu'nun 68/B ve 150/I Maddelerinin Banka Alacaklarının Tahsiline Getirdiği Kolaylıklar' iç Türk İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu (İstanbul Sanayi Odası Yayını 1993) 188-206.
- Arslan R, İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1984).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, İcra ve İflas Hukuku (8. Baskı, Yetkin 2022)
- Aslan EK, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi (Günçel 2004).
- Aşık İ, Yakup Oruç, Ozan Tok, ve Ömer Faruk Saçar, İcra ve İflâs Hukuku (Seçkin 2022).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, İcra ve İflâs Hukuku (6. Baskı, Yetkin 2022).
- Aydoğdu M, 'İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İlämsiz Takip' iç Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1997) 319-347.
- Bartels K ve Noll ML 'Das ZVG auf dem Prüfstand: Rechtsvergleichende Forschung zur Reform des ZVG: Eine Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz' (2017) <www.bmj.de> accessed 28.03.2023.
- Belgesay MR, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm: Metinler ve İzahı (2. Baskı, İstanbul Üniversitesi 1949).
- Berkin MN, İcra Hukuku Dersleri (2. Baskı, Hamle Matbaası 1969).
- Berkin MN, Tatbikatçılara İcra ve İflâs Hukuku Rehberi (Filiz 1980).
- Bernheim M ve Känzig P, in Kurzkomentar SchKG (2. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2014).
- Bernheim M, Känzig P ve Geiger G, in Daniel von Staehelin, Thomas Bauer, Franco Lorandi (eds), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I Art 1-158 SchKG (Helbing Lichtenhahn 2021).
- Budak AC ve Karaaslan V, Medenî Usul Hukuku (5. Bası, Filiz 2021).
- Budak AC, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip (2. Baskı, On İki Levha 2009).
- Buz V, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar (Yetkin 2005).
- Cansel E, Türk Menkul Rehni Hukuku C. I: Teslim Şartlı Menkul Rehni (Sevinç Matbaası 1967).
- Cömert Akbay B, 'Ayni İkame İlkesi ve Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi' (2021) 25(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 267-311.

- Çakırca Sİ, *Adi Alacakların Rehni* (Vedat 2006).
- Çetiner B, *Taşınmaz Teminatı* (Filiz 2015).
- Çon Ö, *İhâlenin Feshi İcra ve İflâs Kanunu Madde 134* (Yetkin 2021).
- Deillon-Schegg B, 'Übergang des Grundeigentums und Untergang von Grundpfandrechten infolge Zwangsversteigerung' (2000) 81(89) ZBGR 89-120.
- Deynekli A, *İcra ve İflas Hukukunda İpotegin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip* (Turhan 2013).
- Dişel B, *İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı* (On İki Levha 2014).
- Dönmez M, *Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi* (Vedat 2010).
- Duerr D, in Peter Gauch, Jörg Schmid (eds), *ZK – Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Grundpfand Bd. IV/2b* (Schulthess 2009).
- Dürr D ve Zollinger D, in Peter Gauch, Jörg Schmid (eds), *ZK – Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Grundpfand Bd. IV/2b/2* (Schulthess, 2013).
- Erişir E, 'İpotegin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takipte Takip Şartı Olarak Malike Muacceliyet İhbarında Bulunulması TMK m 887' (2021) 17(48) MİHDER 67-196.
- Eroğlu O, 'İpotegin Paraya Çevrilmesine İlişkin Takipte İcra Müdürünün Yapması Gereken İşlemler ve Alması Gereken Tedbirler' (2021) 18(2) YÜHFD 891-930.
- Favre A, *Schuldbetreibungs – und Konkursrecht* (Freiburg Univ Verl 1956).
- Fritzsche H ve Walder-Bohner HU, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht. Band 1* (3. Aufl, Schulthess 1993).
- Giovanoli S, in Arthur Meier-Hayoz (ed), *BK – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Abteilung 7. Teilband: Die Bürgschaft, Spiel und Wette Art 492-515 OR* (Stämpfli 1978).
- Goldbach R, in Wolfgang Schneider (ed), *ZVG Kommentar: Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung* (Otto Schmidt 2020).
- Gören Ülkü N, *İcra Hukukunda Ödeme Emri* (Arıkan Yayınları 2008).
- Görgün LŞ, Börü L ve Kodakoğlu M, *İcra ve İflâs Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2022).
- Gümüş MA, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II (Vedat 2014).
- Gürdoğan B, *İcra Hukuku Dersleri* (Ajans Türk Matbaası 1970).
- Gürdoğan B, *İpotegin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar* (Türkiye Bankalar Birliği Yayınları 1979).
- Gürdoğan B, *Türk İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi* (Ajans Türk Matbaası 1967).
- Gürsoy KT, Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1984).
- Gütlin R ve Kuhn G, in Roger Schlegel ve Markus Zopfi (eds), *Die betriebsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken in Theorie und Praxis* (Schulthess 2019).
- Haab R, Simonius A, Scherrer W ve Zobl D, *ZK – Das Eigentum Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV/1* (Schulthess 1977).
- Haznedar İM ve Gürses ÖŞ, *Bankacılar İçin İpotek Hukuku* (Legal 2018).
- Helvacı İ, *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı* (On İki Levha 2008).
- Işık M, *Banka Genel Kredi Sözleşmesinde İpotek* (Yetkin 2022).
- Işık M, *İcra Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanakları İİK m. 143 105* (On İki Levha 2019).
- Jaeger C, Walder HU ve Kull TM, *Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (SchKG) Artikel 89-158 (5. Aufl, Schulthess 2006).

- Jäggi P, ZK – Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht Art 1-17 OR (Schulthess 1973).
- Karakaş CF, İcra ve İflas Hukukunda Banka Alacaklarının Korunması (Yetkin 2019).
- Karslı A, İcra ve İflas Hukuku (4. Baskı, Filiz 2022).
- Käser C ve Häcki K, Kurzkomentar SchKG (2. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2014).
- Korkmaz DN, İcra Hukukunda Rehin Açığı Belgesi (On İki Levha 2019).
- Köprülü B ve Kaneti S, Sınırlı Aynı Haklar (Fakülteler Matbaası 1982-1983).
- Kren Kostkiewicz J, SchKG Kommentar (20. Aufl, Schulthess 2020).
- Krüsi B, in Jolanta Kren Kostkiewicz ve Dominik Vock (eds), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (4. Aufl, Schulthess 2017).
- Kuhn G, Kurzkomentar VZG (Schulthess 2011).
- Kuntalp E, 'Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk' iç Prof Dr Reha Poroy'a Armağan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1995) 263-299.
- Kuru B, İcra ve İflâs Hukuku C I (3. Baskı, Evrim 1988).
- Kuru B, İcra ve İflâs Hukuku C III (3. Baskı, Evrim 2000).
- Kuru B, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (2. Baskı, Adalet 2013).
- Küçük B, 'İİK m. 150/1 Uyarınca İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Yapılan Takiplerde Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu' (2019) 158 Terazi Hukuk Dergisi 1946-1954.
- Leemann H, BK – Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band IV Sachenrecht II Abteilung Art 730-918 (Stämpfli 1925).
- Makaracı Başak A, Taşınır Rehni Sözleşmesi (On İki Levha 2014).
- Meier-Hayoz A, BK – Das Sachenrecht: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen Art 641-654 ZGB (Stämpfli 1981).
- Meriç N ve İyilikli AC, 'Taşınmaz Teminatının Üçüncü Kişi Alacaklının Alacağını Perdeleyip Takibi Semeresiz Bırakması Üzerine Bir İnceleme' (2018) 33 TAAD 39-93.
- Meriç N, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Yetkin 2011).
- Moser R, 'Die Behandlung von nachrangigen Grundpfandrechten – in der Zwangsverwertung aufgrund von Betreibung – auf Pfandverwertung' (2011) 1 BJM 1-21.
- Muşul T, İcra ve İflâs Hukuku Esasları (6. Baskı, Adalet 2017).
- Muşul T, İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi (Adalet 2017).
- Muşul T, İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi (Adalet 2017).
- Müller C, BK – Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (Schulthess 2018).
- Namlı M, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi (On İki Levha 2019).
- Oftinger K ve Bär R, ZK – Das Sachenrecht Die beschränkten dinglichen Rechte Art 884-918 ZGB mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch IV/2c (Schulthess 1981).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, Eşya Hukuku (20. Baskı, Filiz 2017).
- Oser H ve Schönenberger W, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Band V/3 Art 419-529 OR (Schulthess 1945).
- Önay I, Medeni Hukukta İkame ve Kaim Değer Kavramları (On İki Levha 2022).
- Özbay İ ve Çelik F, 'İcra ve İflâs Hukukunda Rehin Açığı Belgesi' (2018) 34 TAAD 1-36.

- Özbaş İ, 'İpoteğin İptali Davası İİK. m. 150 c. 3 Üzerine Bir İnceleme' (2007) 11(3-4) EÜHFD 403-451.
- Özekes M, 'İcra ve İflâs Kanunu'nda Yer Alan Kredi Kurumları ile İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi' iç Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2007) 97-122.
- Özen B, Kefalet Sözleşmesi (4. Baskı, Vedat 2017).
- Öztek S, Cebri Satışlarda Elektronik Ortamda Açık Artırma Suretiyle Satışa İlişkin Bazı Notlar (Platon 2022).
- Öztek S, İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası İİK m 143 m 251 (Alfa 1994).
- Pekcanitez H, 'İpoteğin Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar' (2000) 22 Bankacılar Dergisi 40-58.
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (9. Baskı, On İki Levha 2022).
- Pekcanitez H, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II (15. Bası, On İki Levha 2017).
- Pekcanitez P ve Simil C, İcra İflâs Hukukunda Şikâyet (2. Baskı, Vedat 2017).
- Pestalozzi CM, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (eds), BK – Obligationenrecht I Art 1 – 529 OR (Helbing Lichtenhahn 2007).
- Possa P, Melanie Gasser ve Marlen Stöckli, Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I Art 1-158 SchKG (3. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2021).
- Postacıoğlu İE ve Altay S, İcra Hukuku Esasları (5. Baskı, Vedat 2010).
- Reisoğlu S, Bankalar Açısından İcra ve İflâs Kanunundaki Yeni Düzenlemeler 3494 Sayılı Kanun (Türkiye Bankalar Birliği 1989).
- Reisoğlu S, İpoteğin Kapsamı Hükümleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Türkiye Bankalar Birliği 1979).
- Rieble V, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch §§397-432: J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnissen (Otto Schmidt/De Gruyter 2017).
- Riemer HM, Grundriss der schweizerischen Sachenrechts Band II Die beschränkten dinglichen Rechte (Stämpfli 2000).
- Roth J, in Daniel von Staehelin, Thomas Bauer, Franco Lorandi (eds), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I Art 1-158 SchKG (3. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2021).
- Rüetschi S, Nawid S ve Loretan N, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Dominik Vock (eds), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (4. Aufl, Schulthess 2017).
- Sarı S, 'Taşınmaz Rehninde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi' iç Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan (Beta 2000.963.1011).
- Schmid J ve Hürlimann-Kaup B, Sachenrecht (Schulthess 2017).
- Schmid-Tschirren C, in Thomas Geiser, Stephan Wolf (eds), BSK – ZGB II Art 457-977 ZGB und Art 1-61 SchIT ZGB (Helbing Lichtenhahn, 2019).
- Seçer Ö, 'İpoteğin İlamlı Takip Yoluyla Paraya Çevrilmesi' (2010) 75-76 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi 25-49.
- Serozan R, Eşya Hukuku I (3. Baskı, Filiz 2014).
- Serozan R, Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku (Vedat 2015).
- Simonius P ve Sutter T, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band II Die beschränkten dinglichen Rechte (Helbing Lichtenhahn 1990).
- Sirmen AL, Alacak Rehni (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1990).

- Sirmen AL, Eşya Hukuku (7. Baskı, Yetkin 2019).
- Spühler K, Schuldbetreibungs – und Konkursrecht I (6. Aufl, Schulthess 2014).
- Stöber K, Zwangsversteigerungsgesetz: Kommentar zum ZVG der Bundesrepublik Detuschland mit einem Anhang einschlägiger Tezte und Tabellen (CH Beck 2016).
- Strebel L, in Thomas Geiser, Stephan Wolf (eds), BSK – ZGB II Art 457-977 ZGB und Art 1-61 SchIT ZGB (Helbing Lichtenhahn 2019).
- Stumpe B ve Simon S, in Johann Kindl, Caroline Meller-Hannich (eds), Nomos Kommentar: Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung (Nomos 2021).
- Tanrıver S, Medenî Usûl Hukuku C I (3. Baskı, Yetkin 2020).
- Taşpınar Ayvaz S, 'İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takipte Kiracılara Haber Verme İİK m 150/b Hükmü ve Ortaya Çıkan Sorunlar' iç Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan (Filiz 2021) 1003-1032.
- Tercan E, 'İpoteğin Paraya Çevrilmesinde Kredi Kurumlarının Özel Durumu' (1994) 17(4) BATİDER 83-110.
- Tercan E, 'Takip Hukuku Açısından Cari Hesap ve Kısa Orta Uzun Vadeli Kredi Sözleşmeleri' (1995) 85 TNBD 40-47.
- Tunç Yücel M, Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi (On İki Levha 2010).
- Tümerdem M, 'Taşınmaz Rehninde Belirlilik İlkesi' (2017) 32 TAAD 337-366.
- Ulukapı Ö, İcra ve İflâs Hukuku (Mimoza 2015).
- Umar B, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi (Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari İlimler Fakültesi 1973).
- Uyar T, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı C. I ve C. II (2. Baskı, Bilge 2012).
- Uyar T, İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi (2. Baskı, Kazancı 1992).
- Üstündağ S, İcra Hukukunun Esasları (8. Baskı, Beta 2004).
- Yağcı O, 'Rehin Açığı Belgesi' (2016) 3(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 313-337.
- Yalçınduran T, 'Ana Para ve Üst Sınır İpoteği Arasındaki Farklılıklar' iç Prof Dr Ergun Özsunay'a Armağan (Vedat 2004) 671-700.
- Yeşilova B ve Hasırcı H, 'Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takipte Paraya Çevirme Süresine İlişkin Bir Kısım Kazaî İctihadın Mukayeseli İncelemesi İİK m. 150/e, f 2, 3' iç Prof Dr Necmettin M Berkin'e Armağan (Filiz 2021) 1393-1486.
- Yeşilova B, 'İcra ve İflâs Hukukunda Kredi Alacaklarının Tahsili' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2000).
- Yıldırım MK ve Deren-Yıldırım N, İcra ve İflâs Hukuku (8. Baskı, Beta 2021).
- Yılmaz E, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (Yetkin 2016).
- Yüce HA, 'Rehin Hakkının Teminat İşlevi Bakımından Alacaklının Rehin Konusu Eşyayı Paraya Çevirme Yetkisi' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2023).
- Zobl D ve Thurnherr C, BK – Schweizerisches Zivilgesetzbuch Systematischer Teil und Art 884-887 ZGB Das Sachenrecht Die beschränkten dinglichen Rechte Das Fahrnispfand Band IV/2/5/1 (Schulthess 2010).
- Zobl D, BK – Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Fahrnispfand Art 888-906 ZGB mit kurzem Überblick über das Versatzpfand Band IV/2/5/2 (Schulthess 1996).
- Zopfi M, Kurzkommentar VZG (Schulthess 2011).

Ticari İşlerde Faiz ve Sigorta Sözleşmelerine Yansıması*

Interest in Commercial Business and Impacts on Insurance Contracts

Serdar DEMİRCİ** 

ÖZ

Ticari hükümler, ticari yaşamın gereklilikleri göz önünde bulundurularak, bazı hallerde genel hükümlerden farklı ilke ve esaslar içermektedir. Bu nedenle hukukumuzda bir işin ticari iş sayıldığı hallerde uygulanacak olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümler ile diğer kanunlarda yer alan ticari hükümler, adi işlerden farklı olarak kendine özgü hüküm ve sonuçları beraberinde getirmektedir.

Faiz hususunda da ticari işlerde, bileşik faiz uygulaması, faiz oranları, öngörülme dahi faize hak kazanılması, daha yüksek oranda temerrüt faizi istenebilmesi noktalarında adi işlerden ayrık durumlar yer verilmiştir. Bilhassa, küresel gelişmelerin etkisiyle ülkemizin içinden geçtiği yüksek enflasyonist dönemde faiz konusu âkit tarafların hak ve menfaatlerinin korunması açısından günümüzde daha dikkat çeker hale gelmiştir.

Türk Ticaret Kanunu kapsamında ticari iş olarak kabul edilen sigorta sözleşmeleri de, sigorta sözleşmesinin konusu, sigorta uyumsuzluğunun türü, tarafları, ilgili genel şartlar ve diğer kıstaslar dikkate alındığında faiz konusunda kendine has özellikler sergilemektedir. Bu çalışmada da, ticari iş ve ticari işlerde faiz kavramına değinerek, sigorta sözleşmelerinde hangi faiz türlerinin geçerli olduğu, faiz miktarının belirlenmesi ve faizin hangi tarihten itibaren talep edilebileceği konuları başta olmak üzere muhtelif yargı kararları çerçevesinde konuya ışık tutulmaya gayret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ticari İş, Faiz, Sigorta Sözleşmesi, Bileşik Faiz.

ABSTRACT

Commercial provisions contain different principles compared with general provisions in some cases, taking into account the requirements of commercial life. For this reason, the provisions of the Turkish Commercial Code No. 6102, which will be applied in cases where a business is deemed to be a commercial business in our law, and the commercial provisions in other laws bring specific provisions and consequences different from ordinary business.

With regard to interest, commercial transactions are different from ordinary transactions in terms of compound interest, interest rates, entitlement to interest even if it is not foreseen, and the ability to request default interest at a higher rate. Especially in the high inflationary period that our country is going through due to global developments, the issue of interest has become more remarkable today in terms of protecting the rights and the benefits of the contracting parties.

Insurance contracts, which are accepted as commercial business under the Turkish Commercial Code, exhibit unique characteristics in terms of interest, considering the subject matter of the insurance contract, the type of insurance dispute, the parties, the relevant general terms and other criteria. In this study, an attempt has been made to shed light on the issue, within the framework of various judicial decisions, by referring to the concept of commercial business and interest in commercial business, which types of interest are valid in insurance contracts, determination of the amount of interest and the date from which interest can be claimed.

Keywords: Business transaction, Interest, Insurance Contract, Compound Interest.

* Bu çalışma, 16 Haziran 2022 tarihinde Assos 8. Uluslararası Hukuk Sempozyumu-Asoscongres'de sunulan "Sigorta Sözleşmelerinde Faize İlişkin Genel Bir Değerlendirme" başlıklı sözlü bildirisinin geliştirilmesi suretiyle hazırlanmıştır.

** Dr. Öğretim Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, ORCID ID: 0000-0001-6450-9824.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Serdar DEMİRCİ

E-posta/E-mail: serdardemirci@karatekin.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 28.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 06.06.2023

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu¹ (TTK) m. 1401/1 hükmünde sigorta sözleşmesi; “*Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmıştır.

Taraplardan birinin (sigortacının), diğer tarafa, ödenecek bir bedel (prim) karşılığında belirli bir rizikoya karşı sigorta koruması sağlamayı üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi² olan sigorta sözleşmesinin kanundaki tanımı dahilinde, esaslı noktaları; sigortacıya ödenecek karşılık (prim), kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan riziko³ ve rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacı tarafından ödenecek tutar⁴, olarak sıralanabilmektedir.

1 Çalışmamızda, kanun madde numaraları zikredilirken Türk Ticaret Kanunu’nu ifade etmek için “TTK” kısaltması kullanılmıştır.

2 Doktrinde, kanunda ayrıntılı şekilde kaleme alınan sigorta sözleşmesi tanımının, içerdiği kavramlar ve dil bakımından hatalı olduğu, kanun kapsamında tanım vermek yerine sözleşme hükümlerinin ve niteliklerinin belirtilmesi ile yetinilip, tanımlamanın doktrine bırakılması gerektiği eleştirileri sıklıkla ileri sürülmektedir. Bkz: Huriye Kubilay, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku* (14. Baskı, On İki Levha 2015) 163 vd.; Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Sigorta Hukuku, Cilt I* (On İki Levha 2018) 12 vd.

3 Sigorta hukuku açısından gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önceden bilinmeyen veya gerçekleşeceği kesin olsa da ne zaman vuku bulacağı öngörülemeyen bir olay olarak tanımlanan “riziko”, bütün sigorta sözleşmelerinin temel unsurudur. Sigorta sözleşmesinin tanımı kapsamında benimsenen zarar/meblağ sigortası ayrımı dahilinde riziko, ilk halde kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlike olarak belirtilmişken; meblağ sigortaları bakımından bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla sigortacının bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı üstlenmesi, riziko kavramı ile ilişkilendirilmiştir.

Bu kapsamda bir görüşe göre riziko anılan hükümde yer alan “*para ile ölçülebilir menfaat*” ve “*tehlike*” ifadelerinden de anlaşılacağı üzere esasen zarar sigortalarının bir unsurudur. Meblağ sigortası olarak nitelendirilen can sigortaları bakımındansa özellikle belli süre hayatta kalma şartına bağlı can sigortalarında “*hayatta kalma*” bir tehlike olarak nitelendirilemez (Bkz: Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı* (6. Bası, Yetkin 2023) 137, 138). Öte yandan diğer bir görüşe göre “riziko” sadece “*para ile ölçülebilir bir menfaati zarara uğratan tehlike*” olarak sınırlandırılmamalıdır. Nitekim hayat sigortasında “ölüm” veya “*hayatta bulunma*” olguları da sigorta hukuku anlamında “riziko” olarak kabul edilir (Bkz: Haydar Arseven, *Sigorta Hukuku* (2. Bası, Beta 1991) 5; Ünan (n 2) 298; Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku, C I* (1. Bası, Adalet 2018) 6; Şaban Kayıhan ve Ömer Bağcı, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri* (3. Bası, Umuttepe 2018) 181; Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, (15. Bası, On İki Levha 2016) 293 vd.).

Konuya ilişkin tartışmalar dahilinde, Orbay Ortaç da TTK’nın 1401. maddesinde her ne kadar zarar sigortaları bakımından “riziko”, can sigortaları bakımından “*olay*” kavramlarına yer verilmişse de, anılan Kanunun can sigortalarına ilişkin birçok hükmünde de “riziko” kavramının tercih edildiğini, bu bağlamda sigorta hukuku kapsamında “riziko” kavramının, sözlük anlamından daha geniş bir anlama sahip olduğunu ifade etmektedir. Alman ve İsviçre hukuklarındaki düzenlemeleri de göz önünde bulunduran Orbay Ortaç, Türk Hukukunda her sigorta sözleşmesi türünde, sigortacının ödeme yapma yükümlülüğünü doğuran olayların özünde her zaman bir risk içermemesi sebebiyle; “riziko” kavramı yerine tüm sigorta türlerini kapsayacak şekilde “*sigortalanan olay*” kavramına yer verilmesinin daha isabetli olduğunu savunmaktadır (Tartışmalar için bkz: Nurdan Orbay Ortaç, “Sigortalanan Olaya Kusur İle Sebepiyet Verilmesinin Sigorta Terminatına Etkisi” (2021) 16(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81, 83-88).

4 Rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacı tarafından ödenecek tutar (insurance money, Versicherungsgeld), zarar/meblağ sigortası ayrımı kapsamında “*sigorta tazminatı*” veya “*sigorta bedeli*” tabirleriyle ayrılmaktadır. Nitekim sigortalının, zarar gerçekleştiğinde yalnızca somut olarak uğradığı zararları gidermeyi amaçlayan zarar sigortalarında, “*zenginleşme yasağı*” ve “*tazmin ilkesi*” gereği sigorta bedeli ve menfaat değeri ile sınırlı olmak koşuluyla, gerçek zarar miktarı karşılanır. Bu halde sigortacı tarafından en fazla, sigorta sözleşmesinde belirlenen sigorta bedeline kadar ödeme

Sigorta sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için, sözleşmenin her iki tarafının da karşılıklı yükümlülükleri söz konusudur. Türk Ticaret Kanunu'nda bu husus, tarafların borç ve yükümlülükleri başlığı altında hem sigortacı hem de sigorta ettiren yönünden “borç” ve “yükümlülük” kavramları tercih edilerek düzenleme altına alınmıştır⁵.

Sigorta sözleşmelerinde faiz konusu, temel olarak sigorta ettirenin prim ödeme borcu ile sigortacının tazminat ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde gündeme gelmektedir. Sigorta ettirenin prim ödeme borcu, sözleşmenin esaslı unsurlarından birisidir. TTK m. 1401 hükmünde yer alan, primin, sigortacının ediminin karşılığını oluşturduğuna ilişkin ifade dahilinde bahse konu borç, zarar sigortalarında sigorta tazminatının, can sigortalarında sigorta bedelinin ödenmesinin mukabilini teşkil etmektedir⁶. Bu çerçevede Türk Ticaret Kanunu nezdinde her zaman bir para borcu niteliğindeki prim ödeme borcunda temerrüde düşüldüğü ve sigorta ettirenin bu borcunun karşılığını oluşturan sigorta tazminatının istenebileceği hallerde ödemenin gecikmesi nedeniyle alacaklının faiz talep edebilmesi söz konusu olacaktır. Sigorta ettirenin prim ödeme borcu TTK'nın 1430 vd. maddeleri ile bilhassa temerrüt hali 1434. madde kapsamında etraflıca ele alınmıştır. Bu nedenle çalışmamızda prim ödeme borcunda temerrüt haline genel hatlarıyla değinilmekle yetinilmiş, ağırlıklı olarak sigorta tazminatı nedeniyle gündeme gelen faiz konusu incelenmiştir.

Ticari ilişkileri, ticari olmayan ilişkilerden ayıran ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan önemli bir husus ticari iş kavramıdır. Nitekim ticari işleri, bu niteliği haiz olmayan adi işlerden ayırarak farklı hükümlere tabi olmasını sağlayan ticari iş kavramının önemli bir yansıması da ticari işlere uygulanacak faiz hususunda kendini göstermektedir.

Yapılır ve sigortacının ödeyeceği bedel “sigorta tazminatı” olarak ifade edilir. Öte yandan meblağ sigortalarında, rizikonun gerçekleşmesiyle birlikte bir zararın doğup doğmamasından ya da zarar söz konusu olsa da miktarından bağımsız olarak sigortacı, sözleşmede kararlaştırılmış olan tazminat bedelini ödemek durumundadır. Söz konusu durumda ise sigortacının edim yükümlülüğüne konu tazminat borcu “sigorta bedeli” olarak tanımlanmaktadır. Bu açıklamalar ışığında çalışmamız dahilinde, meblağ sigortalarına ilişkin özel bir durumu ifade etmediğimiz sürece, sigortacının ödemekle yükümlü olduğu tazminat karşılığı için, “sigorta tazminatı” kavramı tercih edilmiştir.

- 5 Yükümlülük, hukuk düzeni tarafından kişilere yöneltilen ve yerine getirilmesi zorunlu olan bir ödevdir. Bu kapsamda sigorta sözleşmesinde yer alan birinci nevi yükümlülükler yerine getirilmemesi halinde ifa ve tazminat davasına konu olabilen tamamen bir borç mahiyetindedir. Nitekim sigortacının tazminat ödeme borcu ile sigorta ettirenin prim ödeme borcu bu kapsamda yer almaktadır. Öte yandan külfet, hukuk düzeninin bir kişiye diğer bir kişi karşısında yüklemiş olduğu davranıştır. Yükümlü kişi bu davranışı yerine getirmese, iktisap etmesi gereken bir hakkı ya kazanamaz ya da kaybeder. Söz konusu yükümlülük, sadece külfet yükümlüsünün kendi hukuki yararı için yerine getirmesi gereken bir yükümlülüktür. Bu anlamda yükümlülük ile külfet kavramlarını sigorta sözleşmelerinde de birbirinden ayırt etmek gerekir. Zira, âkit tarafların kanun veya sözleşme ile kendilerine yüklenmiş olduğu birtakım ihbar ve davranış mükellefiyetleri, yerine getirilmemesi halinde dava edilemeyen ancak ihlali halinde yükümlüsünün hak kaybına neden olacak mahiyettedir. Dolayısıyla TTK anlamında taraflara atfedilen yükümlülüklerin birçoğu, yükümlülüğten ziyade külfet niteliği arz etmektedir. Bununla birlikte çalışmamız kapsamında faiz borcunun doğumuna neden olan “prim ve sigorta tazminatının ödenmesi” salt bir borç (obligation) özelliği taşınmaktadır. Bkz: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16 Baskı, Yetkin 2015) 27-29; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı Turhan Kitabevi 2013) 19; Nejat Aday, *Özel Hukukta Yükümlü Kavramı ve Sonuçları* (Beta 2000) 123; Kubilay (n 2) 234.
- 6 Kerim Atamer, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca ‘Zarar Sigortaları’na Giriş” (2011) 27 (1) BATİDER, 21, 45; İrem Aral, “Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu”, 13 (3-4) MÜHF-HAD 117, 122; Mertol Can, “Sigorta Ettirenin Sigorta Primini Ödeme Borcunu İfade Temerrüde Düşmesinin Sonuçları” [Temerrüt] (2005) 23 (1) BATİDER 155, 155 vd.; Ali Ayli, *Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu* (Vedat 2003) 181 vd.

Günlük anlamıyla “*kazanç sağlamaya yönelik faaliyetler*” olarak tanımlanabilen ticari iş kavramının hukuki yönü TTK’nın 3. ve 19. maddelerinde ele alınmıştır. Söz konusu düzenlemeler uyarınca bir işin ticari iş sayılabilmesi için kanunda öngörülen ölçütlerden en azından birisine uygunluk arz etmesi gerekir.

Ticari iş kavramının kapsamı ilk olarak TTK’nın 3. maddesinde iki ana başlık altında düzenlenmiştir. Buna göre, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususlar, tarafların tacir olup olmadığına veya işin ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmeye bakılmaksızın ticaridir⁷. Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş olmayan, fakat bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve filler de anılan hüküm dahilinde ticari iş olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla hangi kanunda düzenlendiğine ya da borcun kaynağına ilişkin tartışmalardan bağımsız olarak, doğrudan doğruya ticari işletmenin konusuna girmese dahi dolaylı olarak, uygun illiyet bağlantısı bulunan hukuki işlemler, haksız filler ve sebepsiz zenginleşme, ticari işe vücut veren bir borç kaynağı teşkil edebilecektir⁸.

Türk Ticaret Kanunu’na göre ticari iş niteliğinin belirlenmesindeki bir diğer yöntem ise m. 19/1’de ele alınan ticari iş karinesidir. Bu ölçüte göre subjektif kriterden hareketle tacirin her türlü iş, işlem ve eylemine bağlı borcu, ticari olarak kabul edilmiştir. Tüzel kişi tacirler bakımından belirtilen kuralın bir istisnası söz konusu değilken; gerçek kişi tacirin işlemi yaptığı zamanda bunun ticari işletmesi ile ilgili olmadığını açıkça karşı tarafa bildirmesi halinde veya halin icabından, somut olayın özelliklerinden işin ticari sayılması mümkün değilse borç, adi borç olarak kabul edilmektedir⁹. İşin

- 7 Doktrindeki genel eğilim, TTK’daki işlerin ticari iş olarak kabul edilmesinin gerekçesini esas itibarıyla bu işlerin ticari işletme ile ilgili olması temeline dayandırmaktadır. Bununla birlikte bir işin sırf kavramsal olarak TTK’da yer alması bizatihi o işin ticari iş olarak kabulü için yeterli değildir. Nitekim o işe bağlanan hüküm ve sonuçların da kanunda düzenlenmiş olması gerekir. Benzer şekilde bu niteliği haiz bir işin kısmen başka kanunlarda düzenlenmiş olması da, o işin ticari iş olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmemelidir. Bkz: Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, Abuzer Kendigelen, Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (4. Baskı On İki Levha 2015). 64; Kürşat Gökürk, “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi” (2015) 19(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 13,15.
- 8 Oğuz İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri* (12. Baskı, Filiz Kitapevi 2001) 18; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (23. Baskı BTHAE 2017) 69; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku* (16. Baskı, Beta 2015) 53.
- 9 TTK m. 124’te ele alınan ticaret şirketleri bakımından tacir sıfatı, ticari işletmeden bağımsız olarak münhasıran kabul edildiği için, ticaret şirketlerinin adı sahasının bulunmadığının kabulünde sakınca yoktur. Ancak anılan düzenleme dahilinde tüzel kişi tacir sıfatının ticari işletmeye bağlı olarak kazanıldığı durumlarda, tüzel kişi tacirlerin külliyyen adı sahasının olmadığı kabul etmek isabetli bir yaklaşım değildir. Bu durumda gerçek kişi tacir de olduğu gibi, tüzel kişi tacirin de ticari işletme haricinde özel ya da adi sahasının varlığını düşünmek gerekir. Nitekim TTK m. 16/1 kapsamında tüzel kişi tacir olarak kabul edilen, amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıflarda adi ve ticari iş ayrımına yer verilerek; ticari işletme dışında, diğer işlerinden kaynaklanan borçlarının adı sayılmasına olanak tanınmalıdır. Bkz: Halil Arslanlı, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri* (Fakülteler Matbaası 1960) 26; Hayri Domaniç ve Erol Ulusoy, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları* (5. Baskı, Arıkan 2007) 219; Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (6. Baskı, Yetkin 2015) 18.
- Diğer taraftan meselenin bir diğer boyutu da tüketici hukuku çerçevesinde değerlendirilmelidir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda (TKHK) tüketici tanımı ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi kapsar şekilde ele alınmıştır. Bazı ülkelerin kanunlarında ve Avrupa Birliği Konseyi çeşitli yönergelerinde tüketici olarak sadece gerçek kişiler kabul edilmişken, TKHK bu yönüyle Avrupa Birliği Hukukundan ayrışmıştır (Bkz: Aydın Zevkliler ve Murat Aydoğdu, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2004) 82). Buna bağlı olarak doktrinde bir görüşe göre, tüzel kişi tacirlerin yaptıkları bazı işlemler tüketici işlemi sayılmalıdır. Zira, ticaret şirketlerinin de ticari olmayan faaliyetleri söz konusudur (Bkz. Mustafa Taşkın, “Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı” (1997) (0) 1 Ankara Barosu Dergisi 30, 36). Öte yandan diğer görüşe göre, TKHK’da yer alan tüzel kişilerin de tüketici olabileceğini kabul eden bu hükümle kanun koyucu, sadece ticari amaç gütmeyen dernek, vakıf gibi tüzel

bazı hallerde bir taraf için ticari, diğer taraf için adi iş olması olasılığı da gözetilerek kanun koyucu tarafından TTK m. 19/2'de öngörülen son bir ölçüt de taraflardan birisi için ticari iş mahiyetinde olan bir sözleşmenin diğer taraf için de ticari sayılmasıdır. İlgili düzenlemede taraflardan biri için ticari iş sonucunu doğuran başkaca borç kaynakları, karşı taraf için ancak kanunda öngörülen diğer kriterlerden birine uygun olmak kaydıyla ticari iş niteliği taşıyabilecekken, sözleşmeler bu kuraldan istisna tutulmuştur. Bu nedenle taraflardan biri için ticari iş sonucunu doğuran sözleşme dışındaki haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme gibi diğer borç kaynakları ile TTK m. 19/2'nin uygulanmasına engel bir yasal düzenlemenin varlığı halinde söz konusu işlem veya fiil, ticari iş olarak kabul edilmeyecektir¹⁰.

Sigorta hukuku açısından faiz meselesini de, sigorta sözleşmesinin adi ya da ticari iş olarak nitelendirilmesine bağlı olarak değerlendirmek gerekir. Mevzuatımızda sigorta hukukuna ilişkin temel düzenleme TTK'nın 1401 vd. maddelerini ihtiva eden Altıncı Kitabında yer almaktadır. Sigortacılık sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesine ilişkin 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun (SK) yanı sıra sözleşme ve tazminat hukukuna ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve teminat altına alınan risk itibarıyla ülkemizde akdedilen sigorta sözleşmelerinin büyük bir çoğunluğunu kapsayan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu da sigorta sözleşmelerinde faize ilişkin ihtilaflarda uygulanacak düzenlemelerin ekseriyetini içermektedir. Bu bağlamda TTK'nın 3. maddesi kapsamında Türk Ticaret Kanunu'nda ele alınan hususlar ticari iş olarak kabul edildiği ve sigorta hukuku da esas itibarıyla Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiğinden ötürü, kural olarak sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tazminat talepleri ticari iş olarak kabul edilmektedir¹¹. İlaveten

kişilerin tüketici olabileceğini ifade etmek istemiştir. Bu görüş uyarınca, ticaret şirketlerinin yaptıkları tüm işlemler TTK m. 19 gereği ticari olup, TKHK kapsamı dışında tutulmalıdır (Bkz: Yılmaz Aslan, *Tüketici Hukuku Dersleri* (6. Baskı, Ekin 2015) 34; Hayri Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi I* (Temel Yayınları 1988) 131; İmregün (n 8). 19; Arkan (n 8) 70; Bahtiyar (n 8) 54; İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku* (6. Baskı Detay 2006) 76).

Kanaatimizce de, TTK'nın 19. maddesinin açık hükmü karşısında, TKHK m. 5/9'da yer alan ve ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden yararlanan tüzel kişilerin de tüketici sayılacağına ilişkin örnekte olduğu gibi yasal bir istisna hükmü bulunmadıkça ticaret şirketlerinin adi iş sahasının olamayacağı, bu nedenle TKHK kapsamında da tüketici olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmelidir. Buna karşın tacir sıfatı ticari işletmesine bağlı olarak kazanılmış tüzel kişi tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmayan adi iş sahası bakımından tüketici olarak kabulü ile yaptığı işin tüketici işlemi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Detaylı bilgi için bkz: Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, "Adi İş, Ticari İş ve Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi" (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (Cevdet Yavuz'a Armağan), 395, 395 vd.

- 10 Doktrinde, TTK m. 19/2 hükmünün tacirler lehine bir ayrımcılık ve eşitsizliğe neden olduğu düşünceleri ileri sürülmekle birlikte bu hususta *Can* tarafından, anılan hükümdeki "sözleşme" ifadesi yerine "işlem ve filler" ifadesine yer verilmesi veya TTK m. 19/2 hükmünün kaldırılarak TTK m. 3 hükmünün "Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve filler tüm ilgililer için de ticari iştir." şeklinde yeniden düzenlenmesi önerilmektedir (Bkz: Mustafa Erdem Can, "Sigorta Tazminatında Temerrüt Faizi" (2018) 8(1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 152). Bununla birlikte uygulamada ticari iş kapsamını oldukça genişleten bahse konu hükmün, tacir olmayan kişiler bakımından aleyhe sonuçlar içerebileceği gibi; tacir olmayan alacaklının, borcunu ödemeyen tacirden temerrüdün şartlarının gerçekleşmesi halinde ticari işlerde uygulanan temerrüt faizini isteyebilme durumunda olduğu gibi bazen lehe de sonuçlar doğurabileceğini göz ardı etmemek gerekir. Bkz: Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku* (Seçkin 2016) 56; Eren Çıtır, "Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi" (2016) 20(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 41.

- 11 "Davacı, "Tüm İşyeri Sigorta Poliçesi" ile sigortalı işyerinde meydana gelen hırsızlık nedeniyle tazminat talebinde bulunmuştur. TTK'ya göre tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları ticari davalardandır. Davalı sigorta şirketi tacirdir. Bunun yanında, Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın bu kanunda tanzim edilen hususlardan doğan hukuk

TTK'nın 3. maddesine nazaran kapsam itibarıyla daha tali nitelik taşıyan m. 19/2 hükmüne göre de ticaret şirketi sıfatını haiz sigorta şirketi ile sözleşme akdeden sigorta ettiren açısından da, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, sigorta sözleşmesi ticari iş olarak değerlendirilecektir.

Bu çerçevede, sigorta sözleşmelerinin TTK'da düzenlenmiş olması nedeniyle, rizikonun sözleşme ya da haksız fiilden kaynaklanması için ticari sayılıp sayılmamasını etkileyecek bir husus değildir. Buna karşın bilhassa sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilerin tazminat taleplerinin güvence altına alındığı sorumluluk sigortalarında, borcun haksız fiilden kaynaklandığı hallerde, işin adi iş sayılması gerekecektir¹². Dolayısıyla, sigorta sözleşmesinin türüne ve borcun kaynağına göre işin niteliği ve buna bağlı olarak faize ilişkin uygulanacak hükümler de aşağıda ele alınacağı üzere farklılık arz edebilecektir.

I – FAİZ KAVRAMI VE TİCARİ İŞLERDE FAİZİN ÖZELLİKLERİ

A. FAİZ KAVRAMI

Faiz, Türk Dil Kurumu tarafından, “İşletmek için bir yere ödünç verilen paraya karşılık alınan kâr, getiri, ürem, nema”, “Kapitalist ekonomide, artık değerın değişikliğe uğramış biçimi olarak paranın fiyatı, kiralanan paranın kira bedeli” ve “Banka ve benzeri bir yere ya da bir kimseye belli bir süre işletilmek üzere ödünç verilen paranın kullanımına karşılık olarak alınan kâr; başkasının parasını belli bir süre kullanmak, işletmek için ödenen para”, şekillerinde tanımlanmaktadır¹³.

Ekonomi biliminde ise faiz, bir borç anlaşmasının satışı sonucu elde edilen gelir ve üretim amaçlı girdi olarak kullanılan sermayenin gelir oranı, olmak üzere iki farklı anlamda ele alınmıştır. Ancak iktisatçılar bu iki tanımı ekonomik anlamda birbirinden farklı değerlendirmeyip, her ikisini de faiz olarak nitelendirmektedir¹⁴.

Hukuki açıdan faize ilişkin mevzuatımızda doğrudan bir tanım yer almasa da doktrinde faiz, (anapara=kapital faizi), belli bir para tutarını talep hakkına sahip bulunan alacaklıya, bu paradan belli bir süre yoksun kalması nedeniyle borcun iade edilmesi gereken vade tarihine kadar ödenen karşılığı, olarak tanımlanmaktadır¹⁵.

Faiz hukuki olarak asıl alacaktan ayrı, fakat ona bağlı bir yan edim olarak kabul görmektedir. Fer'i nitelikteki faiz alacaklarının hukuki durumu asıl alacağın kaderine bağlıdır¹⁶. Bununla birlikte TBK

davaları ticari davalardandır. Davacı ile davalı sigorta şirketi arasındaki uyumsuzluk mutlak ticari işlerden olan sigorta sözleşme sinden kaynaklanmaktadır. Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklar da mutlak ticari davalardandır. Ticari işlerde 01.01.2000 tarihine kadar reeskont faizi, bu tarihten sonra ise reeskont faizinden fazla ise avans faiz oranının uygulanması gerekir.” Yargıtay 11 HD, E 2004/9469 K 2005/7229, 05.07.2005 (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, Corpus).

12 Can (n 10) 151, 164.

13 <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 07 Ocak 2022.

14 Erdoğan Alkın, Kemal Yıldırım, Mustafa Özer, *İktisada Giriş* (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2005) 221.

15 Arkan (n 8) 76.

16 Faiz asıl alacağın varlığına bağlıdır. Asıl alacak sona erdiğinde faiz borcu da sona erer. Ancak faiz alacaklısı, alacağını

m. 147/1 uyarınca faiz alacağı asıl alacaktan, anaparadan ayrı talep ve dava edilebilir. Faiz, belirli bir miktar paradan ibaret alacağın ödetilmesi istemiyle açılmış olan bir davada veya bu yöndeki bir icra takibinde istenmemiş ise, alacaklı, faizden açıkça feragat etmedikçe, asıl alacağına ilişkin dava veya takipte buna ilişkin hakkını saklı tutmasına dahi gerek olmaksızın, asıl alacak zamanaşımına uğramadığı sürece, ayrı bir dava veya takip yolu ile faizi isteyebilir. Faiz alacağının anaparadan ayrı olarak devrine ilişkin aksi düzenleme mümkün olmakla birlikte, TBK m. 189/2 uyarınca kural olarak alacaklı, asıl alacağı devrettiğinde faizini de devretmiş olur¹⁷. Faiz alacağı, anapara alacağına bağlı fer'i bir alacak olmasına rağmen, anapara alacağının bir parçası değildir. Faizin ödenmesi, kısmi ödeme olarak kabul edilmemektedir. Bu sebeple alacaklı, anapara ödenmeden yapılan faiz ödemesini kabul etmek zorundadır¹⁸.

Faiz alacağı, para borçları dışında söz konusu olamayacağından, faiz alacağının doğması için konusu bir miktar para olan bir borcun varlığı şarttır. Para borcunu ihtiva eden bu borcun kaynağı sözleşme olabileceği gibi, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme de olabilir. Bilhassa sorumluluk sigortalarında tazminat alacağının kaynağı ağırlıklı olarak haksız fiil esaslı olsa da, mesleki sorumluluk sigortası örneğinde olduğu gibi, sorumluluk sigortaları dahil sigorta sözleşmelerinde de tazminat alacağının kaynağı sözleşme, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeye dayanabilmektedir. Bununla birlikte belirli bir miktar para borcunun varlığı, her durumda faiz alacağını doğurmayabilir. Bu noktada taraflar arasındaki sözleşmede faiz ödeneceğinin kararlaştırılmış olması ya da bir hukuki işlem veya kanun hükmü gereğince faiz ödenmesinin şart kılınması gereklidir¹⁹.

Faiz kavramı çeşitli açılardan farklı tasniflemelere tabidir: Uygulanacak oranın sözleşmede taraflarca kararlaştırıldığı faiz türüne akdi faiz denilmekte iken; uygulanacak oranın sözleşmede kararlaştırılmadığı hallerde söz konusu olan faiz türü kanuni faiz olarak nitelendirilmektedir²⁰.

anaparadan ayrı olarak talep edebilir. Bağlı haklarda asıl alacağın kaderine bağlılık kuralı zamanaşımı yönünden de geçerlidir. Asıl alacağın zamanaşımına uğramış olması, faizi de zamanaşımına uğratır. Ancak asıl alacak ile faiz bazen farklı zamanaşımı sürelerine de tabi olabilir. Bu nedenle faiz alacaklarının asıl alacaktan önce zamanaşımına uğraması da mümkündür. Faizin hukuki niteliğine ilişkin detaylı bilgi için bkz: Eren (n 5) 978-979; Şamil Demir; "Türk Borçlar Kanunu'nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar" (2012) 0(4), Ankara Barosu Dergisi 207, 214.

17 M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.-2* (11. Bası, Vedat 2014) 564; Kemal Dayınlarlı, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki* (4. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 2010) 270.

18 Aslan Kaya, "Adi ve Ticari İşlerde Faiz" (1994) 54 (1-4) İÜHFMD 347, 351; Oğuzman ve Öz (n 17) 313; Murat Aydoğdu, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz ile İlgili Düzenlemeler" (2010) 12 (1) DEÜHFD 85, 88; Mustafa Serhat Şen ve Mustafa Kamil Şen, "Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz Hükümleri ve Sınırları Adi İşlerde Faiz (Ticari ve Tüketici İşlemi Olmayan İşlerde Faiz)" TAAD (2018) 0 (34) 469, 479.

19 Oğuzman ve Öz (n 17) 312.

20 Faiz borcunun söz konusu olduğu halde, alacağın hesaplanması hususunda ana paraya uygulanacak oranın sözleşmede kararlaştırılmadığı hallerde oran 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun kapsamında belirlenecektir. Nitekim anılan Kanunun ilk maddesinde göre Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödemenin yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılacağı hüküm altına alınmış, ancak daha sonra kanuni faiz oranının, 1/1/2006 tarihinden geçerli olmak üzere yıllık % 12'den % 9'a indirilmesi 19/12/2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kararlaştırılmıştır. Bkz: Nurdan Orbay Ortaç, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", (2014) 0(2) Ankara Barosu Dergisi 117, 123; Rıza Ayhan ve Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Yetkin 2017) 33.

Borçlu tarafından alacaklıya ödenen ve sermayenin belirli bir oranı olarak hesaplanan dönemsel²¹ bir bedel olan anapara (kapital) faizi yanında, kanundan kaynaklanan ve para borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde borçlunun alacaklıya ödemesi gereken faiz ise temerrüt faizidir. Başka bir açıdan da, gerek anapara faizi gerekse temerrüt faizinin söz konusu olduğu hallerde, yalnızca anaparaya işletilen faize basit faiz; belirli devreler sonunda faizin anaparaya eklenmesi suretiyle bulunacak toplam değer üzerinden işletilen faize ise bileşik faiz adı verilmektedir²².

Nihai olarak sigorta sözleşmeleri açısından da vücut bulan ve ilerleyen kısımda detaylandırılacak olan son bir tasnif de; adi işlerde uygulanacak olan adi faiz ile ticari nitelikteki işlere uygulanacak ticari faiz ayrımıdır.

B. TİCARİ İŞLERDE FAİZİN ÖZELLİKLERİ

Hukuki bir meselenin çözümünde, uyuşmazlık konusu işlem veya fiilin ticari iş olup olmaması, o uyuşmazlığa uygulanacak hükümleri doğrudan etkilemektedir. Zira uyuşmazlık konusu işlem veya fiilin ticari iş olduğu hallerde faiz uygulaması da bazı hallerde adi işlerden farklılık arz edecektir. Bu kapsamda “*Ticari işlerde faiz*” kenar başlığı dahilinde, TTK’nın 8. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği ve bileşik faizin şartları düzenlenmiş; 9. maddede uygulanacak hükümler başlığı altında, ticari işlerde, kanuni faiz, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı; 10. maddede ise aksine bir sözleşme yoksa ticari bir borcun faizinin vadenin bitiminden ve belli bir vade yoksa ihtar gününden itibaren işlemeye başlayacağı hüküm altına alınmıştır. Bahse konu düzenlemeler ışığında ticari işlerde faiz uygulamasına dair özellikler eden hususlara genel hatlarıyla aşağıda değinilmiştir.

• Öngörülmemiş Olsa Dahi Faize Hak Kazanılması

Ticari olmayan tüketim ödünç sözleşmelerinde, sözleşmede açıkça öngörülmemişse, ödünç alanın vadeye kadar geçen süre için kapital faizi ödemeyeceği TBK m. 387/1’de düzenlenmiştir. Buna karşılık anılan hükmün ikinci fıkrası gereğince, ödünç ticari iş niteliğindeyse, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi, ödünç alanın kapital faizi ödemesi istenebilir. Nitekim bu düzenleme ile birlikte TTK m. 20 hükmü uyarınca da ticari işletmesi gereği bir iş veya hizmet gören tacirin sözleşmede öngörülmemiş olsa bile ücret isteme ve verdiği avanslar, yaptığı masraflar için de ödeme tarihinden itibaren faiz talep etme hakkının bulunduğu hüküm altına alınmıştır²³. Bu çerçevede, TTK md. 3, 19 ve 20 hükümleri bütün olarak dikkate alındığında sigorta sözleşmesinden kaynaklı taleplerde öngörülmemiş olsa dahi faiz (bilhassa temerrüt faizi) talep edilmesi olanak dahilindedir.

21 Anapara faizi, belirli bir miktar paranın sırf faiz elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya böyle bir amaç olmaksızın borçluda kalması sebebiyle, alacaklının sermayesinden geçici bir süre yoksun kalmasına bağlı olarak talep edilebilen faiz türüdür. Tarafların sözleşmede faizin başlangıcı için özel bir başlangıç tarihi öngörmedikleri hallerde, anapara faizi kural olarak sözleşme tarihiyle birlikte başlar. Bkz: Hasan Ayrancı, *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar* (BK. m. 105) (Yetkin 2006) 66; Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku* (1. Baskı Legem Yayıncılık 2017) 128, 138.

22 Ayhan ve Çağlar (n 20) 40; Orbay Ortaç (n 20) 123; Bozkurt (n 21) 139.

23 Ayhan ve Çağlar (n 20) 36; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (2. Baskı, Yetkin 2015) 520-521; Bozkurt (n 21) 137.

• **Faize Faiz Yürütülmesi**

Adi işlerde, TBK m. 388/3 hükmü ile faizin anaparaya eklenerek birlikte yeniden faiz yürütülmesi olarak tanımlanan bileşik faiz uygulaması yasaklanmışken; 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un (FK) "*Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep faiz yürütülemez. Bu konuya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.*" hükmüne yer veren 3. maddesi gereğince ticari işlerde, adi işlerden farklı olarak bazı hallerde bileşik faiz uygulaması kabul edilmiştir²⁴. Ancak, sigorta sözleşmeleri bakımından, anılan hükmün atfı dahilinde Türk Ticaret Kanunu'nda gerek anapara faizine gerekse temerrüt faizine tekrar faizi yürütülmesine ilişkin istisnai bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

• **Faiz Oranları**

TTK m. 8/1 hükmü uyarınca, ticari işlerde tarafların gerek anapara faizini gerekse temerrüt faizini serbestçe kararlaştırabilecekleri öngörülmüştür. Buna karşın adi işler bakımından TBK m. 88 ve 120 hükümleri, uygulanacak faiz oranlarına ilişkin sınırlandırma getirmiştir. Nitekim anılan her iki maddenin ilk fıkralarında, anapara ve temerrüt faizine uygulanacak yıllık oranın, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu halde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse 3095 sayılı FK m. 1/1 hükmü uyarınca yıllık %9 üzerinden kanuni faiz uygulanacaktır. Buna ilaveten sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık anapara faiz oranının birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacağı TBK m. 88/2 hükmünde; sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranının ise birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüzünden fazla olamayacağı TBK m. 120/2 hükmünde kaleme alınmıştır²⁵.

Anılan düzenlemelerdeki sınırlamaların ticari işlerde uygulanıp uygulanamayacağı ise doktrin ve yargı kararlarında tartışılmıştır. Bu kapsamda bir görüşe göre²⁶, TBK m. 88 ve 120 kapsamındaki sınırlamaların temel amacı olağanüstü faiz oranları karşısında borçluyu korumaktır. Söz konusu hükümlerin kişi yönünden herhangi bir farklılık gözetilmeksizin, tacirlerin ticari işleri bakımından da uygulanması emredici niteliktedir. Bu yönüyle ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağını öngören TTK'nın 9. maddesi, Türk

24 Ticari işlerde; TTK m. 89 ila 101 arasında düzenlenen, her iki tarafı da tacir olan, üç aydan aşağı olmamak üzere cari hesap sözleşmelerinde (TTK m. 8/2) ve her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ve üç aydan aşağı olmamak üzere ödünç sözleşmelerinde (TTK m. 8/2) bileşik faiz uygulaması mümkündür. Bu düzenlemeye aykırı olarak işletilen faiz TTK m. 8/4 hükmü uyarınca yok hükmündedir. Ayrıca TTK m. 726 dahilinde kambiyo senedi (poliçe, bono, çek) dolayısıyla ödeme yapan müracaat borçlusunun kendisinden önce gelen cirantalara rücu ettiği bedel nispetinde ceza ve faiz bedeli için tekrar faiz işletileceğinden bileşik faiz uygulaması söz konusu olacaktır (TTK m. 713 ilâ 731; m. 778/1/d; m. 810, m. 818/1/b/1/i//j/k/l). Kambiyo senetleri bakımından bu durum temerrüt faizine faiz yürütülemeyeceği kuralının istisnası teşkil etmektedir. Bkz: Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (15. Bası, Turhan 2015) 407; Ayhan ve Çağlar (n 20) 36; Eren (n 23) 520-521; Bozkurt (n 21) 137.

25 TBK m. 120/3 kapsamında ayrıca akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranının geçerli olacağı öngörülmüştür.

26 Turgut Öz, "Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli" (2005) 0 (4) Hukuki Perspektifler Dergisi, 74, 74 vd.; Aydoğdu (n 18) 96.

Borçlar Kanunu'nu da kapsamaktadır²⁷. Yargıtay uygulamasında da daireler arasında farklılıklar olmakla birlikte bu yönde verilmiş kararlar mevcuttur²⁸. Diğer görüş dahilinde²⁹ ise, yasal gerekçe de dikkate alınarak,³⁰ TTK m. 8 hükmünün ticari işlerde faizin serbestçe kararlaştırılabileceğini emredici bir şekilde düzenlediği, TTK m. 9 hükmünde yapılan atfın ise 3095 sayılı FK'ya yönelik olduğu benimsenmiştir. Bu nedenle, TBK m. 88 ve 120 kapsamındaki sınırlamaların sadece adi işler bakımından emredici olduğu, ticari işler bakımından ilgili hükümlerin uygulanmasının söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Nitekim Yargıtay 11. ve 19. Hukuk Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen kararlarda³¹ ticari işlerde faiz oranının serbestçe kararlaştırılabileceği ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki sınırlamaların ticari işlerde uygulanamayacağı kabul edilmiştir.

Kanaatimizce de doktrindeki hakim görüş dahilinde, TTK m. 8 hükmü, TBK m. 88 ve 120'ye nazaran özel hüküm niteliği arz ettiğinden öncelikle uygulanması gerekmektedir. Bu kapsamda tarafların,

27 Nagehan Kırkbeşoğlu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme" (2012) 28(4), BATİDER, 145, 162; Aydoğdu (n 18) 96.

28 Bkz: Yargıtay 6. HD, E 2013/12480 K 2013/14260, 24.10.2013; Yargıtay 6. HD, E 2013/11250 K 2013/13087, 26.09.2013; Yargıtay 6. HD, E 2013/14644 K 2013/15386, 14.11.2013; Yargıtay 15. HD, E 2013/3943 K 2013/5537, 09.10.2013 (Corpus).

29 Eren (n 5) 981-983; Kılıçoğlu (n 5) 620; Oğuzman ve Öz (n 17) 317; Orbay Ortaç (n 20) 126; Göktürk (n 7) 43.

30 TTK m. 8 hükmü gerekçesi uyarınca; "Tasarımın bu maddesinde ve 9 uncu maddelerde yapılan değişikliklere hakim olan düşünceler şöyle özetlenebilir:

(1) Ticari işlerde faiz oranının serbestçe tayin olunacağı, Türk Ticaret Kanununda temel bir ilke olarak yer almaktadır. Doğru olan budur. Gerçi, bugün aynı ilke ticari olmayan (âdi) işlere uygulanan faiz için de geçerlidir. Ancak, anılan ilkedен zaman zaman sapıldığı görülmektedir. Ticari işlerde temel bir kanun olarak Türk Ticaret Kanunu konunun düzenlemesi gereken yerdir. Ayrıca bir kanun sadece kendi kapsamındaki konuları düzenlemeli, bunlara ilişkin hüküm koymalıdır. Bu sebeple, hüküm 6762 sayılı Kanunda olduğu gibi ticari işlere özgülenmiştir. 6762 sayılı Kanunda kullanılan "tayin olunabilir" ibaresi ilke ile bağdaşmayan gereksiz bir esnekliğe yer vermiştir. İlkenin tam olarak öngörülebilmesi için kesin bir ifade kullanılmalıdır. Bu sebeple ibare "belirli" şeklinde düzeltilmiştir.

(2) Kanunda veya sözleşmede belirtilmediği durumlarda uygulanacak faiz ve temerrüt faizi oranlarını gösteren 3095 sayılı Kanun ve benzeri kanunlar sık değiştirilmektedir. Türk Ticaret Kanunu söz konusu kanunlara ad ve sayı anarak gönderme yaparsa, değişiklikler dolayısıyla bu gönderme, anlam ifade etmez duruma gelebilir. Onun için 8 inci maddenin ikinci fıkrası hükmünde genel bir gönderme tercih edilmiştir. "Temerrüt faizi" terimi yerine mevzuatta sık sık "gecikme faizi" terimi kullanılmaktadır. İkinci terimin, yeniliğinin tercih edilmesinde rol oynadığı düşünülebilir. Oysa ikinci terim dardır; temerrüt sadece gecikme halini içermez. Bu sebeple Tasarı "temerrüt faizi" terimini kullanmıştır. "Temerrüt" kelimesi yerine görüş birliği ile kullanılacak yeni bir kelime bulunursa onun faizini ifade eden terim de değişir.

(3) Mürekkep faize ilişkin 6762 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve etrafında önemli birikim sağlayan hüküm, 9 uncu maddede bağımsızlaştırılmıştır.

(4) 6762 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasında öngörölmüş bulunan, saklı tutma hükmünün yorumu güçlük doğurmuştur. Gerçekten saklı tutulan "hususî hükümler" ile; mürekkep faiz hakkındaki hükümlerin mi yoksa hükümde anılan kanunlarda bulunan faize ilişkin kuralların mı kastedildiği belirsizdir. Üçüncü fıkrada sayılan kanunlar, mürekkep faize dair "hususî hükümler"i içermemektedir; içerseler bile, 3095 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi karşısında bu hükümleri geçerli saymak mümkün değildir. Çünkü, hem anılan Kanun bileşik faizi kesin olarak yasaklamıştır, hem de sadece "Bu konuya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri(ni) saklı" tutmuş, diğer "hususî hükümler"i dikkate almamıştır. Bu gerekçelerle, 6762 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne Tasarıda yer verilmemiştir. 6762 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin artık pek bir anlam ifade etmeyen ikinci fıkrası da Tasarıya alınmamıştır. Tasarının 8 ilâ 10 uncu maddesi hükümleri faiz konusunda bir Ticaret Kanununun içermesi gereken hükümlere yer vermiştir." Bkz: < https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri/1?gclid=CjwKCAiAk-dBhABEiwAchlIwkdLdikrbfVciNXn0mTGxQEgfp1RztXAAKcRHrcFf-6dXocrBMj92choCrYwQAvD_BwE> Erişim Tarihi 09 Ocak 2022.

31 Yargıtay 11. HD, E 2013/18074 K 2014/10977, 09.06.2014; Yargıtay 19. HD, E 2014/4941 K 2014/7928, 24.04.2014; Yargıtay HGK, E 2013/6-2249 K 2015/1362, 15.05.2015 (Corpus).

ticari işler bakımından faiz oranlarını serbestçe belirlemeleri olanak dahilindedir. Taraflarca herhangi bir kararlaştırma yapılmadığı durumlarda ise faiz oranları TTK m. 9'da yer alan atf nedeniyle 3095 sayılı FK hükümlerine göre tespit edilecektir³².

• *Faizin Başlangıcı*

Ticari işler bağlamında, taraflar faizin ne zaman başlayacağına ilişkin aralarında anlaşma yapmamışlarsa ya da kanunda bu hususta bir düzenleme yer almıyorsa, TTK m. 20 uyarınca borcun doğduğu tarihi itibarıyla anapara faizi işlemeye başlayacaktır. Ancak bilhassa sigorta sözleşmelerinde gerek prim borcunun gerekse sigorta tazminatının ödenmesinde hukuka aykırı olarak borcun yerine getirilmemesi ya da geç ifa halinde, borçlunun kusuru ya da alacaklının zararından bağımsız olarak temerrüdün hukuki sonucu mahiyetinde faiz gündeme gelecektir.

Temerrüt faizinde faizin ne zaman işlemeye başlayacağı, TTK m. 10 uyarınca taraflarca vadenin belirlenmesi suretiyle kararlaştırılabilmektedir. Böyle bir kararlaştırma yapılmamışsa veya belirli bir vade söz konusu değilse temerrüt faizi, borçlu temerrüdünün gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır³³. Sigorta sözleşmesinden kaynaklı temerrüt faizinde de borcun muacceliyet anı ve faizin başlangıcına ilişkin, "II. Sigorta Sözleşmelerinde Muacceliyet Ve Temerrüt" başlığı altında aşağıda incelenecek bazı özel düzenlemeler söz konusudur.

Bununla birlikte, temerrüt faizinin geç ödenmesi halinde temerrüt faizi talep olunamazken (TBK m. 121/3); anapara faizinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi söz konusu olduğunda kural olarak icra takibine girildiği veya davanın açıldığı tarihten itibaren temerrüt faizi istenmesine cevaz verilmiştir (TBK m. 121/1).

TTK m. 1530'da, 2 ila 8. fıkralar arasında ise ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, borçlunun temerrüde düşme şartları ve temerrüdün sonuçları bakımından genel hükümlerden ayrılan düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan hükmün uygulama alanı ikinci fıkra dahilinde sadece ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerle

32 Ticari işlerde miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse anapara faizi ödenmesi gerektiği hallerde 3095 sayılı FK m. 1/1 hükmü uyarınca adi işlerde olduğu gibi yıllık %9 oranı esas alınır. Bunun gibi, 3095 sayılı FK m. 2/1 hükmü gereği ticari işlerde temerrüt faizi de yıllık %9 üzerinden hesap edilir. Ancak bazı hallerde ticari işlerde, 3095 sayılı FK m. 2/2, c.1 kapsamında Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının (TCMB) bir önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, FK m. 1'de belirtilen faiz oranından (bugün için %9'dan) fazla ise, arada sözleşme olmasa bile, açıkça belirtilmesi halinde temerrüt faizi bu oran üzerinden talep edilebilecektir. 31.12.2022 tarihinden itibaren ticari işlere yönelik avans faiz oranı %10,75 olarak belirlenmiştir. (<<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Para+Politikasi/Reeskont+ve+Avans+Faiz+Oranlari>> Erişim Tarihi 20 Nisan 2023). Ticari nitelikteki bir yabancı para borcunda da taraflar faiz oranlarını serbestçe belirleme imkanına sahipken, bu yönde bir irade sergilemezler ise 3095 sayılı FK m. 4/ada Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranının uygulanacağı kabul edilmiştir.

33 Borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK m. 117/1'de, muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşeceği düzenlenmiştir. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle tayin edilmişse bugünün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte, borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır. Bkz: Eren (n 5) 1093.

sınırlandırılmıştır. Bu nedenle ilgili maddedeki düzenleme ticari işlerde uygulanacak faiz hususunda önem arz etse de, sigorta sözleşmelerini doğrudan ilgilendirmemektedir³⁴.

II. SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE MUACCELİYET VE TEMERRÜT

Sigorta sözleşmesinde temerrüt faizinin söz konusu olabilmesi için, ifa imkansızlığının olmadığı bir halde, sigorta prim borcunun ya da sigorta tazminat borcunun, borç ilişkisine uygun olarak vadesi gelmesine (muaccel olmasına) rağmen borçlusu tarafından yerine getirilmemiş olması gerekir. Borçlunun temerrüde düşmesi sonucu oluşan temerrüt faizi için borçlunun kusurlu olması ya da alacaklının bir zararının bulunması da şart değildir³⁵.

TTK'nın 10. maddesinde, aksine sözleşme yoksa, ticari bir borcun faizinin, vadenin bitiminden ve belli bir vade yoksa ihtar gününden itibaren işlemeye başlayacağı hüküm altına alınmıştır. Düzenleme kapsamında temerrüt faizinin başlangıcı, taraflarca belirlenecek bir vadeye bağlanabileceği gibi belli bir vade kararlaştırılmamışsa, borçlunun temerrüdünün gerçekleştiği andan itibaren temerrüt faizi işlemeye başlayacaktır.

Borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK m. 117/1'de ise, muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtar ile temerrüde düşeceği düzenlenmiştir. Buna göre, edimin ifası mümkün ve borç muaccel hale gelmiş ise temerrüdün gerçekleşebilmesi için alacaklı borçluyu, borçlandığı edimi yerine getirmeye davet etmelidir. İhtarın, ispat yönünden yazılı yapılması tavsiye edilmekle birlikte, Türk Borçlar Kanunu dahilinde hangi şekilde yapılacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşın TTK m. 18/3 kapsamında tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarların veya ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılacağı öngörülmüştür. Tacir olmanın hükümlerinin düzenlendiği ilgili madde, işin adı ya da ticari iş olmasından bağımsız olarak sadece tacirler arasında gerçekleştirilecek bahse konu amaçlara yönelik bildirimlerle sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda temerrüde ilişkin ihtarların; her iki tarafın da tacir olduğu veya taraflardan birinin tacir olmasına karşın diğerinin TTK m. 12/2 gereği tacir sayıldığı ya da TTK m. 12/3 kapsamında tacir gibi sorumlu olduğu kişiler bakımından, belirtilen hallerde TTK m. 18/3'teki şekle uygun yapılması gerekecektir. Türk Borçlar Kanunu dahilinde m. 12/2 uyarınca Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şartı olarak düzenlendiğinden, TTK m. 18/3 kapsamında da aksine bir düzenleme bulunmadığı için,

34 TTK'nın m. 1530/2 ila 7. fıkraları Avrupa Birliği müktesebatı esas alınarak, daha ziyade ekonomik durumları güçlü olan market, süpermarket gibi alışveriş merkezleri karşısında KOBİ'leri korumaya yönelik ihdas edilmiştir. Temerrüde düşme şartları, faiz oranları ve temerrüdün sonuçları bakımından pozitif ayrımcılık yapılarak büyük ve güçlü ticari işletmelerin, kendilerine mal veya hizmet tedarik eden küçük işletmeler aleyhine geç ödemeyi bir finansman aracı olarak kullanmalarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bkz: Yasemin Yücesoy Yılmaz, "Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması" (2019) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 303, 323; Arkan (n 8) 173.

35 Borçlunu kusurlu olması temerrüde bağlanan bazı hukuki sonuçlar yönünden önem taşımaktadır. Nitekim kusurlu temerrüt halinde, borçlanılan edimin aynen ifası mümkün olduğu hallerde aynen ifa yükümlülüğü, şartlarının oluşması halinde gecikme tazminatının ödenmesi, beklenmedik halden ve para borçlarında aşkın zarardan (munzam zararda) sorumluluk söz konusu olabilecektir. Bkz: Eren (n 5) 1102 vd.

öngörülen şekil şartının geçerlilik koşulu olarak kabulü gerekir³⁶. Öte yandan sigorta sözleşmeleri bakımından ihtara ilişkin olarak sigorta prim borcuna yönelik müteakip primlerin ödenmesinde temerrüde düşülmesi hali TTK m. 1434/3'te düzenlenmiştir. Anılan hükümde aşağıda da detaylandırılacağı üzere; izleyen primlerden herhangi birinin zamanında ödenmemesi halinde, sigortacının sigorta ettirene, noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla on günlük süre vererek borcunu yerine getirmesini, aksi halde, süre sonunda, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar edeceği hüküm altına alınmıştır. Sigorta tazminatı açısından ise TTK m. 1427/4'de borcun muaccel hale gelmesiyle temerrüdün kendiliğinden gerçekleşeceği öngörüldüğünden ayrıca bir ihtarda bulunulması söz konusu olmayacaktır.

TBK m. 117/2 de bazı durumlarda borçlunun temerrüdü için ihtar ilkesinden vazgeçmiştir. Nitekim, ilgili hükümde tarafların ifa için belirli bir gün kararlaştırmış olmaları ya da tarafların yapmış oldukları sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak içlerinden birine borcun ifa edileceği günü bir bildirimde bulunmak suretiyle belirleme yetkisi verildiği hallerde, ihtar gerekli görülmemiştir. İlaveten haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte ihtar yapılması gerekmeksizin borçlunun kendiliğinden mütemerit sayılacağı ve bu tarihlerden

36 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda (eTTK) tacirler arası bazı ihtar ve ihbarlar bakımından m. 20/3'te öngörülen şekil şartlarının "muteberlik (geçerlilik) şartı" olduğu açıkça ilgili metinde ifade edilmiş ve Adliye Encümeni mazbatasında maddede öngörülen şekil şartının bir ispat şartı olmayıp, muteberlik şartı olduğuna ilişkin açıklamaya yer verilmiştir. Buna karşın kanun koyucunun iradesine rağmen eTTK döneminde birbirinden çok farklı yargı kararlarının verildiği ve hükmün uygulamaya yansımada yeknesaklık sağlanamadığı bilinmektedir. 6102 sayılı TTK m. 18/3 hükmünde ise eTTK'daki düzenlemeden farklı olarak, ihtar ve ihbarların şekli hususunda madde metnine "muteber olması için" ibaresi eklenmemiş ve madde gerekçesinde de söz konusu şekil şartlarının "ispat şartı" olduğu yönünde açıklamalara yer verilmiştir. Bu hususta *Al Kılıç*, kanun koyucunun ilgili düzenlemede öngörülen şekil şartlarının bir geçerlilik şartı olarak benimsenmemesi yönündeki iradesini *olması gereken hukuk* açısından desteklediğini belirtmekle birlikte; TTK m. 18/3'te öngörülen şekil şartlarının, maddenin kaleme alınış tarzı ve yürürlükte bulunduğu mevcut haliyle bir geçerlilik şartı olarak anlaşıldığını ifade etmektedir. Nitekim bu bağlamda *Al Kılıç*; TBK m. 12/2 dahilinde, kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olarak kabul edilmesi ve bu hükmün sözleşmelerin yanı sıra tüm hukuki işlem benzeri fiilleri kapsamaması; TTK m. 18/3'te hem ihtar ve ihbarda bulunulacak hallerin hem de ihtar ve ihbarların şekillerinin tek tek sayılması ve hükmün sonunun "...ile yapılır" biçiminde net bir ifade ile sınırlı sayı esasına göre kaleme alınmış olması ve ayrıca TTK m. 18/3'e açıkça atıf yapan TTK m. 1525/1 ve TTK m. 855/4 gibi maddelerde yer alan ifadeler nedeniyle, TTK m. 18/3'te yer alan düzenlemenin bir geçerlilik şartı olarak ortaya konulduğunu belirtmektedir. *Al Kılıç*, doktrinde ağırlıklı görüşe göre TTK m. 18/3'te yer alan şekil şartları, madde gerekçesindeki açıklamalara atıf yapılmak suretiyle ispat şartı olarak kabul edilmekte ise de; kanun koyucunun muradını hükmün lafzına yansıtamaması dolayısıyla, madde metninde bir değişiklik yapılmadığı sürece, fıkrada öngörülen şekil şartlarının doktrin ve uygulamanın bir kısmı tarafından kendilerinin de katıldığı görüş dahilinde bir geçerlilik şartı olarak yorumlanacağını ve netice olarak uygulamada aynı konuda farklı yönde kararlar verileceğini vurgulamaktadır (TTK m. 18/3'te yer alan şekil şartlarının ispat şartı olarak kabul edildiği yönündeki görüşler için bkz: Ayhan ve Çağlar (n 20) 249; Şener (n 10) 204; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (15. Bası, Vedat 2015) 163; Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (3. Bası, BTHAE 2015) 75-76). Öte yandan düzenlemeye ilişkin *Al Kılıç*, hükümde öngörülen şekil şartlarının, bir an için kanun koyucunun da iradesine uygun bir şekilde "ispat şartı" olarak nitelendirileceği sonucu kabul edilse dahi, bu durumda da, ispat şartı ile ne anlaşılması gerektiği sorusuna cevap bulunması gerekeceği eleştirisini dile getirmektedir (Konuya ilişkin tartışmaların detayı ve ilgili yargı kararları için bkz: Şengül Al Kılıç, "Tacirler Arasındaki İhtar ve İhbarlara İlişkin 6102 sayılı TTK m. 18/3 Hükümünde Öngörülen Şekil Şartlarının Hukuki Niteliği" (2018) Türk Ticaret Kanununun 5.Yılı Sempozyumu 8-10 Kasım 2017 137, 173 vd.; Hanife Dirikan, "Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar" (2012) 4 (1) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 39, 51; Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve Tespitler* (3. Bası, On İki Levha 2016) 63; Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (8. Bası, On İki Levha 2016) 45; Bahtiyar (n 8) 118).

itibaren temerrüt faizi ödemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır³⁷. Zarara sebep olan haksız fiil işlendiği tarihte zarar görenin malvarlığında bir azalmaya neden olduğu için her ne kadar tazminat borçlusu haksız fiil tarihinden itibaren temerrüt faizinden sorumlu ise de; tazminat borçlusunun fail haricinde sigortacı gibi üçüncü bir kişi olduğu hallerde şartlara göre ihbar ve temerrüt ihtarında bulunulması gerekecektir³⁸.

A. SİGORTA PRİMİ AÇISINDAN

Sözleşmeden doğan para borcunun belirli bir vadede ödenmemesi temerrüt faizinin doğumu için yeterlidir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen genel esaslara tabi olmakla birlikte, sigorta sözleşmelerinin özelliği gereği sigorta ettirenin prim ödeme borcu ve temerrüde düşmesi Türk Ticaret Kanunu kapsamında özel olarak düzenlenmiştir.

TTK m. 1431/1'de, sigorta priminin tamamının, taksitle ödenmesi kararlaştırılmışsa ilk taksitin sözleşme yapılı yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödenmesi gerekeceği; karada ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda ise sigorta priminin, poliçe henüz düzenlenmemiş olsa bile, sözleşmenin yapıldığı anda ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda doktrinde bir görüş³⁹, karada ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalar hariç olmak üzere poliçenin teslimini prim ödeme borcunun muacceliyeti için ön şart olarak kabul etmektedir. Buna göre sigorta priminin taksite bağlanmadığı veya ilk taksitin ödenmesinde taraflarca kararlaştırılan bir vade söz konusu olmadığı hallerde, TBK m. 117/1'den farklı olarak ihtara gerek olmaksızın poliçenin verilmesi ile muacceliyet gerçekleşecektir. Öte yandan diğer görüşe göre⁴⁰, sigorta ettirenin prim ödeme borcu sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte doğar ve en geç poliçenin teslim edilmesi ile ifa edilir. Sigortacı, sözleşmenin akdedilmesinden sonra prim alacağını isteme hakkına sahiptir. Poliçenin teslim borcunun yerine getirilmemesi, sigorta ettirene ödemezlik defii benzeri, primi ifadan kaçınma hakkı sağlar.

37 “Haksız eylem nedeniyle tazminat davalarında, haksız eylem tarihinden itibaren faiz istenebilir. Dava, haksız eylem nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Dava dilekçesinde hüküm altına alınacak tazminatlara yasal faiz yürütülmesi isteği bulunmaktadır. Davacının tazminat istemi, davalının hukuka aykırı eyleminden kaynaklanmaktadır. Haksız eylemin meydana geldiği tarihte zararda doğmuş ve aynı günde zarar veren tazminatı ödeme yükümlülüğü altına girmiştir. Ödememesi nedeniyle, davacının istemine karşı direnmesi sonucunu doğurur. Böylece aynı tarihten itibaren de alacaklı faiz istemeye hak kazanmış olur. Somut olayda davacı faiz isteminde de bulunduğuna göre, mahkemece bu istem içinde kabul kararı vermesi gerekirken faize hükümlenmemesi, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 4. HD E 2001/10735 K 2002/1543, 11.02.2002 (Corpus).

38 “Haksız eylem faili, ihtar ve ihbara gerek olmaksızın, zararın doğduğu anda, başka bir anlatımla haksız eylem tarihinden itibaren zararın tamamı için temerrüde düşmüş sayılır. Dolayısıyla, zarar gören gerek kısmi davaya, gerekse sonradan açtığı ek davaya veya ıslaha konu ettiği kısma ilişkin olarak haksız eylem tarihinden itibaren temerrüt faizi isteme hakkına sahiptir. Ancak, trafik kazaları esas itibarıyla haksız eylem sayılan hallerden olmakla birlikte ZMSS’ni yapan sigortacı bakımından temerrüdün bu tarihte oluştuğunun kabulü mümkün değildir. Zira, sigortacının tazminat giderim yükümlülüğünü düzenleyen KTK’nın 98/1 maddesi hükmü uyarınca sigortacı maddede belirtilen belgelerin iletildiği tarihten itibaren 8 iş günü sonrasında temerrüde düşer. Davadan önce böyle bir başvurunun bulunmaması halinde ise dava tarihinde temerrüde düşmüş sayılır.” Yargıtay 11. HD E 2008/314 K 2008/1387, 11.2.2008 (Corpus).

39 Ünán (n 2) 334; Şaban Kayıhan, *Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu* (Beta 2004) 149; Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku* (3. Bası, İmaj 2009) 281; Samim Ünán, *Hayat Sigortası Sözleşmesi* (Beta 1998) 110.

40 Işıl Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku* (Yetkin 2012) 57-58; Barış Demirsatan, “Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcunda Temerrüdü” (2017) 75(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 359, 366-367; Ayhan, Çağlar, Özdamar (n 3) 179.

TTK m. 1431/2 kapsamında ise izleyen taksitlerin ödeme zamanı, miktarı ve primin vadesinde ödenmemesinin sonuçlarının poliçe ile birlikte yazılı olarak sigorta ettirene bildirileceği veya bu şartların poliçe üzerine yazılması gerektiği belirtilmiştir. Sigorta ettirenin uyarılmasını amaçlayan ilgili düzenleme, tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespiti bakımından önemlidir. Ancak poliçe bir ispat vasıtası olduğundan, poliçenin sözleşmede değinilen hususları içermemesi sözleşmenin içeriğini değiştirmedeği gibi sözleşme hükümlerinin ileri sürülmesine de engel teşkil etmez. Temerrüdün sonuçlarının poliçede yer almaması da ayrı bir hukuki sonuca neden olmaz⁴¹.

TTK m. 1431/3'te de, prim borcunun taksitlendirilmiş olması halinde, rizikonun gerçekleşmesi üzerine henüz vadesi gelmemiş taksitlerin vadeden önce muaccel olması düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, meydana gelen riziko sebebiyle ödenmesi gereken sigorta bedelinin karşılığı olan primler muaccel hale gelecektir. Müteakip fıkrada da prim borcu ödenmemiş sigortalarda, sigortalı veya lehdarın bu borcu yerine getirerek sigorta ettirenin yerine geçmesine olanak tanınmıştır⁴².

İlgili madenin son fıkrası kapsamında ise, primlerin ödenecek tazminat tutarından indirilmesine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Bu çerçevede, sorumluluk sigortaları dışındaki sigortalarda sigortacı, prim alacağını, ödeyeceği sigorta tazminatından (veya bedelinden) indirebilecektir. TBK m. 139 kapsamında takas için alacakların karşılıklı olması esası benimsenmiştir. Bunun gereği sigortacı, ancak sigorta ettirene karşı ödeyeceği tutar bakımından prim alacağı için takas beyan edebilecektir. Buna karşın TTK m. 1431/5'te farklı bir çözüm öngörülerek, sigortacıya gerçekleşen riziko sonucu sigorta sözleşmesi dolayısıyla kendisinden alacaklı olan kişiye (bu kişi prim borçlusu olmasa, takastaki karşılıklılık koşulu gerçekleşmemiş olsa dahi) ödeyeceği tutardan, prim alacağını mahsup hakkı tanınmıştır. İlgili düzenlemede tazminattan indirilecek prim alacağının muaccel olması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm olmamakla birlikte *Ünan*, söz konusu hükmün, ilgili maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde, ancak muaccel olan taksitlerin tazminattan indirilebileceği sonucuna ulaşıldığını, aksinin üçüncü fıkrayı anlamsız hale getireceğini belirtmektedir⁴³. Öte yandan TTK m. 1431/5 kapsamında, ödenecek tutardan indirilebilecek sigorta priminin muacceliyet ve temerrüt koşullarının gerçekleşmesi halinde, sigortacının temerrüt faizinin de mahsubunu isteyebilmesi gerekir. Nitekim TTK m. 1434 dahilinde öngörülen cayma ve fesih hali haricinde, anılan maddenin üçüncü fıkrasında sigortacının, temerrüt nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'ndan doğan diğer haklarının da saklı tutulduğu belirtilmiştir.

Sigorta hukukuna özgü bir temerrüt kavramı olmamakla birlikte, prim ödeme borcunda temerrüt haline özgü TTK m. 1434 kapsamında bazı özel sonuçlara yer verilmiştir. Buna karşın temerrüde ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nda ayrıca hükme bağlanmamış hususlarda Türk Borçlar Kanunu

41 Anılan hüküm sigorta ettiren aleyhine değiştirilemez niteliktedir. Zira sigortacının, sözleşmeden farklı şekilde poliçeye, sigortalı, lehtar ve sigorta ettiren aleyhine hüküm eklemesi halinde TTK m. 1425/3 kapsamında bu hükümlerin geçersiz olacağı düzenleme altına alınmıştır. Buna ilaveten TTK m. 1434/3 dahilinde tanzim edilecek ihtarnamede, TTK m. 1431/2'de öngörülen hususlara yer verileceği zaten belirtilmiştir. Detaylı bilgi için bkz: *Ünan* (n 2) 338; *Demirsatan* (n 40) 370.

42 Bahse konu hükümlerin eleştirisi için bkz: *Ünan* (n 2) 338-340.

43 *Ünan* (n 2) 342.

hükümlerinin uygulanması esastır⁴⁴. Zira TTK m. 1434/3 hükmü de bu durumu teyit etmektedir. TTK'nın 1434. maddesi nisbi emredici niteliktedir. Dolayısıyla sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine olacak şekilde daha kolay ve etkili bir temerrüt rejimi öngörülmesi mümkün değildir⁴⁵.

Bahse konu maddede, 1431. maddeye uygun olarak istenilen sigorta primini ödemeyen sigorta ettirenin mütemerrit olacağı öngörülmüştür. TTK m. 1434'te ilk prim taksitinin veya primin tamamının vadede ödenmesi hali ile sonraki prim taksitlerinin vadede ödenmesi hususları farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Madde gerekçesinde, taraflar arasındaki menfaatler dengesinin sağlanması amacıyla ve uygulamada kolaylık sağlayabilmek adına, ilk veya defaten ödenecek primin vade tarihinden belli bir sürede ödenmemesi halinde sözleşmenin otomatik olarak sona ereceği, müteakip primlerdeki temerrüt halinde, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun bir yıldan uzun süreli can sigortaları için kabul ettiği prosedürün korunduğu, ancak temerrüt nedeni ile bir sigorta dönemi içinde iki defa sigorta ettirene ihtar gönderilmiş olması halinde sigortacıya da, sigorta döneminin sonunda hüküm doğuracak şekilde sözleşmeyi feshedebilme hakkının tanındığı belirtilmiştir.

TTK m. 1434/2 hükmünde, sigortacının, ilk taksitin veya tamamı bir defada ödenmesi gereken primin, zamanında ödenmemesi halinde, ödeme yapılmadığı sürece, sözleşmeden üç ay içinde cayabileceği ve bu sürenin vadeden başlayacağı öngörülmüştür. Madde metninde yer alan "*primin zamanında ödenmemesi*" ifadesiyle, salt ifanın zamansal gecikmesinden ziyade, prim ödeme borcunda temerrüde düşülmesi kastedilmektedir. Nitekim, TTK m. 1431'deki düzenlemeye uygun olarak istenilen sigorta primini ödemeyen sigorta ettirenin mütemerrit olacağı kabul edilmiş ve sigorta ettirenin temerrüde düşmesi için, ihbar yerine primin istenmesinden bahsedilmiştir⁴⁶. Öte yandan sigortacının sözleşmeden cayması, üç aylık hak düşürücü bir süreye bağlanmış ve bu sürenin vadeden başlayacağı belirtilmiştir. Oysa ki TTK ilk primin ödenmesi için herhangi bir vadeye yer vermemektedir. Daha evvel açıklandığı üzere TTK m. 1431/1 gereği sigorta priminin tamamının, taksitle ödenmesi kararlaştırılmışsa ilk taksitin, sözleşme yapılır yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödenmesi gerekir. Vade öngörülerek ilk primin ertelenmesi genellikle ayrıksı bir durumdur. Bu nedenle *Demirsatan*'ın belirttiği üzere hükümde yer alan "*vade*" ile aslında temerrüt kastedilmektedir. Zira belirli vadenin olduğu hallerde, vadenin dolmasıyla zaten temerrüt gerçekleşmektedir⁴⁷. Bu minvalde sigortacı, sigorta himayesi başlamadan prim ödeme borcunda temerrüt gerçekleştiğinde, temerrüt tarihinden itibaren üç ay içinde her zaman bozucu yenilik doğuran bir beyanla sözleşmeden cayabilir. Bu halde sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. TTK m. 1434/2'de temerrüde ilişkin sonuçlara yer verilmediğinden, genel hükümler uygulama alanı bulur. Sözleşmeden dönülmediği müddetçe, aynen ifa ve temerrüt faizi isteme hakkı ile TBK m. 125'te öngörülen seçimlik haklar varlığını sürdürecektir⁴⁸. Fıkranın son cümlesi gereği de, prim alacağının,

44 Demirsatan (n 40) 374; Ünan (n 2) 553.

45 Demirsatan (n 40) 375.

46 Ayhan, Çağlar, Özdamar (n 3) 184-185.

47 Ünan (n 2) 365; Demirsatan (n 40) 377.

48 Demirsatan (n 40) 377; Furkan Olguç, "Hayat Sigortalarında Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu" (2015) 10 (10) Terazi Hukuk Dergisi 103,113; Sinem Camcı, "Sigorta Ettirenin Sigorta Prim Borcunu Ödememesinin Hukuki Sonuçları"

muacceliyet gününden itibaren üç ay içinde dava veya takip yoluyla istenmemiş olması halinde, sözleşmeden cayılmış olunur⁴⁹.

Sigorta priminin taksitle ödeneceği kararlaştırılmış ve herhangi bir taksit zamanında ödenmemiş ise, sigortacı, primin tahsilini dava edebileceği gibi sigorta ettirenin sonraki primlere ilişkin temerrüde düşmesini düzenleyen TTK m. 1434/3 kapsamında sözleşmeyi fesih cihetine de gidebilir⁵⁰. TTK m. 1434/3 hükmü sadece, sözleşmenin kurulmasıyla sigortacının sorumluluğunun başladığı sigorta sözleşmelerinde prim ödeme borcunda temerrüde düşülmesi halinde uygulama alanı bulacaktır. Nitekim ilk sigorta prim taksitinin ödenmemiş olduğu ve bu nedenle sigorta himayesinin başlamadığı hallerde, sigorta sözleşmesi devam ettiği müddetçe sonraki taksitlerin temerrüt halinde TTK m. 1434/2 hükmünün uygulanması gerekecektir. TTK m.1434/3 gereği, primin taksitle ödeneceği kararlaştırılmışsa ve izleyen herhangi bir taksit zamanında ödenmezse, sigortacı, TBK m. 117/2'den farklı olarak, sigorta ettirene, noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü mektupla on günlük süre vererek borcunu yerine getirmesini, aksi halde süre sonunda sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar etmek durumundadır. On günlük süre, ihtarın sigorta ettirene ulaştığı tarihten başlamakta ve sürenin bitiminde borç ödenmemiş ise sigorta sözleşmesi feshedilmiş olmaktadır⁵¹. Fesih hakkının ne zaman kullanılması gerektiğine ilişkin yasal bir sınırlama olmadığından temerrüt devam ettiği müddetçe sigortacı, her zaman sözleşmeyi fesih hakkına sahiptir. Fesih beyanının hüküm doğurmasıyla birlikte sigorta sözleşmesi temerrüdün gerçekleştiği an itibarıyla ileriye etkili olarak sona erecektir. Sigortacının, sigorta ettirenin temerrüdü nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'ndan doğan diğer hakları üçüncü fıkranın son cümlesinde saklı tutulduğundan, sigortacının sözleşmeyi feshetmek yerine, primi tahsil etme yolunu tercih etmesi de mümkündür⁵².

TTK m. 1434/4 kapsamında da sigortacıya iki haklı ihtar sebebiyle fesih hakkı tanınmıştır. Düzenlemeye göre bir sigorta döneminde en az iki farklı prim taksitinin ifasında temerrüde düşülmesi ve TTK m. 1434/3 anlamında sonuçsuz kalmış fesih beyanında bulunulmuş olması gerekir. Fesih, sigorta döneminin sonundan itibaren hüküm ifade edecektir⁵³.

(2019) 14(155) Terazi Hukuk Dergisi 1384, 1388.

49 Sigortacı, primin veya taksitlendirilmişse ilk prim taksitinin tahsili amacıyla primin talep edilebilir olduğu andan itibaren, dava açmak ya da icra takibinde bulunmak zorundadır. Bu, sigortacı bakımından bir külfet olarak öngörülmüştür. Aksi halde sözleşme sona ermekte ve sigortacı hak kaybına uğramaktadır. Sözleşmenin varlığının korunması amacıyla öngörülen bu düzenlemenin temerrütten bağımsız oluşuna ve sistematik olarak yerinin eleştiriye açık olduğuna ilişkin değerlendirmeler için bkz: Demirsatan (n 40) 379.

50 Ayhan, Çağlar, Özdamar (n 3) 187; Camcı (n 48) 1384, 1390.

51 Fesih beyanı geçerlilik bakımından sıkı koşullara bağlanmıştır. TBK m. 12 gereği öngörülen bu koşullar geçerlilik koşuludur. Daha uzun bir mehil tanınmasında engel olmamakla birlikte, fesih beyanıyla tanınacak süre en az on gün olmalıdır. Fesih beyanında ayrıca primin on gün içerisinde ifa edilmesi gerektiği, aksi takdirde sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı hususuna da yer verilmesi gerekir. Bkz: Demirsatan (n 40) 381-382.

52 İlgili prim taksitine ilişkin olarak temerrüdün genel koşulları gerçekleştiğinde sigorta ettiren temerrüde düşecek ve bu taksit için temerrüt faizi işlemeye başlayacaktır. Sigortacı da, aynen ifa bağlamında ilgili primin tahsilini ve ayrıca temerrüt faizi ile aşkın zararının tazminini de talep edebilecektir. Bkz: Demirsatan (n 40) 380.

53 TTK m. 1434/4 uyarınca sigortacının fesih hakkı temerrüde düşülen ikinci prim taksitinin ifasıyla doğar ve sigorta döneminin sonuna kadar ayakta kalır. Ancak sigortacının iki haklı ihtardan doğan fesih hakkını ayrıca kullanması gerekecektir. Bununla birlikte düzenlemede, fesih hakkının ne zaman kullanılması gerektiği belirtilmediği ve herhangi bir yasal kısıtlama bulunmadığından, bu hak en geç yeni sigorta döneminin başlangıcına kadar kullanılabilir. Detaylı

Bahse konu fıkranın son cümlesinde ise can sigortalarında indirimle ilişkin hükümlerin saklı tutulduğuna yer verilerek, TTK m. 1502 kapsamında ele alınan prim ödenmesinden muaf hale gelen can sigortalarında iki haklı ihtar sebebiyle feshin mümkün olmayacağına işaret edilmiştir⁵⁴. Hayat sigortaları bakımından kanun koyucu yukarıda açıklanan genel hükümlerin yanı sıra sigorta ettirene belli bir süre prim ödemiş olması koşuluyla sigorta sözleşmesi içinde bazı esneklikler tanımıştır. Bu sayede uzun vadeli hayat sigortalarında, sigorta ettirenin mali durumunda meydana gelebilecek dalgalanmalara karşı menfaatler dengesi gözetilmeye çalışılmıştır. Hayat sigortalarında da, sigorta ettirenin prim ödeme borcunun tamamının bir defada ödenmesi kararlaştırılmışsa tamamı, prim taksite bağlanmış ise ilk taksiti TTK m. 1431 uyarınca zamanında ödenmemişse, sigortacı usulüne uygun ödeme yapılmadığı sürece TTK m. 1434/2 hükmü gereğince üç ay içinde sözleşmeden cayabilecektir. Sigorta ettirenin sonraki primler yönünden borcunu yerine getirmemesi halinde ise, sözleşmenin kurulmasından itibaren geçen süre ve ödenen prim sayısı bağlamında, birinci yılın primlerine ilişkin temerrüt ile birinci yıldan sonraki primlere ilişkin temerrüdün sonuçları açısından farklılık yaratılmıştır. Buna göre, birinci yılın içerisinde ilk prim ödendikten sonra diğer primlere ilişkin bir temerrüt durumu ortaya çıkarsa sigortacı sözleşmeyi TTK m. 1434/3 uyarınca feshedebileceken; sigorta sözleşmesinde ilk yıl sona ermiş ve ilk yıla ilişkin tüm primler ödenmişse, ilk yıldan sonraki primlere ilişkin temerrüt nedeniyle sigortacı, TTK m. 1434/3'e göre sözleşmeyi feshedemeyecektir⁵⁵. Böyle bir durumda sigorta ettirene, sigortadan ayrılma (TTK m. 1500), ödünç alma (TTK m. 1501) ve sözleşmenin prim ödenmesinden muaf sigortaya (TTK m. 1502) dönmesi olmak üzere üç ayrı hak tanınmıştır⁵⁶.

B. SİGORTA TAZMİNATI BAKIMINDAN

İyi niyet ve azami güven esasına dayanan sigortada, sigorta tazminatı bakımından muacceliyet ve temerrüdün değerlendirilmesinde sigortacının, rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediği,

bilgi için bkz: Demirsatan (n 40) 383; Ünan (n 2) 378.

54 Ünan tarafından, fıkarda geçen "indirim" deyiminin sigortacılıkta yerleşmiş "tenzil" deyimi karşılığında isabetli olmadığı, prim ödenmesinden muaf hale gelen can sigortalarında sigortacının 10 günlük ödeme süresi vererek sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmadığı belirtilerek, hem 3. hem 4. fıkrayı kapsar şekilde tanzim edilecek ayrı bir fıkarda can sigortalarına ilişkin hükümlerin saklı tutulduğunun düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz: Ünan (n 2) 380.

55 Camcı (n 48) 1384, 1390.

56 Sigorta ettirene tanınan ilk hak, en az bir yıldan beri yürürlükte bulunan ve bir yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde, istediği zaman sözleşmeyi sona erdirerek sigortadan ayrılabilmesidir. Uygulamada "iştirah hakkı" veya "satma hakkı" olarak adlandırılan bu hakka göre sigorta ettiren bir yıllık primi ödedikten sonra herhangi bir zamanda hayat sigortası sözleşmesini sonlandırabilir ve poliçesini sigortacıya satabilir (TTK m. 1500). Sigorta ettirene TTK m. 1501 kapsamında tanınan ikinci hak da sigortacıdan ödünç para talep edebilmesidir. "İkraz hakkı" olarak da bilinen bu hakka göre en az bir yıldan beri yürürlükte bulunan ve bir yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde, sigorta ettirenin istemesi halinde sigortacı, istem anındaki, genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun bir biçimde hesaplanan değer üzerinden sigortalıya ödünç para vermek zorundadır. Sigorta ettirenin son bir hakkı da, sigorta sözleşmesinin prim ödemediği muaf hale gelmesidir. En az bir yıldan beri yürürlükte bulunan ve bir yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde, sigorta ettiren daha sonra prim ödeme borcunu yerine getirmezse, sigortacı bu sebeple sözleşmeyi feshedemez ve prim isteyemez. Bu halde sigorta, prim ödenmesinden muaf sigortaya dönüşür. Prim ödenmesinden muaf sigortada, sigorta bedeli ödenen primle sözleşme uyarınca ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre ödenir (TTK m. 1502). Detaylı bilgi için bkz: Olgaç (n 48) 116-118; Camcı (n 48) 1391; Fatma Dilek Kabukçuoğlu Özer, *Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası*, (BTHAE 2014) 248; Ünan (n 39) 175.

sorumluluğunun doğup doğmadığı ve doğmuşsa kapsamının belirlenebilmesi noktasında, rizikonun gerçekleştiğinin kendisine ihbar edilmesi son derece önemlidir. Bu nedenle her ne kadar haksız fiil faili bakımından, tazminat borcunda haksız fiilin gerçekleşmesi ile birlikte temerrüt söz konusu olsa da; sigorta tazminatı dolayısıyla alacaklının, tazminat borçlusu sigorta şirketine ihbarda bulunması şarttır. TTK m. 1446/1'de de, sigorta ettirene rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya bildirme görevi yüklenmiştir. Bu görevin rizikonun meydana gelmiş olduğunu öğrenme üzerine derhal yerine getirilmesi öngörülmüş, ancak bildirim yükümlülüğünün kapsam ve biçimine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁵⁷. Bununla birlikte ikinci fıkrada, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılması veya geç yapılması ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilebileceği de belirtilmiştir.

Öte yandan rizikonun gerçekleştiğinin sigortacıya ihbarı, sigortacının ödeme yükümlülüğünün doğması bakımından tek başına yeterli değildir. Nitekim TTK m. 1446'yı tamamlar şekilde rizikonun gerçekleştiğinin bildirilmesi yükümlülüğü kapsamında, 1447. maddede ayrı bir yükümlülük olarak, sözleşme uyarınca veya sigortacının istemi üzerine rizikonun gerçekleşmesinden sonra rizikonun veya kapsamının belirlenmesinde gerekli ve sigorta ettirenden beklenilecek olan her türlü bilgi ve belgenin makul süre içerisinde sağlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca sigorta ettirene, sigortacıya rizikonun gerçekleştiği veya diğer ilgili yerlerde inceleme yapmasına izin verme, kendisinden beklenecek uygun önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir.

Sigorta tazminatı bakımından rizikonun gerçekleşmesi ve ihbarı da muacceliyet için yeterli görülmemiştir. İlaveten sigortacının edim yükümünün doğması, rizikodan haberdar olması akabinde gerekli bilgi ve belgelerin kendisine iletilmesi ve değerlendirme yapılabilmesini teminen yeterli bir sürenin öngörülmesine bağlanmıştır. Bu kapsamda TTK m. 1427/2'de; rizikonun gerçekleşmiş olması, rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmiş olması ve sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitirmesi kaydıyla borcun muaccel hale gelebileceği belirtilmiştir. Ancak her halde sigortacının araştırmalarını TTK m. 1446 kapsamında yapılacak ihbardan itibaren zarar sigortaları bakımından 45 gün, can sigortaları açısından 15 gün içinde tamamlamış olması şart koşulmuştur. Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı incelemenin gecikmesi halinde sürenin işlemeyeceği belirtilmiştir. Buna karşın, ilgili düzenlemenin işlemeye başlayan sürenin durması halini de kapsadığı şekilde yorumlanması daha isabetlidir. Her ne kadar inceleme süresi, riziko hakkındaki bilgi ve belgelerin sigortacıya iletilmesini müteakip başlayacak ve kesintisiz olarak devam edecek ise de, sigortacının ek bilgi ve belgelere ihtiyaç duyduğu ve durumu sigorta ettirene bildirdiği hallerde işlemekte olan sürenin talep edilen bilgi ve belgelerin teminine kadar durduğunun kabulü gerekir. Bununla birlikte sürenin işlemesine engel olan olgu, sigortacıya yüklenemeyen (sigorta ettirene veya üçüncü kişiye

57 6762 sayılı mülga TTK m. 1292'de rizikonun gerçekleştiğini bildirim yükümlülüğü için beş günlük bir süre öngörülmüş olmasına rağmen mer'î TTK'da beş günlük sürenin bazı sigortalar için kısa bazı sigortalar için uzun olacağı saikiyle, hemen-gecikmesizin bildirim esası benimsenmiştir. Bu sayede daha esnek bir yorumla, objektif ve subjektif duruma göre olay bazında değerlendirme imkanına kavuşulmuştur. Bununla birlikte 1446. maddede, sigortacıya yapılacak bildirim kapsamı, hükmün getirilişi amacına göre tayin edilmelidir. Zira, sigortacı riziko ihbarından sonra araştırma ve inceleme yapacağından, gerektiğinde delil toplayarak koruma önlemleri alacağından, riziko ihbarında en azından rizikonun nerede, ne zaman gerçekleştiği ve sonuçları bildirilmelidir. Bkz: Bozkurt (n 21) 126, Ünán (n 2) 502.

ait) bir davranıştan kaynaklanmalıdır⁵⁸. Nitekim sigortacının gecikme faizi ödemesine yol açacak sürenin dolması akabinde sigortacıya atfedilebilecek bir kusur söz konusu değilse, temerrüdün TBK m. 118 ve 122 hükümlerine konu sonuçları da gündeme gelmeyecektir⁵⁹.

TTK m. 1427/4 hükmü, sigorta ettirenleri korumak ve sigortacıları bir an önce zararın giderilmesini teminen ödemeye sevk etmek amacıyla TBK m. 117/1 hükmünden ayırmıştır. Bu kapsamda sigortacının tazminat ödeme borcu muaccel hale gelince, temerrüt kendiliğinden gerçekleşecek ve ihtara gerek kalmayacaktır⁶⁰. TTK m. 1427/5 hükmü de sigortacının borcunu yerine getirmediği hallerde temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünü sözleşmeyle kaldırmasına engel olmuş, buna ilişkin sözleşme hükümlerini geçersiz saymıştır⁶¹. Bununla birlikte sigortacının temerrüt faizini ödemekte temerrüde düştüğü hallerde TBK m. 121/3 gereği temerrüt faizine faiz işletilmesi söz konusu olmayacaktır.

TTK m. 1427/2 hükmünün sigortacının ediminin para borcu haricinde ifa edileceği hallerde uygulanmayacağına ilişkin açık bir ifade yer almamakla birlikte, madde metninde açıkça sigorta tazminatı veya sigorta bedeline atf yapılmıştır. Kaldı ki para borcu dışında sigortacının üstlendiği sair edim yükümlülükleri bakımından da hükmün işin mahiyetine uygun olmadığı değerlendirilmektedir. Öte yandan ilgili hükmün sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişinin doğrudan sigortacıya yönelttiği taleplerde uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Sigortacının hukuksal koruma edimine ilişkin özel düzenleme içeren 1476. maddesi dahilinde, söz konusu hükmün uygulanması zaten söz konusu değilken⁶², 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda (KTK) da zorunlu mali sorumluluk sigortasında tazminat ve giderlerin ödenmesi hususu ayrıca düzenlenmiştir.

KTK'nın 99. maddesinde; sigortacıların, hak sahibinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları

58 Sigorta ettirenin depremde ağır hasar gören işyerine yıkılma tehlikesi nedeniyle girememesine bağlı olarak tazminat ödeme borcunun kapsamını belirleyecek bilgi ve belgelere ulaşamaması, hayat sigortalarında lehdarın atanmasından sonra sigorta ettirenin vefatı ya da rizikonun gerçekleştiğini haber veremeyecek durumda olması halinde, lehdarın sigorta sözleşmesinden haberdar olamaması, sigortacıya atfedilemeyecek davranışlar arasında değerlendirilebilir. Bununla birlikte Kanunda sürenin hangi koşullar altında işlemeyeceği düzenlenirken kusura atf yapılmış olması nedeniyle, incelemenin gecikmesine yol açan kusurlu davranış sigortacıya yüklenemekteyse, sigorta ettiren veya bir üçüncü kişiye ait olmalıdır. Aksi halde, incelemenin gecikmesinde sigorta ettiren veya üçüncü kişiye yüklenecek bir kusur mevcut değilse, sigortacı araştırma yapamamış olmasına karşın sürenin işlemesi söz konusu olabilecektir. Bu kapsamda *Ünan*, yasada sürenin hangi koşullar altında işlemeyeceği düzenlenirken kusura atf yapılmasının hatalı olduğunu; bununla birlikte sigortacının kusuru olmasa da, sigorta ettirenin kendisine ilettiği belgeleri mücbir sebep nedeniyle geri alınmaz şekilde yitirmesi ya da kendisi tarafından görevlendirilen bağımsız çalışan kişilerin (ekspertlerin) incelemeyi zamanında bitirememiş olmalarının sonuçlarına sigorta ettirenden ziyade sigortacının katlamasının gerektiğini savunmaktadır. Söz konusu değerlendirmeler ışığında *Ünan*, sigorta alacağının muaccel hale gelmesine ilişkin ilgili düzenlemeye süre öngörülmesinin gerekli olmadığını, süreye yer vermeyen bir düzenleme ile yalnız biçimde, sigorta alacağının sigortacının incelemeleri bitince muaccel hale geleceğini hükme bağlamanın daha isabetli olacağını ifade etmektedir. Bkz: *Ünan* (n 2) 282-283.

59 ibid 284.

60 Barış Günay, *Sigorta Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2022) 96 vd.

61 ibid 103.

62 *Ünan* (n 2) 280.

hak sahibine ödemek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Benzer şekilde Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları B.2. Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi başlıklı kısmının 2.1 maddesi de, “*Sigortacı; hak sahibinin, kaza veya zararın tespit edilebilmesi için bu genel şartlar ekinde yer alan gerekli tüm belgeleri sigortacının merkez veya şubelerinden birine ilettiği tarihten itibaren sekiz işgünü içinde tazminatı hak sahibine öder.*” düzenlemesini içermektedir. İlgili düzenlemeler dahilinde sigortacı, kendisine yapılan usulüne uygun başvuruya rağmen sekiz iş günü içerisinde ödeme yapmaz ise temerrüt durumu gerçekleşmiş olacak ve bunun sonucunda gecikme faizinden sorumlu tutulabilecektir.

Trafik sigortalarında, zarar faili bakımından tazmin yükümlülüğü, kazanın (haksız fiilin) meydana geldiği tarihte başlamasına karşın; sigortacıya, usulüne uygun başvuruda bulunmaksızın, sigortacının sigorta bedelini ödeme borcu muaccel olamayacağından, sigortacının faizden sorumlu tutulması da mümkün değildir⁶³. Buna karşın, sigorta şirketine başvuru yapılmadan dava açılmışsa sigorta şirketinin ödemekle yükümlü olduğu bedel için dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekecektir⁶⁴. Bununla birlikte zarar görenin yalnızca zarar verene karşı dava açtığı, ancak dava sırasında sigortacıya ihbarda bulunduğu hallerde de, sigortacının temerrütünün bu ihbarla gerçekleştiği ve faiz borcunun başladığı kabul edilmelidir⁶⁵.

Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartlarında da Türk Ticaret Kanunu’ndaki 45 günlük azami süre esas alınmak suretiyle, muacceliyete ilişkin özel bir hüküm sevk edilmiştir. Genel Şartların 3.3.4. Tazminatın Ödenmesi kenar başlıklı 3.3.4.1. maddesinde, sigortacının, hasar ihbarı üzerine talep ettiği belgelerin kendisine eksiksiz olarak verilmesi ve zararın eksper vasıtasıyla tespiti kararlaştırılmış ise eksper raporunun tesliminden itibaren en geç 10 işgünü içinde genel ve özel şartlar kapsamında gerekli incelemeleri tamamlamak ve ödemeye engel bir durumun bulunmaması halinde tazminat miktarını tespit edip sigortalıya ödemek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır.

63 “*Trafik kazaları esas itibariyle haksız eylem sayılan hallerden olmakla birlikte ZMSS’ni yapan sigortacı bakımından temerrütün bu tarihte oluştuğunun kabulü mümkün değildir. Zira, sigortacının tazminat giderim yükümlülüğünü düzenleyen KTK.nun 98/1. maddesi hükmü uyarınca sigortacı maddede belirtilen belgelerin iletiği tarihten itibaren 8 iş günü sonrasında temerrüde düşer. Davadan önce böyle bir başvurunun bulunmaması halinde ise dava tarihinde temerrüde düşmüş sayılır. Dava konusu olayda davadan önce sigorta şirketine başvuru yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, mahkemece asıl ve islah edilen bölüm için, davalı sigorta şirketleri yönünden dava, diğer davalar yönünden ise kaza tarihinde temerrüde düştükleri kabul edilerek, faizine hükmedilmek gerekirken, sigorta şirketi yönünden dava ve islah, diğer davalar yönünden ise kaza ve islah tarihinden itibaren temerrüt faizine hükmedilmesi doğru olmamıştır.* Yargıtay 17. HD E 2010/551 K 2010/4080, 03.05.2010 (Benzer kararlar: 17. HD E 2007/1659 K 2007/2903, 01.10.2007; Yargıtay 11. HD E 2004/3827 K.2005/130, 24.01.2005) (Corpus).

64 “*Sigortacıya, gerekli belgelerle birlikte başvurulmuş olup da sekiz iş günü içinde zarar ödenmemişse, temerrüt tarihinden; önceden başvurulmayıp doğrudan dava açılmışsa, dava tarihinden faize hükmedilmelidir. Somut olayda davacı tarafından davalı sigorta şirketine dava tarihinden önce bir başvuru yapıldığı ispatlanmadığına göre sigorta şirketi yönünden dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken olay tarihinden itibaren faize hükmedilmesi isabetli görülmemiştir.* Yargıtay HGK E 2003/10-576 K 2003/543, 08.10.2003 (Corpus).

65 “*Dava, trafik kazasından kaynaklanan tedavi gideri tazminat istemine ilişkindir. Dahili davalı SGK’nın tazminatı ödeme yükümlülüğü kendisine dava ihbarı yapıldıktan itibaren başlar. Dahili davalıya, 22.09.2011 tarihli ihbar dilekçesi 26.09.2011 tarihinde tebliğ edilmekle bu tarih itibarı ile temerrütü oluşacaktır. O halde mahkemece, dahili davalı SGK vekilinin ihbar tebliğ tarihi 26.09.2011 tarihinden itibaren faizden sorumlu tutulması gerekirken, yazılı şekilde 09.11.2009 tarihinin esas alınması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.* 17. HD E. 2016/9788, K. 2017/8295, 28.09.2017 (Corpus).

Ancak tazminat ödeme borcunun her halde hasarın ihbarından itibaren 45 gün sonra muaccel olacağı öngörülmüştür. Yukarıda bahse konu edildiği üzere⁶⁶ TTK m. 1427/2'nin son cümlesi dahilinde sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı incelemenin geciktiği hallerde süre işlemeyecektir. Sürenin başlamasına ya da işlemesine engel olan durumun ortadan kalması akabinde ilgili hükümde öngörülen şekilde incelemenin tamamlanması ya da azami sürenin ikmal neticesinde muacceliyet gerçekleşecektir.

Sigortacının tazminat ödeme borcuna ilişkin TTK'nın 1427/3 maddesinde de; araştırmaların, 1446. maddeye göre yapılacak ihbardan başlayarak üç ay içinde tamamlanamaması halinde sigortacının, tazminattan veya bedelden mahsup edilmek üzere, taraflarca kararlaştırılacak ya da tarafların anlaşamaması durumunda mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre süratle tespit edilecek hasar miktarının veya bedelin en az yüzde ellisini avans olarak ödemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır⁶⁷. Riziko gerçekleşince kayıpları bir an önce gidermek ve eski düzeni tesis etmek oldukça önemlidir. Anılan hüküm dahilinde de avans ödemesiyle mağduriyetin bir an önce giderilmesi amaçlanmıştır⁶⁸. Düzenleme uyarınca ödenecek avans, daha sonra sigortacının ödemesi gereken tazminat miktarı kesinleşince, asıl tutardan mahsup edilecek ve sigorta ettiren sadece aradaki fark kadar ödeme yapacaktır. Uygulamada ise genellikle sigortacıların tazminat bedeli kesinleşene kadar avans ödemesi yapmaktan kaçındıkları görülmektedir. Zira avans ödemesi sonrasında sigortacının ödeme yükümlülüğünün mevcut olmadığı veya ortadan kalktığı belirlenirse verilen avansın geri istenmesi söz konusu olacaktır⁶⁹. Geçerli olmayan, tahakkuk etmemiş ya da varlığı sona eren bir sebebe veya borçlu olunmayan şeyin hataen verilmesine dayalı olarak haklı bir sebep olmaksızın sigortacı aleyhine zenginleşen sigortalının, fazlaya ilişkin almış olduğu avans bedelinin TBK m. 77 ve devamı maddelerine konu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenmesi mümkündür. İade edilecek zenginleşmenin hesaplanması (zenginleşmeye esas tarih, zenginleştirmeyi oluşturan ilk değer, faiz, giderler vb.) zenginleşenin iyi niyetli olup olmadığına göre genel hükümler dahilinde belirlenecektir⁷⁰. Temerrüde ilişkin olarak TBK m. 117/2'de, sebepsiz zenginleşmede, zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlunun temerrüde düşeceğine, ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şartının aranmadığına yer verilmiştir⁷¹. Bu düzenlemeler ışığında TTK m. 1427/3 kapsamında ödenen avans bedelinin ve temerrüt faizinin geri istenmesi söz konusu olacaktır.

66 Bkz: dpnt:58.

67 Düzenlemenin eleştirisi için bkz: Ünan (n 2) 285 vd.

68 İlgili hükümde avans ödemesinin hukuki niteliğine ilişkin bir açıklığa yer verilmemiştir. Bu hususta *Vural*, sigorta ettirenin avans ödemesi talebiyle ulaşmak istediği sonucun bir miktar paranın kendisine bir an önce ödenmesi olduğu gözetildiğinde, avans ödemesinin ihtiyati tedbirin bir alt türü olan eda tedbiri niteliği taşıdığını ileri sürmektedir. Tartışmalar için bkz: Vural Seven, "Türk Ticaret Kanunu'nun 1427. Maddesinin 3. Fıkrası Kapsamında Sigortacıdan Talep Edilen Avans Ödemesinin Hukuki Niteliği" (2022) 87 (2) İzmir Barosu Dergisi 419, 433.

69 Ünan (n 2) 288.

70 Eren (n 5) 839, 890 vd.

71 "...Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 Sayılı TBK'nun 117/2. maddesi uyarınca sebepsiz zenginleşmede, zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır. Somut olayda, hükmedilen miktara ödeme tarihlerinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmiş, borçlunun temerrüdü açısından anılan Yasa hükmü uyarınca davalının, sebepsiz zenginleşmede iyiniyetli olup olmadığı ve dolayısıyla temerrüt yönünden bildirim gerekip gerekmediği hususları üzerinde durulup tartışılmamıştır. Eksik

III-SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE FAİZ

Sigorta sözleşmelerinde faiz hususunda anapara faizinden ziyade, sözleşmenin âkit taraflarını oluşturanların edim yükümlülüklerini ifa etmemesi ya da ifada gecikmesi halinde söz konusu olacak temerrüt faizi önem arz etmektedir. Nitekim yukarıda sigorta sözleşmelerinde muacceliyet ve temerrüde ilişkin yapılan detaylı açıklamalar dahilinde, bu kısımda da esas itibarıyla temerrüt faizine yer verilmiştir.

Sigorta sözleşmesinde temerrüt faizinin gündeme geldiği en önemli hal, uygulamada uyumsuzlukların da büyük bir kısmına sebebiyet veren sigortacının tazminat ödeme borcundan kaynaklanmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta ettirenin borç ve yükümlülükleri kapsamında detaylı bir şekilde düzenlenen ve sigorta sözleşmelerinde temerrüt faizinin doğumuna neden olan bir diğer husus da sigorta ettirenin prim ödeme borcudur. Bu kapsamda gerek sigorta primi gerekse sigorta tazminatı açısından söz konusu olan temerrüt faizinin niteliği aşağıda incelenmiştir.

A. SİGORTA PRİMİ AÇISINDAN

Sigorta sözleşmesi iki taraflı bir özel hukuk sözleşmesi olması hasebiyle kit taraflardan birini sigorta şirketi, diğerini prim ödeme borcunu üstlenen sigorta ettiren teşkil etmektedir. 5684 sayılı SK'nın 3. maddesinin birinci fıkrasında, Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması ve sigortacılık işlemleri ile bunlarla doğrudan bağlantısı bulunan işler dışında herhangi başka bir iş ile iştigal etmemesi şart koşulmuştur⁷². TTK'nın ticaret şirketlerini belirleyen 124. maddesi dahilinde gerek anonim şirket gerekse kooperatif⁷³ niteliği arz eden sigorta şirketleri tacir sıfatını haizdir⁷⁴. Sigorta sözleşmesinde

inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 6. HD, E 2015/15866 K 2016/7513, 26.04.2016 (Corpus).

72 Fatma Dilek Kabukçuoğlu Özer, *Sigortacılık Kanunu Şerhi* (1. Baskı, On İki Levha 2012) 23 vd.

73 6762 sayılı eTTK'nin 1969 yılında ilga edilen 485. maddesine göre kooperatifler ticaret şirketi olarak kabul edilirken; 1969 yılında kabul edilen 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde kooperatifler bu defa teşekkül olarak tanımlanmıştır. Ancak eTTK'nin 136. maddesinde ticaret şirketleri arasında kooperatiflerin yer almayışı, doktrinde uzunca süre kooperatiflerin tacir olup olmadığı sorusu başta olmaz üzere birçok tartışma konusunu beraberinde getirmiştir. 2004 yılında Kooperatifler Kanunu'nda yer alan “teşekkül” ibaresi kaldırılmış ve 6102 sayılı TTK'de 124. maddede kooperatifler de ticaret şirketi olarak kabul edilmiştir. Ayrıca Kanununun 16. maddesinin birinci fıkrasında tüzel kişi tacirler tek tek sayılmış ve bunların arasında ticaret şirketleri de zikredilmiştir. Ancak buna rağmen, 15. Hukuk Dairesinin E 2014/2787 K 2014/5195, 15.09.2014 tarihli içtihadında olduğu gibi, Yargıtay muhtelif kararlarında kökleşmiş eski içtihatlarına dayanarak bilhassa yapı kooperatiflerini tacir olarak kabul etmemiştir. Buna karşın, Yargıtay'ın E 2020/2 K 2021/3, 12.11.2021 tarihli İBBGK Kararı (<<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/04/20220401-16.pdf>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2023) çerçevesinde kooperatiflerin tacir niteliği kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Sema Aydın ve Hasan Ali Kaplan, “Yargıtay'ın 12.11.2021 tarihli ve 2020/2 E., 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Çerçevesinde Kooperatiflerin Tacir Niteliği” (2022) 3(1) NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 193, 194; Nurdan Orbay Ortaç ve Ozan Can, “Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.09.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi” (2016) 32(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 79, 91,92; Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (13. Bası, Vedat 2014) 89; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2016) 7; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (4. Bası, Seçkin 2019) 108.

74 5363 sayılı Tarım Sigortalar Kanunu kapsamında, risklerin teminat altına alınması, standart sigorta poliçelerinin belirlenmesi, hasar organizasyonları, aktüerya çalışmaları, tazminat ödemelerinin yapılması, reasürans teminatının

prim ödeme yükümlüsü olan karşı âkit sigorta ettiren, gerçek ya da tüzel kişi olabileceği gibi tacir sıfatını da taşıyabilir. Bununla birlikte TTK m. 3'deki genel düzenlemeden bağımsız olarak, sigorta ettirenin tacir sıfatında olmadığı, sigorta sözleşmesinin sadece sigorta şirketi açısından ticari iş niteliği arz ettiği hallerde dahi, mezkur Kanunun 19. maddesi nedeniyle, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, sözleşmenin tacir sıfatını taşımayan diğer tarafı (sigorta ettiren) için de sigorta sözleşmesi ticari iş olarak kabul edilecektir. Öte yandan sigorta ettirenin TKHK kapsamından ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket ettiği hallerde (TKHK m. 3/1 (k)) tüketici sıfatı söz konusu olacaktır. Nitekim TKHK m. 3/1 (l)'de tüketici işlemi; *mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*, ifade etmek üzere kaleme alınmıştır. Bu nedenle, sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettiren, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla sigorta sözleşmesi akdetmekteyse gerçek veya tüzel kişi olması fark etmeksizin⁷⁵ tüketici olarak da kabul edilecektir.

Belirtilen tespitler dahilinde, sigorta prim borcunun ödenmesinde temerrüde düşen sigorta ettiren, uyuşmazlık konusu ticari bir iş söz konusu olduğundan (gerek TTK m. 3 hükmü gerekse taraflardan biri için ticari iş niteliğinde olan sigorta sözleşmesi diğer taraf için de TTK m. 19/2 gereği ticari sayılacağından) gereğinde sözleşmenin tacir olmayan borçlu tarafı (sigorta ettiren) olarak 3095 sayılı Kanun m. 2/2 uyarınca sigortacının açık talebiyle kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranına göre temerrüt faizi ödemek zorunda kalacaktır.

Temerrüt faiz oranı, sigorta prim borcuna ilişkin temerrüdün düzenlendiği TTK m. 1434 kapsamında öngörülmediğinden, sigorta sözleşmesinde bu oranın taraflarca belirlenmesine engel bir durum yoktur⁷⁶. Ancak sigorta ettirenin tüketici sıfatını haiz olduğu hallerde, 6102 sayılı TTK'nın 8. maddesinin 3. fıkrası ile tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı tutulduğundan, sigortacı avans faizi talep edememelidir. Nitekim taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu hukuki işlemler ve sözleşmeler tacir için de tüketici işlemi sayıldığından, ticari işlere dair hükümlerin uygulanması söz konusu olmayacaktır⁷⁷.

sağlanması, tarım sigortalarının geliştirilmesi, yaygınlaştırılması ve izlenmesi ile diğer teknik hizmetlerin yürütülmesi amacıyla kurulan tüzel kişiliği haiz Tarım Sigortaları Havuzu, 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu kapsamında sigorta ve reasürans teminatı sunmak üzere Hazine ve Maliye Bakanlığı nezdinde kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz Doğal Afet Sigortaları Kurumu gibi Türk Ticaret Kanunu anlamında sigorta teminatı sunan kurum ve kuruluşlar da, kendi özel mevzuatlarına ilişkin istisna hükümleri haricinde sigorta hukuku bağlamında TTK hükümlerine tabidir.

75 Tüzel kişilerin ve ticari şirketlerin hangi hallerde tüketici sıfatını taşıyacaklarına ilişkin değerlendirme için bkz: yuk dpt 9.

76 Ayli, (n 6) 87; Rayegan Kender, "Prim Ödeme Borcu" (1996) 10 (1-3) Hukuk Araştırmaları 753, 754.

77 6502 sayılı TKHK kapsamında hakkında özel faiz sınırlaması olmayan tüketici sözleşmelerinde 6502 sayılı TKHK m. 83/1 düzenlemesi gereğince TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümlere göre uyuşmazlığın çözümü gerekli olduğundan, TBK hükümleri uygulanacaktır. Nitekim 6098 sayılı TBK ile temel ilke olarak, gerek anapara faizi gerekse temerrüt faizi oranlarına üst sınır getirilmiştir. Kanaatimizce, TBK ile getirilen sınırlamalar 6502 sayılı TKHK kapsamındaki tüketici işlemleri anapara ve temerrüt faizlerini de sınırlamaktadır. Kanun koyucu tarafından adi iş, ticari iş, tüketici işlemi ayrımının benimsendiği dikkate alındığında, tüketici işleminin söz konusu olduğu sigorta sözleşmelerinde gerek TTK m. 3 gerekse 19/2 dahilinde tacir ile tüketici arasındaki ilişkinin özellikle tüketici açısından "ticari iş" sayılması engellenmiştir. Bu hallerde TBK'nın 88 ve 120. maddesindeki faiz sınırlamalarının tüketicinin

B. SİGORTA TAZMİNATI BAKIMINDAN

Sigorta sözleşmesinden kaynaklı, sigortacıya yöneltilebilecek tazminat talepleri de Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri kapsamında ticari iş sayıldığından, tazminat alacaklısının avans faizi isteyebilmesi imkan dahilindedir. Ancak sigortacının ödeyeceği tazminatın sigorta türlerine göre özellik arz ettiği hallerde faiz meselesi de çeşitli açılardan farklılaşabilecektir⁷⁸.

Sigortacının edim şekli dikkate alınarak yapılan zarar ve meblağ sigortası ayırımında, zarar sigortaları, sigorta menfaatinin ilgili olduğu konuya göre mal sigortaları ve malvarlığı sigortaları olarak kendi içinde ikiye ayrılmaktadır⁷⁹. Sigortalının bir mal üzerindeki menfaatinin teminat altına alındığı mal sigortalarında, malın kendisinden ziyade, mal üzerindeki meşru menfaat sigorta edilmektedir⁸⁰. Malvarlığı sigortaları ise, sigortalının malvarlığının belli bazı tehlikelerin mali sonuçlarına karşı korunduğu sigortalardır⁸¹. TTK m. 1473-1486 hükümleri arasında düzenlenen ve bir malvarlığı sigortası niteliği arz eden sorumluluk sigortaları ise sigortalının malvarlığını üçüncü şahısların sorumluluk taleplerine ve bu taleplere bağlı olarak açılacak davaların ekonomik sonuçlarına karşı koruma amacı taşıyan ve malvarlığının pasifinin artışını önleyen bir sigortadır⁸². Bu nedenle,

korunması için uygulanması gerekecektir. Bkz:

Serkan Ayan, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü" (2010) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 717, 780,781; Şen ve Şen (n 18) 470; Göktürk (n 7) 41-42; Demir, (n 16) 229; Mustafa Serhat ŞEN ve Mustafa Kamil ŞEN, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Faiz Hükümleri Ve Sınırları Tüketici İşlemlerinde Faiz" (2019) 0(38) TAAD 201, 226 vd.

- 78 Sigorta sözleşmesi kapsamında, zarar-meblağ sigortası temel ayırımına ilişkin hukuki ilkeler ve sigorta sözleşmesiyle teminat altına alınan riske ve sigorta sözleşmesinin konusuna göre, sigortacı; mal/eşya zararları, kâr mahrumiyeti ve değer kaybı gibi dolaylı zararlar, manevi zarar, maluliyet tazminatı (daimi/geçici iş göremezlik, bakıcı gideri, tedavi gideri), ölüm halinde defin gideri, destekten yoksun kalma tazminatı, sağlık giderleri, hastalık tazminatı veya öngörülen başka bir meblağın ödenmesi gibi çeşitli tazminat talepleriyle karşı karşıya kalabilir. Her bir tazminatın hukuki sebebi, ödenecek kişiyle sigortacı arasındaki hukuki ilişkinin mahiyeti bu anlamda uygulanacak faizin niteliğini belirleyici etkiye sahip olacaktır.
- 79 Kemal Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası* (Turhan 2009) 17-18; Can (n 39) 54 vd.
- 80 Kemal Şenocak, *Hukuki Himaye Sigortası* (Dayımlarlı 1993) 83-84.
- 81 Zarar sigortalarında sigortalanan hususun, sigortalı malvarlığına dahil bir değer mi; yoksa onun bu değere ilişkin menfaati mi olduğuna ilişkin *Möller* ile *Koenig* arasındaki doktrinsel tartışma, zarar sigortalının *mal sigortası ve malvarlığı sigortası* olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutulmasına neden olmuştur. Bu kapsamda *Koenig*, zarar sigortası ile sigortalanan bazı şeyler ile sigortalı arasında mevcut olan menfaat ilişkisinin her zaman somut olarak belirlenmesinin mümkün olmadığından hareketle, *Möller*'in zarar sigortalarında sigortalanan hususun menfaat olduğu şeklindeki görüşüne katılmayarak, bu gruba giren sigorta türlerinin malvarlığı sigortaları başlığı altında toplanması gerektiğine işaret etmiştir (Bkz: Willy Koenig, "Sigorta Menfaati ve Değerlendirilmesi" (Çev: Fırat Öztan) (1969) 5 (1) BATİDER 46, 49). Diğer taraftan *Möller*, menfaat ilişkisinin tespitine yönelik yaşanan zorluğu menfaat teorisinin terk edilmesini gerektirecek bir sebep olarak görmemiş ve bu kapsamda zarar sigortalılarını *aktif ve pasif* sigortası olarak ikiye ayırmış; *Koenig*'in malvarlığı sigortası başlığı altında açıklamaya çalıştığı sigorta türlerini de pasif sigortası kavramına dahil etmiştir. (Bkz: Hans Möller, "Sigorta Menfaati ve Değerlendirilmesi" (Çev: Fırat Öztan) (1967) 4(2), BATİDER 225, 260).
- 82 Sorumluluk sigortası bir aktif değer sigortası olmayıp, pasif sigortası niteliği arz eder. Çünkü bu sigortada, sigorta ettirenin malvarlığındaki aktif veya aktifte gelecek herhangi bir zarar söz konusu olmayıp, ilerde ortaya çıkacak ya da baştan mevcut olup da sonradan artacak olan muhtemel zararlar (borçlanmalar) diğer bir ifadeyle pasifler, sigorta teminatı altına alınmaktadır. Zarar sigortası niteliğinde olan sorumluluk sigortalıları, üçüncü kişilerin uğradıkları gerçek zararın giderilmesini amaçlar ve bu kapsamda üçüncü kişinin yaralanması yahut ölümü sonucu oluşan *cismani zararları, destekten yoksun kalma tazminatlarını* teminat altına alırken; diğer taraftan sigorta ettirenin eylemi sonucu oluşan riziko ile üçüncü kişinin malvarlığı içinde belirli bir eşyada hasar meydana gelmişse, aynen mal sigortalarında olduğu gibi *esyaya yönelik gerçek zararları* da sigorta güvencesi altına alır. Mertol Can, "Yeni Değer Sigortası" Ali Bozer'e Armağan

sorumluluk sigortalarında sigortalanan menfaat mağdurun değil, doğrudan doğruya sigorta ettirenindir. Sorumluluk sigortalarında sigorta değerinin varlığına ve tespitine ilişkin doktrindeki tartışmaları⁸³ bir kenara koymakla birlikte, mağdurun poliçe teminat limiti dahilinde, TTK'nın 1478. maddesi kapsamında doğrudan doğruya sigorta şirketine başvurabilmesi, sorumluluk sigortasını üçüncü kişi yararına sözleşme haline getirmemektedir⁸⁴.

Sigorta tazminatına ilişkin bahse konu değerlendirmeler çerçevesinde, poliçe teminat limiti ve sigorta sözleşmesine konu menfaat değerinde meydana gelen zarar dahilinde, tazminat ödemesi yapmayan sigortacı, sigortalının talebine bağlı olarak ticari temerrüt faizi ödemek zorundadır. Buna karşın üçüncü kişilerin maruz kaldığı zararlar nedeniyle doğacak sorumluluğun sigorta edildiği sorumluluk sigortalarında, tazminat talebinin hukuki sebebi, uyumsuzluk konusu poliçelerin niteliği gereği genellikle haksız fiile dayanabilmektedir. Bu hallerde söz konusu işin adi iş sayılması ve sigorta şirketinden adi işlere ilişkin temerrüt faizi istenmesi gerekir. Ancak bilhassa sorumluluk sigortalarında sigortacının sorumluluğu, sigortalısının üçüncü kişilere karşı sorumluluğu nispetinde belirlendiğinden⁸⁵, faiz türünün tespitinde de söz konusu ilişkinin niteliği önem arz edecektir. Bu minvalde, meseleyi somutlaştırmak gerekirse tacir sıfatını haiz olmayan bir kişinin aracıyla, bir ticari işletmeye verdiği zarar karşılığında ödeyeceği tazminat borcunda temerrüde düşmesi halinde, zarara sebebiyet veren sigortalının sorumluluğunu üstlenen sigortacının ödeyeceği temerrüt faizinin 3095 sayılı Kanununun 2/1 maddesine göre hesaplanması gerekir⁸⁶. Buna karşın söz konusu örnekte, zarara ticari aracın neden olması halinde, gerek mağdur gerek fail bakımından haksız fiilin TTK m. 3 kapsamında ticari iş niteliği taşıması nedeniyle, hatta TTK'da düzenlenen çatma gibi haksız fiil hallerinde dahi, mağdurun ödeyeceği temerrüt faizi nispetinde sigortacı da avans faizinden sorumlu olacaktır⁸⁷. Öte yandan sorumluluğun haksız fiilden ziyade sözleşmeden kaynaklandığı sorumluluk

(BTHAE 1998) 167, 179; Rayegan Kender, "Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri" Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III Sigorta Semineri, Bildiriler ve Tartışmalar (1977) 9.

83 Doktrinde bir görüşe göre, sorumluluk sigortasında, belirli bir sigorta değeri sigorta güvencesi altına alınmadığından ve bu tür sigortalarda malvarlığının tümünün belirli rizikolara karşı güvence altına alma amacı güdüldüğünden, aktif değer sigortasına has bir niteliği olan sigorta değeri, bu tür sigortada yer almayacak ve dolayısıyla bunun sonucu olarak da bu tür sigortalarda aşkın ve eksik (menfaat değeri altında) sigorta ilkeleri de uygulanmayacaktır (Bkz: Yaşar Karayalçın, *Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları* (Güzel İstanbul Matbaası 1960) 54; Işıl Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları* (6. Bası, Turhan 2007) 651). Şenocak'a göre ise sorumluluk sigortalarında sigorta değeri, sigorta ettirenin kendisine cebri icra yoluyla müracaat edilen serbest malvarlığı göz önüne alınarak tespit edilebilir. Üçüncü kişi, sigorta ettirenin sadece cebri icraya tabi olan değerlerine el koyabileceğinden, sigorta ettiren de yalnızca malvarlığının tehlikeye maruz kalan bu kısmını güvence altına almak isteyecektir. Dolayısıyla sorumluluk sigortasında da sigorta değerinin var olduğu kabul edilmelidir. Karşı görüşün ileri sürdüğü, sigorta değeri ve ikame değerinin miktarının rakam olarak net bir şekilde belirlenemeyeceği itirazı haklı olmakla birlikte, bu husus sorumluluk sigortasında sigorta değerinin mevcut olmadığını göstermez. Aynı şekilde bu tür sigortada, sigorta değerinin sonsuz büyüklükte olması sigorta değerinin inkarına da delil teşkil etmez. Bkz: Şenocak (n 79) 67.

84 Üçüncü şahsın sigortacıya başvurma imkanına sahip olması, sorumluluk sigortalarının üçüncü kişi lehine sözleşme biçiminde nitelendirilmesi sonucunu doğurmaz, çünkü üçüncü şahsın bu hakkı kanundan doğmaktadır. Üçüncü kişiye tanınan bu hak sosyal amaç sebebiyle himaye edilmektedir. Bkz: Ali Bozer, *Sigorta Hukuku* (2. Baskı, BTHAE 2007) 131.

85 Şenocak (n 80) 172.

86 Arkan (n 8) 85.

87 "Davaclar vekilince temerrüt faizi olarak avans faizi istenilmiş, mahkemece yasal faize hükmedilmiştir. Oysa **davalının sorumluluğunu üstlendiği, zarara neden olan araç ticari araç olup davada temerrüt faizi olarak avans faize hükmedilmesi gerekirken yasal faize hükmedilmesi doğru değildir.**" Yargıtay 17. HD E 2015/16926 K 2018/9930,

sigortalarında, sigortalı ile zarara maruz kalan kalan üçüncü kişiler arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olduğu hallerde, TTK'nın 19/2 hükmünün uygulanması gündeme gelecektir. Zira tacir sıfatını haiz mimarın akdettiği eser sözleşmesine aykırılık nedeniyle ödeyeceği tazminat bakımından, mesleki sorumluluk sigortasını akdeden sigorta şirketi avans faizinden sorumlu olabilecektir.

IV. SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE AŞKIN (MUNZAM) ZARAR

Para borçlarında borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının uğradığı zararın, hükmedilen temerrüt faizinden fazla olduğu hallerde, aşkın (munzam=ek zarar=Weiterer Schaden) zarar söz konusudur. Bilhassa yüksek enflasyon, döviz artışı vb. piyasa koşulları nedeniyle sigorta sözleşmelerinde, özellikle sigortacının ödediği tazminatın ve temerrüt faizinin, sigortalının uğramış olduğu gerçek zarar miktarının gerisinde kalması olasıdır. Nitekim ülkemizde de hali hazırda yaşanan yüksek enflasyonun neden olduğu para değerindeki düşüşün temerrüt faizinden fazla olduğu hallerde, enflasyonun aşkın zarar olup olmadığı doktrin ve uygulamada tartışılmalı bir mesele olmuştur⁸⁸.

Temerrüt faizi, para borçlarında temerrüdün doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan bir sonucu ve kusursuz bir sorumluluk halidir. Temerrüt faizi için belirtildiği üzere alacaklının zararı veya borçlunun kusuru da şart değildir. Buna karşın aşkın zarar ancak bazı şartların bir arada bulunması halinde talep edilebilir⁸⁹.

Aşkın zararın tazmininin istenebilmesi için öncelikle bir para borcunun olması gerekir. Zira, aşkın zararın talebi sadece para borçları için mümkündür. Para borcunun kaynağı ise önemli değildir. Bu anlamda haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme veya bir sözleşmeden (sigorta sözleşmesi) doğan para borcunda borçlunun temerrüde düşmüş olması yeterlidir⁹⁰.

Aşkın zararın tazmini için aranan şartlardan ikincisi ise TBK m. 122/1 de ifadesini bulan alacaklının temerrüt faizi ile karşılanamayan, onu aşan bir zarara uğramış olmasıdır. Bu halde, alacaklı, toplam zararının temerrüt faizinden yüksek olduğunu ispatlarsa, hem temerrüt faizini hem de bunun üzerindeki aşkın zararı birlikte veya ayrı ayrı isteyebilir. Temerrüt faizinin daha önce alınmış olması

31.10.2018. Benzer şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, "Trafik kazalarından doğan destekten yoksun kalma zararlarının tazmini davalarında faizin niteliği yargısal uygulamalarda, zarar veren aracın niteliğine göre belirlenmektedir. Eğer zarar veren araç ticari bir araç ise ticari faiz, araç ticari değilse yasal faiz kabul edilmiştir." şeklindeki E 2022(17)4-170 K 2022/698, 18.05.2022 tarihli kararında bilhassa haksız fiil sonucu gerek zarara sebep olan sigortalının gerekse onun adına sigortacının ödeyeceği faizin niteliğinin aracın niteliğine göre belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir (Corpus).

88 Tartışmalar için bkz: Eren (n 5) 1107; Mehmet Akçaal, "Güncel İçtihatlar Işığında Munzam Zarar" (2022) 12 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1069, 1080.

89 Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Yayıncılık 1992) 188.

90 Uygulama ve doktrinde aşkın zararın ağırlıklı olarak müspet zararı ifade ettiği kabul edilmektedir. Para borcunun zamanında ifa edilmemesinden kaynaklanan ve temerrüt faizi ile karşılanamayan eksilme şeklinde ortaya çıkan aşkın zararın tazmini ile elde edilmek istenen amaç alacaklının ifa için öngörülen zamana yönelik menfaatine kavuşmasını sağlamaktır. Bu nedenle TBK m. 122'ye konu teşkil eden zararı karşılamak üzere kullanılan müspet zarar ifadesinin bu şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Ayrancı (n 21) 116; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Baskı Beta 2012) 376; Kılıçoğlu (n 5) 702-703.

halinde aşkın zarar için müstakil bir dava da açabilir⁹¹. Nitekim Yargıtayın yerleşik içtihatlarında da aşkın zararın asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borç olduğu kabul edilmektedir⁹².

Aşkın zararın tazmini için bir diğer şart da, zararlar borçlunun temerrüdü arasında uygun illiyet bağının varlığıdır. Alacaklının uğradığını iddia ettiği zararlar borçlunun temerrüdü arasında hiçbir illiyet bağı yoksa ya da illiyet bağı kurulabilmekle beraber uygunluk niteliğini haiz olmayan, salt mantıki bir illiyet bağı mevcut ise, aşkın zarardan sorumluluk söz konusu olmayacaktır⁹³.

Borçlunun temerrüde düşmesi veya temerrüt faizi ödemesi için kusur şart değilken, aşkın zarar bakımından kusur, zorunlu bir unsurdur. TBK m. 122 alacaklı yararına bir kusur karinesi kabul etmiştir. Buna göre alacaklı, borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu ispatla yükümlü değildir; borçlunun kusurlu olduğu varsayılmaktadır. Borçlunun sorumluluktan kurtulması kendisinin temerrüde düşmekte hiçbir kusurunun bulunmadığını ispatlamasına bağlıdır. Bu bağlamda Yargıtay içtihatlarına da konu edildiği üzere temerrüde düştükten sonraki aşamada yargılamanın uzaması vb. nedenlerden dolayı davalıya kusur atfedilmesi doğru değildir⁹⁴.

Yüksek enflasyonun sebep olduğu para değerindeki düşmenin temerrüt faizinden fazla olması halinde, enflasyonun aşkın zarar olarak kabul edilip edilmeyeceği açıklanan hususlar dahilinde önem arz etmektedir. Zira bir görüşe göre, paranın alım gücünün azalması sebebiyle alacaklının uğradığı zarar aşkın zarar olarak değerlendirilmelidir. Hatta bu konuda alacaklı lehine fiili bir karinenin varlığı kabul edilmelidir. Alacaklının, temerrüdün gerçekleştiği tarihle ödemenin yapıldığı tarih arasında paranın alım gücünde azalma meydana geldiğini gösteren delilleri ibraz etmesi, bir anlamda aşkın zararının varlığını soyut olarak ispatlanması, tazminat istemi için yeterli sayılmalıdır⁹⁵. Öte yandan diğer bir görüşe göre, enflasyon sebebiyle meydana gelen ve paranın alım gücünün azalması şeklinde ortaya çıkan değer kayıplarının aşkın zarar olarak kabul edilmesi; alacaklının evvela temerrüt faizini

91 Eren (n 5) 1108.

92 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E 2017/18-2800 K 2021/1629, 09.12.2021 tarihli kararında; "818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 105. maddesi, kaynağı ne olursa olsun, temerrüt faizi yürütülebilir nitelikte olmak koşuluyla bütün para borçlarında uygulanma olanağına sahiptir. Borcun dayanağı haksız fiil, sözleşme, sebepsiz zenginleşme, kanun, vekâletsiz iş görme olabilir. Bu bağlamda hemen belirtilmelidir ki munzam zarar borcunun hukuki sebebi, asıl alacağın temerrüde uğraması ile oluşan hukuki aykırılıktır. O nedenle, borçlunun munzam zararı tazmin yükümlülüğü (BK m. 105), asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur." niteliğindeki değerlendirmeye bu hususa açık bir şekilde yer verilmiştir. Ayrca, Yargıtay 3. HD, E 2020/10700 K 2021/10183, 18.10.2021; Yargıtay 11. HD E 2016/12086 K 2018/5488, 20.09.2018; Yargıtay 15. HD, E 2018/3499 K 2018/4739, 28.11.2018; Yargıtay 15. HD, E 2020/967 K 2021/859, 15.03.2021, kararlarında da bu yönde istikrar olduğu görülmektedir (Corpus).

93 Eren (n 5) 1108; Ayrancı (n 21) 138 vd.; Hüseyin Altaş, "Munzam Zararda İspat Sorunu" (2001) 50 (1) AÜHFHD 121, 123; Kılıçoğlu (n 5) 707.

94 "Davacının bu alacağını geç tahsil etmesi yargılamanın uzamasından doğmakta olup, bundan dolayı davalıya atfedilecek bir kusur bulunmamaktadır. Bu durumda, davada munzam zarar istenmesinin koşulları bulunmamaktadır..." Yargıtay 13. HD E 1994/8904 K 1994/10313, 22.11.1994 (Corpus).

95 Barlas (n 89) 212-213; Gökhan Önderi, "Para Borçlarında Borçlu Temerrüdü Halinde Alacaklının Munzam Zararının Tazminini İsteyebilmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması" (2013) 87 (2) İBD 274, 294; Hakan Albaş, *Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği* (BK m. 105) (Seçkin 2004) 180-181; Sermet Akman, "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ile Bu Konudaki Yargıtay Kararları" (1989) 3(10-12) İstanbul Barosu Dergisi 624, 635.

aşan bir zarara uğramış olduğunu ve bunun miktarını ispatlamasına, ayrıca parayı zamanında elde etmiş olsaydı onu değer kaybından etkilenmeyecek biçimde değerlendirebileceğini kanıtlamasına bağlanmıştır. Bu görüş dahilinde, aşkın zararın soyut biçimde ispatının yeterli olmayıp, somut, açık ve net delillerle ispat şartı aranmaktadır⁹⁶.

Uygulamada Yargıtay uzunca bir süre alacaklının aşkın zararını enflasyon veya döviz artışı gibi soyut ve genel piyasa koşulları ile ispat edemeyeceği, bireysel nitelikteki zararın somut olarak delillendirilmesi ve ispatı gerektiği yönünde karar vermiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2017 gün ve 2014/2267 sayılı bireysel bir başvuru üzerine verdiği kararı⁹⁷ sonrasında ağırlıklı olarak görüş ve içtihat değişikliğine gitmiştir. Doktrindeki hakim görüşle örtüşen bazı kararları bulunmakla birlikte Yargıtay, artık aşkın zarar taleplerinde soyut ispatın yeterli olduğunu, enflasyon olgusu dikkate alınarak döviz kurları, mevduat faizleri, devlet tahvilleri ve diğer yatırım araçlarının faiz oranları ile birlikte getirilerinin temerrüt faizden fazla olması halinde aşkın zararın varlığının karine olarak kabul edilmesi gerektiğini benimsemiştir⁹⁸. Buna karşın Yüksek Mahkeme'nin aksi yönde içtihatlarının⁹⁹ varlığı da dikkate alınarak fahiş enflasyon sebebiyle hukuki yollara başvuracak kimselerin tereddütlerinin giderilebilmesi, hukuki güvenliğin ve yeknesaklığın sağlanması adına bir içtihat birlikteliğine gerek duyulmaktadır.

Sigorta sözleşmeleri açısından da, borçlunun kusuru ve aşkın zararın ispatı bilhassa sigortacının tazminat yükümlülüğü bakımından önem arz etmektedir. Nitekim sigorta ettirenin prim borcunu

96 Akçaal (n 88) 1081; Ayrancı (n 21) 148; Altaş (n 93) 126; Namık Kemal Uyanık, "Aşkın Zarar ve Hesaplanması" (2018) 92(4) İstanbul Barosu Dergisi 116, 128.

97 Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında ; "...konu uyumsuzlukta, başvurunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi ve olağan dışı bir külfet yüklediği, bu tesbite rağmen derece mahkemelerinin başvurunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvuru aleyhine değerlendirilip mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ve yeniden yargılamanın yapılmasına karar verilmiş olup munzam zararın soyut ispatının yeterli olduğu..." yönünde bir değerlendirme yapılarak ihlal kararı verilmiştir. Akçaal'ın belirttiği üzere Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararının bundan sonraki başvurularda emsal teşkil edeceği şüphesizdir. Kararın eleştirisi ve detaylı açıklama için bkz: Akçaal (n 88) 1085.

98 "Dairemizce uzun yıllar munzam zararın varlığını davacı alacaklının somut delillerle kanıtlamak zorunda olduğu kabul edilip uygulanmış olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda vermiş olduğu, 21.12.2017 gün ve 2014/2267 sayılı başvuru no.lu kararına konu uyumsuzlukta, başvurunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi ve olağan dışı bir külfet yüklediği, bu tespite rağmen derece mahkemelerinin başvurunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvuru aleyhine değerlendirilip mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiş olması karşısında, hak ihlâline neden olmamak düşüncesiyle munzam zararın somut delillerle kanıtlanması gerektiği uygulamasından vazgeçilmiş, gelişen ekonomik koşullar, mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki adil dengenin korunması Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararlarının bağlayıcılığı göz önünde tutularak enflasyon ve buna bağlı olarak döviz kurları, mevduat faizleri, devlet tahvilleri ve diğer yatırım araçlarının faiz oranları ile birlikte getirilerinin temerrüt faizden fazla olması halinde munzam zararın varlığını karine olarak kabul edilmesi gerektiği benimsenmiştir." Yargıtay 15. HD E 2018/3765 K 2018/4907, 6.12.2018 (Corpus).

99 "Uğranılan zarar, yetkili merciin belirlediğinden fazla ve bu nedenle 105. maddeye dayanılarak munzam zarar istenecek ise, artık o merciin, zararın oranını belirlemek için kullandığı/dikkate aldığı/değerlendirdiği ölçülere ve bunların "maruf ve meşhur" oldukları olgusuna değil, davaya özgü somut vakıalara dayanılması gerekir. Bunlar da, elverişli ve geçerli delillerle kanıtlanmalıdır..." Yargıtay HGK E 2017/18-2800 K 2021/1629, 9.12.2021 (Corpus).

ifasında temerrüde düşmesi ve sonuçları TTK m. 1434'te kapsamlı şekilde düzenlenmiştir. Prim borcunun sigorta tazminatına nispetle ekonomik değerinin düşüklüğü, sigorta şirketlerinin tahsilat konusundaki deneyimleri ve profesyonel ekipleri, temerrüt halinde sözleşmenin feshi ve cayma gibi sağlanan diğer hukuki olanaklar, aşkın zarar noktasında prim borcundan ziyade sigorta tazminatının tartışılmasını ön plana çıkarmaktadır. Sigorta şirketleri bazı hallerde tazminat edimlerinin ifasında neredeyse kasıtlı davranarak ödemeyi geciktirebilmektedir. Yüksek enflasyonun varlığı uzun yargılama süreleriyle birleşince, ödeme tarihinde tazminat gerçek zararı karşılamaktan çok uzak kalmaktadır. Her ne kadar sigorta şirketleri, ödenmeyen her bir talep için muallak tazminat karşılığı¹⁰⁰ ayırmak zorunda iseler de, ödenecek tutarın kanuni temerrüt faiziyle birlikte nihai olarak enflasyon karşısında değerini yitirecek olması ve bu süre zarfında ödenecek tazminatın diğer finansal araçlarda değerlendirilmesi sigorta şirketleri bakımından haksız bir kazanç oluşturmaktadır. Bu nedenle yargısal faaliyetler dahil tazminatın ödenmesi süreci bilinçli bir tercih olarak ötelenebilmektedir. Bu ise sigortanın, zararın tam ve zamanında karşılanmasına yönelik var oluş amacına aykırılık teşkil etmektedir. Hatta, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu kapsamında sigortacılık alanındaki uyuşmazlıkların daha hızlı ve etkin şekilde, düşük maliyetle çözüme kavuşturulması amacıyla Birlik¹⁰¹ nezdinde oluşturulan ve hak arama özgürlüğü noktasında sigortalılar açısından son derece önemli olan Sigorta Tahkim Komisyonu, son zamanlarda sigorta şirketleri tarafından maliyet artışına ve zarara neden olan bir sorun olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Nitekim SK m. 30/16 gereği dört ay gibi kısa bir sürede yargılama faaliyetlerini sonlandırıp uyuşmazlığı çözümlenmek zorunda olan tahkim yargılaması, hükmedilen tazminatların kısa sürede ödenmesine sebebiyet verdiği için sektörde haksız eleştirilere maruz kalmaktadır.

Bu tespitler dahilinde, kanaatimizce sigorta sözleşmesinin azami iyi niyeti gerektiren bir akit olduğu gözetilerek, sigorta şirketlerinin tazminat ödenmesi hususunda yeri geldiğinde bilinçli olarak süreci uzatma eğiliminde bulunmaları borçlunun kusuru kapsamında tartışılabilir. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı sonrasında Yargıtay içtihatlarına da konu edildiği üzere, enflasyon ve buna bağlı olarak döviz kurları, mevduat faizleri, devlet tahvilleri ve diğer yatırım araçlarının faiz oranları ile birlikte getirilerinin temerrüt faizden fazla olması halinde aşkın zararın varlığının karine olarak kabul edilmesi ve aksinin sigorta şirketlerince ispatlanabilmesine olanak tanımak kaydıyla bu zararın sigorta şirketlerinden istenebilmesi imkan dahilindedir.

100 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 16. maddesinde sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinin sigorta sözleşmelerinden doğan yükümlülükleri için, ilgili maddede belirtilen esaslara göre yeteri kadar teknik karşılık ayırmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Hükümün altıncı fıkrasında muallak tazminat karşılığı (outstanding claims/loss reserve); kayda geçmiş ancak ödenmemiş tazminat tutarları ile gerçekleşmiş ancak kayda geçmemiş tahmini tazminat tutarları ve bu tazminatlar ile ilgili yapılan gider karşılıkları ve bu tutarların yetersiz kalması durumunda yeterlilik için Müsteşarlıkça (Hazine ve Maliye Bakanlığı) belirlenen esaslar çerçevesinde ayrılan ek karşılık olarak tanımlanmıştır. Nitekim, sigortacının sözleşme kapsamına giren riskin gerçekleşmesiyle tazminat ödeme borcu doğmaktadır. Ancak bazı hallerde risk gerçekleşmesine rağmen, çeşitli nedenlerle hesap dönemi içinde tazminatın ödenmemesi söz konusu olabilir. Bu nedenlerle sigorta şirketlerinin ödenmemiş tazminatlar nedeniyle kârlarının yüksek gösterilmesinin önüne geçilmesi ve bu sayede mali bünyelerinin korunması için muallak tazminat karşılığı ayırmaları öngörülmüştür. Özer Kabukçuoğlu (n 72) 240; Açıklamalı Sigorta ve Reasürans Terimleri Sözlüğü, Milli Reasürans T.A.Ş. (Ceyhan Matbaacılık 2004), s. 198.

101 SK m. 2/1-ç hükmü dahilinde Birlik, Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliğini ifade etmektedir.

SONUÇ

Ticari hayatın kendine özgü dinamikleri, ticari ilişkilerin de yasal zeminde adi işlerden farklı olarak düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu kapsamda ticari ilişkileri, ticari olmayan ilişkilerden ayıran ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan önemli bir husus ticari iş kavramıdır. Ticari iş kavramının hukuki yönü TTK'nın 3. ve 19. maddelerinde ele alınmıştır. Ticari iş kavramına bağlanan önemli sonuçlardan biri de ticari işlere uygulanacak faiz ve bilhassa temerrüt faizinde kendini göstermektedir.

TTK'nın 3. maddesi kapsamında Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar ticari iş olarak kabul edildiği ve sigorta hukuku da esas itibarıyla Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiğinden, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tazminat talepleri de kural olarak ticari iş kabul edilmektedir. Buna karşın, sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilerin tazminat taleplerinin güvence altına alındığı sorumluluk sigortalarında, borcun haksız fiilden kaynaklandığı hallerde, işin adi iş sayılması gerekecektir.

Sigorta prim borcunun ödenmesinde temerrüde düşen sigorta ettiren, uyuşmazlık konusu ticari bir iş olduğundan ve borcun kaynağı TTK m. 19/2 gereği bir sözleşmeden kaynaklandığından sigortacının açık talebiyle avans faiz oranına göre temerrüt faizi ödemek zorunda kalabilecektir. Ancak sigorta ettirenin tüketici sıfatını haiz olduğu hallerde, TTK dahilinde tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı tutulduğundan, sigortacı avans faizi talep edememelidir. Sigorta sözleşmesine konu bir mal zararının söz konusu hallerde temerrüde düşen sigortacı ise, sigortalının talebine bağlı olarak ticari temerrüt faizi ödemek zorundadır. Tazminat talebinin hukuki sebebinin bizatihi sözleşmenin kendisinden ziyade haksız fiile dayandığı sorumluluk sigortalarında ise sigortacının sorumluluğu, sigortalısının üçüncü kişilere karşı sorumluluğu nispetinde belirlenmelidir. Haksız fiilin gerek mağdur gerek fail bakımından ticari iş niteliği taşıdığı ya da TTK'da düzenlendiği hallerde ticari işlere ilişkin faiz istenmesi mümkünken, aksi durumda adi işlere ilişkin temerrüt faizi talep edilebilmelidir.

Sigorta sözleşmesinde temerrüt faizinin söz konusu olabilmesi için muaccel hale gelen borcun, borç ilişkisine uygun olarak ifa edilmemiş olması şarttır. TBK m. 117/1'de muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşeceği düzenlenmiştir. Buna karşın TTK'da, m. 18/3'de tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye yönelik izlenecek usul, m. 1434/3'te sigorta prim borcuna yönelik müteakip primlerin ödenmesinde temerrüde düşülmesi hali özel olarak düzenlenmiş; TTK m. 1427/4'de ise sigorta tazminatı açısından borcun muaccel hale gelmesiyle temerrüdün kendiliğinden gerçekleşeceği öngörüldüğünden ayrıca bir ihtarda bulunulması gerekmediği belirtilmiştir. Bununla birlikte azami iyi niyetin geçerli olduğu sigorta ilişkilerinde sigortacının rizikonun gerçekleştiğinin kendisine ihbar edilmesi son derece önemlidir. Bu kapsamda TTK m. 1446/1'de sigorta ettirene rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya bildirme görevi yüklenmiştir. 1447. maddede de ayrı bir yükümlülük olarak, sözleşme uyarınca veya sigortacının istemi üzerine rizikonun gerçekleşmesinden sonra rizikonun veya kapsamının belirlenmesinde gerekli ve sigorta ettirenden beklenilecek olan her türlü bilgi ve belgenin makul süre içerisinde sağlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. İlgili düzenlemeler dahilinde TTK m. 1427/2'de sigortacının tazmin yükümlülüğünün muacceliyeti rizikonun gerçekleşmesini müteakip rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmiş

olması ve sigortacının edimine ilişkin araştırmaları öngörülen azami süreler içinde bitirmesi şartına bağlanmıştır.

Adi işler bakımından TBK m. 88 ve 120 hükümleri, uygulanacak faiz oranlarına ilişkin sınırlandırma getirmişken, ilgili hükümlere nazaran özel hüküm niteliği arz ettiğinden TTK m. 8/1 hükmü uyarınca ticari işlerde tarafların gerek anapara faizini gerekse temerrüt faizini serbestçe belirlemeleri olanak dahilindedir. Taraflarca herhangi bir kararlaştırma yapılmadığı durumlarda ise faiz oranları 3095 sayılı FK hükümlerine göre tespit edilecektir. Haksız fiilden doğan tazminat alacaklarında da faiz türü ve oranının önceden tespiti mümkün olmadığından alacaklının kanuni faiz oranı üzerinden anapara ve temerrüt faizini istemesi söz konusu olacaktır. Ancak yüksek enflasyonun neden olduğu para değerindeki düşüş, günümüzde %9 olarak öngörülen kanuni temerrüt faizinin ve %10,75 olarak belirlenen avans işlemlerinde uygulanan faiz oranının çok üstündedir. Bu durumda, bilhassa sigorta şirketleri dürüstlük kuralına aykırı olarak sigorta tazminatlarının ödenmesini geciktirmekte ve uyuşmazlığın yargı sürecinde çözümlenmesini tercih edebilmektedir. Hatta, sigorta tahkim yargılaması gibi kısa süren alternatif çözüm mekanizmaları dahi bu süreçte devre dışı bırakılmaya çalışılmaktadır. Hal böyleyken Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın son dönem içtihatlarına konu edildiği üzere, borcun ifasında kusurlu davranan sigorta şirketlerinin, yıllar sonra ödedikleri ve gerçek zararın çok gerisinde kalan sigorta tazminatları nedeniyle aşkın zarardan da sorumlu tutulması, sigortalıların hak ve menfaatlerinin korunması açısından önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Açıklamalı Sigorta ve Reasürans Terimleri Sözlüğü, Milli Reasürans T.A.Ş. (Ceyhan Matbaacılık 2004).
- Aday N, *Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları* (Beta 2000).
- Akçaal M, "Güncel İctihatlar Işığında Munzam Zarar" (2022) 12 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1069-1099.
- Akman S, "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ile Bu Konudaki Yargıtay Kararları" (1989) 3(10-12) İstanbul Barosu Dergisi 624-636.
- Al Kılıç Ş, "Tacirler Arasındaki İhtar ve İhbarlara İlişkin 6102 sayılı TTK m. 18/3 Hükümünde Öngörülen Şekil Şartlarının Hukuki Niteliği" (2018) Türk Ticaret Kanununun 5.Yılı Sempozyumu 8-10 Kasım 2017 137-187.
- Albaş H, *Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK m. 105)* (Seçkin 2004).
- Alkin E, Yıldırım K, Özer M, *İktisada Giriş* (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2005).
- Altaş H, "Munzam Zararda İspat Sorunu" (2001) 50 (1) AÜHFHD 121-129.
- Aral İ, "Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu", 13 (3-4) MÜHF-HAD 117-144.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (23. Baskı, BTHAE 2017).
- Arseven H, *Sigorta Hukuku* (2. Bası, Beta 1991).
- Arslanlı H, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri* (Fakülteler Matbaası 1960).
- Aslan Yılmaz, *Tüketici Hukuku Dersleri* (6. Baskı, Ekin 2015).
- Atamer K, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca 'Zarar Sigortaları'na Giriş" (2011) 27 (1)

BATİDER, 21-106.

Ayan S, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü” (2010) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 717-793.

Aydın S ve Kaplan HA, “Yargıtay’ın 12.11.2021 tarih ve 2020/E., 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı Çerçevesinde Kooperatiflerin Tacir Niteliği” (2022) 3(1) NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 193-216.

Aydoğdu M, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz ile İlgili Düzenlemeler” (2010) 12 (1) DEÜHFD 85-136.

Ayhan R ve Çağlar H, *Ticari İşletme Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Yetkin 2017).

Ayhan R, Özdamar M, Çağlar H, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (6. Bası, Yetkin 2015).

Ayhan R, Çağlar H, Özdamar M, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı* (6. Bası, Yetkin 2023).

Ayli A, *Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu* (Vedat 2003).

Ayrancı H, *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)* (Yetkin 2006).

Bahtiyar M, *Ticari İşletme Hukuku* (16. Bası, Beta 2015).

Bahtiyar M ve Biçer L, “Adi İş, Ticari İş ve Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi” (2016) 22(3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (Cevdet Yavuz’a Armağan) 395-436.

Barlas N, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Yayıncılık 1992).

Bozer A, *Sigorta Hukuku* (2. Baskı, BTHAE 2007).

Bozer A ve Göle C, *Ticari İşletme Hukuku* (3. Bası, BTHAE 2015).

Bozkurt T, *Ticari İşletme Hukuku* (1. Baskı, Legem Yayıncılık 2017).

Camcı S, “Sigorta Ettirenin Sigorta Prim Borcunu Ödememesinin Hukuki Sonuçları” (2019) 14(155) Terazi Hukuk Dergisi 1384-1492.

Can M, “Sigorta Ettirenin Sigorta Primini Ödeme Borcunu İfada Temerrüde Düşmesinin Sonuçları” [Temerrüt] (2005) 23 (1) BATİDER 155-174.

Can M, *Türk Özel Sigorta Hukuku* (3. Bası, İmaj 2009).

Can M, *Türk Özel Sigorta Hukuku, C I* (1. Bası, Adalet 2018).

Can M, “Yeni Değer Sigortası” Ali Bozer’e Armağan (BTHAE 1998) 167-196.

Can ME, “Sigorta Tazminatında Temerrüt Faizi”, (2018) 8(1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-167.

Çıtır E, “Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi,” (2016) 20(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37-52.

Dayınlarlı K, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki* (4. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 2010).

Demir Ş, “Türk Borçlar Kanunu’nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar” (2012) 0(4) Ankara Barosu Dergisi 207-234.

Demirsatan B, “Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcunda Temerrüdü” (2017) 75 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 359-391.

Dirikan H, “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar” (2012) 4 (1) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 39-75.

Domaniç H, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi I* (Temel Yayınları 1988).

- Domaniç H ve Ulusoy E, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları* (5. Baskı, Arıkan 2007).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Yetkin 2015).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (2. Baskı, Yetkin 2015).
- Göktürk K, “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi” (2015) 19(2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-44.
- Gökayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (15. Bası, Turhan 2015).
- Günay B, *Sigorta Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2022).
- İmregün O, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri* (12. Bası, Filiz Kitapevi 2001).
- Kabukçuoğlu Özer FD, *Sigortacılık Kanunu Şerhi* (1. Baskı, On İki Levha 2012).
- Kabukçuoğlu Özer FD, *Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası*, (BTHAE 2014).
- Karayalçın Y, *Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları* (Güzel İstanbul Matbaası 1960).
- Kaya A, “Adi ve Ticari İşlerde Faiz” (1994) 54 (1-4) İÜHF 347-366.
- Kayar İ, *Ticari İşletme Hukuku* (6. Baskı, Detay 2006).
- Kayhan Ş, *Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu* (Beta 2004).
- Kayhan Ş ve Bağcı Ö, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri* (3. Bası, Umuttepe 2018).
- Kender R, “Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri”, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III Sigorta Semineri, Bildiriler ve Tartışmalar (1977) 1-16.
- Kender R, “Prim Ödeme Borcu” (1996) 10 (1-3) Hukuk Araştırmaları 753-767.
- Kender R, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, (15. Bası, On İki Levha 2016).
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve Tespitler* (3. Bası, On İki Levha 2016).
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17 Baskı, Turhan Kitabevi 2013).
- Kırkbeşoğlu N, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme” (2012) 28(4), BATİDER, 145-172.
- Koening W, “Sigorta Menfaati ve Değerlendirilmesi” (Çev: Fırat Öztan) (1969) 5 (1) BATİDER 46-55.
- Kubilay H, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku* (14. Baskı, On İki Levha 2015).
- Moroğlu E, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (8. Bası, On İki Levha 2016).
- Möller H, “Sigorta Menfaati ve Değerlendirilmesi” (Çev: Fırat Öztan) (1967) 4(2), BATİDER 225-273.
- Olgaç F, “Hayat Sigortalarında Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu” (2015) 10(10) Terazi Hukuk Dergisi 103-120.
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C-2* (11. Bası, Vedat 2014).
- Orbay Ortaç N, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”, (2014) 0 (2) Ankara Barosu Dergisi 117-134.
- Orbay Ortaç N, “Sigortalanan Olaya Kusur İle Sebepiyet Verilmesinin Sigorta Teminatına Etkisi”, (2021) 16 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-138.
- Orbay Ortaç N ve Can O, “Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu

- Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.09.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi” (2016) 32(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 79-104.
- Önderi G, “Para Borçlarında Borçlu Temerrüdü Halinde Alacaklının Munzam Zararının Tazminini İsteyebilmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması” (2013) 87 (2) İBD 274-299.
- Öz T, “Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli” (2005) 0 (4) Hukuki Perspektifler Dergisi 74-84.
- Poroy R, Tekinalp Ü, Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (13. Bası, Vedat 2014).
- Poroy R ve Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (15. Bası, Vedat 2015).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2016).
- Reisoğlu S, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Baskı Beta 2012).
- Seven V, “Türk Ticaret Kanunu’nun 1427. Maddesinin 3. Fıkrası Kapsamında Sigortacıdan Talep Edilen Avans Ödemesinin Hukuki Niteliği” (2022) 87 (2) İzmir Barosu Dergisi 419-439.
- Şen MS ve Şen MK, “Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz Hükümleri ve Sınırları Adı İşlerde Faiz (Ticari ve Tüketici İşlemi Olmayan İşlerde Faiz)” (2018) 0(34) 469-516.
- Şen MS ve Şen MK, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Faiz Hükümleri Ve Sınırları Tüketici İşlemlerinde Faiz” (2019) 0(38) TAAD 201-237.
- Şener OH, *Ticari İşletme Hukuku* (Seçkin 2016).
- Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (4. Bası, Seçkin 2019).
- Şenocak K, *Mesleki Sorumluluk Sigortası* (Turhan 2009).
- Şenocak K, *Hukuki Himaye Sigortası* (Dayınlarlı 1993).
- Taşkın M, “Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı” (1997) (0)1 Ankara Barosu Dergisi 30-37.
- Ulaş I, *Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları* (6. Bası, Turhan 2007).
- Ulaş I, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku* (Yetkin 2012).
- Uyanık NK, “Aşkın Zarar ve Hesaplanması” (2018) 92(4) İstanbul Barosu Dergisi 116-135.
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A, Kendigelen A, Nomer Ertan F, *Ticari İşletme Hukuku* (4. Bası, On İki Levha 2015).
- Ünan S, *Hayat Sigortası Sözleşmesi* (Beta 1998).
- Ünan S, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Sigorta Hukuku, Cilt I* (On İki Levha 2018).
- Yücesoy Yılmaz Y, “Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması” (2019) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 303-330.
- Zevkililer A ve Aydoğdu M, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2004).
- Zevkililer A ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (15. Bası, Turhan 2015).

Veritabanları

<<https://sozluk.gov.tr/>>

<<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/04/20220401-16.pdf>>

<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri/1?gclid=CjwKCAiAk—dBhABEiwAchIwkdLdikrbfVciNXn0mTGxQEgfp1RztXAAKcRHRcFf-6dXocrBMj92choCrYwQAvD_BwE>

<<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Para+Politikasi/Reeskont+ve+Avans+Faiz+Oranlari>>

<<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/04/20220401-16.pdf>>

Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Hızlandırılması ve Adalete Erişim Hakkı Bakımından Çevrimiçi Yargılama ve Yapay Zekanın Kullanımı

The Use of Online Proceedings and Artificial Intelligence in Civil Procedure Law with Respect to Acceleration of Proceedings and the Right to Access to Justice

E. Gökçe KARABEL* , Dilek AYDEMİR** 

ÖZ

Teknolojik gelişmelerin ve elektronik sistemlerin kullanılmasının medeni usul hukuku bakımından etkili yansımaları, e-imzanın devreye girmesi ve bu sayede UYAP sisteminin kurulması ve e-tebligatın kullanılmaya başlaması ile olmuştur. Bunların yanında medeni yargılama hukuku bakımından dijitalleşme konusundaki en çarpıcı örneklerden birisi olarak karşımıza, özellikle 2020’de yapılan kanun değişikliği ile uygulanmaya başlanan e-duruşma (HMK m.149) çıkmaktadır. Belli uyuşmazlıklar bakımından dava şartı olarak uygulanan arabuluculuğun icrası da artık çoğunlukla teknolojik imkânlar kullanılarak yapılmakta; yüz yüze yapılmamaktadır. Her ne kadar belli uyuşmazlıklar bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm sistemleri uygulanıyor olsa da merkezi bir alternatif uyuşmazlık çözüm sistemi mevcut olmadığı gibi genel manada “small claim” yani küçük miktarlı ve nispeten daha az karmaşık uyuşmazlıklar bakımından özel bir uyuşmazlık çözüm usulü ya da yargılama usulü öngörülüş değildir.

Uyuşmazlık çözümünde şirketlerin ve uyuşmazlık çözüm kurumlarının yanında artık devletlerin de çevrimiçi yargılama usulleri getirdiği görülmektedir. Örneğin, Birleşik Krallık’ta uygulanan “England Small Claim Procedure” yanında son yıllarda pilot uygulaması gerçekleştirilen “Çevrimiçi Alacak Talebi” (OCMC – Online Civil Money Claim) ve “Çevrimiçi Hasar Talepleri Pilotu” (Damages Claims Online Pilot) uygulamalarının, Devletin yargı hizmetinin bir parçası olarak uyuşmazlık çözümünde kullanıldığı görülmektedir. İngiltere’deki bu pilot uygulamada dahi örnek alınan ve bu konudaki en başarılı örneklerden birisi olarak ise karşımıza Kanada’da uygulanan “Civil Resolution Tribunal” sistemi çıkmaktadır.

Yapay zeka konusunda en çok tartışılan konu ise yapay zekanın karar mercii olması ihtimalidir. Bunun dışında, özellikle karar taslağı oluşturulması, mevzuat ve spesifik ilmi ve kazai içtihat tespiti, karar tahmini, sözleşme analizi gibi konularda hâkime yardımcı yapay zeka ve taraflara ve avukatlara yardımcı yapay zeka çalışmaları karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmada hem yapay zeka alanındaki gelişmeler hem de karşılaştırmalı hukukta küçük uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen bu sistemler örnek alınarak çevrimiçi uyuşmazlık çözüm sistemlerinin özellikle küçük miktarlı uyuşmazlıklar için Türk Hukuku bakımından uygulanabilirliği değerlendirilecek ve diğer uyuşmazlıkların makul sürede sonuçlandırılmasına hizmet etmesi bakımından UYAP sisteminde yapılabilecek değişikliklere ilişkin önerilerimiz sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çevrimiçi Mahkeme, Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü, Yapay Zeka, Küçük Talep Usulü, Uyap.

* Dr. Öğretim Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID: 0000-0002-1787-165X.

** Dr. Öğretim Üyesi Dilek Aydemir, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID: 0000-0002-8262-5316.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: E. Gökçe KARABEL

E-posta/E-mail: gokcekarabel@gmail.com / dilekaydemir3442@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 12.03.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 19.05.2023

ABSTRACT

The first and most effective reflection of technological developments in terms of Civil Procedure Law was the establishment of the UYAP system, which has many international awards. In addition to electronic notification, one of the most striking examples of digitalization in terms of Civil Procedure Law is the e-trial (HMK art.149), especially with the law amendment made in 2020. The execution of mediation, which is applied as a procedural requirement for certain disputes, is now mostly carried out using technological means; not done face to face. Although alternative dispute resolution systems are applied for certain disputes, there is no centralized alternative dispute resolution system, and there is no special dispute resolution procedure or trial procedure envisaged for “small claims”.

In addition to the small claim procedure implemented in the United Kingdom, “Online Civil Money Claim” and “Damages Claims Online Pilot”, which have been piloted in recent years, are also seen to be used in dispute resolution as part of the State’s judicial service. The “Civil Resolution Tribunal” system implemented in Canada is one of the most successful examples in this regard, which is taken as an example even in this pilot application in England.

The most debated issue on artificial intelligence is the possibility of artificial intelligence being the decision maker. Apart from this, we come across artificial intelligence that assists the judges, parties and lawyers in matters such as drafting a decision, legislation and jurisprudence.

In this paper, the applicability of online dispute resolution systems in terms of Turkish Law, especially for uncomplicated small disputes law will be discussed. In this regard, our suggestions regarding the changes that can be made in the UYAP system will be presented in order to serve for the resolution of other disputes in a reasonable time.

Keywords: Online Court, Online Dispute Resolution, Artificial Intelligence, Small Claim Procedure, UYAP.

GİRİŞ

Son yirmi yıldır ağır adımlarla ilerleyen çevrimiçi süreçlerin uyuşmazlık çözüm sürecine ve yargılamaya entegre edilmesine yönelik çalışmalar, küresel salgınla birlikte hız kazanmıştır. Çevrimiçi süreçlerin uyuşmazlık çözümünde kullanılmasında ve yargılama hukukunun teknoloji ile evrilmesinde üç nokta göze çarpmaktadır: 1-Fiziksel süreçlerin ya da yargılamanın çevrimiçi süreçlere dönüşmesi ve sınırların ortadan kalkması; 2-Bazı aşamalarda insan unsurunun etkisinin hiç olmaması ya da en aza inmesi, bu kapsamda hâkime ve avukata olan ihtiyacın azalması; 3-Odak noktasının uyuşmazlığın çözülmesi yöntemlerinin geliştirilmesinden süreçte toplanan verinin işlenerek gelecek uyuşmazlıkların engellenmesine kayması¹. Teknolojinin etkisi ile yeni nesil yargılama daha az çatışma, daha az katı ve emredici kurallar, daha aleni, daha etkin ve daha dengeli, diğer bir deyişle orantılı bir yargılamaya dönüşmektedir².

Bu çalışmalarda devletler bakımından öne çıkan konular, yargılama sùjelerinin mümkün mertebe fiziken bir arada olmadığı ve uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmeden çözüldüğü mekanizmalar oluşturmak; bu sayede hem zamandan hem masraftan tasarruf etmek, daha kısa sürede adil sonuçlara ulaşmak, yapay zeka sistemlerini uyuşmazlık çözüm ve yargılama süreçlerinde kullanmak ve hem insan emeğine olan ihtiyacı hem de mahkemelerin iş yükünü azaltmaktır.

1 Ethan Katsh and Orna Rabinovich-Einy, *Digital Justice, Technology and The Internet of Disputes* (Oxford University Press 2017) 162-163.

2 Katsh, Rabinovich-Einy (n 1) 165.

Bu çalışmada, iki konu üzerinde durulacaktır. İlk olarak nispeten daha az karmaşık ve daha küçük meblağlı bazı uyuşmazlıkların (“small claims”) çözümünde kullanılan özellikle devletin yargı hizmetinin bir parçası olarak kurgulanan sistemlerden seçilmiş örneklerden bahsedilecektir. Bu yapılırken çevrimiçi uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin devlet dışı organizasyonların, örneğin Avrupa Birliği³ ve UNCITRAL açılımları⁴ ya da uyuşmazlık çözüm kurumları, çalışmaları kapsam dışı tutulmuştur.

Bu çalışmada konuya ilişkin en başarılı bulunan örneklerden birisi olarak Kanada'nın British Columbia eyaletinde uygulanan Civil Resolution Tribunal'dan (Medeni Çözüm Makamı) bahsedilecek; güncel bir gelişme olarak İngiltere'de sürdürülen “online court” (sanal mahkeme) uygulamasına değinilecektir. İnceleme yapılırken Türk hukukundan konu ile bağlantısı olduğu düşünülen bazı örneklerinden ve yargılama ilkelerinden kısaca bahsedilecektir. Daha sonra ise yapay zekanın uyuşmazlık çözümündeki kullanım alanları genel bir bakış açısı sunmak üzere incelenecek ve örnekler üzerinde durulacaktır. Bu noktada değinilecek konular ise hâkim yapay zeka, hâkim yardımcısı, taraf ya da avukat yardımcısı yapay zeka konuları olacaktır. Bu iki konu genel olarak değerlendirildikten sonra son bölümde Türk hukuku bakımından hem bazı uyuşmazlıkların daha hızlı ve etkin çözümü bakımından hem de yapay zekanın kullanılabileceği alanlar bakımından öneriler sunulacaktır.

I. ÇEVİRİMİÇİ MAHKEME VE ÇEVİRİMİÇİ ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SİSTEMLERİ

A. GENEL OLARAK

Konuya ilişkin farklı görüşler olmakla birlikte genel kabule göre medeni usul hukukunun amacı maddi gerçeğin⁵ makul bir sürede ve makul bir masrafla yapılan yargılama sonucunda ortaya çıkarılarak maddi hukuktan kaynaklanan hakkın korunması ve adil bir karar verilerek hukuk güvenliğinin tahsis edilmesidir⁶. Bu amaca erişilirken en çok karşılaşılan iki güçlükten ilkinin yargılamanın uzun ve bazen masraflı olması; ikincisinin ise hukukumuzda benimsenen kesin delil sistemi dolayısı ile

3 Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2007/861/oj> (Erişim Tarihi 11/01/2023).

4 UNCITRAL, Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Teknik Notlar için bkz https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf

5 Doktrinde bir görüşe göre ise medeni usul hukukunun amacı tıpkı ceza muhakemesi hukukunda olduğu gibi gerçeğe ulaşmaktır. Gerçeğin maddisi, şekli değildir; bir şey ya gerçektir ya değildir. Görüş ve görüşe ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, C. 1, (3. baskı, Yetkin 2020) 127-128.

6 Sema Taşpınar Ayvaz, 'Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu' 1999, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları 759, 766 vd; Ali Cem Budak, 'Alangoya'ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi' 2019 6 (2), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33, 35-36, Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (5. Baskı, Filiz 2021) 3 kn 6; Medeni yargılamanın amacının gerçeğe ulaşmak olduğuna dair görüş için bkz. Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, (1. baskı Fakülteleler 1979) 86 vd; Hakan Pekcanitez 'Medeni Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Medeni Usul Hukuku*, C. I (15. baskı, Onikilevha 2017) 26-27; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku* (10. Baskı, Onikilevha 2022) 7-10.

ispatsızlık rizikosunu üzerinde taşıyan kişinin davayı kaybetmesi ihtimali olduğu kanaatindeyiz. Konumuz bakımından yargılamanın uzun ve masraflı olması meselesi değerlendirilecektir.

Uygulamada çevrimiçi uyuşmazlık çözümü denilince alternatif uyuşmazlık çözüm sistemlerinin e-müzakere, e-arabuluculuk, e-tahkim gibi tamamen sanal ortamda gerçekleştirilmesi akla gelmektedir⁷. Kurumsal tahkim ve arabuluculukta sürecin tamamen çevrimiçi olmasına ilişkin pek çok kurumun özel kurallar yayınladıkları ve 15 gün, 1 ay, 40 gün gibi kısa sürelerde uyuşmazlığın çözülmesi üzerine kurulu sistemler oluşturdukları görülmektedir⁸. Bu sistemlerde kişiye özel kullanıcı adı ve şifre belirlenmesi ve kişilerin uyuşmazlık çözüm süreçlerine çevrimiçi katılması sağlanmaktadır⁹.

Çevrimiçi uyuşmazlık çözüm sistemlerinde amacın, tüm süreci uzaktan yürüterek aslında yargıya erişimi daha kısıtlı olan kimselerin sürecin büyük kısmında rol üstenerak hak arama hürriyetinin bir yönü olan, yargıya ucuza erişimin sağlanması olduğu ifade edilebilir¹⁰. Adli yardımın kısıtlı ve yargılamanın masraflı olması nedeniyle kişilerin mahkemeye başvurmadığı, başvurabilenlerin ise avukatla temsil edilmelerinin fazladan bir masraf oluşturduğu dikkat çekmektedir. Bunun yanı sıra dava sayısının giderek artması¹¹ ve yavaş ilerleyen mahkeme işlemleriyle ilgili yüksek maliyetler ve iş yükü, devletler için de kritik bir konu haline gelmiştir¹².

Bu tür sorunların çözümü için ise devletler yargı hizmetini “multidoor court house/çok kapılı mahkeme” başlığı altında farklı uyuşmazlığa farklı yargılama usulü veya farklı uyuşmazlık çözüm usulü sunarak geliştirmektedir¹³. Bazı hukuk sistemlerinde küçük miktarlı alacaklar için yargılama giderinin fazla olmasının kişileri yargıya başvurmaktan çekinir hale getirmesi sebebiyle küçük talepler bakımından öngörülen hızlı işleyen özel uyuşmazlık çözüm yöntemleri göze çarpmaktadır¹⁴.

7 Özellikle tüketiciler için çevrimiçi uyuşmazlık çözüm yöntemi önerileri için bkz. Serkan Kaya, ‘Access To Justice For Consumers In Turkey: The Need For Enhancing Consumer Dispute Resolution Through Online Dispute Resolution’ 2022, 26 (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 225, 243, 247.

8 Çevrimiçi tahkim uygulamaları için bkz. Seda Özmumcu, ‘Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları’ 2020 78 (2), İstanbul Hukuk Mecmuası 431-454.

9 Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aydemir D ve Kaya S, ‘Çevrimiçi (Online) Tahkime İlişkin Güncel Meseleler ve Küresel Salgın Döneminde Tahkim’ 2022, 11 (1) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 1-38; Örneğin bkz. UNCITRAL Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Teknik Notlar (n 4).

10 Bkz. ayrıca Tolga Akkaya, ‘Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri’ *Dijital Çağda Medeni Yargı* (Adalet 2022), 275, 279; Barış Mıdık, *Sorularla Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri*, (Onikilevha 2021) 3, 34; Budak ve Karaaslan (n 6) 12, kn.21

11 Örneğin, İngiliz Bölge Mahkemesinde açılan hukuk davalarının sayısı 2012 yılının Nisan-Haziran döneminde 328.000 iken 2017 yılının Nisan-Haziran döneminde 565.000’e çıkarak %72.26 arttı. Bu durum COVID-19’un yayılmasıyla mücadele etmek için alınan önlemler nedeniyle 2020’den beri daha da kötüleşti. <https://www.gov.uk/government/statistics/civil-justice-statistics-quarterly-january-to-march-2020> (Erişim Tarihi: 06/01/2023).

12 Aşırı gecikmelerin adalet sistemini daha da erişilemez hale getirebileceğine ilişkin bkz. Ignacio Oltra Gras, ‘Online Courts: Bridging the Gap Between Access and Justice’ <https://student-journals.ucl.ac.uk/laj/article/1214/gallery/1179/view/> 24, 28 (Erişim Tarihi 06/01/2023).

13 Ignacio (n 12) 29 (Erişim Tarihi 06/01/2023).

14 https://ecommons.cornell.edu/bitstream/handle/1813/87371/EC_Business_to_Business_ADR.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim Tarihi 06/01/2023); Susskind’in ortaya koyduğu orantılı adalet ilkesi uyarınca yargı sistemi içinde her bir davanın maliyeti, ilgili uyuşmazlığın niteliği ve değeri ile orantılı olmalıdır. Düşük değerli veya daha az sosyal öneme sahip uyuşmazlıklar daha kısa sürede çözümlenmelidir. Richard Susskind, *Online Courts and the Future of Justice* (Oxford University Press 2019).

Büyük şirketlerin e-ticaret uyumsuzlukları için kendi kurdukları çözüm sistemleri¹⁵ de mevcut olmakla birlikte bu sistemler, yargının ticarileşmesine sebep olduğu yönünde haklı eleştirilere maruz kalmaktadır¹⁶.

B. DEVLETİN YARGI HİZMETİNİN ÇEVİRİMİÇİ MAHKEMELER İLE SUNULMASI

1. Genel Olarak

Yargılamanın dijitalleşmesi denilince mahkeme yargılamasında çevrimiçi usullerin kullanılması yanında yargılamanın tamamen çevrimiçi yürütülmesi ya da devletin belli uyumsuzluklar için çevrimiçi uyumsuzluk çözüm mekanizmaları kurması anlaşılır. Karşılaştırmalı hukukta, “e-justice¹⁷ (e-adalet)”, “cyber justice¹⁸ (siber adalet)”, “e-court¹⁹ (e-mahkeme)”, “online court²⁰ (çevrimiçi mahkeme)”, “online litigation (çevrimiçi dava)” şeklinde kullanılan ifadeler²¹ ile aslında halihazırda hukukumuzda da olan e-duruşma kastedilmemektedir.

Başvurunun bir sistem üzerinden çevrimiçi yapıldığı, delillerin sisteme çevrimiçi yüklendiği, duruma göre sadece belgeler üzerinden duruşma yapılmadan yargılamanın yapıldığı, duruşma kararı alınırsa bunun telefonla veya video görüntülü olarak ya da ilgili devletin kurduğu özel sistem üzerinden ya da Zoom, MSTEams gibi sistemler kullanılarak yargılama süjelerinin farklı yerlerden yargılamaya ve duruşmaya katılabildiği, yüz yüze duruşmanın ancak ihtiyaç halinde yapıldığı, hâkimin hükmünü yine ilgili platform üzerinden vermesi üzerine sistem üzerinden (izin verilmişse) kanun yoluna yahut ilamlı icra yoluna başvurulabilen bir uyumsuzluk çözüm süreci kastedilmektedir²². Bu sistemlerde yargılamanın baştan sona çevrimiçi yapılması ile etkinliğin sağlanacağı; etkinliğin ise bu noktada

15 Örnek olarak ebay platformu verilebilir. Bu platforma şikayet bırakmak için ilk olarak www.ebay.com üzerinden ebay çözüm merkezine (ebay resolution center) girilip “ürün aldım” veya “ürün sattım” butonlarından birisine tıklanır. Bu aşamadan sonra web sayfasının altında “problemler” kısmından birisi seçilip “take action” butonuna tıklanmasıyla problem karşı tarafa iletilir. Karşı taraftan gelen cevaba veya karşı tarafın ne şekilde hareket ettiğine göre sorun çözülmüşse işlem tamamlanmış (case closed) olur. Karşı tarafın cevap vermek için 3 gün süresi vardır. Sorun çözülmediyse, ebay’den bu konuda yetkilendirilmiş birisi devreye girer. Talebin sisteme girilmesinden sonra 3 iş günlük cevap süresinden itibaren ebayden yardım istemek için 21 iş gününe kadar süre verilir. Ebay, yüklenen belgeler ve talep üzerinden bir karar verir. Verilen karara karşı da 30 gün içinde yeni bilgiler ekleyerek sistem üzerinden tekrar başvuru yapılabilir. Burada dikkat çeken husus, sorun çözüm merkezinden gelen karara karşı da adeta bir kanun yolu gibi tekrar başvuruda bulunulabilmesidir, <https://pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html#what> (Erişim Tarihi 12/01/2023).

16 Ignacio (n 12) 34 (Erişim Tarihi 06/01/2023).

17 <https://www.wolterskluwer.com/en-gb/expert-insights/impact-of-e-justice-on-law-firms> (Erişim Tarihi 07/01/2023).

18 <https://rm.coe.int/cepej-toolkit-cyberjustice-en-2019-7/168094ef3e> (Erişim Tarihi 07/01/2023).

19 <https://bit.ly/34sVdhU> (Erişim Tarihi 07/01/2023).

20 http://www.lawlink.nsw.gov.au/practice_notes/nswsc_pc.nsf/a15f50afb1aa22a9ca2570ed000a2b08/e6574f94250a14d6ca2572ed000cecad?OpenDocument (Erişim Tarihi 07/01/2023).

21 European Bank, From Digitisation to Digital Transformation: A Case for Online Courts in Commercial Disputes, 2020 Draft Discussion Paper. <https://lawreform.glueup.com/resources/protected/organization/1136/event/27964/160f95f7-9a95-4422-a2d1-2b27b7b1b4cc.pdf>, 4 (Erişim Tarihi 23/12/2022).

22 Olga Zhurkina, Elena Filippova and Tatiana Bochkareva, ‘Digitalisation of Legal Proceedings: Global Trends 2020 (171) Advances in Economics, Business and Management Research, 119, 121, <https://www.atlantispress.com/proceedings/larder-20/125954205>, 120-121 (Erişim Tarihi 07/01/2023); Akkaya (n 10) 279, 281-282; Mıdık (n 10) 11.

adil yargılamanın önüne geçmeyeceği; bu şekilde yargıya erişim hakkının daha geniş kesimlere ulaşacağı ifade edilmiştir²³.

Söz konusu sistemlerde genellikle üç katman bulunmaktadır: Uyuşmazlıkta kaçınma (çevrimiçi değerlendirme-müzakere); uyuşmazlığı sınırlama (çevrimiçi arabuluculuk) ve uyuşmazlık çözüm (çevrimiçi hüküm).

Her ne kadar küçük miktartlı uyuşmazlıklar için çevrimiçi mahkemeler önerilse de yüksek meblağlı uyuşmazlıkların çözümü bakımından da bu sistemin işleyebileceği zira davanın değeri ile o davanın çevrimiçi yargılamaya tabi tutulması arasında doğrudan bağlantı olmadığı da ifade edilmelidir²⁴. Tam tersi şekilde uyuşmazlığın küçük meblağlı olması karmaşık olmadığı ve basitleştirilmiş usullerle daha kolay çözüleceği anlamına da gelmeyecektir. Ama düşük meblağlı uyuşmazlıklarda alacaklının mahkemeye başvurma konusundaki çekingenliğini kırmak bakımından uyuşmazlık çözümünün basitleştirilmesi ve ulaşılabilir kılınması önem arz etmektedir.

Devletlerin, bazı uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin çevrimiçi yürütülmesi ile çözülmesi konusunda çalışmaları olduğu gibi mahkeme yargılamasının da çevrimiçi yürütülmesi konusunda girişimleri söz konusudur. Özellikle daha az karmaşık ve daha düşük meblağlı uyuşmazlıklar bakımından öngörülen küçük uyuşmazlık usullerinde çevrimiçi sistemlerin kullanıldığı görülmektedir²⁵. Bu girişimlerden bazıları başarılı olurken bazıları kanunlaşma aşamasını dahi geçememiştir²⁶. İngiltere örneğinde olduğu gibi, bazı ülkelerde ise pilot uygulamalar devam etmektedir²⁷. Bunun dışında doktrinde çevrimiçi mahkeme yargılamasının nasıl olması gerektiği hakkında ayrıntılı modeller de önerilmektedir.²⁸

23 European Bank Draft Discussion Paper (n 21) 5 (Erişim Tarihi 09/12/2022); Akkaya (n 10) 296-297; Mıdık (n 10) 25; Ignacio (n 12) 34. Konuya ilişkin özellikle aleniyet ilkesi ve doğrudanlık ilkesi bakımından çeşitli endişeler söz konusudur. Bu konuya aşağıda değinilecektir, iç. I-B-3-c.

24 Ignacio (n 12) 44; Susskind (n 14) 108; Dierle Nunes, 'A Technological Shift In Procedural Law (From Automation To Transformation): Can Legal Procedure Be Adapted Through Technology?' 2020 11 (3) Civil Procedure Review, 11, 26; Değeri 25.000 USD ve üzeri olan uyuşmazlıklar için öngörülen Michigan Cyber Court, sadece belli bir miktarın altındaki değil, üzerindeki meblağlar bakımından da yargılamanın sanal olarak yürütülebileceğine örnek oluşturmaktadır. Michigan Cyber Court için bkz. <https://www.michbar.org/file/barjournal/article/documents/pdf4article357.pdf> (Erişim Tarihi 09/01/2023). Bu sistem faaliyete geçmemiştir, bkz. aşağıda dn. 26.

25 Örnekler için bkz. European Parliamentary Research Service, European Small Claims Procedure, Legal analysis of the Commission's proposal to remedy weaknesses in the current system, 2014; Mehmet Kamil Yıldırım ve Mehmet Akif Gül, 'Küçük Uyuşmazlıkların (Small Claims) Kendine Özgü Bir Prosedür Dâhilinde Çözümlemesine İlişkin Düşünceler', 2021 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi 27 (2)1334, 1340 vd.

26 Örneğin, Michigan Cyber Court (siber mahkeme) projesine göre 25.000 Dolar'ın üzerinde parasal değere sahip ticari uyuşmazlıkların resmi bir devlet mahkemesi olan fakat iradi olarak tarafların başvurabileceği bir çevrimiçi mahkeme tarafından çözülmesi, bu mahkemenin duruşmaları internette yayınlama konusunda takdir yetkisine sahip olması, davalının talebi üzerine yargılamanın fiziki mahkemeye aktarımının mümkün olması, mahkeme yargılaması öncesinde aynı sistem içinde arabuluculuğa başvurabilmesi, kararların çevrimiçi yayınlanması, uyuşmazlığın 90-180 gün arasında çözülmesi, jürinin olmaması öngörülmüştü. Proje kanun teklifi olarak sunulmuş olsa da yeterli bütçenin olmaması sebebi ile kanunlaşmamış; bunun yerine belli uyuşmazlıklar bakımından daha basitleştirilmiş bir usule ilişkin yasal değişiklikler yapılmıştır. <https://www.govtech.com/public-safety/order-in-the-cyber-court.html>; https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2013/01/03_toering/; <https://www.michbar.org/file/barjournal/article/documents/pdf4article357.pdf>. (Erişim Tarihi: 12/01/2023).

27 İç I - B - 2 - b.

28 Susskind (n 14) 117-147.

2. Uygulamadan Örnekler

a. Civil Resolution Tribunal of British Columbia (CRT) ²⁹.

Civil Resolution Tribunal of British Columbia (CRT) “court” değil “tribunal” olarak yapılandırılmış bir uyuşmazlık çözüm platformudur. CRT, belli konularda (örneğin; kat mülkiyeti, kira, motorlu taşıt kazaları, dernek ve kooperatif birlik uyuşmazlıkları) ve belli bir miktara kadar olan (5000 Dolar, motorlu araç kazalarında 50.000 Dolar’a kadar) uyuşmazlıklarda avukatla temsil edilmeden uyuşmazlığın hızlı ve sağlıklı bir şekilde çözülmesinin amaçlandığı bir çevrimiçi uyuşmazlık çözüm sistemidir³⁰. CRT devletin yargı hizmetinin bir parçası, bağımsız, yarı-yargısal bir makam olarak tanımlanmakta ve yerel mahkemeye (provincial court) başvurulmadan önce uyuşmazlığın çözülmesi için başvurulacak bir yol olarak öngörülmektedir³¹.

Sistemde görev yapan kişilerin nasıl atanacağı, hangi uyuşmazlıkların bu usule tabi olduğu ve sistemin işleyişine ilişkin temel düzenlemeler Civil Resolution Tribunal Act’te (2012) ve buna göre hazırlanmış kurallar (CRT Rules) (en güncel kurallar 1.5.2023’te yürürlüğe girmiştir) listesinde yer almaktadır³². Kısaca sistemin işleyişinden bahsetmek gerekirse: Kişiler, sistem üzerinden hesap açarak, sisteme çevrimiçi olarak başvururlar ve başvuru harcının yatırılmasıyla süreç başlar. Sürece ilişkin işlemler bu sistem üzerinden açılan hesap kullanılarak yapılır. Sistemde talep-cevap, zorunlu müzakere, arabuluculuk ve uyuşmazlığı çözen bağlayıcı kararın verilmesi olarak ifade edilebilecek 4 temel aşama vardır. İlk olarak çözüm arayıcısına (solution explorer) başvuruda bulunulur. Bu aşama uyuşmazlığın hukuki olarak tanımlandığı, belirlendiği aşamadır. CRT başvuru formunu kontrol eder ve devamında eksikliklerin ya da açıklamaya ihtiyaç duyulan hallerin varlığı durumunda başvuranla iletişime geçilir ve bunlar tamamlattırılır. Daha sonra karşı taraf başvurudan haberdar edilir. Karşı taraf cevap vermezse başvuran “default decision” (gıyapta karar) talep edebilir. Bu karar mahkeme kararı gibi icra edilebilirlik kabiliyetine sahiptir. Karşı taraf cevap verirse ikinci adımda ise çevrimiçi müzakere (online negotiation) sürecine geçilir. Bu aşamada taraflar sistem üzerinden “özel sohbet odasında” gizli kalacak olan ve birkaç hafta sürebilen bir müzakere süreci geçirirler. Uyuşmazlık bu aşamada çözülürse ödenen harç iade edilir. Taraflar bu aşamada anlaşamazlarsa bir sonraki aşama olan ve gizlilik ilkesinin uygulandığı çevrimiçi arabuluculuk (facilitation) sürecine geçilir. Bu süreci yürüten kişi dava yöneticisi (case manager) olarak adlandırılır. Taraflar bu arabuluculuk aşamasında da anlaşamazlarsa, dava yöneticisinin tarafların anlaştığı ve anlaşamadığı noktaları da belirttiği bir “statement of facts” (vaka raporu) hakeme sunulur ve son aşamada hakemin hukuk kurallarını uygulayarak verdiği bağlayıcı karar ile süreç sona erer. Hakemin karar verme süreci de ortalama birkaç haftadır. Hakemler

29 <https://civilresolutionbc.ca/> (Erişim Tarihi 10/01/2023).

30 Sistemin dünyadaki en gelişmiş çevrimiçi sistemlerinden biri olduğuna dair bkz Ignacio (n 12) 35; kullanıcıların %95’i nin CRT personelinin profesyonel olduğunu düşünmesi, %86’sının kendilerine adil davranıldığını hissetmesi ve %81’nin CRT’yi başkalarına tavsiye etmesine ilişkin bkz <https://civilresolutionbc.ca/> (n 32); hangi uyuşmazlıkların bu sisteme tabi olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/justice/about-bcs-justice-system/legislation-policy/legislation-updates/civil-resolution-tribunal-act> (Erişim Tarihi 20/02/2023).

31 <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/justice/courthouse-services/small-claims/how-to-guides/what-is-small-claims> (Erişim Tarihi 2/02/2022).

32 <https://civilresolutionbc.ca/resources/legislation/> (Erişim Tarihi 21/02/2023).

uyuşmazlığın niteliğine ve uzmanlık alanlarına göre görevlendirilirler. Toplamda sürecin 60-90 gün içinde tamamlanması öngörülmüştür. Hakemin bağlayıcı kararına karşı kural olarak yerel mahkemeye (provincial court) küçük uyuşmazlık mahkemesi usulüne (small claim court procedure) göre yeni bir yargılama için başvurulabilir; kat mülkiyetinden kaynaklı uyuşmazlıklar ve motorlu araç kazasından kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında verilen karara karşı ise judicial review (yargısal denetim) için Supreme Court'a başvurulabilir³³. Bütün kararlar CRT'nin internet sitesinde erişime açıktır.

Ortada teknik anlamda bir mahkeme bulunmama ile birlikte verilen kararın bağlayıcı olması dikkat çekicidir³⁴. Yine sistemin dikkat çekici özellikleri arasında taraflar ve kurum arasındaki iletişimin ve tebligatların sağlanmasında telefon, email gibi yöntemlerin benimsenmesi, kural yazılılık olmakla birlikte duruşmaların icrasında telefon, video konferans gibi yolların kullanılabilir olması, sistemin baştan sona işleyişinde CRT görevlilerinin usuli hataları en aza indirmek üzere taraflara yol göstermeleri³⁵, arabuluculuk olarak nitelendirilebileceğimiz süreçte görev alan kişinin daha sonra bağlayıcı nihai kararın verildiği tribunal sürecinde de görev alabilmesi³⁶ ve silahların eşitliği ilkesi³⁷ gözetilerek ancak istisnai hallerde (örneğin motorlu taşıt kazaları) avukatla temsilin mümkün olması, CRT'den izin

33 <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/justice/about-bcs-justice-system/legislation-policy/legislation-updates/civil-resolution-tribunal-act>; <https://civilresolutionbc.ca/wp-content/uploads/CRT-Rules-in-force-September-1-2022.pdf> (Erişim Tarihi 20/02/2023).

34 Ignacio (n 12) 36.

35 Bu durum CRT Rules m. 5.1 ve m.5 .3'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Case manager hem müzakere hem arabuluculuk hem de uyuşmazlığın tahkime hazırlanması ve hatta tahkim sırasında da Kurallar'da belirtilen görevlerini ifa eder. CRT Rules m.5 .1'de "case manager" (dava yöneticisi) olarak görevlendirilen kişi süreçte atılacak adımlar, yapılması gereken işlemler ve süreler hakkında tarafları yönlendireceği belirtilmektedir. Kurallarda açıkça öngörülen bu durum her iki tarafa da eşit yaklaşıldığı sürece (neutrality) tarafsızlık bakımından (impartiality) herhangi bir hak ihlali gündeme gelmeyecektir. Tarafsızlık ve taraflara eşit mesafede olunması hakkında bkz. Seda Özmumcu, 'Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü Ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi', 2019, 10 (1) c, 262, 264-265.

36 İncelenen sistem devlet eliyle kurulan bir ihtiyari uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır ve çözüm basamakları olarak "arabuluculuk" ve "tahkim" benimsenmiştir denilebilir. Burada arabuluculuk safhasında görev alan kişinin aynı zamanda tahkim olarak nitelendirilebileceğimiz safhada da görev alması uygulamada "med-arb" (arabuluculuk-tahkim) olarak isimlendirilen çok aşamalı uyuşmazlık çözüm sistemini akla getirmektedir. Bu sistemde arabulucu aynı zamanda sonraki safhada hakem olarak da görev yapabilmektedir. Elbette bunun için tarafların uyuşmazlık çözüm klozunda bunu belirtmesi ya da atıf yaptıkları kuralların ya da bünyesinde uyuşmazlığı çözecekleri kurumun kurallarının bu yönde bir hüküm içermesi gerekmektedir (bkz. örneğin ISTAC Med-Arb Kuralları m.5 < <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallar%C4%B1-Med-Arb.pdf>>; İTOTAM Med-Arb Kuralları m.9 <https://www.itotam.com/Dosyalar/2021/YENI_BASLIK_MED-ARB%20KURALLARI.pdf>). Bu yöntem bakımından ise arabulucu hakemin tarafsız kalamayacağı, gizlilik şartını ihlal edebileceği ve arabuluculuk safhasında öğrendiği bilgileri tahkim safhasında kullanabileceği, arabuluculuk safhasında önerdiği çözümü tahkim safhasında hakem kararı olarak verebileceği endişeleri söz konusudur. Betül Canatan, 'Med-Arb Yönteminin Getirdiği Olumsuzluklar ve Gizlilik Sorununa Yönelik Bazı Med-Arb Modelleri' 2023, 9 (1) AndHD, 81, 83-84; Ancak bu halde CRT modelinde olduğu gibi süreçte taraflarla sürekli muhatap olan ve uyuşmazlığın içeriğine hakim olan kişinin karar vermesinin usul ekonomisine uygun olacağı gözden kaçırılmamalıdır. İncelenen CRT usulünde ise case manager olarak adlandırılan kişilerin zaten çözüm önerme yetkisi bulunmamaktadır. Öte yandan arabuluculuk olarak nitelendirdiğimiz süreçte uyuşmazlık çözülemese ve nihai karar için tahkim yargılaması başlatılırsa taraflar o anda uyuşmazlık konusundaki uzmanlığına göre hangi tribunal üyesinin karar vereceğini de belirleyebilirler. Hakem olmayan case manager, tahkim aşamasında da taraflara yol göstermeye devam eder. Hatta tahkim yargılaması sırasında gerekirse arabuluculuk safhasına tekrar dönülebilir. Bkz. CRT Rules m. 5.3 ve m.7.2, m. 7.4 (1.5.2023 itibarıyla yürürlükte) < <https://civilresolutionbc.ca/wp-content/uploads/CRT-Rules-in-force-May-1-2023.pdf>> (Erişim Tarihi: 11/05/2023).

37 Emel Hanağası, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi* ((1. Baskı, Yetkin 2016) 37; Budak ve Karaaslan (n 6) 74, kn 6; Tanrıver (n 5) 412; Güray Erdönmez, 'Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkelere' Pekcanitez ve diğerleri (n 6) 854, 857.

alınarak avukat ya da avukat dışı kişiler (örneğin sigorta şirketi) tarafından taraf temsilinin mümkün olması³⁸ verilebilir. Sistemde kullanıcıların yorumları, yeni vakıaların tanımlanması ve gelecekteki uyuşmazlıkların çözümü bakımından sistemin geliştirilmesi çok önemlidir³⁹. Hakem tarafından verilen kararın icrası için uyuşmazlığın türüne göre Supreme Court ya da Provincial Court'tan icra edilebilirlik şerhi alınmalıdır. Burada hakem kararı için ayrıca icra edilebilirlik şerhi alınması, her ne kadar hakemin bir yargılama yaptığı düşünülebilirse de, ortada bir çevrimiçi uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasının bir sonucudur. Yine belli hallerde tribunal'in kararına karşı kararın yeniden gözden geçirilmesi amacı (judicial review) ile Supreme Court'ta başvurulabilir. Uyuşmazlık çözüm sürecinin ayrıntılı işleyişi ise oluşturulan CRT Rules'da düzenlenmiştir⁴⁰. Doktrinde CRT sisteminin devletin yargı hizmetinin teknolojinin katkısıyla nasıl ve nereye evrileceği konusunda, özellikle uyuşmazlıklardan toplanan verinin işlenmesi ve gelecek uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından kullanılması, sistemin bu bakımdan kendini sürekli kullanıcı yorumlarına göre güncellemesi, bütün kararlara, anonimleştirilmiş olarak, erişilebilir olması bakımından güzel bir örnek olduğu belirtilmiştir⁴¹. Bu sistem hukukumuzdaki Tüketici Hakem Heyeti ile belli noktalarda benzerlik göstermektedir⁴².

b. İngiltere Çevrimiçi Mahkeme Pilot Uygulaması

İngiltere'de belli uyuşmazlıklar için "küçük uyuşmazlık yargılaması" (small claim procedure) kabul edilmiştir⁴³. Bu sistemde⁴⁴, belli türdeki iddiaların ve belli bir miktara kadar olan alacak ve belli

38 Türk Hukukunda, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (RG 7/4/1969 – 13168) m.35 uyarınca "Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir." Bu zorunluluk "avukatların temsil tekel"i olarak da adlandırılmaktadır. 6325 sayılı HUAK (RG 22/6/2012 – 28331) m.15/6'da ise arabuluculuk sürecinde tarafın temsili bakımından "Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir." hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla kural olarak arabuluculuk safhasında da iradi temsil yetkisi avukatlara aittir. Bu kuralın hukukumuz açısından nadir de olsa istisnaları da vardır. Örneğin, satım sözleşmesinde satıcının zapattan doğan sorumluluğuna ilişkin TBK m.215/1'de yer alan " – Satılanın elinden alınması tehlikesi ile karşılaşan alıcı, kendisine karşı açılan davayı satıcıya bildirdiği zaman satıcı, durumun gereğine göre ve yargılama usulü uyarınca ya alıcının yanında davaya katılmak ya da alıcı yerine geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmek ve savunmak zorundadır." fıkrası dikkate alındığında üçüncü kişinin açmış olduğu davanın alıcı tarafından satıcıya ihbar edilmesi halinde satıcı alıcıyı temsilen davayı takip edebilir. Budak ve Karaaslan (n 6) 131 kn 30; Ayrıca 3402 sayılı Kadastro Kanunu (RG 9/7/1987 – 19512) m.31'de de "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tanıdığı imkânlar saklı kalmak ve davada menfaatleri zıt olmamak şartıyla, kadastro işlerinde karı ve koca birbirlerini vekil tayin edebilirler." hükmü yer almaktadır.

39 <https://civilresolutionbc.ca/about-the-crt/> (Erişim Tarihi 20/02/2023).

40 Civil Resolution Tribunal Act https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/12025_01; CRT Rules <https://civilresolutionbc.ca/wp-content/uploads/CRT-Rules-in-force-May-1-2023.pdf> (Erişim Tarihi 15.05.2023).

41 Katsh and Rabinovich-Einy (n 1) 160-161.

42 İnternet mahkemelerinin, klasik anlamdaki mahkemelerle tam olarak bir tutulamayacağı; sistemin tahkime daha yakın olduğuna ilişkin bkz. Zhurkina, Filippova and Bochkareva (n 22) 121.

43 Bu sistemin yanında kişilerin sisteme giriş yaparak iddialarına ilişkin tüm bilgi ve belgeleri sunabilecekleri bir internet sitesi olarak kurgulanan Çevrimiçi Tazminat Talebi (Money Claim Online) adlı uygulama ile de küçük miktarda uyuşmazlık (100.000 Sterlin'in altında) taraflarının daha düşük harç ödeyerek daha basit yargıya erişim hakları korunmaya çalışılmaktadır. <https://www.moneyclaim.gov.uk/web/mcol/welcome>; sisteme başvuru ve sistemin işleyişi hakkında sitede ayrıntılı rehberler bulunmaktadır. <https://www.gov.uk/government/publications/money-claim-online-user-guide/money-claim-online-mcol-user-guide> (Erişim Tarihi: 13/05/2023).

44 Prosedüre ilişkin ayrıntılı bilgiler Civil Procedure Rules (Medeni Usul Kuralları) Bölüm 27'de düzenlenmiştir. <https://>

uyuşmazlıkların avukat ihtiyacı olmaksızın davacı ya da davalının yerleşim ya da işyerinin olduğu yer yerel mahkemesi (country court) bünyesinde kurulmuş küçük uyuşmazlık mahkemesi (small claim court) tarafından gayri resmi (informally) olarak uyuşmazlığın istisnai durumlar haricinde dosya üzerinden karara bağlanması öngörülmüştür⁴⁵. Genellikle tüketici uyuşmazlıkları bakımından öngörülen bu usulde uyuşmazlığın türüne ve Birleşik Krallık'ın neresinde bulunduğuna göre uyuşmazlığın parasal değerinin üst sınırı 1.000, 3.000, 5.000, 10.000 Sterlin şeklinde değişmektedir. Uyuşmazlık konusu miktar, öngörülen sınırlar içinde kalsa bile hâkim eğer uyuşmazlığın çok karmaşık olduğuna karar verirse bu usul uygulanmayacaktır. Bu usulün uygulanmadığı uyuşmazlıklara ise karayolu trafik kazasından doğan, taşınmazın aynına, vücut bütünlüğüne gelen zararlara, evlilik birliğine ilişkin uyuşmazlıklar örnek verilebilir.

Küçük uyuşmazlık yargılamasının yanında uzun zamandır çevrimiçi uyuşmazlık çözüm sistemlerinin yargı sistemine dahil edilmesine ilişkin çalışmalar da yapılmıştır. Örneğin 27 Temmuz 2016 tarihli Civil Courts Structure Review: Final Report belgesinde (Briggs Final Report) bireyler ve küçük işletmeler için yargıya erişim hakkını gerçekleştirmek üzere çevrimiçi çözüm mahkemesi önerisi üzerinde durulmuştur⁴⁶. Mahkeme yargılamasından önce sadece telefonda gerçekleşecek bir arabuluculuk sürecinin yanında dosya görevlisinin (case officer) her uyuşmazlığa uygun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu (çevrimiçi ya da yüzyüze) önermesi gerektiği belirtilmişti⁴⁷. Bölge mahkemesine (district court) ya da yerel mahkemeye (county court) özel bir itiraz ya da kanun yolu başvurusu olabileceği, ikinci kanun yolu aşamasına da başvurulabileceği önerilmiştir⁴⁸. Daha sonra bu rapora dayanılarak bir mahkeme reformuna başlanılabileceği onaylandı (*Legal update, Senior judiciary endorses Briggs LJ's Civil Courts Structure Review Final Report: joint statement from the Lord Chief Justice and the Master of Rolls*). Fakat tek bir çevrimiçi mahkeme önerisi reddedilmiştir. Bunun yerine özel hukuktan doğan belli miktarın altındaki para para alacakları bakımından bir çevrimiçi yargılama fikri geliştirildi. Bu konuda Judicial Review Court Act 2022 değişikliği yapılmış ve bu değişiklik 28 Nisan 2022'de kanunlaşmıştır. Kanunun 2. kısım 2. bölümünde Çevrimiçi Usul Kurallarının ve Çevrimiçi Usul Kuralları Komitesinin geliştirilmesine ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

İngiltere ve Galler'de medeni yargılama sisteminin bir parçası ve çevrimiçi reformun mahkeme reformu alt başlığının bir ayağı olarak çevrimiçi uyuşmazlık çözümü için bir çevrimiçi mahkeme geliştirilmektedir

www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part27#27.8 (Erişim Tarihi 11/01/2023); <https://www.justice-ni.gov.uk/publications/small-claims-forms> bu linkte ise Küçük Uyuşmazlık Rehberi, Başvuru Formu, Kontrol Listesi, Yargılamaya Hazır Olma Belgesi, Kanun Yolu Başvuru Belgeleri gibi belgeler yer almaktadır.

45 Bu usulde başvuru form doldurularak yapılabilir ve formun doğru doldurulması konusunda rehberler hazırlanmış ve idari kontrolün yapılması konusunda yardımcı olacak görevliler atanmıştır. Formda eksiklik varsa görevli tamamlanması için ilgilie imkân tanıyacaktır. Avukatla temsil halinde davayı kazanan taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmeyecek, masraflara ilgili taraf katlanacaktır.

46 Öneriler 26, para. 6.120-6.121.3, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/07/civil-courts-structure-review-final-report-jul-16-final-1.pdf> (Erişim Tarihi 21/02/2023). Öneri 5, para. 6.16'da ise çevrimiçi çözüm mahkemesine belli uyuşmazlıklar için başvuru zorunlu iken uyuşmazlığın bir üst mahkemeye gönderilmesi konusunda hâkime takdir yetkisi veriliyordu.

47 İbid 12 para. 6.112-3 ve 7.22-3.

48 ibid 21 para. 6.105-6.107.

ve bu kapsamda uygulamalar başlatılmıştır⁴⁹. Bunlardan ikisi çevrimiçi hukuki para alacağı talepleri pilot uygulaması ve çevrimiçi hasar talepleri pilot uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çevrimiçi Hukuki Para Alacağı Talepleri (OCMC – Online Civil Money Claim) pilot uygulaması⁵⁰, 7 Ağustos 2017'den 30 Kasım 2023'e kadar İngiltere'de yerel mahkemede (County Court)⁵¹ faaliyet göstermektedir. Pilot uygulamanın amacı, çevrimiçi bir talep ve onu takip eden dava sürecini test etmektir. Pilot uygulama, County Court'ta avukatla temsil yoksa 10.000 Sterlin'e kadar, avukatla temsil halinde faiz dahil 25.000 Sterlin'e kadar olan meblağlar için daha hızlı, daha kullanıcı dostu bir dava süreci hedeflemektedir. Aynı bir pilot uygulamaya konu olan yarananmadan doğan uyuşmazlıklar ise bu pilot uygulamanın konusu değildir.

Söz konusu çevrimiçi mahkeme temel olarak 3 aşamalı bir faaliyet göstermektedir. Bunlar sırasıyla tarafların talep ve iddialarını sistemdeki form aracılığıyla iletebildikleri çevrimiçi değerlendirme (online evaluation), talep etmeleri durumunda çevrimiçi arabuluculuk (online facilitation) ve çevrimiçi yargılama (online judging) aşamalarıdır⁵². Bu usulde esas olan tarafların bizzat yargılamayı takip etmesidir. İngiltere'de tebligat adresi olan taraflar, sistemdeki başvuru formunu doldurularak ve harç ödeyerek talep oluşturabilir. Formun ekine delil niteliğindeki belgeler yüklenir. Form OCMC (Online Civil Money Claim) web sitesi kullanılarak mahkemeye gönderilir. Mahkeme bunu talep formunda davalı olarak tanımlanan kişiye tebliğ eder ve ayrıca talep formunun basılı bir halini de davalının posta adresine gönderir. Davalı, talebe yanıt vermeye karar verirse ve bunu çevrimiçi olarak yapabiliyorsa, talep formunun düzenlendiği tarihten itibaren 19 gün içinde OCMC web sitesindeki yanıt formunu kullanarak mahkemeye iletişime geçmeli ve yanıt vermek isteyip istemediğini belirtmelidir. Sistemdeki tabloda iddianın tamamını reddetmeye, bir kısmını kabul etmeye, iddiaya karşı bir savunma ve karşı iddia sunmaya, ek talep bildirmeye veya iddianın tamamını kabul etmeye ilişkin ayrı ayrı formlar vardır ve davalı web sitesindeki uygun yanıt formunu kullanmalıdır. Davalı 19 günden daha fazla zamana ihtiyacı olduğunu bildirirse formunun düzenlenmesinden itibaren 33 gün içinde mahkemeye ulaşacak şekilde yanıtını sunmalıdır. Mahkeme davacıya, davalının cevap formunu aldığını ve davalının iddiaya cevap verme niyetine dair teyit aldığını iletir. Davalı mahkemeye duruşma ihtiyacı hakkında bilgi vermek için çevrimiçi yönlendirme anketini doldurur.

Bu aşamada tarafların arabulucu ile anlaşma imkânları vardır. Mahkeme davacıya davalının savunmasını kabul edip etmediğini ve davaya devam etmek isteyip istemediğini sorar. Mahkeme tarafların, arabuluculuğa gitmeyi seçmesi durumunda yargılamayı 28 gün için durdurur ve uygunsuz konuyu küçük alacaklar arabuluculuk hizmetine havale eder. Taraflar 28 gün içinde anlaşamazlarsa hâkim talep ve cevap formlarını inceler ve mahkeme Çevrimiçi Hukuki Para Alacağı Taleplerinden kaynaklanan talebi "tercih edilen mahkemeye" gönderip iddianın gönderildiğini taraflara bildirir. Talep, Çevrimiçi Hukuki Para Alacağı Talepleri sisteminden gönderildikten sonra, bu uygulama talimatı artık geçerli olmayacak, ancak CPR (Civil Procedure Rules) uygulanacaktır.

49 <https://www.gov.uk/guidance/online-court-and-tribunal-services-for-professional-users-and-the-public>

50 <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/practice-direction-51r-online-court-pilot>; <https://www.moneyclaims.service.gov.uk/eligibility>

51 <https://www.judiciary.uk/courts-and-tribunals/county-court/>

52 Akkaya (n 10) 71.

Davalı, mahkemeye zamanında iletişime geçmez, süre uzatma formu, yanıt formu veya kağıt (fiziki olarak) yanıt formu sunmazsa, davacı mahkemeden “default decision” kararı verilmesini talep eder. Davalı kararın girileceği tarihte borçlu olduğu tutarı (mahkeme harçları ve faiz talepleri dahil) tam olarak ödemişse, bu kararı alamaz. Davacı veya davalı tarafından 6 ay boyunca bir taleple ilgili herhangi bir adım atılmazsa, mahkeme yargılamayı durdurmalıdır.

Mahkeme herhangi bir zamanda, bir taleple ilgili herhangi bir konuyu bir hâkime veya bir hukuk danışmanına havale edebilir ya da iddianın veya konunun nasıl ele alınacağına ilişkin talimat verebilir.

Çevrimiçi Hasar Talepleri Pilotu (Damages Claims Online Pilot) Uygulaması⁵³ ise 28 Mayıs 2021'den 30 Nisan 2024'e kadar sürecektir. Burada da sistem üzerinde form doldurularak başvuru yapılabilen ve yine sistem üzerinden cevap verilebilmektedir. Davacı iddiayı DCP aracılığıyla davalıya bildirir. Bildirim süresi 4 aydır. Davacı bu süre içinde bildirmese davalı aleyhindeki iddia otomatik olarak reddedilir. Davalı DCP tarafından belirtilen sürede cevap vermezse davacı default decision kararı almak için başvurabilir. Karar için yargılama talep edildiğinde CPR devreye girer ve mahkemeye başvurulur. Davalı iddiaya karşı bir savunma yaparsa ilk dava yönetimini kolaylaştırmak için davacıdan bilgi istenir.

3. Çevrimiçi Mahkemelerde Sürecin Yürütülmesine İlişkin Değerlendirme

a. Genel Olarak

Çevrimiçi mahkemelerdeki temel amaç, bu mahkemelerin mobil platformlarında iddia veya şikayette bulunmak, buna yönelik çeşitli uygulamaları oluşturmak, bir blockchain sistemi oluşturarak mahkemelerin bilgi desteğini, başvuran için standart hale getirmektir⁵⁴. Öte yandan çevrimiçi yöntemlerin ve duruşmaların fiziki yargılamaya göre daha zahmetli olabileceği, örneğin daha çok araya ihtiyaç duyulduğu, tek ekranda birden fazla belge açmanın zor olduğu ve tanığın çevrimiçi beyanına güven olmayacağı ileri sürülebilir. Bunun yanı sıra, internet bağlantısı, güvenlik ve kişisel verilerin korunması ve teknolojik okur yazarlık ve yargılama hukukuna hâkim olan ilkelerin ne şekilde uygulanacağı⁵⁵ da karşımıza çıkabilecek diğer sorunlardır⁵⁶.

53 <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part51/practice-direction-51zb-the-damages-claims-pilot> (Erişim Tarihi:14/05/2023).

54 Ekaterina P. Ruskov, 'Integration Of "Smart" Technologies In The Civil Proceedings Of the People's Republic Of China', 2021, 25 (3) RUDN Journal Of Law, 622, 626. Yazar Çin'deki çevrimiçi mahkemelerde hakemler tarafından her aşamada kullanılan bir çok teknolojinin ve hukuki işlemlerin yerini yapay zeka teknolojilerinin aldığı ifade ederek davaya ilişkin gerekli dosya ve belgelerin araştırılması, adli uygulamaların analizi, mahkeme kararlarının hazırlanması ve diğer işlemlerin herhangi bir kesinti olmadan otomatik olarak insan katılımı olmaksızın gerçekleştirildiğini belirtmektedir.

55 Çevrimiçi mahkemelerde doğrudanlıkların ne şekilde uygulanacağına ve ilkenin ihlal edilip edilmeyeceğine ilişkin bkz. Gökçe Varol Karaosmanoğlu, 'Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlıkların Kapsamında Değerlendirilmesi' 2022, 8 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71, 74; Aziz Serkan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlıkların İllkesi*, (Adalet 2012) 236, 241; Nedim Meriç ve Tuğçe Arslanpınar Tat, 'Elektronik Ortamda Duruşma ve Diğer Yargı Faaliyetlerinin İcrası', iç Muhammet Özkes (ed), *Dijital Çağda Medeni Yargı* (Adalet 2022) 189, 204-205.

56 Mıdık (n 10) 27.

b. Avukatla Temsil Bakımından Değerlendirme

2014'te İngiltere'de yapılan bir araştırmaya göre maddi açıdan zayıf olan ve adli yardım alamayan kişiler avukatla temsil edilememektedir⁵⁷. Doktrinde, çevrimiçi mahkeme ve buna eklenen yapay zeka ile hukuki danışman ihtiyacının azalacağı, uyumsuzluk ve dava yönetimi için “case manager (dava yöneticisi)” adında yeni bir mesleğin doğacağı belirtilmiştir⁵⁸. Çevrimiçi uyumsuzluk çözüm sürecinde yer alan kişi dava üzerinde daha yoğun ve verimli çalışmaktadır⁵⁹. Çevrimiçi mahkeme, daha az masrafla özel hukuk uyumsuzlukları için adalete erişimin sağlanmasında oldukça yardımcı olacaktır. Bu sayede daha önce mahkemeye başvurmayan veya başvurmayı düşünmeyen kişiler de mahkemeye gidecektir. Bu sistemlerde, hazırlık aşamasında sistemdeki görevliler tarafından ya da sistemin kendisi tarafından bir nevi triyaj aşamasında, hukuk bilgisi olmayana yol gösterilecek ve devlet, hukuki danışmanlık da yapmış olacaktır⁶⁰. Bununla da usuli sebeplerle davaların reddi azaltılacak, sırf usuli şartların (dava şartı, ilk itiraz, ilgili davanın açılması için özel hükümde öngörülen şartlar) incelenmesi sebebiyle tarafların hukuki bilgi eksikliğinden ya da ihmalinden kaynaklanan yargılamanın uzamasının ve hatta yargıya erişim hakkının ihlal edilmesinin⁶¹ önüne geçilmiş olacaktır. Uygulanan örneklerde de çevrimiçi yürütülen sistemlerde, sistemin kullanımı için ayrıntılı kılavuzların hazırlandığı görülmektedir⁶². Başvuru formları ayrıntılı düzenlenmekte ve usuli hataların önüne geçmek için sistem, her bir veri girişinde başvuran tarafı uyarmakta, tarafa formu düzgün doldurarak sistemde açtığı kullanıcı hesabı üzerinden başvurusu yapma imkânı sağlanmaktadır. Ara yüz ve kullanılan formlarla tarafların dilekçelerini daha iyi formüle etmeleri sağlanmakta⁶³ ve şekli eksiklik veya yanlışlar nedeniyle taleplerin reddinin önüne geçilmektedir.

57 Doran Menashe, ‘A Critical Analysis of the Online Court’ (2018) 39 (4) Legal Scholarship Repository, 921,939.

58 Ignacio (n 12) 37, 46.

59 Menashe (n 57) 946, 947.

60 Ignacio (n 12) 47, 48.

61 Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu İsmail Avcı, B. No: 2019/12190, 22/2/2022 kararı çarpıcı bir örnektir. HMK m.107'de düzenlenen belirsiz alacak davası olarak isimlendirilen alacak (eda) davasının şartları oluşmadan açılması yani aslında “belirli” bir alacak için açılması halinde son tahlilde Yargıtay tarafından benimsenen görüş, bu halde hukuki yarar yokluğundan davanın usulden reddidir, çünkü hukuki yarar tamamlanamaz bir dava şartıdır (örn. Bkz. Yargıtay HGK 485/971,7.7.2021; 22.HD,16510/28942, 9.10.2015; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1962/6034, 26.1.2014; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 26476/7547, 14.09.2020; aksi yönde bkz. Yargıtay HGK, 17-853/907, 17.11.2020, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 13/05/2023). AYM ise, yargıya erişim hakkı bağlamında değerlendirme yapmış ve bir temel hakkın sınırlandırılmasında dikkate alınan ilkeler bakımından mevcut içtihatı değerlendirmiş; sonuç olarak şartları oluşmadığı halde açılan belirsiz alacak davasının, HMK m.119/2'ye ya da m.115'e göre tarafa süre verilerek talep sonucunun açıklattırılması, tamamlattırılması, hâkimin davayı aydınlatma ödevini kullanabilmesi gibi araçlar varken davanın “usulden reddinin” yargıya erişim hakkının kısıtlanması bakımından ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur. Konumuz bakımından değerlendirirsek örneğin uyumsuzluk çözüm sürecinin başında, esastan incelemeye geçilmeden önce veya hâkimin ya da hakemin önünde dahi gelmeden önce tercih edilen sistemde “case manager”ın tarafa mevcut içtihatları dikkate alarak yol göstermesi mümkün olursa zaman ve emek kaybı yaşanmayacağı gibi zamanaşımının dolması, hak düşürü sürenin kaçırılması gibi tehlikeler de bertaraf edilmiş olacaktır.

62 Örneğin; CRT of Columbia Rules <https://civilresolutionbc.ca/resources/rules-and-policies/> (Erişim Tarihi 13.02.2023); Small Claims Online A Users Guide, Northern Ireland Courts and Tribunals Service, <https://www.justice-ni.gov.uk/publications/small-claims-online-user-guide> (Erişim Tarihi 09/02/2023), UNCITRAL, Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Teknik Notlar (n 4), The European Small Claims Procedure, https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/solving-disputes/european-small-claims-procedure/index_en.htm (Erişim Tarihi 09/02/2023).

63 Menashe (n 57) 930.

Bazı sistemlerde ise avukat dışında kişilerin tarafları temsiline izin verilmektedir⁶⁴. Ancak doktrinde çevrimiçi uyuşmazlık çözüm yöntemleri veya e-mahkemede tarafların avukatla temsil edilemeyeceği kuralının koyulmasının da tehlikeli olduğu ifade edilmiştir⁶⁵. Ne var ki, kurulan sistemlerde taraflara yol gösteren kişilerin ve kılavuzların olmasının avukatla temsil eksikliğini gidereceği de söylenebilir⁶⁶. Avukatların ise “case manager” olarak süreçte görev alabileceği şekilde bir sistem kurgulanabilir. Ancak, “case manager” olmak için de konuya ilişkin yeterli eğitim ve tecrübe sahibi olunması gerektiği açıktır. Örneğin CRT örneğinde süreçte görev alan “case manager”ların belli bir uyuşmazlık alanında uzman kişiler oldukları görülmektedir⁶⁷.

c. Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Sisteminin İkinci Sınıf Adalet Sağlayıp Sağlamadığı Bakımından Değerlendirme

Doktrinde konuya ilişkin tartışılan meselelerden birisi de çevrimiçi mahkemelerin ikinci sınıf adalet sağlayıp sağlamadığıdır⁶⁸. Bu sistemlerde dava değerinin küçük olduğu uyuşmazlıklarda düşük masrafla hızlı bir şekilde çözüme ulaşılması amaçtır. Burada söz konusu davanın “daha az önemli” bir dava olup olmadığı sorusunun akla geldiği ifade edilmiştir⁶⁹. Diğer bir ifadeyle yargıya erişimin kolaylaşması; verilecek kararın daha niteliksiz bir karar olup olmayacağı ve toplumdaki sosyo-ekonomik sınıflar arasındaki boşluğun açılmasına sebep olup olmayacağı⁷⁰ tartışmasını doğurmuştur. Fakat belirtmek gerekir ki bu sistemlerde usul farklı olsa da uyuşmazlık ya uzlaşma temelli çözülecek ya da yargılamayı yapan yine maddi gerçeği ortaya çıkararak ve yürürlükteki hukuk kurallarını uygulayarak nihai bir karar verecektir. Mevcut sistemimizde, örneğin Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansıyan doğru bir kararlar sonuçlansa bile makul süreden daha uzun süren davalardaki yargılanma hakkı ihlalleri⁷¹, AİHM’nin yargıya erişim hakkının “pahalı yargı”, yüksek harçlar sebebiyle ihlal edildiğine ilişkin ihlal kararları⁷², AİHM’nin adli yardıma ilişkin ihlal

64 Bkz iç I-B-2-a.

65 Menashe (n 57) 939, 940.

66 Menashe (n 57) 929.

67 <https://civilresolutionbc.ca/about-the-crt/staff-and-members/> (Erişim Tarihi: 13/05/2023).

68 Ignacio (n 12) 44.

69 Ignacio (n 12) 44.

70 Susskind (n 14) 187.

71 AYM, *Yorgiyadis/Türkiye*, Başvuru no:48057/99, 19.10.2004 <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22fulltext%22:%2248057%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-67103%22> (Erişim Tarihi: 15/05/2023); AYM, *Güher Ergun ve diğerleri* (B. No: 2012/13, 2/7/2013 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 13/05/2023); Mine Akkan, ‘Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma’, 2007, 1, 58, 66; Budak ve Karaaslan (n 6) 84 kn. 28; Tanrıver (n 5) 411; Erdönmez (n 37) 852.

72 Kreuz/Polonya, 19.06.2001 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22kreuz%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-59519%22> (Erişim Tarihi: 13/05/2023); (E; Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye (17.07.2007) kararında da AİHM aylık asgari ücretin dört katı tutarındaki yargı harçlarının başvuranlar üzerinde aşırı bir yük olduğunu, tarafların avukatla temsil edilmesinin yargı masraflarını ödeyebilecekleri dolayısıyla adli yardım talebinin reddi gerekeceği kararının yerinde olmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22mehmet%20ve%20suna%20yi%C4%9Fit%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22>) (Erişim Tarihi: 13/05/2023).

kararları⁷³ göz önüne alınırsa, yargıya erişimin ve daha kısa sürede uyuşmazlığın çözülmesinin amaçlanması bu hakların hiç sağlanmamasından daha iyidir⁷⁴.

d. Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Sisteminin Yargılamaya Hakim İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi

Örneklerde öngörülen sistemler, çok aşamalı uyuşmazlık çözüm usulleri benimsenerek kurgulanmıştır. Özellikle müzakere ve arabuluculuk bakımından yargılamaya hakim olan ilkeleri değerlendirmek bir ihtiyaç olmasa da genellikle son aşama olarak belirlenen tahkim ya da mahkeme yargılamasının çevrimiçi yürütülmesi bakımından yargılamaya hakim olan ilkelerden doğrudanlık ve mahkeme yargılaması özelinde ise aleniyet ilkelerinin ayrıca değerlendirilmesi faydalı olur. Bununla birlikte bütün çevrimiçi uyuşmazlık çözüm süreci bakımından yargılama güvencelerinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Örnek verilen sistemlerin basitleştirilmiş ve daha ucuz, ulaşılabilir ve tarafın sürekli bilgilendirildiği süreçler olarak hak arama hürriyeti⁷⁵ veya silahların eşitliği ilkesinin⁷⁶ uygulanmasına özellikle dikkat edildiğini söylemek yanlış olmaz.

Etkin bir hukuki korumanın da şartlarından olan aleni yargılama ilkesi (AİHS m. 16; AY m. 141; HMK m. 28) ile amaçlanan yargı faaliyetinin halk tarafından gözlemlenebilmesi ve denetlenebilmesi ve yargı faaliyetine katılanların bu bilinçle keyfilikten uzak daha özenli bir süreç yürütmeleridir⁷⁷. Doktrinde HMK m.149'a göre icra edilen elektronik duruşma uygulamasında hâkim ve zabıt katibi duruşma salonunda olacağından ve duruşma salonu da herkese açık olacağından aleniyet ilkesine zarar gelmeyeceği ifade edilmiştir⁷⁸. Ancak sürecin tamamen çevrimiçi yürütüldüğü ve yargılamanın sanal olarak yapılacağı önerilen sistem, elektronik duruşmadan farklıdır. Burada fiziken bir duruşma

73 Çakmak ve Diğerleri/Türkiye 53672/00, (25.01.2005), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22C3%A7akmak%22%2C%22itemid%22:%5B%222001-68075%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 13/05/2023); 6.12.2022 tarihli Kerimoğlu kararı, başvuru no. 58829/10 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22t%22%2C%22B%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%22%2C%22itemid%22:%5B%222001-221250%22%5D%7D>; (Erişim Tarihi: 13/05/2023); Türk hukuku bakımından adli yardım konusundaki mevzuat düzenlemeleri yeterli olarak yorumlansa dahi uygulamaya bunun yansımadağı, dolayısıyla adalet erişim hakkının özellikle kadınlar bakımından yeterince sağlanamadığı hakkında bkz. Aslı Aktaş, 'Kadınların Adalete Erişimi: Bir Adalete Erişim Meselesi Olarak Adli Yardım', (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2022) 67,68; Akkan (n 71) 50.

74 Akkan (n 71) 55; İbrahim Barış Sayar, 'Adalet Erişim Hakkı Bağlamında Yargı Harçları' (Yüksek Lisans Tezi) Gazi Üniversitesi 2018 170.

75 Budak ve Karaaslan (n 6) 12, kn. 21-23; Ramazan Arslan ve diğerleri, *Medeni Usul Hukuku*, (8. Baskı Yetkin 2022) 151; Pınar Çiftçi, 'Medeni Yargılama Hukuku Açısından Hak Arama Özgürlüğünün (Anayasa m.36) Sınırlandırılması Sorunu', 2016, 12 (34) 361, 373.

76 Emel Hanağası (n 37) 37; Budak ve Karaaslan (n 6) 74, kn 6; Arslan ve diğerleri (n 75) 158; Tanrıver (n 5) 412; Erdönmez (n 37) 854, 857.

77 Nesibe Kurt Konca, *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi* (1. baskı Adalet 2009) 23 vd; Budak ve Karaaslan (n 6) 74, kn. 5; Akkan (no 71) 41, 45, 56; Erdönmez (n 37) 854, 895; Aleniyetin kaldırılabilceği haller (AİHS m.6, AY m.141/1-2, HMK m.28/2) ve aleniyet ilkesine aykırılığın kural olarak nispi usuli bir kanun yolu sebebi olması (Erdönmez (n 37) 904) ve kamu düzenine ilişkin olmayan bir durumda açık beyanla aleniyetten feragat imkanı (*Hakansson ve Stureson/ İsveç*, Başvuru No: 11855/85 21.02.1990, para 66) da dikkate alındığında kanun koyucunun burada bir manevra imkanı olduğu söylenebilir. Hakan Hasırcı, 'Medeni Usul Hukukunda Yapay Zeka' iç Erdem Büyüksağış (ed) *Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka*, (Onikilevha 2022), 399, 427.

78 Meriç ve Arslanpınar Tat (no 55) 211.

salonu yoktur. Burada da ilgililerin duruşmayı sanal ortamda izlemeleri mümkün kılınmalıdır. Aleniyet ilkesinin zedeleneceğini ileri sürerek bu kadar hızla gelişen teknoloji karşısında hem taraf hem hâkim için daha faydalı olacağı açık olan bir sistemden vazgeçmek ne derece doğrudur? Daha da önemlisi böyle hızla gelişen teknolojinin yargıyı etkilemesine ne kadar karşı koyulabilir⁷⁹? Çevrimiçi uyuşmazlık çözümünde son adım olarak mahkeme yargılaması tercih edilir ise aleniyet ilkesine uygun yargılama yapılması için, duruşmaların canlı olarak izlenebileceği internet sitelerinin kurulması önerilebilir⁸⁰. Aleniyetin ortadan kaldırılması ise fiziki yargılamada olduğu gibi sanal yargılamada da imkân dahilinde olmalıdır. Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu'nun 2020 yılında yayınladığı Yargısal Süreçlerde Videokonferans Uygulamalarına İlişkin Rehber'in (Guidelines on Videoconferencing in Judicial Proceedings) 12. maddesinde de mahkemenin, kamuya açık davalar için kapsamlı bir prosedür oluşturarak uzaktan duruşmanın kamuya açık niteliğini korumasının gerekli olduğu ve halkın gerçek zamanlı olarak uzaktan duruşmaya katılmasına izin verilerek veya kayıtların mahkemenin internet sitesine yüklenerek uzaktan duruşmanın tanıtımının sağlanabileceği düzenlenmiştir⁸¹. Bu açıdan aleniyet ilkesinin yerini "sanal aleniyet" ilkesinin alacağını söylemek yanlış olmaz⁸². Ancak bu ilkenin zedeleneceğinin ileri sürüldüğü herhangi bir durumda veya tarafların talep ettiği durumlarda hâkim fiziki ortamda duruşma yapılmasına karar vermelidir⁸³.

Doğrudanlık ilkesi ise davanın açılmasından hüküm verilinceye kadar ki bütün delil toplama evrelerinin, kararı verecek olan hâkim veya hâkimlerin denetiminde ve gözetiminde gerçekleşmesinden sonra bu şekilde elde edilen delillerin araya fazla zaman girmeden değerlendirilerek, içlerinden adil bir hüküm tesisine doğrudan doğruya katkı sağlayacak olanların mahkeme tarafından seçilmesini konu alan bir usul hukuku ilkesidir⁸⁴. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, ilke bakımından en önemli nokta hâkimin delillerle doğrudan muhattap olmasıdır⁸⁵. Bunun içine örneğin taraf beyanları, tanık beyanları da dahildir. Yazılı delillerin mahkemeye sunulması noktasında çevrimiçi uyuşmazlık çözümünde bir farklılık söz konusu değildir. Ancak bizzat duruşma sırasında paylaşım yapılması, yargılamaya katılanların dinlenmesi bakımından doğrudanlık ilkesinin zedelenebileceği iddia edilebilir⁸⁶. Çünkü herkesin farklı bir noktadan çevrimiçi olarak katıldığı

79 Teknolojik ilerlemelerden, adalete erişimin temel ilkelerini zedelemeyecek şekilde azami ölçüde yararlanılması medeni usul hukukunun güncel ödevleri arasında yer almaktadır, Emre Kıyak, 'Büyük Veri Ve Yapay Zeka Teknolojileri İle Adım Adım Zeki UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru' 2020, 22 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 79, 81.

80 Meriç/Arslanpınar Tat (n 55) 212; bkz. ayrıca CEPEJ Yargısal Süreçlerde Videokonferans Uygulamalarına İlişkin Rehber m.12'de de aleniyetin sağlanması için halkın eşzamanlı uzaktan izleyebileceği ya da daha sonra mahkemenin sitesine duruşmaların yüklenebileceği belirtilmiş; ama bunun dışında mahkeme tarafından izin verilmediği sürece kayıt ve yayın yasağının devam edeceği belirtilmiştir. İngiltere'de yüksek mahkemede yapılan duruşmaların izlenmesi için oluşturulan web sitesi için bkz. <https://www.supremecourt.uk/live/court-01.html> (Erişim Tarihi: 13/05/2023).

81 <https://rm.coe.int/cepej-2021-4-guidelines-video-conference-en/1680a2c2f4> (Erişim Tarihi:20/01/2022).

82 CEPEJ Yargısal Süreçlerde Videokonferans Uygulamalarına İlişkin Rehber'in 42 ve 47. maddeleri arasında online güvenliğin nasıl sağlanacağı; 35 ve 38 . maddeleri arasında ise katılımcıların çevrimiçi sürece dahil olurken ve süreç devam ederken dikkat etmeleri gereken kurallar açıklanmıştır, (Erişim Tarihi: 13/05/2023); bkz. ayrıca Meriç ve Arslanpınar Tat (n 55) 212.

83 Meriç ve Arslanpınar Tat (n 55) 214.

84 Arslan (n 55) 5, 6; Budak ve Karaaslan (n 6) 80 kn. 23, kn. 25; Erdönmez (n 37) 836.

85 Meriç/Arslanpınar Tat (n 55) 222; Arslan ve diğerleri (n 75) 169.

86 Karaosmanoğlu (n 55) 74; Meriç/Arslanpınar Tat (n 55) 204-205; Aziz Serkan Arslan, 'Doğrudanlık İlkesi', 2014, 4 (2) SDÜHFD, 133, 134.

duruşmada teknik aksaklıkların ortaya çıkması ya da katılanların beyanlarına üçüncü kişilerin etki etme ihtimali gibi endişeler söz konusudur⁸⁷. Fakat gözden kaçırılmamalıdır ki doğrudanlık ilkesinin, fiziki yargılamalarda tam olarak sağlandığı da söylenemez. Delil tespiti (HMK m. 400), istinabe (HMK m. 197), tanığa soru kağıdı gönderilmesi (HMK m. 246), istinafaşamasında tahkikat (HMK m. 354), hâkim değişikliği gibi hallerde de ilkenin zedelendiği haller karşımıza çıkar⁸⁸. Örneğin, Türk hukuku bakımından yargılamaya katılan kişinin (taraf ya da üçüncü kişi) TMK m. 149 uyarınca ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmesinin istinabe ile dinlenmesine oranla doğrudanlık ilkesine daha çok hizmet edeceği de aşıkardır⁸⁹. Bahsedilen çevrimiçi uyumsuzluk çözüm usullerinde ise süreç ya yazılı olarak ilerlemekte ya da görüşmeler ve duruşmalar çeşitli iletişim araçları kullanılarak gerçekleştirilmektedir, bu konuda katı bir sınırlama söz konusu değildir. Kanımızca yeterli altyapının oluşturulması halinde genel bir ilke olarak kabul edilmese de belli dava ve işler bakımından özellikle de çok aşamalı bir uyumsuzluk çözüm usulü benimsenirse, katılımcıların tamamının uzaktan katıldığı çevrimiçi duruşmaların mümkün kılınması yerinde olur.

II. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA YAPAY ZEKA

A. YAPAY ZEKANIN TANIMI VE TÜRLERİ

1. Genel Olarak

Yapay zekâ, kavramsal olarak ilk kez 1956 yılında John McCarthy tarafından insanların doğal olarak sahip olduğu problem çözme yetisine sahip olan makine olarak tanımlanmıştır⁹⁰. Yapay zekanın bir çok farklı tanımı olmakla birlikte en yalın haliyle yapay zeka, bir bilgisayarın uyarlanabilir karar verme dahil olmak üzere genellikle insan bilişini gerektiren görevleri gerçekleştirmesine izin veren geniş bir teknoloji sınıfını ifade eder⁹¹. Yapay zeka, doğal sistemlerin yaptığı her türlü bilişsel etkinliği yapay sisteme daha yüksek başarı oranıyla yaptırabilen bir teknolojidir⁹². Bu açıklamalardan hareketle yapay zekanın insanın düşünerek yapabildiği her işi yapabildiği ne var ki insanın varoluşsal olarak düşünmeden yaptığı işlerde henüz insanı yakalayamadığı anlaşılmaktadır⁹³.

87 Bu tür endişelerin giderilmesi bakımından teknolojinin ilerlemesi ile paralel olarak online duruşma sistemlerindeki gelişmeler (sadece zoom, teams gibi uygulamalar değil holografik katılımın da mümkün olması gibi) önem arz etmektedir. Bunun yanında, CEPEJ'in (European Commission for the Efficiency of Justice – Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu) hazırlanmış olduğu gibi (Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings – Yargısal Süreçlerde Videokonferans Görüşmelerine İlişkin Rehber) konuya ilişkin rehber çalışmaları da bulunmaktadır. Rehberde örneğin bkz. aleniyet ve kayıt yasağına ilişkin m.12-13; etkili katılıma ilişkin m.23-26; tarafların online süreç hakkında aydınlatılmasına ilişkin m.35-41; teknik standartlar ve teknik desteğe ilişkin m.48-54 <https://rm.coe.int/cepej-2021-4-guidelines-videoconference-en/1680a2c2f4> (Erişim Tarihi: 13/05/2023).

88 Arslan (n 86) 138-139; Budak ve Karaaslan (n 6) 81, kn. 24; Erdönmez (n 37) 839.

89 Arslan ve diğerleri (n 75) 170; Meriç/Arslanpınar Tat (n 55) 224; Elektronik ortamda duruşmanın yapılması ve delillerin toplanması doğrudanlık ilkesinin sanal ortamda uygulanması olarak nitelendirilebilir ve burada “sanal doğrudanlık” ilkesinden bahsedilebilir. Meriç/Arslanpınar Tat (n 55) 204 dn. 70.

90 Oğuz Gökhan Yılmaz, ‘Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?’ 2021, Adalet Dergisi 66, 379, 381, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/62377/940417> (Erişim Tarihi 17/01/2023).

91 Pawan Budhwar ve diğerleri, ‘artificial intelligence – challenges and opportunities for international HRM: review and research agenda’ 2022, 33 (6) The International Journal Of Human Resource Management, 1064, 1066.

92 Cem Say, *50 Soruda Yapay Zeka* (Bilim ve Gelecek Kitaplığı 2018) 83.

93 Buse Dişel, ‘Medeni Yargıda Yapay Zeka Ve Yenilikçi Yöntemlerle Uygulamalar’ iç Muhammet Özkes (ed), *Dijital Çağda*

Makineler hala katı kurallara dayalı muhakeme yerine imgeler kullanarak, insan zihninin gerçekte düşündüğü yolu taklit edemeyen mantık kuralları tarafından çalıştırılmaktadır⁹⁴. Hubert Dreyfus sorunu şu şekilde tanımlamıştır: İnsanlar küçük bir kutunun büyük bir kutunun üzerine yaslandığında büyük kutu kaldırılırsa ne olacağını hayal edebilirler, ancak bir programın insanın ulaştığı sonuca ulaşması için programa kutuların boyutları, ağırlıkları ve sürtünme katsayıları gibi bilgilerin bir listesi ve bunlar hakkında bilgi verilmelidir⁹⁵. Bu örnekten anlaşılması gereken, yapay zekanın başarılı olup olmadığının insanın yapabileceklerini yapıp yapamadığına göre belirlenmesidir. Diğer bir ifadeyle insan zekasını, yapay zekanın ne yaptığının ölçüsü olarak tanımlamak yanlış olmaz⁹⁶.

2. Kapalı Sistem Yapay Zeka

Yapay zekanın öğrenmesi bakımından kabaca iki tür sistemin olduğu görülmektedir: Kapalı kural sistemleri (kapalı sistem yapay zeka) ve makine öğrenimi sistemleri (kendi kendine öğrenen yapay zeka). “Uzman sistemler” veya “bilgiye dayalı sistemler” olarak da bilinen kapalı kurallı sistemler, bir insan programcı tarafından önceden belirlenmiş sabit bir dizi kurala göre çalışır⁹⁷. Bunun aksine, makine öğrenimi sistemleri, uyarlanabilir şekilde verilerden kendi kendine öğrenir ve hedefine ulaşmak için en uygun modellemeyi bulmayı dener⁹⁸. Kapalı sistem yapay zeka sistemleri bakımından en temel sorun, bu sisteme bilgileri kimin yükleyeceğidir. Yapay zekanın yargılamada kullanılmasında bu bilgileri yükleyen kişinin objektif olup olmadığı ve bunun denetiminin ne şekilde yapılacağı sorunu karşımıza çıkar. Veriler doğru olsa bile, yapay zekayı eğiten kişi, sisteme kendi önyargılarını aşılayabilir⁹⁹. Örneğin hâkimlerin karar vermesine yardımcı bir yapay zeka, ırklara göre yeniden suç işleme olasılığının diğerlerinden daha yüksek olduğunu yanlışlıkla tahmin ederse, önyargılı bir ceza adalet sistemi ortaya çıkmış olacaktır¹⁰⁰. Veri girme görevinin özel şirketler bakımından gerçekleştirilmesi durumunda ise o şirketlerin dolaylı olarak yargıya etki etmeleri sonucu ortaya çıkar. Kanımızca kapalı sistem yapay zekanın yargılamada kullanılacağı durumlarda

Medeni Yargı (Adalet 2022), 245, 246.

94 Zoe Niesel, ‘Machine Learning And The New Civil Procedure’, 2020, 73 (3) 492, 524, <https://scholar.smu.edu/smulr/vol73/iss3/8/> (Erişim Tarihi 15/01/2023).

95 Hubert Dreyfus and Stuart Dreyfus, ‘Why Computers May Never Think Like People’, in *Readings In The Philosophy Of Technology* 375, 382 (David M. Kaplan 2009) naklen Nielsen (n 64).

96 Dory Reiling, ‘Courts And Artificial Intelligence’, *International Journal For Court Administration*, 2020, 11 (2) <https://iacajournal.org/articles/10.36745/ijca.343#2-artificial-intelligence>, 1,2 (Erişim Tarihi 15/01/2023).

97 Amy Goudge, ‘Administrative Law Artificial Intelligence And Procedural Rights’ 2021, 42 *Windsor Review of Legal and Social Issues*, 17, 24.

98 Goudge (n 97) 24.

99 Iria Giuffrida, Fredric Lederer and Nicolas Vermerys, ‘A Legal Perspective On The Trials And Tribulations Of AI: How Artificial Intelligence, The Internet Of Things, Smart Contracts And Other Technologies Will Affect The Law’ 2018, 68 (3) *Case Western Reserve Law Review*, 746, 754. Yapay zekanın, önyargılara dayanan veriler üzerinde eğitildiği takdirde geliştiricilerinin önyargılarını taşıma riskini ortaya çıkaracağına ilişkin bkz. İlay Yılmaz, Can Sözer ve Ecem Elver, ‘Yapay Zeka ile ilgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği Ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme’ 2021 66, *Adalet Dergisi*, 445, 449.

100 Giuffrida, Lederer and Vermerys (n 99) 754. Microsoft’un 2016 yılında piyasaya sürdüğü Tay isimli yapay zeka robotunun hizmetin başlamasından yalnızca 16 saat sonra ırkçı söylemlerde bulunmasına ilişkin bkz. <https://spectrum.ieee.org/in-2016-microsofts-racist-chatbot-revealed-the-dangers-of-online-conversation#toggle-gdpr> (Erişim Tarihi 16/01/2023).

sisteme bilgiler devlet görevlileri eliyle yüklenmelidir ve algoritmanın da devletin bu işi için kurulan yetkili kurumları tarafından denetlenmesi gerekir.

3. Kendi Kendine Öğrenen Yapay Zeka

Kendi kendine öğrenen yapay zekayı anlamak için makine öğrenmesi ve derin öğrenme kavramlarına bakmak gerekir. Makine öğrenimi sistemleri, hedefine ulaşmak amacıyla en uygun modellemeyi bulmak için verilerden ve deneyimlerden uyarlamalı olarak kendi kendine öğrenen sistemdir¹⁰¹. Bu, günümüzde yapay zekanın çoğunu oluşturan makine öğrenimi sistemlerinin, otonom olarak oluşturulan ve manipüle edilen işletim kurallarını takip ettiği anlamına gelir. Makine öğrenmesi, insanların öğrenme şekillerini taklit etmek için veri ve algoritmaların kullanımına odaklanıp doğruluğunu kademeli olarak artıran bir yapay zeka ve bilgisayar bilimi dalıdır¹⁰². Makine öğrenimi veya makine öğrenmesi, bilgisayarların algılayıcı verisi ya da veri tabanları gibi veri türlerine dayalı öğrenimini olanaklı kılan algoritmaların tasarım ve geliştirme süreçlerini konu edinen bir bilim dalıdır. Makine öğrenimi, verileri ayrıştırmak, bu verilerden öğrenmek ve öğrendiklerine dayanarak bilinçli kararlar vermek için algoritmalar kullanır.

Derin öğrenme ise, öğrenebilen ve kendi başına isabetli kararlar verebilen bir yapay sinir ağı oluşturmak için algoritmaları katmanlar halinde yapılandırır¹⁰³. Derin öğrenme, makine öğreniminin bir alt kümesidir. Derin öğrenmeye yapay zekanın insan gibi düşündüğü öğrenme de denilebilir. Derin öğrenme, sürücüsüz arabaların arkasında dur işaretini tanımalarını veya bir yayayı elektrik direğinden ayırt etmelerini sağlayan kilit bir teknolojidir. Ne var ki bu teknoloji tıp, mühendislik alanında başarıyla kullanılıyorken sosyal bilimlerde ve hukukta kullanımına mesafeli yaklaşılmaktadır. Bunun nedenleri olarak yapay zekanın derin öğrenme ile kısa sürede önyargıları da öğrenmesi¹⁰⁴, insanın öğreneceğinden çok daha kısa sürede ve hiçbir deneyime dayanmadan sonuca nasıl vardığının anlaşılabilmesi nedeniyle güvenilir olmaması; hukukun üstünlüğüne, evrensel temel insan haklarına ve etik ilkelere riayet edecek şekilde yapay zekanın kodlanması ve öğretilmesinde insan müdahalesinin kaçınılmaz olması ve derin öğrenmenin yapıldığı datanın da güvenilir olmayabileceği, “doğru” eğitimle doğru datanın seçiminin yapay zeka tarafından nasıl yapılacağına belirlenememesi gösterilebilir¹⁰⁵. Çağdaş yapay zeka sistemlerinden bazılarının, özellikle makine öğrenimine dayalı olanların ne şekilde çalıştıkları, belirli bir kararın neden alındığına dair açıklamaları karmaşıktır ve şeffaf değildir¹⁰⁶. Her ne kadar derin öğrenmenin metodolojisi üzerinde çalışılırsa de bunun

101 Goudge (n 97) 24.

102 <https://www.ibm.com/tr-tr/cloud/learn/machine-learning> (Erişim Tarihi 17/01/2023).

103 Giuffrida, Lederer and Vermerys (n 99) 755.

104 Julia Angwin, Jeff Larson, Surya Mattu and Lourn Kirchner, ‘Machine Bias’ 2016, https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing#disqus_thread (Erişim Tarihi: 10/05/2023).

105 Hikmet Bilgin, ‘Yapay Zekanın Mahkeme Kararlarına Kullanımına Uluslararası Bir Bakış Ve Robot Hâkimler Hakkında Düşünceler’, 2022, 13 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 405, 412; Jana Soukupová, ‘AI-Based Legal Technology: A Critical Assessment Of The Current Use Of Artificial Intelligence In Legal Practice’ 2021, 15 (2), Masaryk University Journal of Law and Technology, <https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/14504>, 279, 283 (Erişim Tarihi 17/01/2023).

106 Maria Dymitruk, ‘Right To A Fair Trial In Automated Civil Proceedings’, 2019, 13 (1), Masark University Journal Of

çok uzun bir süreç olduğu ve makine veya yazılımda meydana gelen ufak bir hasarın devasa ve geri dönülemez sonuçlara yol açacağı ifade edilmelidir.

4. Nesnelerin/Şeylerin İnterneti (Internet of Things)

Nesnelerin interneti, pek çok elektronik cihazın birbirleriyle iletişim kurarak veri paylaşımlarını ifade eder. Diğer bir deyişle nesnelerin interneti, nesnelerin insan müdahalesi olmadan birbirleriyle iletişim kurması ve veri alışverişi yapımlarıyla ilgilidir. Daha spesifik olarak, internet kullanılarak demirbaşlar ve mutfak aletleri gibi nesnelere ve cihazlara bilgi gönderilmesine ve bunlar tarafından alınmasına izin veren ağ oluşturma yeteneği anlamına gelir¹⁰⁷. Örneğin, nesnelerin interneti teknolojisini kullanan buzdolabına sahip bir kimse, marketteyken evde süt olup olmadığını telefonundan buzdolabına bağlanarak görüntüleme imkânına sahiptir. Hukukta nesnelerin interneti ise, akıllı telefonlar, bilgisayarlar gibi kullanıcı verilerini toplayabilen internet bağlantılı cihazlarla ilgilidir¹⁰⁸. Söz konusu teknolojinin kullanıldığı alanlarda örneğin bir aracın kaza geçirmesi durumunda zararın hesaplanması için hasar verileri uyumsuzluk çözüm merkezine doğrudan gönderilecek ve zararın hesaplanması süreci kısılacaktır. Burada en temel sorun güvenlidir¹⁰⁹. Çünkü nesnelerin interneti yazılımdan veri toplar ve yazılım da sisteme izinsiz erişim elde edebilir (hacklenebilir) ve tüm şahsi bilgilerimize ulaşabilir. Verilerimizi toplayan web siteleriyle ilgili birçok yasal sorunun yanı sıra ayrıca bulutta sürekli bilgi toplanması sebebiyle depolama alanının devamlı büyütülmesi de maddi açıdan zorlayıcıdır. Burada, bu cihazların ve onları yaratan şirketlerin kendimizle ilgili ne kadar bilgi sahibi olmasını istediğimizi ve bunun sorumluluğunun kimde olduğunu düşündüğümüzde bunun sınırlandırılması gerektiği açıktır¹¹⁰.

5. Doğal Dil İşleme (Natural Language Processing)

Doğal dil işleme yapay zekanın bir koludur ve bilgisayarların, insan dilini kavramasını, üretmesini ve idare etmesini sağlar. İnsanlar ve makineler, kodlar ve numaralardan oluşan programlama dilleriyle iletişim kurarlar. Doğal dil işleme, bu geleneksel yöntemi değiştirerek bilgisayarların insanları daha konuşurken anlayabilmelerine hizmet eder¹¹¹. Doğal dil işleme uygulamalarının en somut örneklerinden birisi, metnin bilgisayar yazılımı tarafından otomatik çevrilmesini sağlayan makine tercümesidir. Buna en tipik örnek Google'un tercüme uygulaması (google translate)dir. Bununla birlikte doğal dil işleme, sohbet robotları (chatbot), çağrı merkezlerindeki otomatik soru yanıtlama, yazım denetleyicileri gibi

Law And Technology, 27, 39, 40. Yazar, yapay zeka sistemlerinin şeffaf olmamasının ve eylemlerini açıklayamamalarının çözümü, olarak "açıklanabilir yapay zeka" (XAI) kavramını sunmaktadır.

107 Giuffrida, Lederer and Vermerys (n 99) 756.

108 Spyros G. Tzafestas, 'Ethics And Law In The Internet Of Things World', 2018, 1, Smart Cities, <https://www.mdpi.com/2624-6511/1/1/6>, 98, 100 (Erişim Tarihi: 10/05/2023).

109 ibid 106, Avrupa Birliği'nin nesnelerin interneti için getirdiği güvenlik çözümleri için bkz <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/secure-internet-things> (Erişim Tarihi: 10/05/2023).

110 Bu konudaki tehlike için bkz <https://www.infoworld.com/article/3176673/your-smart-fridge-may-kill-you-the-dark-side-of-iot.html> (Erişim Tarihi 16/01/2023), Nick Bostrom and Eliezer Yudkowsky, 'The Ethics of Artificial Intelligence' in William Ramsey and Keith Frankish (eds), *Draft for Cambridge Handbook of Artificial Intelligence* (Cambridge 2011) 2.

111 Yılmaz (n 90) 384; Makina öğreniminde kullanıldığı doğal dil işleme tekniklerinde amaç, makina işlemesi ile insan dillerinin anlaşılması ve yorumlanmasıdır. Doğal dil işleme, konuşmaların tanınıp işlenmesi, dil tercümesi, özetleme, soruların cevaplandırılması, konuşma üretimi ve arama uygulamaları gibi çeşitli alanlarda kullanılır. Ali Semih Çamkerten, 'Hukuk Analitiği', 2023, 6 (1) NEÜHFD 234, 247, 252.

her gün kullandığımız birçok aracı geliştirmek için perde arkasında çalışır. Doğal dil işleme, makine öğrenimi algoritmalarıyla birleştirildiğinde, görevleri kendi başına gerçekleştirmeyi öğrenen ve deneyim yoluyla daha iyi hale gelen sistemler oluşturur. Doğal dil işleme kullanılmazsa kelimelerin ve cümle yapılarının tüm varyasyonlarının tek tek programlanması gerekirdi ki bu neredeyse imkânsızdır¹¹².

Doğal dil işleme, yargıda yapay zekanın kullanılması bakımından önemlidir. Örneğin IBM'nin Watson¹¹³ adını verdiği yapay zeka uygulaması, bir dakikada bir milyon sayfa okuyup analiz edebilmektedir. Doğal dil işlemenin hukukta hukuki belgeleri sınıflandırma, değişiklikleri takip etme, hukuki terimleri açıklama ve mevzuattaki hükümlerin temel unsurlarını listeleme, hukuki veri analizi ve karar tahminlerinde kullanıldığını görmekteyiz¹¹⁴. Bu tür görevler için doğal dil işleme araçlarının kullanılması, daha fazla kapsama alanı sağlarken maliyetlerin düşmesine, iş yükünün azalmasına ve zamandan tasarruf etmeye yardımcı olur. Örneğin, Türk Hukuku bakımından doğal dil işleme yöntemi kullanılarak yapay zeka sistemlerinin geliştirilmesi için veri havuzunun genişletilmesi yani yargı kararlarının tamamının anonim olarak erişime açılması ve elbette Türkçe dili üzerinden bir çalışma yapılmalıdır¹¹⁵. Fakat bu yapılırken, yapay zekanın doğal dil işlemede neden-sonuç ilişkisi kuracak noktaya gelmediği gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle, hukuk metnindeki anlamsal örtülü içerik nedeniyle doğal dil işleme sınırlı kalır. Bu noktada hukuk metninin yazıldığı dil, o dildeki hukuk terimleri gibi hususların ne şekilde ifade edileceğine dair sorunlar karşımıza çıkabilir¹¹⁶. Hukuk metnindeki anlamsal örtülü içerik nedeniyle doğal dil işleme sınırlı kalır. Örneğin, TMK m.1'de düzenlenen kanunun sözüyle ve özüyle değiştiği her konuda uygulanmasına ilişkin kural uyarınca kanunun özünü tespit etmek ve somut uyuşmazlığa göre yorumlamak noktasında doğal dil işleme henüz sonuç vermez, insan tecrübe ve yorum kapasitesine hala ihtiyaç söz konusudur¹¹⁷.

B. YAPAY ZEKANIN HUKUKTA KULLANIMI

1. Hâkim Yapay Zeka

a. Genel Olarak

Günümüzde yapay zeka hâkim, yapay zekaya sahip yazılımların gerçek hâkimlerin yerine geçerek karar vermesi olarak ifade edilmektedir¹¹⁸. Dünyada yapay zekanın yargıdaki kullanımına baktığımızda, Çin'deki örnek dışında¹¹⁹ yapay zekanın doğrudan karar verici olduğu bir örnek

112 Yılmaz (n 90) 384.

113 <https://www.ibm.com/tr-tr/watson> (Erişim Tarihi 17/01/2023). Watson'ın siber saldırıları önlemek üzere dizayn edilmiş özel bir versiyonu, bilgisayar sisteminde kötüniteli ve şüpheli işlemleri tespit etmek suretiyle şirketlere yapılan büyük saldırıları engelleyebilmiştir, <https://www.wired.co.uk/article/ibm-watson-artificial-intelligence> (Erişim Tarihi /01/2023).

114 Örnekler için bkz. Tülay Turan, Nazan Kemaloğlu, ve Ecir Uğur Küçüksille, 'Hukuk'ta Yapay Zeka: Çalışmalar ve Gelecek Öngörülere', 2020, 11 (2), Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, 246, 247-249.

115 ibid 254.

116 Doğal dil işleme ve dolayısıyla yapay zekanın diğer alanlara nazaran yargıda kullanımının istenen düzeyde olmadığına ilişkin bkz. Dişel (n 93) 248.

117 Hasırcı (n 77) 420-421.

118 Dişel (n 93) 257; Bilgin (n 105) 411.

119 Bkz iç I – B – 2 – a.

yoktur. Yapay zekanın, bir karar taslağı hazırlama aracı olduğunda bir hata yapması ile bir hâkim olarak kullanıldığı durumda hata yapmasının sonuçları da elbette farklı olacaktır¹²⁰. Kaldı ki yapay zekanın henüz hâkime yardımcı yapay zeka düzeyine bile ulaşmadığı ve yakın bir gelecekte de bunun imkânli görülmediği ifade edilmelidir¹²¹.

Öte yandan İsrail’de 2011 yılında yapılan hâkimlerin kararlarını neyin etkilediğine dair bir araştırma, insan-yargıçların kararlarındaki adalet tartışmalarını gündeme getirmiştir¹²². Çalışmaya göre örneğin, hâkimler aç olduklarında çok daha sert kararlar vermektedirler. “Hungry Judge Effect” olarak adlandırılan bu çalışma, yapay zekanın hâkim olduğu durumda kasıtlı veya tesadüfi tüm insani önyargılarını ortadan kalkacağı ve herkesin yasalar önünde eşit olmasını sağlayabileceği düşüncesine yol açmıştır¹²³.

b. Uygulama Örneği Olarak Çin İnternet Mahkemesi

Çin Halk Cumhuriyeti’nde 2017 yılında Doğu’daki Hangzhou şehrinde kurulmuş olan ilk internet mahkemesinde¹²⁴, dünyada ilk kez bir yapay zeka hâkim ile sürecin tamamının yürütüldüğü görülmektedir. 2019 yılında Mart ve Ekim ayları arasında kullanıcıların 1 milyondan fazla dava için bu sistemi kullandıkları tespit edilmiştir. Blok zincir teknolojisinin kullanıldığı mahkemede 15 Ağustos 2022 itibariyle 81.443 dava sonuçlandırılmıştır¹²⁵. Bu mahkemedeki duruşmada kişiler videolu mesajlaşma programlarını kullanarak yapay zeka hâkim ile iletişim kurabilmektedirler¹²⁶. Bu sistemin en olumlu yönleri yargılama giderleri bakımından ciddi bir tasarruf sağlaması ve hâkimin bir ay içinde karar vermesi nedeniyle iş yükünün büyük ölçüde azalması, yargılamanın hızlı ve etkin yapılması olarak gösterilmektedir¹²⁷. Çevrimiçi mahkemenin olumsuz yönleri ise çalışmada değinilecek olan¹²⁸ kararı veren robotun insan olmaması nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunlar olarak ifade edilebilir.

c. Avantajları

Yapay zekanın hâkim olarak kullanılmasının birtakım avantaj ve dezavantajları olacaktır. Erdoğan, yapay zekaya dayalı dijital sistemlerin bilgisayar korsanlarına karşı savunmasızlığı ve bu sistemlerin dijital suçlulara ve dışarıdan gelecek müdahalelere karşı yeterince korunması için

120 Soukupová (n 105) 281.

121 Dişel (n 93) 257; Bilgin (n 105) 407, 411; Hasırcı (n 77) 399.

122 Shai Danzinger, Jonathan Levav and Liora Avnaim-Pesso, ‘Extraneous Factors in Judicial Decisions’ 2011, 108 (17), Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, <https://www.pnas.org/doi/pdf/10.1073/pnas.101.803.3108>, 6889, 6891 (Erişim Tarihi 17/01/2023). Bu araştırmanın yapay zekanın hukuktaki kullanımını özendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Konstantin Chatziathanasiou, ‘Beware the Lure of Narratives: “Hungry Judges” Should Not Motivate the Use of “Artificial Intelligence” in Law 2022, 23 (4) German Law Journal, 452-464.

123 Soukupová (n 105) 293.

124 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.lexisnexis.ca/en-ca/ihc/2020-02/robot-justice-chinas-use-of-internet-courts.page> (Erişim Tarihi 10/01/2023).

125 http://www.ezhejiang.gov.cn/2022-08/23/c_804705.htm (Erişim Tarihi 10/01/2023).

126 Hangzhou’daki robot judge uygulaması için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=yuUN6VfWF-Q> (Erişim Tarihi 10/01/2023).

127 <https://www.lexisnexis.ca> (n 2) (Erişim Tarihi 10/01/2023).

128 II-B-1-d.

sürekli güncellemelerin yapılacağı önleyici ve etkili sistemlerin kurulmasının gerekliliği üzerinde durmuştur¹²⁹. Aynı yazar, yapay zeka tabanlı karar verilmesinin, yapay zekanın objektif ve güvenilir olması ve bölgesel farklılıkları ortadan kaldırması nedeniyle meşru beklentileri korurken yargı sistemine güven oluşturmaya yardımcı olabilecek tutarlı bir içtihat oluşmasını sağlayabileceğini de ifade etmiştir¹³⁰. Diğer bir ifadeyle yapay zekanın hâkim olarak kullanılması, benzer davalarda birbiriyle uyumlu kararların verilmesi ve aynı durumdaki bireylerin, farklı hâkimler tarafından farklı cezalar almasının veya aynı durumda olan iki kişiden birinin davayı kazanması diğerinin ise kaybetmesi sebebiyle doğacak çelişkili hükümlerin önlenmesine de yardımcı olacaktır¹³¹.

Yapay zekanın belli konularda yargılama yapıp karar verdiği, gerçek kişi hâkimin ise kanun yolu aşamasında devreye girdiği iş yükünün azaltılmasını sağlayacak bir sistem de akla gelebilir¹³². Yapay zekanın karar verdiği davalarda hâkimin şahsi kanaati devre dışı kalır ve benzer davalarda benzer kararlar verilerek içtihat birliğini de sağlanmış olur. Ne var ki uyumsuzluk ne kadar karmaşık olursa, vakıaların yapay zeka tarafından çözülmesi o kadar imkânsız hale gelir¹³³. Bunun nedeni tarafların durumlarını bir yapay zekaya sunmaya istekli olmayacaklarından ziyade yapay zekanın teknik anlamda çatışmayı çözmesinin zor olacağıdır¹³⁴. Diğer bir deyişle karmaşık vakıalara sahip bir uyumsuzlukta, çekişmeli vakıaların tespiti ve bu vakıalara ilişkin delillerin, toplanması ve özellikle değerlendirilmesi (HMK m. 198) noktasında yapay zeka en azından henüz yetersizdir. Kanaatimizce, önermenin tam aksine derece mahkemesinde en azından tahkikat ve hüküm aşamasında gerçek kişi hâkimlere hala ihtiyaç varken, örneğin temel işlevi hukuka uygunluk denetimi ve hukukun yeknesak uygulanması olan ve derece mahkemelerine nazaran daha teknik ve mekanik bir inceleme yapılan temyiz aşamasında, doğal dil işleme yöntemleri de kullanılarak daha hızlı ve tutarlı kararlara ulaşılabilir.

d. Dezavantajları

Yapay zeka hâkimin dezavantajlarına baktığımızda ilk olarak yapay zekanın kültürel, sosyal ve ekonomik koşullara ve değişikliklere, ilgili hukuk dalında benimsenen ilkelere göre kararlarını nasıl uyarlayacağı akla gelir. Örneğin, mevzuatımıza ya da yargı içtihatlarımıza baktığımızda kamu düzenine atf yapılan pek çok hüküm ve karara rastlarız¹³⁵. Kamu düzeninin anlamı ve kapsamı

129 Gökhan Erdoğan, 'Yapay Zekâ Ve Hukukuna Genel Bir Bakış' 2021, 66, Adalet Dergisi, 117, 147.

130 Erdoğan (n 129) 150.

131 Bilgin (n 105) 412.

132 Daha İyi Yargı Derneği 2020 yılında yayınladığı "Daha İyi Yargı İçin Yapay Zeka Vizyonuna ve Özeleştiriyeye Çağrı" isimli raporunda yargının, görevini daha iyi yapabilmek ve yıllardan beri birikmiş olan iş yükünün eritilmesi için yapay zekâ geliştirmeye muhtaç olduğunu ifade etmiştir. Raporda ayrıca hukuk yapay zekasının, birikmiş sorunları çözmenin bir kurtuluş yolu ve imkânı olmasının yanında, yargının uyumsuzluk çözümü temel işlevinin çağdaş bir gereği olduğu da belirtilmiştir. <https://www.dahaiyiyargi.org/raporlar-ve-politika-notlari/daha-iyi-yargi-icin-yapay-zeka-vizyonuna-ve-ozelestiriyeye-cagri/>, 8 (Erişim Tarihi 17/02/2023).

133 Erlis Themeli, 'AI as the Court: Assessing AI Deployment in Civil Cases' 2021, n K. Benyekhlef (ed), AI and Law, 213, 215, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3791553 (Erişim Tarihi 17/01/2023).

134 Themeli (n 133) 216.

135 Örneğin HMK m. 355 uyarınca istinaf incelemesinde kamu düzenine ilişkin istinaf sebepleri resen dikkate alınır. HMK m. 439'a göre hakem kararı kamu düzenine aykırı ise iptal edilir.

konusunda ise henüz bir ortak yaklaşım yoktur¹³⁶. Bu kavrama benzeyen ve zamana ve ilgili hukuk dalına göre içeriği değişen kavramlar karşımıza çıkmaktadır. Yine örneğin, ahlaka aykırılık (TBK m. 27) hukuki işlemin kesin hükümsüz olma sebebidir, ama ne ahlaka aykırıdır? Yine örneğin belli bir zaman diliminde zina suç iken şimdi sadece özel bir boşanma sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan hukuk kuralları yorumlanırken başlıca yöntemler olan tarihsel yorum, amaçsal yorum, lafzi yorum yanında belli hukuk dallarında temel alınan ilkeler ilgili kuralın yorumlanmasında dikkate alınmaktadır. Örneğin, medeni usul hukukunda kıyas yasak mıdır? Ceza hukukunda şüpheden sanık yararlanır. Bundan başka örneğin enflasyonun bu kadar kısa sürede bu kadar artması ve paranın değerinin düşmesi bir sözleşmenin uyarlanması (TBK m. 138) talebini haklı kılmaya yeterli midir? Aynı ekonomik ortamda aşırı yararlanma (TBK m. 28) iddiasında edimler arası dengesizliğin tespiti nasıl yapılacaktır? Yine örneğin, konkordato uygulamasında İİK m. 285'e göre geçici mühlet verilen bir tacire kesin mühlet verilecek midir? Bu soruya olumlu cevap verirsek bu mühlet 6 ay mı yoksa 1 yıl mı olacaktır? Konkordatoya ilişkin kapsamlı değişikliklerin yapıldığı 2018 yılında ekonomik ortam ve yoğun konkordato başvuruları varken bu soru nasıl cevaplanıyordu? İşletmelerin ekonomik olarak daha da zorlandığı bugün bu durum nasıl yorumlanıyor? Sözün özü yapay zekanın bu ortamı anlak algılaması ve somut duruma uygun karar vermesi henüz mümkün gözükmemektedir. Algoritmanın güncellenmesi, gerekli verilerin yüklenmesi, uygun sistemsel kodların yeniden yazılması ise oldukça uzun zaman alacaktır¹³⁷ ve masraflı olacaktır.

Yapay zeka, ulaşılabildiği mevcut içtihatlarla göre kararını kurgulayacaktır. Fakat bazı durumlarda, oluşan içtihat adil sonuca ulaştırmıyor ise içtihatın değiştirilmesi gerekir ve bunun için de yine insani müdahale şarttır¹³⁸. Kanımızca bunlardan daha da önemli olan husus, karar veren yapay zekanın kullandığı algoritmadır. Kişilerin düşüncelerine, deneyimlerine, inançlarına göre girdiği veriler dikkate alınarak programlanan yapay zeka hâkimin, insan hâkimden daha adil, ön yargısız ve tarafsız olması mümkün görünmemektedir¹³⁹.

136 Bkz. "klasik anlayışa göre maddi ve dış düzen olarak kamu düzeni, milli hayatın sürekliliği için gerekli olan asgari ve hayati temelin, yani toplumun asgari hayatiyetinin, belli bir siyasal ve sosyal hukuk düzeninin düzensizliklere karşı korunmasıdır; bireylerin umumi veya umuma açık yerlerde, güvenlik, dirlik ve esenlik ve sağlık içinde yaşamlarını sürdürmelerinin sağlanması ile korunur. Modern anlayışta ise bireyin biraz daha öne çıktığı görülmektedir. kamu düzeninin tanımında "genel ahlak", "kamusal estetik", "insan onuru" gibi bazı yeni unsurlara da yer vermiştir, Funda Çetindağ, Türk Anayasal Sisteminde Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması Bağlamında Kamu Düzeni (Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi 2004, 12, 14; Türk hukuk sözlüğünde kamu düzeni genel olarak, bir ülkedeki kurum ve kuralların, devletin güvenliğinin, kamu hizmetlerinin iyi işlenmesini, bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru ve toplumsal barışı, hukuk ve ahlak kurallarına uygunluk ile sağlayan düzen şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. TC Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr; www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 14/05/2023). Örneğin, istinaf gerekçesi olarak resen dikkate alınabilecek kamu düzenine ilişkin haller hak düşürücü süreden harca kadar geniş bir şekilde yorumlanmaktadır, Sezin Aktepe Artık, 'İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı', 2018, 134, TBB Dergisi 258, 260-262, 269.

137 Erdoğan (n 129) 150.

138 Örneğin "bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına" ilişkin iki içtihadı birleştirme kararının (Yargıtay İBK, E 1944/10 K 948/3, 04.02.1948, Yargıtay İBK E 2015/1 K 2016/1, 06.05.2016, tam tersi kural 7251 sayılı ve 22.07.2022 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG 28.07.2020-31199) m. 18 ile HMK m. 177'de yapılan değişiklik ile kanuna eklenmiş ve bozmadan sonra tahkikat işlemleri yapılacaksa belli hallerde ıslahın mümkün olduğu belirtilmiştir.

139 Erdoğan (n 129) 150.

Katıldığımız hâkim görüşe göre yapay zekanın hâkim olması günümüzde ve hatta yakın gelecekte de mümkün değildir¹⁴⁰. İnsan hâkim, bir anlayış, empati ve eleştirel düşünme yeteneği geliştirerek karar verir. Bu, bir kimsenin yargılamada tarafsızlıkla birlikte adalet sisteminde aradığı şeylerden birisidir. Bunun şu anda yapay zeka hâkimde olmadığı ortadadır. Yapay zeka, anlamlarla çalışmaktan acizdir¹⁴¹. 1980'lerin başlarında, yapay zeka felsefesi alanında tanınmış bir uzman olan J. Searle, "Çin odası" adlı deneyinde yapay zekanın semantikde değil, yalnızca sözdizimi ile çalıştığını ikna edici bir şekilde göstermiştir¹⁴². Bu nedenle adli uygulamaların değer yargıları işlevini yapay zekaya emanet etmek pek mümkün değildir¹⁴³. Yapay zeka sistemlerinin ne şekilde karar aldığını sistematik bir şekilde açıklayamadığı ve bu nedenle hâkim olarak kullanılmasının kabul edilemez olduğu belirtilmelidir¹⁴⁴.

Diğer bir ifadeyle şu an için yapay zekâ sistemleri empati yeteneğinden yoksun donanımlar olduğundan, hesaplanabilir verilerden hareketle tahminlerde bulunan robotların insan hâkimin yerini tutması mümkün olamaz¹⁴⁵. Empati yeteneğinden yoksun bir makinenin bireylerin insanî yönden hassas oldukları meselelerde karar verecek düzeyde söz sahibi kılınmaları ise isabetli gözükmemektedir.

Burada Yargıtay'ın hâkimin karar verirken nelere dikkat etmesinin gerekli olduğunu işaret eden 1976 tarihli kararına da değinmek gerekir. Kararda "hâkim; insana, tabiata, gerçeğe, olağana sırt çevirmeden ve katı kalıplar içinde sıkışıp kalmadan uyumsuzluğa insan kokusu taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır" denilmiştir¹⁴⁶. Hâkim sadece somut olaya hukuk kurallarını uygulayan bir "veri deposu" değil, olaya insani açıdan bakan ve gerektiğinde vicdani kanaatine göre de karar veren bir gerçek kişidir. Ayrıca tüm hukuk sistemlerinde insan haklarına dair düzenlemeler, hâkimin insan olduğundan hareket eder¹⁴⁷. Uyuşmazlıkları çözmek, bağlayıcı bir karar vermektense daha fazlasıdır.

140 Benzer görüş için bkz. Murat Volkan Dülger, 'Günümüz Yapay Zeka Teknolojisi ve 'Robot Yargıç/Avukat' Gerçeği: Mesleğimiz Elimizden Gidiyor Mu?', 2018, 5, HPlus Dergisi, <https://www.researchgate.net/publication/322789785>, 4, 9 (Erişim Tarihi 17/01/2023), Seda Yağmur Sümer, 'Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hâkim' 2021, 23 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1543, 1581, Themeli (n 133) 11, Dişel (n 93) 261, Soukupová (n 105) 293-294, Reiling (n 96) 4, Yılmaz (n 90) 402; dijital çağda hukukun bazı alanlarında yaşanan dönüşüme paralel olarak kısmen de olsa ileride robot hâkimlerden faydalanılabileceğini ancak şu an için robot hâkim kavramına henüz hazır olunmadığına ilişkin bkz. Bilgin (n 105) 411. Bununla birlikte Daha İyi Yargı Derneği, 2021 yılında yayınladığı Yargıda Dijitalleşme Raporu'nda yeni teknolojilere yapılan yatırımlar ve teknolojinin gelişme hızı dikkate alındığında yargının tüm unsurlarıyla sanal hale geleceğini ifade etmiştir, <https://www.dahaiyiyargi.org/raporlar-ve-politika-notlari/yargida-dijitallesme/>, 8 (Erişim Tarihi 17/02/2023).

141 Igor Nikolaevich Spitsin, 'Juridification Of Concept "Artificial Intelligence" And Limits Of Using Its Technology In Litigation, 2022, 134, Web of Conferences, Euro-Asian law Congress 2021, 1, 4.

142 Çin odası deneyi bir programı yürüten bir bilgisayarın, yürüttüğü program ne kadar zekice veya insan benzeri davranırsa davranırsın bir zihne, anlayışa veya bilince sahip olamayacağı sonucuna varmıştır, <https://plato.stanford.edu/entries/chinese-room/#ChinRoomArgu> (Erişim Tarihi: 11/05/2023).

143 Spitsin (n 141) 4.

144 Dymitruk (n 106) 40. Yazar ancak açıklanabilir yapay zeka kavramı sayesinde sistem tarafından yapılan açıklamanın insanın sistem üzerinde kontrol sahibi olmasını sağlayacağı ve sistem süreçlerinin güvenilirliğini ve sistem kararının doğruluğunu doğrulamayı mümkün kılacağını ifade etmektedir.

145 Bilgin (n 105) 412.

146 Yargıtay 1 Hukuk Dairesi, E 1976/9370 K1976/13138, 31.12.1976, <http://suleymantopak.av.tr/yargitay-1-hd-31-12-1976-t-1976-9370-e-1976-13138-k> (Erişim Tarihi 17/01/2023).

147 Themeli (n 133) 221.

Bu, tarafların mahkeme salonunda bir dinleyiciyle buluşmalarını ve duyulduklarını hissetmeyi gerekli kılar¹⁴⁸. Anayasa'nın 18. maddesinde de "hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler." şeklinde ifade edilen bu durumda, yapay zekanın karar verici olarak yer alması şu an için mümkün görünmemektedir. Yakın gelecekte de insan muhakemesinin, mantığının ve yargının zekasının otomasyonla tamamen değiştirilmesi söz konusu olmayacaktır. Öte yandan yapay zeka, algoritmasını ve ona yüklenen ya da veri havuzundan kendi elde ettiği veriyi kullanarak istatistiksel modelin vaad ettiği kararı verse bile onu kuranın yönelimlerine ya da verinin içeriğine göre bu kararın ayrımcı olmayacağını bir garantisi yoktur¹⁴⁹. Karar verme süreci denetlenemediği ve gerekçeli bir karar ortaya çıkmayacağı için yapay zeka mahkeme bakımından aleniyet ilkesi¹⁵⁰, hukuki dinlenme hakkı (HMK m.27) gibi yargılama güvenceleri ve ilkelerinin uygulanmasını da zora sokacaktır¹⁵¹.

2. Hâkime Yardımcı Yapay Zeka

a. Belge Tarama ve Sınıflandırma Uygulamaları

Mahkemelerde yapay zekanın hâkime yardımcı olarak kullanılması mümkündür¹⁵². Hâkim yardımcısı yapay zeka, mahkeme içtihatlarının veya öğretinin araştırılmasıyla hâkimin uyuşmazlığa ilişkin bir karar vermesine yardımcı olan yazılımlar olarak ifade edilebilir¹⁵³.

Yapay zekanın özellikle büyük miktarda veriyi analiz etmede iyi bir araç olduğu ifade edilmelidir¹⁵⁴. Hâkime yardımcı yapay zekanın doküman analizi yapan veya doküman oluşturan yapay zeka olarak iki türlü sınıflandırılması mümkündür¹⁵⁵. Burada doküman analizi grubundaki yapay zekanın belirli bir içeriğe sahip belge ve metinlerin aranmasına yardımcı olması kastedilmektedir¹⁵⁶. Bu yapay zeka evrak incelemesi, evrak tanıma, belge analizi gibi sistemleri içerir ve bu sistemler davalarla ilgili kararları hızlı ve her şeyden önce daha güvenilir bir şekilde bulmaya yardımcı olur¹⁵⁷. Bu yapay zeka, doküman analizi yaparken sadece belli anahtar kelimeler ya da konu üzerinden arama yapan karar arama motorlarıyla sınırlı olmamalıdır¹⁵⁸. Özellikle kapsamlı ve uzun süren davalarda yapay zeka,

148 ibid 216.

149 Hasırcı (n 77) 420.

150 İç I-B-3-c; aleniyetin kaldırılabilceği haller (AİHS m.6, AY m.141/1-2, HMK m.28/2) ve aleniyet ilkesine aykırılığın kural olarak nispi usuli bir kanun yolu sebebi olması (Erdönmez (n 37) 904 ve kamu düzenine ilişkin olmayan bir durumda açık beyanla aleniyetten feragat imkanı (*Hakansson ve Stureson/İsveç*, Başvuru No: 11855/85 21.02.1990, para 66)da dikkate alındığında kanun koyucunun burada bir manevra imkanı olduğu söylenebilir. Hasırcı (n 77) 427.

151 Hasırcı (n 77) 426.

152 Dişel (n 93) 255; Bilgin (n 105) 409-411, Spitsin (n 141) 4.

153 Dişel (n 93) 256; Yılmaz (n 90) 403; Hasırcı (n 77) 413.

154 Spitsin (n 141) 4.

155 Bilgin (n 105) 409-410.

156 ibid 409-410.

157 ibid 410.

158 Yapay zekanın bu şekildeki kullanımda ortaya çıkabilecek başlıca sorun, aranan kararlardaki algoritmanın hâkimi belirli bir görüşe göre yönlendirebilecek olmasıdır, Themeli (n 133) 224.

hâkimin taraflarca sunulan çok sayıda belgeyi incelemesine, ilgili içtihatları aramasına, davaları ve durumları birbiriyle karşılaştırmasına ve hatta taslak kararlar vermesine yardımcı olabilir¹⁵⁹.

Diğer bir ifadeyle bu yapay zeka, davayla ilgili ön hazırlık işlemlerini başarıyla yapabilir¹⁶⁰. Bir vakia ne kadar karmaşıkta, bu tür bir destek o kadar yararlı olacaktır. Ayrıca bu yapay zekanın delil toplamada da hâkime yardımcı olarak kullanılabilceği ifade edilmiştir¹⁶¹. Hâkimin araştırarak bulması ve kendisini güncellemesi gereken kuralları, yasa, tüzük, yönetmelik, literatür ve içtihat taramasını yapay zeka saniiyeler içinde yapabilir¹⁶². Hâkime düşecek görev ise yapay zekanın önüne getirdiği analizleri dikkate alarak karar vermek olacaktır.

b. Elektronik Keşif (E-discovery) Uygulamaları

Elektronik keşif, davalarda e-posta, ticari iletişim ve diğer verilerde kanıt bulmaya çalışan bir dijital araştırma, davada delil elde etme ve paylaşma sürecidir¹⁶³. E-keşif, ilgili tarafların bir davayla ilgili kayıtları ve delil sağlamaları gerektiğinde kullanılır. Bu süreç, güvenliği sağlanan elektronik verilerin delil olarak kullanılması niyetiyle elde edilmesini ve değiş tokuş edilmesini içerir¹⁶⁴. Her firma kendi prosedürlerini kullanarak belirli bir bilgisayarda çevrimdışı veya bir ağ üzerinde **e-keşif** yapabilir. E-postalar ve sosyal medya gönderileri dahil olmak üzere elektronik formattaki her türlü bilgi e-keşif sürecinde toplanan veriler kapsamındadır. E – keşif; tanımlama, koruma, veri toplama, gözden geçirme, analiz etme, fiziksel varlıkları dökümana dönüştürme ve verilen yazılımı kullanan kişiye sunulması şeklinde birbirini takip eden aşamalardan oluşur¹⁶⁵. Günümüzde elektronik belgelerin hacminin katlanarak artması nedeniyle elektronik keşif hâkime yardımcı olmakta ve belgelerin manuel olarak araştırılmasına kıyasla daha doğru sonuçlara ulaşılmaktadır¹⁶⁶. Elektronik keşfin yukarıda bahsedilen tüm aşamalarında yapay zeka uygulamaları sıklıkla kullanılmakta ve oldukça faydalı sonuçlara ulaşılmaktadır. Buna örnek olarak Birleşik Krallık'ta 2016 yılında kullanılmaya başlanan Luminance gösterilebilir¹⁶⁷. Bu yazılımın örüntü tanıma teknolojisi, gelişmiş istatistiksel olasılık analizi ve denetimli ve denetimsiz makine öğrenme yöntemlerinin yasal belgelerin incelenmesinde kullanıldığı ifade edilmektedir¹⁶⁸.

159 Themeli (n 133) 216.

160 Dişel (n 93) 255.

161 Niesel (n 94) 527.

162 Daha İyi Yargı Derneği (n 132) 9.

163 <https://www.proofpoint.com/us/threat-reference/e-discovery> (Erişim Tarihi: 10/05/2023).

164 <https://www.techtarget.com/searchsecurity/definition/electronic-discovery-e-discovery-or-ediscovery> (Erişim Tarihi: 10/05/2023).

165 <https://www.proofpoint.com/us/threat-reference/e-discovery> (Erişim Tarihi: 10/05/2023).

166 Gideon Christian, 'Predictive Coding: Adopting and Adapting Artificial Intelligence in Civil Litigation', 2019, 97 (3) *La Revue Du Barreau Canadien*, 486, 495; Harry Surden, 'Artificial Intelligence and Law: An Overview', 2019, 35 (4) *Georgia State University Law Review*, 1305-1329; Hasırcı (n 77) 414.

167 <https://www.luminance.com/>

168 Maria Dymitruk, 'Artificial Intelligence as a Tool to Improve the Administration of Justice?' 2019, 8 (2), *ACTA Univ. Sapientiae, Legal Studies*, 179, 182.

c. Taslak Karar Hazırlayan Uygulamalar

Hâkime yardımcı yapay zekanın bir diğer türü ise doküman oluşturulması grubunda yer alan yapay zekadır. Bu sistemler şu aşamada standartlaşmış belgelerin oluşturulmasında yardımcı olmaktadır. Hâkimlerin yakın gelecekte daha hızlı kararlar vermek ve karar taslaklarını üretmek için bu sistemlerden yararlanma imkânına sahip olacakları ifade edilmektedir¹⁶⁹.

Hâkime yardımcı yapay zeka kullanımında karşımıza çıkabilecek sorunlardan birisi olarak otomasyon önyargısına (automation bias) değinmek gerekir. Otomasyon önyargısı yapay zekaya sorgusuz sualsiz güvenilmesi neticesinde verinin denetlenmeden kullanılmasına sebep olacaktır¹⁷⁰. Özellikle yapay zekanın ne şekilde işletildiğinin hâkim tarafından anlaşılmasının otomasyon önyargısına neden olacağı açıktır. Bu nedenle hâkimlerin otomasyon önyargısı hakkında eğitilmelerinin gerekli olduğu ifade edilmiştir¹⁷¹. Bu noktada açıklanabilir yapay zeka kavramı da gündeme gelmektedir. Yapay zeka sistemlerinin şeffaf olmamasının ve eylemlerini açıklayamamalarının çözümü olarak “açıklanabilir yapay zeka” (XAI) kavramını önerilmiştir¹⁷². XAI, yüksek verimlilik seviyesinde anlaşılır yapay zeka modelleri oluşturmayı ve yapay zeka sistemlerinin sonuçlarını insanlar için daha anlaşılır hale getirmeyi amaçlayan bir araştırma alanıdır¹⁷³. Bu kavramın otomasyon önyargısı oluşmasının önüne geçmek için kullanılabilmesi kanaatindeyiz. Bu açıklamalar çerçevesinde karmaşık davalar ile karmaşık olmayan davalar arasında, yapay zekanın farklı derecelerde, hâkimleri desteklemek için kullanılabilmesi ve hatta bazen o davalarda bir taslak karar hazırlayabileceğini söylemek yanlış olmaz¹⁷⁴.

d. Dünyadaki Örnekler

Dünyada hâkime yardımcı yapay zekanın son yıllarda kullanımının yaygınlaştığı görülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri’nde kullanılan Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS) bunun en bilinen örneklerindedir. Bu yapay zeka, kişinin tekrar suç işleme potansiyeli olup olmadığını belli algoritmalara göre belirlemektedir. Ne var ki bu yazılım, kişileri işledikleri suç kadar kimlikleri ile de etiketlemiş ve siyahlara karşı da önyargı geliştirmiştir¹⁷⁵.

169 Bilgin (n 105) 410.

170 Hakimlerin katıldığı bir deneyde, karar verme aşamasında yapay zeka kullanan hakimlerin yapay zekanın ulaştığı sonuçlara fazla güven duydukları ortaya çıkmıştır, Jaap Dijkstra, ‘Legal Knowledge-based Systems: The Blind Leading Sheep?’ 2001, 15 (2), International Review of Computers&Technology, 119, 119-128.

171 Hasırcı (n 77) 429. Yazar ayrıca yapay zekanın yargılamada kullanılması halinde hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının da yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini ifade etmiştir, 430.

172 Dymitruk (n 106) 39, 40.

173 ibid 39, 40.

174 Themeli (n 133) 216.

175 <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/10/17/can-an-algorithm-be-racist-our-analysis-is-more-cautious-than-propublicas/> (Erişim Tarihi 18/01/2023). Wisconsin Yüksek Mahkemesi de Wisconsin v. Eric L. Loomis davasında “COMPAS risk değerlendirme puanlarıyla ilgili bazı araştırmalar, azınlık suçlularını orantısız bir şekilde daha yüksek yeniden suç işleme riskine sahip olarak sınıflandırıp sınıflandırmadıkları hakkında sorular ortaya çıkarmıştır. Değişen popülasyonlar ve alt popülasyonlar nedeniyle risk değerlendirme araçları sürekli olarak izlenmeli ve doğruluğu için yeniden normlandırılmalıdır.” şeklinde karar vermiştir, Anjanette H. Raymond, *Managing Bias Partiality and Dependence in Online Justice Environments*, (PhD Submission 2019) <https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/72859>, 164, 165 (Erişim Tarihi 18/01/2023), Buket Abanoz, ‘Hukuki Bilgiye Dijital Erişim’ 2020, 26

Kar amacı gütmeyen bir kuruluş olan ProPublica'nın, COMPAS'ın yüksek riskli olarak işaretlediği 7000 sanığı gözlemlediği bir araştırma yürüttükten sonra bunların sadece yüzde 20'sinin tekrar suç işlediğini ortaya çıkarmıştır. Bu çalışmada ayrıca bazı sanıkların yanlış bir şekilde "yüksek riskli" olarak etiketlendiği ve bu oranın siyah sanıklarda beyaz sanıklara göre iki kat daha fazla olduğu görülmüştür¹⁷⁶. Bu noktada hâkime yardımcı yapay zekanın veriyi aldığı algoritmanın varılan sonuçta ne kadar önemli olduğuna bir kez daha ortaya koyulmuştur¹⁷⁷. Her ne kadar yapay zeka, kendisine verilen istatistiksel veriye dayanarak bir yargı oluştursa da, veriye dayalı çıkan bu sonuç ayrımcı bir sonuç olabilecektir¹⁷⁸. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkemeler, bu tür sistemleri belirli bir yasal onay olmaksızın hâkimlerin kullanımına sunmaktadır¹⁷⁹. Bu durum, bu tür yardımcı yazılımların denetimsiz kullanımının ortaya çıkarabileceği sonuçlar bakımından düşünüürücüdür. Yukarıda bu tür programlama ve bilgiyi yükleme işlemlerinin devlet eli ile yapılması önerimiz dahi yetersiz kalmaktadır. Çünkü devletin görevlileri algoritmayı yazsa ve bilgiyi yüklese dahi bu kez karşımıza devletin siyasi ve hukuki politika tercihleri ve bu tercihlerin etkilediği sonuçlar çıkacaktır.

Hâkime yardımcı yapay zekanın son örneği ise 15 Şubat 2023'te duyurulan Harvey isimli yapay zekadır. 2022 Kasım ayından beri denenen bu uygulama, sözleşme analizi, durum tespiti, dava ve mevzuata uygunluk gibi yasal işlerin çeşitli yönlerini otomatikleştirmek ve geliştirmek için doğal dil işleme, makine öğrenimi ve veri analitiğini kullanan bir platform olarak nitelendirilmektedir¹⁸⁰. En az üç tür veri üzerinde eğitildiği ifade edilen Harvey, genel internet verileriyle başlayıp, daha sonra içtihat ve referans materyalleri gibi genel yasal verilerle donatılmış ve son olarak bu yapay zekayı kullanan hukuk firmasının geçmiş çalışma ürünlerini dikkate alarak bir sonuç çıkarma konusunda eğitilmiştir¹⁸¹. Hâkim yardımcısı yapay zekaya diğer bir örnek de Brezilya Yüksek Mahkemesi'nin yasal belgelerinden oluşturulan ve yaklaşık 692 bin belgeyi içeren 45000'den fazla talepten oluşan

(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 190, 193.

176 Soukupová (n 105) 294.

177 Bu doğrultuda 3-4 Aralık 2018 tarihli "Yapay Zekânın Yargı Sisteminde Kullanılmasına Dair Avrupa Etik Şartı" (European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ, 2018) üzerinde de durmak gerekir. Avrupa Konseyi Avrupa Adalet Verimliliği Komisyonu (CEPEJ), yargı sistemlerinde yapay zekânın kullanımına ilişkin etik ilkeleri belirleyen ilk Avrupa metnini kabul etmiştir. Bu şartlarda beş temel ilke vardır. Bunlar: Temel haklara saygı ilkesi, ayrımcılık yapmama ilkesi, kalite ve güvenlik ilkesi, şeffaflık, tarafsızlık ve adalet ilkesi ve kullanıcı kontrolü ilkesi olarak sıralanmıştır. <https://www.coe.int/en/web/cepej> (Erişim Tarihi 18/01/2023); Yapay zekanın amacı ve kullanımına dair bir diğer önemli düzenleme de Avrupa Komisyonu'nun, 2020'de yapay zekanın gelecekteki düzenlemelerine yönelik risk temelli bir yaklaşımın vurguladığı EU white paper on Artificial Intelligence'dır. Bu metinde yapay zekanın riskleri öngörülemezlik, algoritma ve veri açısından yanlılık, reklam ve şeffaflığın olmaması şeklinde açıklanmıştır. https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en (Erişim Tarihi 18/01/2023).

178 Surden (n 166) 1335.

179 Francesco Contini, 'Artificial Intelligence and the Transformation of Humans, Law and Technology Interactions in Judicial Proceedings' 2020, 2 (1) Law, Technology And Humans, 4, 13.

180 <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/news/ao-announces-exclusive-launch-partnership-with-harvey> (Erişim Tarihi 24/02/2023).

181 <https://www.lawnext.com/2023/02/as-allen-overly-deploys-gpt-based-legal-app-harvey-firmwide-founders-say-other-firms-will-soon-follow.html> (Erişim Tarihi 24/02/2023).

yeni bir veri seti olan VICTOR'dur¹⁸². Bu yazılım, belge türü sınıflandırması ve dava konusunun belirlenmesi gibi görevleri yerine getirerek mevcut tüm verileri kullanarak doğru sonuçlara ulaştığını iddia etmektedir.

3. Tarafa/Avukata Yardımcı Yapay Zeka

a. Avukata Yardımcı Yapay Zeka Uygulamaları

Yalnızca hâkime yardımcı olan değil, amacı avukatlara sözleşme hazırlama, hukuki araştırma yapma veya durum tespiti yapma konusunda yardımcı olan yapay zekaya dayalı araçlar da gündemden güne artmaktadır. Örneğin, Kira Systems, dava dosyasında tarihleri, ilgili kanun hükümlerini ve gerekli başka bilgileri ayıklar¹⁸³. Bu yazılımın, sözleşmelerdeki sorunları tespit edip davanın takip sürecinin baştan sona düzenlenmesini sağlayarak yazılımı ilk kez kullanan kişiye %40, tecrübeli kullanıcılara ise % 90 oranında zaman tasarrufu sağladığı belirtilmiştir¹⁸⁴.

Aynı şekilde CARA yapay zeka sistemi hukuki dokümanlardaki içtihatları gözden geçirir. CARA ilgili vakıaları hızlı bir şekilde sunan bir yapay zeka teknolojisidir¹⁸⁵. CARA'ya bir belge yüklediğinizde, sonuçlar ilgilendiğiniz belirli hukuki ve olgusal konulara göre sıralanır ve araştırmanın bağlamına odaklanacak şekilde özelleştirilir. Kira Systems ve CARA makine öğrenmesi kullanan sistemler olarak kurgulanmışlardır. Bunun yanı sıra Lex Machina da dava sonuçlarını tahmin etmek için kullanılan bir analiz aracı olarak çalışan bir yapay zeka örneğidir¹⁸⁶. Bu yazılım, hâkimler ve kararları hakkında çok büyük miktarda veri toplayıp analiz ederek genellikle insan tahmininden daha doğru sonuçlar sunan, veriye dayalı istatistiksel modeller üretmiştir¹⁸⁷. Söz konusu yazılım avukatların, hâkimin ne yönde karar vereceğini bilmelerini sağlayacak olması nedeniyle tercih edilmektedir. Öte yandan, hukuki güvenlik konularında tehlikeler barındıran ve özel bir şirkete ait olması sebebiyle o şirketin menfaatlerini gözetmesi ihtimali bulunan bu tür yazılımlara ihtiyatlı yaklaşılması gerekir.

Avukatlara yardımcı olmak üzere geliştirilen yapay zeka yazılımları, bazı konularda oldukça kapsamlı verileri bir insan avukata göre çok daha kısa bir sürede tarayıp analiz etmektedirler. Stanford ve Güney Kaliforniya Üniversitesi'nin 2018 yılında LawGeex isimli araştırma firması ile birlikte yürüttükleri, hukuk sözleşmelerini incelemek üzere yapılmış bir yapay zekâ yazılımının, konusunda uzman 20 avukatla karşılaştırıldığı bir çalışmada; sözleşmelerdeki 30 hukuki sorunu tespit etmek, avukatların 4 saatini alırken yapay zekanın yalnızca 26 dakikasını almıştır. LawGeeks'in 20 avukatla karşı karşıya geldiği bu çalışmada yapay zeka, avukatların ortalama 92 dakika ve %85 doğruluk

182 Pedro Henrique Luz de Araujo, Teófilo Emídio de Campos, Fabricio Ataiades Braz and Nilton Correia da Silva, 'VICTOR: a Dataset for Brazilian Legal Documents Classification', 2020, Proceedings of the 12th Conference on Language Resources and Evaluation (LREC) 1449, 1449, <https://aclanthology.org/2020.lrec-1.181.pdf> (Erişim Tarihi: 10/05/2023).

183 <https://kirasystems.com/how-kira-works/> (Erişim Tarihi 18/01/2023).

184 Abanoz (n 175) 195.

185 <https://help.casetext.com/en/articles/1971642-what-is-cara-a-i-and-how-do-i-use-it> (Erişim Tarihi 18/01/2023).

186 <https://lexmachina.com/> (Erişim Tarihi 18/01/2023).

187 Bilgin (n 105) 410.

oranında yapabildiği işi, 26 dakikada ve %94 doğruluk oranında yapabilmiştir¹⁸⁸. Buna benzer bir başka çalışmada da, Birleşik Krallık merkezli hukuk alanında çalışan teknoloji girişimi CaseCrunch, bir dizi ürünün satışına dair uyumsuzlukta yapay zekanın tahmine dayalı algoritmalarının ve yasal sorunların modellenmesinin, bir iddianın başarısını veya başarısızlığını tahmin etme açısından neredeyse %87'lik bir doğruluk oranı elde ettiğini, bu konuda İngiliz avukatların %62 civarında bir doğruluk düzeyi elde ettiğini açıkladı¹⁸⁹. Fransa'da kullanılan bir yazılım olan Predictice da mahkeme kararlarının doğruluğunu tahmin etmek için kullanılmaktadır¹⁹⁰. Predictice 1 saniyede 1 milyon yargı kararını analiz edebilmekte¹⁹¹ ve hukukçular için 25 milyondan fazla bilgi yasal belgeyi arşivinde bulundurmaktadır. Benzer olarak IBM tarafından geliştirilen ve dünyanın en geniş yargısal bilgi bankası olduğu iddiasında olan Premonition adlı taraf yardımcısı yapay zeka, özellikle İngiliz, Avustralya ve Kanada yargı içtihatları üzerinde bir saniyenin altında bir sürede 50.000 sayfayı analiz ederek belli bir davada belli bir hâkimin önünde hangi tarafın davayı kazanacağı bilgisine kadar kapsamlı analiz raporu sunan, avukat seçiminde yol gösteren bir program olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹².

b. Avukata Yardımcı Yapay Zekanın Avantaj ve Dezavantajları

Yukarıda ifade edilen gelişmeler avukatlık mesleğinin geleceğinin tartışma konusu olacağı yönünde görüşler ortaya çıkarmıştır¹⁹³. Yapay zeka kullanılarak dava süreci yürütülürken avukata ihtiyaç duyulmayabilecek olunmasının avukatlık mesleğinin sona ereceği anlamına gelmediğini, avukatın güncel ve teknolojik gelişmeleri takip etmesinin gerekli olacağını ve mesleğin gereksinimlerinin değişeceğini söylemek mümkündür. Avukatlık mesleğinin büyük bir kısmının mevzuatın, ilmi ve kazai içtihadın ve eldeki delillerin incelenerek somut olaya uygun bir çözümün getirilmesi olduğu düşünüldüğünde ve yapay zekanın analiz ve tespit aşamalarında insana kıyasla çok daha yüksek performans sergileyebildiği de göz önüne alındığında avukatların asıl bu çevrimiçi süreçlerde taraflara yol gösterici hatta uyumsuzluk çözümünde arabulucu, uzlaşmacı dava yürütücüsü olarak yer alması düşünülebilir.

LawGeek deneyi anlamlı olmakla birlikte avukatlık mesleğinin sadece bir sözleşmenin yapılmasından veya bir davanın yürütülmesinden ibaret olmadığı, insani ve entelektüel yönlerin de ön planda olduğu özel bir meslek olduğundan bahisle yapay zekayı avukata da yardımcı olan bir kurum

188 <https://www.techspot.com/news/77189-machine-learning-algorithm-beats-20-lawyers-nda-legal.html> (Erişim Tarihi 09/01/2023); <https://www.artificiallawyer.com/2018/02/26/lawgeex-hits-94-accuracy-in-nda-review-vs-85-for-human-lawyers/> (Erişim Tarihi 18/01/2023). Bu çalışmanın ayrıntıları için bkz. Erdoğan (n 129) 133.

189 <https://www.artificiallawyer.com/2017/10/28/ai-beats-human-lawyers-in-casecrunch-prediction-showdown/> (erişim:18/01/2023); benzer bir örnek olarak COIN(contract intelligence) isimli yazılım programı ticari tüketim ödüllü sözleşmelerinin analizi işine, avukatlar yılda 360.000 saat ayırırken, saniyeler içinde daha az hata ile yapmaktadır, <https://futurism.com/an-ai-completed-360000-hours-of-finance-work-in-just-seconds> (erişim:23/02/2023).

190 <https://predictice.com/>

191 Dymitruk (n 168) 182.

192 <https://premonition.ai/about-us/> ; <https://premonition.ai/reports/>; <https://premonition.ai/court-data/> (Erişim Tarihi: 14/05/2023).

193 Richard Susskind and Daniel Susskind, *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts* (Oxford University Press 2015) 101; Susskind, (n 14) 108.

olarak değerlendirmek ve avukatların çeşitli algoritmalar ve robotların yardımıyla daha kolay bir şekilde işlerini yürütebileceğini ifade etmek gerekir. Bu sistemler ile sadece mahkeme kararları değil davaya ilişkin her şey istatistiksel olarak kaydedilecek, bu istatistikler ile elde edilen veriler sonraki uyuşmazlıklarda kullanılacak ve hatta uyuşmazlık çıkması bu yolla engellenebilecektir.

Öte yandan bu tarz sonuçlar, yapay zeka avukatların insan avukatlara göre daha başarılı olduğu anlamına gelmemektedir. Bir uyuşmazlığın çözümünde faydalanılacak hukuk kuralı ya da mevzuatın belirlenmesinde yapay zekadan destek alınması mümkündür. Zira yapay zeka bunu daha hızlı ortaya getirmekte ve özellikle karmaşık olmayan uyuşmazlıklar bakımından doğru tahminler yapmaktadır. Basit uyuşmazlıkların çevrimiçi yollarla ve hatta yapay zeka ile çözümlenmesinin faydalı olacağı ancak daha kapsamlı uyuşmazlıklar bakımından avukata mutlaka ihtiyaç olacağı açıktır. Günümüzde globalleşmenin doğal sonucu olarak uyuşmazlıklar daha karmaşık ve çok uluslu hale gelmiştir. Bu nedenle gerek yerel gerekse uluslararası anlaşmazlıklarda bir olaya birden fazla hukuk sisteminin uygulanması gerektiğinde avukatlar devreye girecektir. Bu uyuşmazlıklarda yapay zekâ, avukata yardımcı olarak devreye girebilir. Bu anlamda avukatların daha nitelikli ve donanımlı olmalarının önemi de tartışılmazdır¹⁹⁴.

c. Tarafa Yardımcı Yapay Zeka

Avukata yardımcı olmak dışında doğrudan taraflara destek olan yazılımların da günden güne popüler hale geldiğini söylemek mümkündür. Bunlara örnek olarak kişilere hukuki danışmanlık veren LegalZoom¹⁹⁵, kiracıların kiraladıkları evle ilgili haklarını kullanmaları için ücretsiz araçlar geliştiren Justfix¹⁹⁶ veya DoNotPay¹⁹⁷ gibi adalete daha iyi erişim sağlamayı amaçladığını ifade eden genel halka yönelik hizmetler verilebilir. Bunlar arasında DoNotPay dikkat çekicidir. Kendisini bir “robot avukat” olarak tanımlayan DoNotPay yazılımı, park cezalarına itirazda yardım sağlayan bir hizmet olarak başlayan bir sohbet robotudur. Şu anda, müşterilerin sigorta talepleri veya iptal edilen uçak biletleri gibi neredeyse her şeye itiraz etmesine yardımcı olabilecek bir hale gelmiştir. DoNotPay, insanlara şirketlerle savaşma, bürokrasiyi alt etme gibi başlıklar sunarak yapay zekanın, insanların hukuki meselelerini bir avukatla konuşmadan çözmeleri için yeni fırsatlar yaratmasına bir örnek olarak gösterilmektedir¹⁹⁸. Yasal hizmetlerin pahalı olabileceği dikkate alındığında bunun faydalı olabileceği düşünülse de bu insanların bu tür hizmetleri kullanırken sahip oldukları beklenti bir soruna sebep olabilir¹⁹⁹. Bu da kullanıcıyı memnun etmeyeceği gibi yapay zeka kullanımının dava sayısında artışa sebep olabileceği dikkate alındığında belki de en büyük avantajı olan mahkemedeki iş yükünün azalmasının mümkün olmayacağı açıktır.

194 Ali Çetin Aslan, ‘Dijital Çağda Avukatlık’ iç Muhammet Özkes (ed), *Dijital Çağda Medeni Yargı* (Adalet 2022) 383, 388, 400.

195 <https://www.legalzoom.com/country/tr> (Erişim Tarihi 18/01/2023).

196 <https://www.justfix.org/en/>

197 <https://donotpay.com/> (Erişim Tarihi 18/01/2023).

198 Soukupová (n 105) 289-290.

199 ibid 290.

III. TÜRK MEDENİ USUL HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

A. TÜRK HUKUKU'NDA DİJİTALLEŞME

Yargılama ve takip hukuku bakımından gelişen elektronik süreçlerin medeni usul hukukuna etkili yansımalarından birisi Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) sisteminin kurulması ile olmuştur²⁰⁰.

Yine 2018 yılı itibarıyla elektronik tebligat aktif olarak kullanılmaya başlamıştır²⁰¹. Elektronik tebligat yargı mercileri ile Tebligat Kanunu'nda belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarının sermaye şirketlerine zorunlu olarak, diğer gerçek ve tüzel kişilere ise isteğe bağlı olarak elektronik ortamda PTT Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi üzerinden yapılan tebligattır²⁰². Belirtmek gerekir ki hem UYAP'ın hem de elektronik tebligatın aktifleşmesinde ve geniş çaplı kullanılmasında en önemli rol her iki gelişmeden önce ve onlarla birlikte 2003 yılında başlatılan "E-dönüşüm Türkiye Projesi" kapsamında Türk Hukukuna girmiş olan elektronik imzadır²⁰³. Elektronik imza²⁰⁴, 15.1.2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda düzenlenmiştir²⁰⁵. Ancak, elektronik imza da Elektronik İmza Kanunu ve ilgili yönetmelikte değişiklikler sonrasında aktif olarak kullanılmaya başlanmıştır.

Dijitalleşme konusundaki çarpıcı örneklerden bir diğeri olarak karşımıza, özellikle 2020'de yapılan kanun değişikliği²⁰⁶ ile yeniden düzenlenen e-duruşma çıkmaktadır (HMK m. 149). Aşağıda konumuzla bağlantısı sebebi ile UYAP ve e-duruşma sisteminden kısaca bahsedilecektir.

Ulusal Yargı Ağı Projesi, günümüzün gerekli tüm teknolojik gelişmelerini kullanarak, Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatının, bağlı ve ilgili kuruluşlarının, adli ve idari tüm yargı ve yargı destek birimlerinin donanım ve yazılım olarak iç otomasyonunu ve benzer şekilde bilgi otomasyonu sistemlerini kurmuş kamu kurum ve kuruluşları ile dış birim entegrasyonunu sağlayan ve e-Dönüşüm sürecinde e-Adalet ayağını oluşturan ödüllü bir bilişim sistemidir²⁰⁷.

200 Bkz. ayrıca Sigorta Tahkim Komisyonuna online başvuru ve itiraz ve belge gönderilmesi hakkında http://www.sigortatahkim.org.tr/files/Online_Basvurular_Hakinda_Duyuru.pdf

201 Bkz. 7201 sayılı Tebligat Kanunu m.7/a (Ek : 11/1/2011-6099/2 m.) (Değişik:28/2/2018-7101/48 m.).

202 Mehmet Köksal, *Açıklamalı – İçtihatlı Tebligat Kanunu ve İlgili Mevzuat* (1. Baskı, Legal 2018) 66; farklı tanımlar için bkz. Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve S. Hilal Üçüncü, *Tebligat Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2021) 56; Hakan Albayrak, *Tebligat Hukuku* (1. Baskı, Seçkin 2021) 48; benzer tanımlar için bkz. Levent Börü, 'Elektronik Tebligat', 2020, 10 (1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 183, 186; Hakan Albayrak, 'Mukayeseli Hukuk ve Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebligatın Yapılmış Sayıldığı Tarih' 2021, 29 (3) SÜHFD, 2415, 2418.

203 Mustafa Gülen ve Uğur Ömürgülenşen, 'Türkiye'de e-İmza Alanındaki Hukuki Düzenlemeler ve Bazı Kamu Kurumlarındaki e-İmza Uygulamaları', 2011, 1, Sosyo Ekonomi 197, 208-209.

204 Elektronik İmza Kanunu m.3/1-b'de elektronik imza "Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri" şeklinde tanımlanmıştır.

205 RG 23.1.2004 – 25355; bkz. ayrıca güvenli elektronik imzaya atıf yapan TBK m.15 ve HMK m.205.

206 Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7251, Kabul Tarihi: 22.07.2020 RG 28.07.2020/31199.

207 <https://uyap.gov.tr/Genel-Bilgi> (Erişim Tarihi 16.12.2022); https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_08_1579/IP_08_1579_EN.pdf (Erişim Tarihi 16.12.2022); <https://rm.coe.int/european-judicial-systems-efficiency-and-quality-of-justice-cepej-stud/1680786b57> (Erişim Tarihi 18.12.2022); UYAP hakkında değerlendirmeler için bkz. Ahmet Efe, 'Yargısal ve Hukuki Süreçlerde Yapay Zeka Kullanan Araçlar Üzerine Bir Araştırma' 2022 5 (1) Bilgi Yönetimi Dergisi 92, 113.

UYAP ve e-devlet ile ilgili vurgulanması gereken önemli bir nokta ise birçok mevzuatta UYAP sistemine gönderme yapılmış olmasına rağmen²⁰⁸, UYAP'ı düzenleyen müstakil bir mevzuatın olmamasıdır. Kanımızca UYAP'ın işleyişini ve diğer usul ve esasları düzenleyen ve bir kanunun yapılması, UYAP'ın kullanımının çerçevesinin belirlenmesi ve e-devlet sistemi ile de entegrasyonun sağlanması yararlı olacaktır. Hem yerel ihtiyaçlar hem de uluslararası UYAP benzeri sistemlerdeki ve teknolojiadaki gelişmeler dikkate alınarak UYAP'ın geliştirilmeye devam edildiği de ifade edilmelidir²⁰⁹. Öte yandan, UYAP'ın dilekçeler aşamasında giderlerin ödenmesi, dosyaya dilekçe ve belge sunumu, duruşmaların takibi gibi işlemlerde yoğun olarak kullanıldığı görüldü de kanımızca yargılamaya ilişkin tamamlanması gereken usuli safhaların UYAP aracılığıyla tamamlanarak davanın doğrudan tahkikata hazırlanması gibi imkânların da UYAP'a eklenmesi bu gelişim aşamasında yer alması gereken amaçlardan birisi olmalıdır.

Bilindiği üzere 2011 yılında yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 149'da elektronik duruşma düzenlenmiş ancak pandeminin de etkisiyle 2020'de 7251 sayılı Kanun m. 17 ile hükümde kapsamlı bir değişiklik yapılarak ilgili yönetmelik çıkarılıncaya kadar yaygın olarak uygulanmamıştı. 2020-2022 arasındaki istatistiki verilere bakıldığında ise e-duruşmanın yoğun bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. 2020 yılında yapılan değişiklikten sonra, 2022 yılı Adalet Bakanlığı verilerine göre 2022 yılı Ocak ve Kasım ayları arasında toplam 413.053 e-duruşma yapılmıştır. 2021 Eylül'de 915 hukuk mahkemesinde e-duruşma uygulanıyorken 2022 Haziran ayı verilerine göre 2475 hukuk mahkemesinde e-duruşma yapılmıştır²¹⁰. Avrupa Komisyonu'nun e-adalet istatistiklerine bakıldığında da özellikle pandemi dönemi ve sonrasında yazılılık ve e-duruşmaların arttığı görülmektedir²¹¹.

Hukuk yargılamasında benimsenen e-duruşma sisteminde fiziki mahkeme salonunda görülmekte olan bir duruşmaya yargılamaya katılan kişilerden bazılarının uzaktan katılması mümkün kılınmıştır. Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik²¹²e göre duruşmaya elektronik ortamda katılmak isteyen avukat bürosundan katılma imkânına sahipken e-duruşma talep eden veya e-duruşma sistemi yoluyla isticvap olunacak ya da yemin edecek taraf ile mahkemece e-duruşma sistemi yoluyla dinlenilmesine karar verilen tanık, bilirkişi, uzman ve diğer ilgililer buldukları yerdeki adliye veya ceza infaz kurumlarında bu amaca tahsis edilen yerden duruşmaya katılabilir²¹³. Yine Yönetmeliğe göre burada kimlik tespiti de o birimdeki görevlilerce yapılır (m. 12). Söz konusu düzenlemenin gerçek anlamda bir çevrimiçi duruşma olmaktan ziyade belli kişilerin duruşma salonuna çevrimiçi olarak katılmalarına izin verdiği görülmektedir. Yargılamaya katılan herkesin uzaktan çevrimiçi olarak bir sisteme

208 Örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu m. 38/I, Çek Kanunu m.5/VIII, Hâkimler ve Savcılar Kanunu .28/V, HMK m. 445/I-V.

209 Kıyak (n 79) 91.

210 <https://edurusmabilgi.adalet.gov.tr> (Erişim Tarihi 21/12/2022).

211 https://e-justice.europa.eu/content_impact_of_covid19_on_the_justice_field-37147-en.do#tocHeader2 (erişim:06/01/2023).

212 Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik, RG 30.06.2021/31527.

213 ibid m. 11.

bağlandıkları bir çevrimiçi duruşmanın icrası bizim hukukumuzda henüz kabul edilmemiştir²¹⁴. Kanımızca adliyelerde yeterli sayıda odanın elektronik duruşma için tahsis edilmesi, aynı gün farklı yerlerde duruşmaları olan avukatların işini kolaylaştıracak ve elektronik duruşmanın ciddi bir şekilde yapılmasına imkân tanıyacaktır. Bununla birlikte il ve gerekli görülen ilçe merkezlerinde belirli sayıda elektronik duruşma merkezinin kurulması, internet erişimi olmayan kişilerin de elektronik duruşmaya katılmasını kolaylaştırabilecektir.

B. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN BAZI ÖNERİLER

Bu bölümde orta ve uzun vadede yapılabilecekler ile ilişkin tartışılacak bazı öneriler sunulacaktır. Önerilerimiz, yargılamaya ilişkin bazı temel kuralların değiştirilmesini içermekle birlikte özellikle hala geliştirilmekte olan UYAP üzerinde yapılabilecek değişikliklere ilişkindir. Bu önerilerimizin gerçekleşmesi için zaman ve maddi güç yanında ihtiyaç duyulan şey, sistemi kuracak olan uzmanlarla hukukçuların birlikte çalışmalarıdır.

1. Dava veya çekişmesiz yargı işinin görüleceği görevli mahkeme, tarafça dava dilekçesinin içeriğine dahil olan dava sebebi vakıalar ve dava konusu talep sonucu sisteme yüklendiği zaman, hem UYAP'a işlenen dava türü sayısının arttırılması hem de yapay zekanın yardımı ile vakıa ve talep sonucunun²¹⁵ işlenmesi ya da en azından bazı anahtar kelimelerin seçilmesi yoluyla sistem tarafından belirlenebilir. Burada öncelikle dilekçedeki bazı temel bilgilerin yanında aslında dilekçede yer alan vakıaların da doğrudan UYAP üzerine ilgili sayfaya işleneceği bir sistem kurulmakla işe başlanabilir²¹⁶. Zira dijital dönüşümün en gözle görülür sonuçlarından birisi, işlemlerin kağıt üzerinden yapılmasının terkedilerek dijital ortama geçilmesidir²¹⁷.

214 Konunun kapsamı dolayısı ile e-duruşma meselesi detaylı bir şekilde değerlendirilmemiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı birkaç çalışma ise şu şekildedir: Selçuk Öztekin, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 İnci Maddesi ile Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler' 2021, 1 (66) Adalet Dergisi, 641, 665; Serdar Kale, 'Ses ve Görüntünün Nakledilmesi Yoluyla Duruşmanın İcrası (HMK md. 149)', 2013, 25 Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 141,153; Seda Aydın Gayretli, 'Medeni Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma', 2017, 19 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaşa Armağan, 2101.2126; Banu Ulsan, 'Medeni Yargılama Hukukunda Tanığın E-Duruşma İle Dinlenilmesi ve Kişisel Verilerin Korunması: Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme' 2022, 163, TBB Dergisi, 155-189. Ayrıca yargılama sürecini gerçek ortamdan sanal ortama taşımaya yönelik değerlendirmeler ve hukuki dinlenme hakkının sağlanması bakımından e-duruşmada tüm usuli işlemlerin eksiksiz yapılabilmesini sağlayacak bir teknik altyapının ve arayüzün gerekliliği hakkında bkz. Emre Kıyak, 'Duruşmada Etkinlik Kazanan Yargılama İlkeleri ile Usuli Müktesep Hak Işığında Türk Hukuk Yargılamasında Eşzamanlı Ses ve Görüntü Aktarımıyla Duruşma Yapılmasının Olması Gereken Sınırları' 2021, 16 (205) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1453, 1484.1502.

215 Doktrinde haklı olarak günümüz teknoloji ile bir yazılımın talep sonucunun açık olup olmadığını anlama konusunda kusursuz çalışmayacağı da belirtilmiştir. Dişel (n 93) 267.

216 Benzer şekilde Dişel (n 93) 265; Geliştirilecek sistemin, veri havuzu çok yüksek bir kapasiteye ve bir çok ifadeyi isabetli bir şekilde anlamlandırma kapasitesine sahip olacak derinleştirilmiş yapay sinir ağı algoritmalarını kullanması halinde hâkime ihtiyaç duyacağı bilgileri sunmuş olacağına ilişkin bkz. Kıyak (n 79) 101. Ayrıca Mıdık da, isabetli olarak duruşma aşamasına kadar olan yargılama sürecinin UYAP üzerinden yürütülebileceğini ifade etmektedir, Barış Mıdık, 'Teknolojik Gelişmeler Işığında Hukuk Yargılamasını Yeniden Düşünmek: Otomasyondan Köklü Dönüşüme' 2022, 25-26, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 63, 75.

217 Contini (n 179) 6.

Elbette UYAP yapay zeka temelli olarak güncellenirken gerektiğinde insan müdahalesine de ihtiyaç duyulması kaçınılmazdır²¹⁸. Özellikle sistemin sonraki aşamalara geçmeye izin vermediği haller için sistemin vereceği karara karşı bir acele itiraz imkânının getirilmesi düşünülebilir. Örneğin, her ne kadar dava türleri kapsamlı bir şekilde belirlenmiş ve kişinin dilekçesinde o dava türlerine uygun anahtar kelimeler bulunuyor olsa da, tarafın bilgileri eksik ya da belirsiz olarak sunması halinde uyuşmazlığın hangi mahkemenin görev alanına girdiği her zaman doğru tespit edilemeyebilir²¹⁹. UYAP'ın hâkim yerine bu işlemi yapması ve yetersiz veri sebebiyle görevli mahkemeyi yanlış belirlemesi halinde ilgili mahkemenin itiraz üzerine görevsizlik/görev itirazının reddi kararı verebileceği ve bu karara karşı da ilgililerce/taflarca kesin olarak karar vermek üzere istinaf yoluna başvurulabileceği bir sistem kurgulanabilir. Bu tür veriler de sisteme işleneceği için benzer durumların tekrar yaşanmasının önüne geçilebilir. Bunun için kanun hatta Anayasa değişikliğine ihtiyaç olduğu ise açıktır.

2. a- Varlığı ya da yokluğu nispeten daha kolay, örneğin, basit bir hesaplama işlemi ile tespit edilebilecek harç eksikliği ve dava şartlarının tespiti ve bu dava şartı eksikliği sebebi ile davanın açılmayacağı uyarısını sistemin vermesi mümkün olmalıdır. Hesap konusu olan usulî mesele deyince akla harcın yanında dava şartı olan gider avansı gelmektedir. Doktrinde ise gider avansının yatırılıp yatırılmadığının tespitinde mahkemenin incelenmesinin gerekli olduğu ifade edilirken UYAP sistemi nedeniyle bu konuda hâkimin karar verme yetkisinin fiilen kanuna aykırı olarak UYAP yazılımcılarının takdirine bırakılması eleştirilmiştir²²⁰. Kanımızca gerekli kanuni değişiklikler yapıldıktan sonra bu tür usuli kontrollerin hâkimlerden alınması hâkimlerin davanın esasına yoğunlaşmasını da sağlayacaktır.

c- Doktrinde de bizim katıldığımız görüşe göre, UYAP'ta kayıtlı verilerden, taraf bilgilerini kullanarak her iki tarafa ait daha önce aynı veya başka mahkemede açılmış ve görülmekte olan ya da kesin hükme bağlanmış davaların tespit edilmesi ve bu sayede hâkimin, derdestlik ve kesin hüküm dava şartlarının sağlanıp sağlanmadığını tespit etmesinin mümkün olacağı ifade edilmiştir²²¹.

d- Yine örneğin, dava şartı arabuluculuğa tabi davalarda uzlaşamadığına dair belgenin ya da tasarrufun iptali davasında aciz vesikasının yokluğunun sistem tarafından tespiti mümkün kılınabilir. Elbette burada özellikle uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığının ayırımını sistemin nasıl yapacağı sorusu gündeme gelecektir. İlk önerimizde belirttiğimiz üzere arabuluculuğa tabi davaların sisteme liste halinde yüklenmesi ve dava dilekçesinin sisteme

218 Kıyak (n 79) 93.

219 Örneğin bir boşanma davasında "terk" kelimesinin geçmesi halinde dosyada terk anlamında ifade ve açıklamalar olsa da durumun teknik anlamda terk sebebiyle boşanmanın şartlarını taşıyıp taşımadığını yine hâkim değerlendirebilir, ibid 101.

220 Akkaya (n 10) 299.

221 Kıyak (n 79) 102; Doktrinde senetle ispat sınırının aşılmayıp aşılmadığı, ispat yükünün kime ait olduğu gibi hususların da yapay zekaya bırakılabileceği yerinde olarak ifade edilmiştir, Kıyak (n 79) 107. İlk etapta usulî eksikliklerin tespiti ve tamamlanması için kullanılabilmesini düşündüğümüz yapay zekanın insan hâkimin tecrübe ve yorumuna ihtiyaç duyulan ispat yükünün kimde olduğunun ya da kesin delille ispat kuralının uygulanıp uygulanmayacağını ve bunun istisnalarından birinin olup olmadığının tespitinde yakın gelecekte kullanılamayacağını düşünüyoruz.

işlenmesi halinde vakıfalar ve talep sonucundan çıkarım yapabilen bir yapay zeka sayesinde bu tespit yapılabilir²²². Dava şartı arabuluculuğa tabi davalar bakımından, eğer arabuluculuk safhası tüketilmişse, tarafların uzlaşmadığına ilişkin belgenin UYAP'a yüklenmesi tarafa/vekile bırakılmayıp belgenin UYAP ile entegre biçimde oluşturulacak bir sisteme ilgili arabulucu tarafından yüklenmesi ile süreç hızlandırılabilir.

3. Doktrinde katıldığımız görüşe göre tarafların ve ilgililerin dava ve çekişmesiz yargı işinden haberdar olmasını sağlamak üzere UYAP üzerinden dava açıldığında davalı hemen mevcut iletişim bilgileri ile (telefon, email, PTT vasıtası ile) davadan haberdar edilebilir ve davalı cevabını sistem üzerinden verebilir. Burada hâkim henüz sürece dahil olmadan dosyanın yargılamaya hazırlanması söz konusu olacaktır²²³. Doktrinde tensip zaptının da belli bir aşamadan sonra sistem tarafından oluşturulabileceği ifade edilmiştir²²⁴.
4. Doktrinde, yapay zekanın yargı sürecinde kullanılabilmesi alanlara örnek olarak davaların birleştirilmesi, ayrılması, ön sorun, bekletici sorun gibi konular da verilmiştir²²⁵. Kanımızca, sadece hâkimin önündeki dava ile bağlantısı olan ve birleştirme ya da bekletici mesele yapma kararına konu olabilecek derdest dava ve işlerin tespiti noktasında sadece şekli anlamda kesinleşmiş kararlardaki değil derdest dosyalardaki verilere de ulaşabilen ve bunları analiz edebilen yapay zeka ve büyük veriye ihtiyaç söz konusudur. Tahkikat aşamasında sayısal hesaplamalar gibi teknik konularda yapay zekanın kullanılabilmesi düşünülse de²²⁶ hakimın takdir yetkisine ihtiyaç olan bazı hallerde, örneğin senetle ispat kuralının HMK m.203'te yer alan istisnalarından birinin olup olmadığı ya da yargı içtihatları ile yaratılmış olan "hayatın olağan akışına aykırılık"²²⁷ halinin istisna olarak ya da

222 Benzer şekilde Dişel (n 93) 269; iş yargılaması ile başlayan daha sonra ticari alacak davaları ve tüketici davaları ile devam eden "dava şartı arabuluculuk" düzenlemelerinin kapsamı 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 5.4.2023-32154) m.37 ile genişletilmiş ve sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına giren önemli davalar bakımından da arabulucuya başvuru dava şartı haline getirilmiştir.

223 Dişel (n 93) 263-264.

224 ibid 268.

225 Dişel (n 93) 270; Kıyak (n 79) 103-104.

226 Dişel (n 93) 270.

227 Örneğin, "... somut olayda, davacının belgede belirtilen miktarda parayı borç olarak verecek malî gücünün bulunmadığı, davalıların miras bırakanının da bu miktarda borç almasını gerektirecek herhangi bir durumunun mevcut olmadığı da savunulmuş ve buna ilişkin deliller toplanmıştır. İşçi emekli eşi olduğu dosya kapsamından anlaşılan davacının, herhangi bir işinin, gelirin ve malvarlığının bulunduğu kanıtlanamamıştır. Davalıların miras bırakanının ise, 1982 yılından itibaren oto tamirhanesi işlettiği, gayrimenkullerinin ve özel otomobilinin bulunduğu, kira geliri elde ettiği, buna ilişkin resmi yazı cevaplarıyla sabittir. Bu durumda, davacının davalıların miras bırakanına 1.08.1997 tarihinde 10 milyar TL borç para vermesi hayatın olağan akışına da uygun düşmemektedir. Yukarıdaki açıklamalar ve somut olayın değerlendirilmesi özellikleri gözletildiğinde, davalıların savunmasının tanıkla kanıtlanması usulen mümkündür"; Yargıtay HGK E 2002/13-177 K 2002/206, 20.03.2002; "Somut olayda, davacı/borçlu, emre yazılı 42.000 TL bedelli bonoda yer alan imzasını inkâr etmiş değildir. Senet sebepten mücerret olmakla, davacının ileri sürdüğü iddiaların varlığını yazılı delille ispat yükü altında olduğunun kabulü gereklidir. Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler esnasında bir kısım üyelerce, davacı iddiasının "hile" unsuruna dayandığı, bononun kendisine hile ile imzalandığını ileri sürmesi nedeniyle bu hile olgusunu tanıkla ispatlamasının mümkün olduğu, ancak dinlenen davacı tanıklarının beyanlarıyla "hile" iddiası kanıtlanmadığından ispat edilemeyen davanın bu değişik gerekçeyle bozulmasının gerektiği ileri sürülmüştür. Bazı üyeler tarafından ise, hayatın olağan akışına uygun düşmeyen davalı savunmalarına itibar edilemeyeceği, somut olayın gelişim evreleri nazara alındığında ispat külfetinin terse döndüğü, davalının davacıya 20 yıl önce borç para verdiğini ispatlamasının gerektiği, oysa ileri sürülen davalı iddialarının tarafların dosyaya yansıyan durumları ile hayatın olağan akışına uygun olmadığı, bu nedenle yerel mahkeme direnme kararının onanmasının gerektiğini belirtmişler ise de,

ispat yükünün yer değiştirmesine sebep bir unsur olarak uygulanıp uygulanmayacağı bakımından, yargay zekanın kullanılamayacağını düşünüyoruz.

5. Yapay zekanın yargılama hukukunda kullanılması ve UYAP'ın geliştirilmesi ile paralel bir şekilde hatta bunun öncesinde yapılması gereken şey ise HMK'nın bu gelişmelere hazır hale getirilmesidir. Yukarıdaki önerilerimize ek olarak özellikle küçük uyuşmazlık (small claim) olarak adlandırılan bazı çok karmaşık olmayan ve/veya küçük meblağlı uyuşmazlıklar bakımından ortak bir yargılama ya da uyuşmazlık çözüm sisteminin kurulması ihtiyaç dahilindedir. Belli değerler altındaki uyuşmazlıkların basit yargılama usulüne tabi kılınması dahi amaçlanan etkinliği sağlamaktan uzaktır. Bu nedenle belli değerler altındaki uyuşmazlıklar için kendine özgü bir prosedürün getirilmesi daha etkili olacaktır²²⁸.
6. Kanımızca, kira, kat mülkiyeti, elektronik ticaret, komşuluk hukuku uyuşmazlıkları ve bazı basit çekişmesiz yargı işleri (örneğin kişisel durum sicilindeki kayıtların değiştirilmesi, mirasçılık belgesi verilmesi), belli bir miktarın altındaki trafik kazalarından kaynaklı malvarlığı zararlarına ilişkin uyuşmazlıklar için yargılamanın tamamen çevrimiçi başlayıp yürütüleceği, gerekli görülen hallerde fiziki duruşmanın yapılmasına karar verilebileceği bir çevrimiçi mahkemenin kurulması faydalı olacaktır. Böyle bir mahkeme kurulurken uyuşmazlık türü ve değerine ilişkin bir sınıflandırma yapılabilir. Ancak bu sınıflandırmaya göre belirlenen uyuşmazlıkların tamamı bakımından tek bir sistemin uygulanması önemlidir. Bu sistemde yer alacak uyuşmazlıkların belirlenmesi yönünden uyuşmazlıkların çeşitli açılardan ayrıntılı şekilde kategorize edilmesine yönelik çalışmalar önem arz etmektedir.

Belirtilen usul oluşturulurken zaten pek çok uyuşmazlık bakımından zorunlu olarak öngörülen arabuluculuk bir ilk aşama olarak öngörülebilir. Sonrasında ise mahkeme²²⁹ ya da tahkim yolu seçilebilir²³⁰.

Hangi yol seçilirse seçilsin yapılmasını önerdiğimiz şey prosedürün başında özellikle usuli eksiklikler bakımından taraflara yol gösteren rehberlerin, sistem üzerine saklanmış yönlendirmelerin ya da yardımcı gerçek kişilerin (case manager) olabilmesidir. Bir adım öteye gittiğimizde takip eden adım olarak mahkeme yolu seçilirse de hâkime sadece usuli eksiklikler bakımından değil yargılamada vakıa ve delillerin toplanması, duruşmaların icrası, taraflarla iletişim kurulması bakımından da alan bırakılmalı hâkimin davayı aydınlatma ödevinin en etkin şekilde kullanımına hatta genişletilmiş haline izin verilmelidir²³¹.

çoğunluk tarafından bu görüşler yukarıda açıklanan kambiyo hukuku ilkeleri nazara alınarak kabul edilmemiştir. O hâlde, davacı tarafından imzalanan bononun bedelsizlik iddiasının yazılı delille ispat edilmesi zorunlu olduğundan, Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu tarafından benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." Yargıtay HGK E 2013/19-1155 K 2014/660, 14.05.2014, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 13/05/2023).

228 Yıldırım ve Gül (n 25) 1341; Mıdık (n 10) 24-25.

229 Bu basitleştirilmiş yöntem için sulh hukuk mahkemesinin görevli kılınması yönünde bkz. Yıldırım ve Gül (n 25) 1350.

230 Doktrinde, uygulamadaki örneklerden de yola çıkılarak çevrimiçi mahkemenin iradi olması gerektiği belirtilmiştir, Menashe (n 57) 926.

231 Aynı yönde Yıldırım ve Gül (n 25) 1349; Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*,

7. Oluşturulacak sistemde kanun yolu ayrıca ve özel olarak düzenlenmelidir. Eğer nihai çözüm hakemlere bırakılırsa iptal davası düşünülebilir ya da sistemde nihai kararı mahkeme verirse istinaf kanun yolu, karşılaştırmalı hukuk örneklerinde olduğu gibi, izne tabi kılınabilir²³².
8. Doktrinde, uygulamadaki örneklerden de yola çıkılarak çevrimiçi mahkemenin iradi olması gerektiği belirtilmişse de²³³ kanımızca böyle bir ayırım yapılması ihtiyaç dahilinde değildir. Tüketici, kiracı, işçi gibi zayıf konumda addedilen grupların korunması için ayrıca maddi hukuk kuralları mevcuttur. Tarafların avukat ya da avukat dışında kişiler tarafından (örneğin, TBK m. 214) temsilinin kısıtlanması ya da izne tabi tutulması da zayıf konumda olan kişiler dikkate alınarak ayrıca düzenlenmelidir.
9. Karşılaştırmalı hukuk örneklerinde olduğu gibi başvuru UYAP üzerinden kurulacak sisteme çevrimiçi olarak yapılabilir. Sisteme girişte kişiye özel hesap açılması sağlanabilir. Hesap açan ve sistemde işlem yapan kişinin kimliğinin tespiti bakımından e-devlet şifresi kullanılabilir. Bunun yanı sıra parmak izi ya da yüz tanıma sistemi ile sisteme giriş yapılması ve sistemde ilerlenmesi de sağlanabilir. Kimlik tespiti için, yapılan her işlemde kişiye ait e-mail ya da telefon numarasına tek kullanımlık mesaj gönderilmesi mümkün kılınabilir.
10. HMK m. 149'daki "Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla veya Başka Yerde Duruşma İcrası" hükmüne göre hali hazırda taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine imkân tanınmıştır. Burada fiziken yürütülen bir duruşmaya maddede sayılan kişilerin internet aracılığıyla uzaktan katılımı sağlanmaktadır. Önceki maddelerde önerdiğimiz küçük uyuşmazlıkların çözümü için özel bir uyuşmazlık çözüm sistemi kurulması durumunda ise, duruşma yapılması istisnai olmalı ve duruşma yapılmasına karar verilirse her iki tarafın ve vekillerinin, müdahilin, tanığın ve hakemin ya da hâkimin de fiziken bir arada olmadan duruşmanın icra edilmesi mümkün kılınmalıdır. Bu noktada pandemi döneminde sıkça kullanılan çevrimiçi toplantı programları kullanılabileceği gibi UYAP üzerinden benzer bir toplantı ve kaynak paylaşım programı da kurulabilir²³⁴.

KAYNAKÇA

- Abanoz B, 'Hukuki Bilgiye Dijital Erişim' 2020, 26 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 190.
- Akkan M, 'Medeni Usûl Hukukunda Etkin Hukuki Koruma', 2007, 1, 58.
- Akkaya T, 'Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' *Dijital Çağda Medeni Yargı* (Adalet 2022).
- Aktaş A, 'Kadınların Adalete Erişimi: Bir Adalete Erişim Meselesi olarak Adli Yardım', (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2022).

(2. Baskı, Adalet 2019) 160.

232 Aynı yönde Yıldırım ve Gül (n 25) 1349; Almanya örneği için bkz. Yıldırım ve Gül (n 25) 1343; İngiltere örneği için bkz. İç I - B - 2 - c.

233 Menashe (n 57) 926.

234 Çin Halk Cumhuriyeti'nin 30/10/2022 tarihinde ilk kez duruşmada metaverse kullandığına ilişkin bkz. <https://en.pingwest.com/w/10840> (Erişim Tarihi: 26/03/2023).

- Aktepe Artık S, 'İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı,' 2018, 134, TBB Dergisi 258.
- Alangoya Y, *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, (1. baskı Fakülteler 1979).
- Albayrak H, *Tebliğat Hukuku* (1. Baskı, Seçkin 2021).
- Albayrak H, 'Mukayeseli Hukuk ve Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebliğatın Yapılmış Sayıldığı Tarih' 2021, 29 (3) SÜHFD, 2415.
- Angwin J, Larson J, Mattu S and Laurin Kirchner, 'Machine Bias' 2016, https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing#disqus_thread.
- Arslan ve diğerleri *Medenî Usul Hukuku*, (8. Baskı Yetkin 2022)
- Arslan A.Z, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi*, (Adalet 2012).
- Arslan A.Z, 'Doğrudanlık İlkesi', 2014, 4 (2) SDÜHFD, 133.
- Aslan A. Ç, 'Dijital Çağda Avukatlık' iç Muhammet Özekes (ed), *Dijital Çağda Medeni Yargı* (Adalet 2022) 383.
- Atalı M, Ermenek İ ve Üçüncü S. H, *Tebliğat Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2021).
- Aydemir D ve Kaya S, 'Çevrimiçi (Online) Tahkime İlişkin Güncel Meseleler ve Küresel Salgın Döneminde Tahkim' 2022, 11 (1) Uluslararası Ticaret Ve Tahkim Hukuku Dergisi, 1.
- Ayvaz S.T, 'Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu' 1999, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları, 759.
- Bilgin H, 'Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış Ve Robot Hâkimler Hakkında Düşünceler', 2022, 13 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 405.
- Bostrom N and Yudkowsky E, 'The Ethics of Artificial Intelligence' in William Ramsey and Keith Frankish (eds), *Draft for Cambridge Handbook of Artificial Intelligence* (Cambridge 2011).
- Börü L, 'Elektronik Tebliğat', 2020, 10 (1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 183.
- Budak A.C, 'Alangoya'ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi' 2019 6 (2), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33.
- Budak A.C ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (5. Baskı, Filiz 2021).
- Budhwar P, Malik A, De Silva T and Thevisuthan P, 'artificial intelligence – challenges and opportunities for international HRM: review and research agenda' 2022, 33 (6) The International Journal Of Human Resource Management, 1064.
- Canatan B, 'Med-Arb Yönteminin Getirdiği Olumsuzluklar ve Gizlilik Sorununa Yönelik Bazı Med-Arb Modelleri' 2023, 9 (1) AndHD, 81.
- Chatziathanasiou K, 'Beware the Lure of Narratives: "Hungry Judges" Should Not Motivate the Use of "Artificial Intelligence" in Law 2022, 23 (4) German Law Journal, 452.
- Christian G, 'Predictive Coding: Adopting and Adapting Artificial Intelligence in Civil Litigation, 2019, 97 (3) La Revue Du Barreau Canadien, 486.
- Contini F, 'Artificial Intelligence and the Transformation of Humans, Law and Technology Interactions in Judicial Proceedings' 2020, 2 (1) Law, Technology And Humans, 4.
- Çamkerten A.S, 'Hukuk Analitiği', 2023, 6 (1) NEÜHFD 234.
- Çetindağ F, Türk Anayasal Sisteminde Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması Bağlamında Kamu Düzeni, (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2004).
- Çiftçi P, 'Medenî Yargılama Hukuku Açısından Hak Arama Özgürlüğünün (Anayasa m.36) Sınırlandırılması Sorunu', 2016, 12 (34) 361.

- Danzinger S, Levav J and Avnaim-Pesso L, 'Extraneous Factors in Judicial Decisions' 2011, 108 (17), Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, <https://www.pnas.org/doi/pdf/10.1073/pnas.101.803.3108>, 6889.
- Dijkstra J, 'Legal Knowledge-based Systems: The Blind Leading Sheep?' 2001, 15 (2), International Review of Computers&Technology, 119.
- Dişel B, 'Medeni Yargıda Yapay Zeka Ve Yenilikçi Yöntemlerle Uygulamalar' iç Muhammet Özkes (ed), *Dijital Çağda Medeni Yargı* (Adalet 2022) 245.
- Dreyfus H and Dreyfus S, 'Why Computers May Never Think Like People', in Readings In The Philosophy Of Technology (David M. Kaplan 2009) 375, naklen Zoe Niesel.
- Dülger M.V, 'Günümüz Yapay Zeka Teknolojisi ve 'Robot Yargıç/Avukat' Gerçeği: Mesleğimiz Elimizden Gidiyor Mu?', 2018, 5, HPlus Dergisi, <https://www.researchgate.net/publication/322789785>, 4.
- Dymitruk M, 'Artificial Intelligence as a Tool to Improve the Administration of Justice?' 2019, 8 (2), ACTA Univ. Sapientiae, Legal Studies, 179.
- Dymitruk M, 'Right To A Fair Trial In Automated Civil Proceedings', 2019, 13 (1), Masark University Journal Of Law And Technology, 27.
- Efe A, 'Yargısal ve Hukuki Süreçlerde Yapay Zekâ Kullanan Araçlar Üzerine Bir Araştırma' 2022 5 (1) Bilgi Yönetimi Dergisi 92.
- Erdoğan G, 'Yapay Zekâ Ve Hukukuna Genel Bir Bakış' 2021, 66, Adalet Dergisi, 117.
- Erdönmez G, 'Medeni Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr.) *Medeni Usul Hukuku, C. I* (15. baskı, Onikilevha 2017).
- European Bank, From Digitisation to Digital Transformation: A Case for Online Courts in Commercial Disputes, 2020 Draft Discussion Paper.
- Gayretli A.S, 'Medeni Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma', 2017, 19 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaşa Armağan, 2101.
- Giuffrida I, Lederer F and Vermerys N, 'A Legal Perspective On The Trials And Tribulations Of AI: How Artificial Intelligence, The Internet Of Things, Smart Contracts And Other Technologies Will Affect The Law' 2018, 68 (3) Case Western Reserve Law Review, 746.
- Goudge A, 'Administrative Law Artificial Intelligence And Procedural Rights' 2021, 42 Windsor Review of Legal and Social Issues, 17.
- Gülen M ve Ömürgülenşen U, 'Türkiye'de e-İmza Alanındaki Hukuki Düzenlemeler ve Bazı Kamu Kurumlarındaki e-İmza Uygulamaları', 2011, 1, Sosyo Ekonomi 197.
- Hanağası, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi* (1. baskı Yetkin 2016).
- Hasırcı H, 'Medeni Usul Hukukunda Yapay Zeka' iç Erdem Büyüksağış (ed) *Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka*, (Onikilevha 2022), 399.
- Ignacio O.G, 'Online Courts: Bridging the Gap Between Access and Justice' <https://student-journals.ucl.ac.uk/laj/article/1214/galley/1179/view/>, 24.
- Kale S, 'Ses ve Görüntünün Nakledilmesi Yoluyla Duruşmanın İcrası (HMK md. 149)', 2013, 25 Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, s. 141.
- Karaaslan V, *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, (2. Baskı, Adalet 2019).
- Karaosmanoğlu G.V, 'Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi' 2022, 8 (1) 71.
- Katsh E and Rabinovich-Einy O, *Digital Justice, Technology and The Internet of Disputes* (Oxford University Press 2017).

- Kaya S, 'Access To Justice For Consumers In Turkey: The Need For Enhancing Consumer Dispute Resolution Through Online Dispute Resolution' 2022, XXVI (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 225.
- Kıyak E, 'Büyük Veri ve Yapay Zeka Teknolojileri İle Adım Adım Zeki UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru' 2020, 22 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 79.
- Kıyak E, 'Duruşmada Etkinlik Kazanan Yargılama İlkeleri ile Usuli Müktesep Hak Işığında Türk Hukuk Yargılamasında Eşzamanlı Ses ve Görüntü Aktarımıyla Duruşma Yapılmasının Olması Gereken Sınırları' 2021, 16 (205) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1453.
- Konstantin C, 'Beware the Lure of Narratives: "Hungry Judges" Should Not Motivate the Use of "Artificial Intelligence" in Law 2022, 23 (4) German Law Journal, 452-464.
- Köksal M, *Açıklamalı – İçtihatlı Tebligat Kanunu ve İlgili Mevzuat* (1. baskı, Legal 2018).
- Kurt Konca N, *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi* (1. baskı Adalet 2009).
- Luz de Araujo P.H, de Campos T.E, Ataiades Braz, F and da Silva N.C, 'VICTOR: a Dataset for Brazilian Legal Documents Classification', 2020, Proceedings of the 12th Conference on Language Resources and Evaluation (LREC) 1449, 1449, <https://aclanthology.org/2020.lrec-1.181.pdf>.
- Menashe D, 'A Critical Analysis of the Online Court' (2018) 39 (4) Legal Scholarship Repository, 921.
- Meriç N ve Arslanpınar Tat T, 'Elektronik Ortamda Duruşma ve Diğer Yargı Faaliyetlerinin İcrası', iç Muhammet Özkes (ed), *Dijital Çağda Medeni Yargı* (Adalet 2022) 189.
- Mıdık B, *Sorularla Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri*, (Onikilevha 2021).
- Mıdık B, 'Teknolojik Gelişmeler Işığında Hukuk Yargılamasını Yeniden Düşünmek: Otomasyondan Köklü Dönüşüme' 2022, 25-26, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 63.
- Niesel Z, 'Machine Learning And The New Civil Procedure', 2020, 73 (3) 492, <https://scholar.smu.edu/smulr/vol73/iss3/8/>, 492.
- Nunes D, 'A Technological Shift In Procedural Law (From Automation To Transformation): Can Legal Procedure Be Adapted Through Technology?' 2020 11 (3) Civil Procedure Review, 11.
- Özmumcu S, 'Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları 2020 78 (2), İstanbul Hukuk Mecmuası, 431.
- Özmumcu S, 'Arbuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü Ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi', 2019, 10 (1) İnÜHFD, s. 262.
- Öztek S, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 İnci Maddesi ile Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler' 2021, 1 (66) Adalet Dergisi, 641.
- Pekcanitez H ve diğerleri, iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Medeni Usul Hukuku, C. I* (15. baskı, Onikilevha 2017).
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özkes M, *Medeni Usul Hukuku* (10. Baskı, Onikilevha 2022).
- Raymond A.J, *Managing Bias Partiality and Dependence in Online Justice Environments*, (PhD Submission 2019) <https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/72859>.
- Reiling D, 'Courts And Artificial Intelligence, International Journal For Court Administration, 2020, 11 (2) <https://iaajournal.org/articles/10.36745/ijca.343#2-artificial-intelligence.1>.
- Rusakov E.P, 'Integration Of "Smart" Technologies In The Civil Proceedings Of the People's Republic Of China', 2021, 25 (3) RUDN Journal Of Law, 622.
- Say C, *50 Soruda Yapay Zeka* (Bilim ve Gelecek Kitaplığı 2018).
- Sayar İ.B, 'Adalet Erişim Hakkı Bağlamında Yargı Harçları', Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2018).

- Soukupová J, 'AI-Based Legal Technology: A Critical Assessment Of The Current Use Of Artificial Intelligence In Legal Practice' 2021, 15 (2), Masaryk University Journal of Law and Technology, <https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/14504>, 279.
- Spitsin I.N, 'Juridification Of Concept "Artificial Intelligence" And Limits Of Using Its Technology In Litigation, 2022, 134, Web of Conferences, Euro-Asian law Congress 2021, 1.
- Surden H, 'Artificial Intelligence and Law: An Overview', 2019, 35 (4) Georgia State University Law Review, 1305.
- Susskind, *Online Courts and the Future of Justice* (Oxford University Press 2019).
- Susskind R and Susskind D, *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts* (Oxford University Press 2015).
- Sümer S.Y, 'Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hâkim' 2021, 23 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1543.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku, C. 1*, (3. baskı, Yetkin 2020).
- Taşpınar Ayvaz S, 'Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu' 1999, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları 759.
- Themeli E, 'AI as the Court: Assessing AI Deployment in Civil Cases' 2021, n K. Benyekhlef (ed), AI and Law, 213.
- Turan T, Kemalöğlü N, ve Küçükşille E.U, 'Hukuk'ta Yapay Zeka: Çalışmalar ve Gelecek Öngörüler', 2020, 11 (2), Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi 11 (2), 246.
- Tzafestas S. G, 'Ethics And Law In The Internet Of Things World', 2018, 1, Smart Cities, 98.
- Ulusan B, 'Medeni Yargılama Hukukunda Tanığın E-Duruşma İle Dinlenilmesi ve Kişisel Verilerin Korunması: Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme' 2022, 163, TBB Dergisi, 155-189.
- Yıldırım M.K ve Gül M.A, Küçük Uyuşmazlıkların (Small Claims) Kendine Özgü Bir Prosedür Dâhilinde Çözümlemesine İlişkin Düşünceler, 2021 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi 27 (2)1334.
- Yılmaz O. G, 'Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?' 2021, Adalet Dergisi 66, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/62377/940417>, 379.
- Yılmaz İ, Sözer C ve Elver E, 'Yapay Zeka ile ilgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği Ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme' 2021 66, Adalet Dergisi, 445.
- Zhurkina O, Filippova E and Bochkareva T, 'Digitalisation of Legal Proceedings: Global Trends 2020 (171) Advances in Economics, Business and Management Research, 119.

İnternet Kaynakları

<https://e-justice.europa.eu/>

<https://ecommons.cornell.edu/>

<https://www.gov.uk/>

<https://student-journals.ucl.ac.uk/>

<https://uncitral.un.org>

<https://eur-lex.europa.eu/>

<https://www.wolterskluwer.com/>

<https://rm.coe.int/>

<http://www.lawlink.nsw.gov.au/>

<https://lawreform.glueup.com/>

<https://www.techspot.com/>

<https://www.michbar.org/>
<https://www.lexisnexis.ca>
<http://www.ezhejiang.gov.cn/>
<https://www.justice-ni.gov.uk/>
<https://europa.eu/>
<https://civilresolutionbc.ca/>
www.ibm.com
www.infoworld.com
www.dergipark.org.tr
www.wired.co.uk
www.pnas.org
www.suleymantopak.av.tr
www.washingtonpost.com
<https://qmro.qmul.ac.uk/>
www.kirasystems.com
<https://help.casetext.com>
<https://lexmachina.com/>
www.legalzoom
www.donotpay.com
<https://en.pingwest.com>
www.dahaiyiyargi.org
www2.gov.bc.ca
www.bclaws.gov.bc.ca
<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>
<https://www.judiciary.uk/>
www.allenoverly.com
www.lawnnext.com
<https://www.propublica.org/>
<https://www.proofpoint.com/us/>
<https://www.luminance.com/>
<https://predictice.com/>

Limited Ortaklıklardaki Veto Hakkı ve Veto İşleminin Hükümsüzlüğüne Dair İncelemeler

Reviews on the Veto Right in Limited Companies and the Invalidity of the Veto Proceeding

Muhammed SULU* 

ÖZ

Limited ortaklıkları şahıs şirketlerine yaklaştıran bir düzenleme olan veto hakkı, mevzuatımızda detaylı olarak düzenlenmemiştir. Şirket sözleşmesi ile belirli veya belirlenebilir ortakların şahsına bahşedilebilecek bu hakkın gelişimine mevcut sistemde içtihat ve doktrinin yön vermesi beklenmektedir. Bu hususta İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme yol gösterici mahiyettedir. Sözleşmesel yenilik doğuran ve yönetsel müktesep hak niteliğindeki veto hakkının genel hatları ortaya konduktan sonra bu hakkın anonim ortaklıklar bakımından uygunluğu da tartışılmalıdır. Bunlara ilaveten makalenin cevap aradığı en temel sorular; veto hakkının hukuka uygun olarak kullanılmasının şartları ile özellikle hakkın kötüye kullanılması ve sadakat borcuna aykırılık bağlamında veto işleminin geçersiz kılınıp kılınmayacağı, geçersiz kınması halinde ise mevcut genel kurul kararına etkisinin ne olacağıdır.

Anahtar Kelimeler: Limited Ortaklık, Genel Kurul, Veto Hakkı, Hakkın Kötüye Kullanılması, Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü.

ABSTRACT

The veto right, which brings limited companies closer to personal companies, has not been regulated in detail under Turkish Law. In the current system, it is expected that the development of this right, which can be granted to particular or determinable partners under the company agreement, will be guided by case law and doctrine. In that regard, the regulation stipulated in the Swiss Code of Obligations serves as a guiding principle. After establishing general aspects of the veto right, which is a contractual formative right and executive vested right, the suitability of this right for joint stock companies should also be discussed. Additionally, the basic questions this article seeks to answer are the conditions under which this right should be exercised lawfully, whether it is possible to invalidate the veto right particularly due to its usage in bad faith and breach of the duty of loyalty, and in case of invalidity, such result's impact on the validity of the general assembly resolution.

Keywords: Limited Companies, General Assembly, Veto Right, Abuse of Right, Obligation of Care and Loyalty.

* Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0001-9634-2272

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Muhammed SULU

E-posta/E-mail: msulu@29mayis.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 29.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 04.07.2023

GİRİŞ

Sermaye şirketlerinden biri olmasına rağmen şahıs şirketleri özelliklerini de bünyesinde barındıran limited şirketler mevcut uygulamamızda en sık tercih edilen şirket türüdür. Bu durumun sebeplerinden biri de kanun koyucunun şirket sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesi hususunda limited şirketler için daha cömert davranmış olmasıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 577. maddesinde belirtilen hususlar, şirket sözleşmesinde öngörülmesi halinde bağlayıcı olacaktır. Bunlardan biri de limited şirketleri şahıs şirketlerine yaklaştırıp ortakların şahıslarının önemini artıran veto hakkıdır. Bu hakkın şirket sözleşmesinde belirli veya belirlenebilir ortaklara tanınması ile birlikte ilgili ortakların, hangi nisap ile alınırsa alınsın veto hakkını yönelttikleri karar önerisinin reddini sağlama veya belirli şartlarda genel kurul kararlarını etkisiz kılma imkânları söz konusu olmaktadır. Alman hukukunda olduğu gibi ayrı bir kanun ile düzenlenmese de, Türk şirketler hukuku uygulamasında sayı itibarıyla en önemli şirket türü olan limited ortakların karar alma süreçlerindeki bu önemli hakkın niteliği, türleri, benzeri kurumlardan farkları ve mehzaz hukuktaki düzenlemesinin irdelenmesi çalışmanın başlıca amaçlarındandır.

Limited ortaklık, Alman kanun koyucusunun 19. yüzyılın sonlarında, özellikle Alman devletinin kendi sömürgelerindeki ticari faaliyetlerini ihtiyaçları doğrultusunda sürdürmesi amacına matuf olarak *ürettikleri* bir şirket türüdür¹. Nitekim Hirsch'in özlü bir şekilde ifade ettiği üzere, ticaret hukuku, "bizzat hayatın ve insanların ihtiyaçlarının tetkik ve müşahedesi" ile kaim olan bir ilimdir². Ortakların sorumluluğunun sınırlı olması ve şirketin teşkilatının anonim ortaklığa göre sade ve basit olması nedeniyle hızla yaygınlaşan limited ortaklıklar, zamanla kolektif şirketin yerini almış ve uygulamada en çok tercih edilen şirket türü olmuştur³. Diğer ülkelerde de oldukça yaygınlaşan limited ortaklık, günümüzde dahi Almanya'nın en kayda değer "hukuki ihracatı" olarak nitelendirilmektedir⁴.

Limited şirket sözleşmelerinin somut ticari iş ve ilişkiler bağlamında şekillendirilmesi anonim ortaklığa nispetle daha kolaydır. Nitekim limited ortaklıkları, şahıs şirketlerine yaklaştıran mahiyette kurgulamak mümkündür. Ortakların bizatihi şahıslarına bağlı bazı hak ve yetkilerin tanınması da bu şahsi yapılanmanın gereklerinden olabilir. İşte ortağın şahsına özgü olan veto hakkı ile genel kurulda alınan bir kararın reddinin olanaklı kılınması da hukukumuzda sermaye şirketlerinden yalnızca limited ortaklıklara tanınmış bir imkandır. Söz konusu hak ile bir taraftan somut limited ortaklıkların karakteristik yapıları korunurken, diğer taraftan limited ortaklık genel kurulunun karar alma süreçlerinin tikanıp genel kurulun işlevsiz kılınmasına sebep olunabilir. Bu itibarla limited

- 1 Hayri Domaniç, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, TTK Şerhi-III (Temel 1989) 23; Oğuz İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (11. Bası, Filiz 1996) 498; Ersin Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (Vedat 2020) 3; Murat Alışkan, *Limited Şirket Tarihçe Niteliği* (Legal 2013) 4 vd.
- 2 Ernst E. Hirsch, *Türk Ticaret Kanununun Esaslarına Göre Ticaret Hukuku* (Cihan 1935) 7.
- 3 Halil Arslanlı, 'Limited Şirketler Hukukuna Genel Bir Bakış' (1962)1(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 433, 433; Meredith R. Miller, 'The New York Limited Liability Company Law at Twenty: Past, Present & Future' (2015)31(3) Touro Law Review 403, 403; Elif Akıncı, 'Tarihsel Perspektifte Limited Şirket Kavramı' (2018)76(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 481, 487.
- 4 Michael Beurskens and Ulrich Noack, 'The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?' (2008)9(9) German Law Journal 1069, 1070.

ortaklıkta kabul edilecek veto hakkının sınırlarının ve kapsamının belirlenip bu hakkı da içinde barındıran karar alma süreçlerine ilişkin mekanizmaların limited ortaklığın menfaatlerine uygun bir şekilde kurgulanması önem arz eder.

Veto hakkının genel kurul toplantısında kullanılması ile birlikte karar önerisi, olumsuz oylar daha fazla olmasa dahi, fazlaymış gibi reddedilir. Şartların uygun olması neticesinde genel kurul toplantısından sonra kullanılan veto hakkı ile birlikte ise, genel kurulda alınan olumlu karar, olumsuz yönde alınmış gibi hüküm doğurur. Genel kurulda alınan kararların belirli şartlar dahilinde mahkemece iptaline veya butlanının tespitine karar verilebilmektedir. Veto hakkı ile alınan genel kurul kararının veya karar önerisinin reddine ilişkin *olumsuz kararın* hukuka aykırılıklar içermesi durumunda akibetinin ne olacağına ilişkin değerlendirmelerde bulunmak da çalışmanın amaçlarından biridir. Zira doktrinde tartışılan veto hakkının geçersizliği ile çalışmada tartışılması amaçlanan veto hakkı kullanılarak alınan kararın geçersizliğini birbirinden ayırmak ve ikincisi üzerinde yoğunlaşmak daha uygun olacaktır. Son olarak, anonim ortaklıklar bakımından veto hakkının genel olarak değerlendirilip sözleşmesel veto hakkının oluşturulup oluşturulamayacağı ve mezkûr ortaklıklar için bu hakka ihtiyaç olup olmadığı çalışmada cevap aranacak diğer soruları oluşturmaktadır.

I. GENEL OLARAK VETO HAKKI

Sözlük anlamı itibarıyla veto; “Karşı çıkma, engelleme, reddetme”, veto hakkı ise; “Belli bir alanda yetki sahibinin öneri veya kararı reddetme hakkı” şeklinde ifade edilmektedir⁵. Hukuki anlamda veto hakkı, sahibine; hukuki bir işlemin doğumuna engel olma veya doğmuş hukuki işlemi durdurma ve sona erdirmeye yetkisi veren kişisel bir hak mahiyetindedir. İlgili hukuki işlemin tamamlanmasından önce veto hakkını kullanan kişi, tek taraflı irade beyanı ile işlemi durdurmuş olur. Şirketler hukuku bağlamında ise veto hakkından; usulüne uygun olarak alınmış genel kurul kararını, ortağın tek taraflı irade beyanı ile etkisiz bırakmak veya kurula yapılan önerinin yine tek taraflı irade beyanı ile reddedilmesi anlaşılır. Şahıs şirketlerinde kural olarak tüm yönetici ortakların sahip olduğu bu hakkın ihdasına anonim ortaklıklarda cevaz verilmemiş, limited ortaklıklarda ise şirket sözleşmesinde açıkça düzenlenmesi şartı ile izin verilmiştir. Esasen şahıs şirketlerinin karakteristik özelliklerinden biri olan veto hakkına sermaye şirketlerinde kanun koyucunun temkinli yaklaşması teorik düzlemde makul bir durumdur. Zira ortakların kişisel özelliklerinden ziyade sermayenin önem arz ettiği ve ortaklığın borçlarından dolayı kural olarak kişisel sorumluluğun bulunmadığı limited ve anonim ortaklıkların karar alma süreçlerine ortakların zaten ilgisiz kalmaları beklenebilir. Fakat uygulamada – mevcut anonim ortaklıkların % 95’ini oluşturan – kapalı tip anonim ortaklıklarda ve limited ortaklıklarda bilakis ortakların kişisel özelliklerinin büyük önem taşıdığı ve mezkûr kişisel özelliklerin farklılığından dolayı ortaklar arasında şirkete de zararı dokunan ihtilafların yaşandığı sıklıkla gözlemlenen vakialardır. Çalışmada incelenecek veto hakkı da sermaye ortaklıklarındaki teorik ve pratik farklılaşmayı uyumlu hale getirmeyi amaçlamaktadır. Limited şirketin ortakları,

5 Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 14.01.2023. Türk Hukuk Lügatı’nda ise veto hakkı; “Devlet reisinin bir kanunu tasdik etmemesi salâhiyetidir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı* (3. Bası, Başbakanlık 1991) 359.

şirket işlerine ilişkin hak ve yetkilerini karar organı olan genel kurulda kullanırlar. Ortaklığın bütün ortaklarının davet edilmesinin zorunlu olduğu ve yapısı gereği en geniş yetkilerle donatılmış olan genel kurulda her ortağın asgari bir oy hakkı mevcuttur. Halihazırda ülkemizde faaliyet gösteren tüm ticaret şirketlerin sayısının yaklaşık beş katı olan limited şirketlerin⁶ genel kurulunda alınan kararların veya yapılan karar önerilerinin tek taraflı irade beyanı ile işlevsiz kılınmasına işaret eden veto hakkının niteliğinin, türlerinin, benzer kurumlardan farklarının ve mehz hukuktaki karşılığının incelenmesi, çalışmada cevap aranacak soruların daha iyi anlaşılması bakımından önem arz etmektedir.

A. VETO HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Veto hakkı, şirket sözleşmesinde veya kanunda düzenlenen yeter sayılara uygun olarak alınmış bir genel kurul kararını işlevsiz hale getiren veya karar önerisinin reddi sonucunu doğuran müktesep⁷ bir haktır. Bu hakkın, mevcut bir hukuki durumu sona erdirmesi hasebiyle yenilik doğuran (inşai) bir hak olduğu tespitini yapmak icap eder⁸. Tek taraflı irade beyanı ile bir hukuki ilişki kurma, var olan hukuki ilişkiyi değiştirme veya sona erdirmeye yetkisi veren haklar yenilik doğuran haklar olarak kabul edilmektedir⁹. Bu türden haklar, tek taraflı olarak bir başka kişinin hukuki alanında değişiklik meydana getirme gücüne sahiptirler¹⁰. Veto hakkı da ortaktan farklı bir kişi olan limited ortaklığın korporatif düzlemine doğrudan etki etmekte ve alınan genel kurul kararını hükümsüz hale getirmekte veya olumsuz oylar daha fazla olmasa dahi karar önerisinin reddini sağlamaktadır.

Yenilik doğuran (inşai) haklar cümlesinden kabul edilmesinin veto hakkına bazı etkileri vardır. Mevcut bir hukuki durumu sona erdirmesi nedeniyle bozucu yenilik doğuran hak olarak kabul edilen mezkûr hakkın kullanılması ile çeşitli hak, borç ve sonuçlar doğar¹¹. Öncelikle bu haklar,

6 Bkz. <<https://ticaret.gov.tr/data/6214a18c13b876b4f0182f30/MERS%C4%B0S%20Verileri.pdf>> Erişim Tarihi 28.04.2023. Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Şirketler Hukuku Cilt III* (On İki Levha 2022) 13.

7 Müktesep ortaklık hakları, mülga Ticaret Kanunu'nun 385. maddesinde; “*kanun veya esas mukavele hükümlerine göre umumi heyet ve idare meclisi kararlarına tabi olmayan yahut umumi heyetin toplantılarına iştirak hakkından doğan, hususiyyle azalık, rey kullanmak, iptal davası açmak, kar payı almak ve tasfiye neticesine iştirak etmek gibi haklar.*” şeklinde tanımlanmıştır

8 Esra Hamamcıoğlu, *Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi* (Yetkin 2022) 321; Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*, (Seçkin 2017) 56. Ayrıca bkz. Altan Fahri Gülerci, ‘Limited Şirketlerde Ortaklara Veto Hakkı Tanınması’ (2020)18(211) Legal Hukuk Dergisi 3051, 3059 vd.

9 Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halük Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz 1993) 16; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I (Yetkin 2022) 96; Vedat Buz, *Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005) 55 vd.; Mustafa Alper Gümüüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 76.

10 Buz (n 9) 61.

11 “...inşai hak, muayyen bir hukuki münasebeti, ihdas, tebdil veya ilga hususunda hak sahibine tanınan bir salahiyettir. Hak sahibinin bu salahiyeti istimaline müteallik bir taraflı irade beyanı muhataba vasıl olmakla bir hukuki münasebet, bir hukuki rabita hasıl olur. Bu suretle teessüs eden hukuki münasebet ve rabitadan bir takım hak ve borçlar doğar...” Yargıtay İBK, E 1951/1 K 1951/6, 26.12.1951 (www.lexpera.com.tr); “...Kural olarak tek taraflı bir irade beyanı ile yeni bir hukuki durumun yaratılmasını mevcut hukuki durumu değiştirilmesini veya kaldırılmasını sağlayan haklara yenilik doğurucu (inşai) haklar denir. İnşai hak sahibinin, bu hakkını tek taraflı olarak kullanmasıyla hukuki sonuç meydana gelir. Bunun için karşı tarafın kabulüne veya bir mahkeme hükmüne gerek yoktur...” Yargıtay HGK, E 1996/704 K 1997/6, 29.01.1997.

kullanılmakla tükenirler ve böylece geri alınmaları mümkün olmaz¹². Dolayısıyla ortaklık tüzel kişiliğine ulaşip hüküm doğurmaya başladıktan, yani genel kurul kararı etkisiz kılındıktan sonra ortağın aksi bir irade beyanı ile vetosunu etkisizleştirip genel kurul kararını canlandırması söz konusu olmaz. Bununla birlikte, genel kurulda alınan her karar ile birlikte şirket sözleşmesinde ön görülmüş olan veto hakkı yeniden işlerlik kazanır. Dolayısıyla yenilik doğuran hakların kullanıldığı an tükenmesi ile veto hakkının sözleşmede kararlaştırıldığı süre boyunca varlığını sürdürmesi arasında tezat bulunmaz.

Yine inşai bir hak olmasının sonucu olarak veto hakkının kullanılması şarta bağlanamaz. Zira yenilik doğuran hakkın muhatabı, veto hakkının kullanılması ile meydana gelecek hukuki sonucun meydana gelme anını bilmelidir. Bir başkasının tek taraflı kullanacağı irade beyanı ile kendi hukuki alanında meydana gelecek değişikliğin gelecekte gerçekleşmesi beklenen veya gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen olgulara tâbi tutulması hukuki belirlilik ilkesi ile bağdaşmayacaktır¹³.

Doktrindeki genel kanaat, veto hakkının genel kurul sırasında kullanılması gerektiği yönünde olsa dahi bu hakkın ne zaman ve hangi usul ile kullanılacağı meselesi tartışmalıdır¹⁴. Şirket sözleşmesinde bu hususta bir açıklık yok ise, kanaatimizce bu hakkın kullanılmasına ilişkin en uygun zaman genel kurul toplantısı olsa dahi, toplantıya katılmayan veto hakkı sahibinin bu hakkı genel kurul kararının alınmasından itibaren makul bir süre içinde kullanması da mümkündür¹⁵. Bu durumun önünde hukuki bir engel yoktur. Başka bir deyişle, ortağın sahip olduğu veto hakkı, hem genel kurul kararı önerisini reddetme hem de ortak bakımından çelişkili davranış teşkil etmediği müddetçe alınan genel kurul kararını hükümsüz kılma imkanını verir. Bununla birlikte, zikredilen son ihtimalde, hukuk güvenliğinin sağlanması adına özellikle müdürlerin temkinli davranması önem arz eder. Yine bu bağlamda, toplantıya katılıp olumlu oy kullanan bir ortağın daha sonra veto hakkını kullanması çelişkili davranış teşkil edeceğinden hukuk düzeni tarafından himaye görmez. Bu aşamada belirtmek gerekir ki, kanaatimizce toplantıya katılıp olumsuz oy kullanan fakat veto hakkını ileri sürmeyen ortak, genel kuruldaki öneriyi veto etmiş sayılmaz. Başka bir deyişle, genel kurul kararını veto etmek isteyen veto hakkı sahibi ortak, bu hakkını kullandığını ayrıca ve açıkça belirtmelidir¹⁶.

Veto hakkının sınırlandırılması, başka bir deyişle münhasıran belirli genel kurul kararları için ihdas olunması mümkündür¹⁷ ve somut ortaklık yapısına göre gerekli olabilir. Fakat konuya göre sınırlandırma dışında veto hakkının kullanılmasının şirket sözleşmesinde herhangi bir şarta tâbi tutulması geçersizdir. Şüphesiz bu noktada ortakların iç ilişkide, korporatif olmayan düzlemde hüküm doğurmak üzere pay sahipleri sözleşmesi ("*shareholder agreement*") akdederek veto

12 Buz (n 9) 443 vd.

13 Eren ve Dönmez (n 9) 109; Buz (n 9) 258 vd.

14 Rino Siffert, Marc P. Fischer und Martin Petrin, *Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)* (Verlag 2008) Art 807 N. 9; Kendigelen ve Kırcı (n 6) 318; Gülerci (n 8) 3065 vd.; Hamamcıoğlu (n 8) 327 vd.

15 Uygulamada hukuk güvenliğinin sağlanması için hakkın kullanım şeklinin kanunda açıkça hüküm altına alınması gerektiği yönündeki haklı tespiti için bkz. Hamamcıoğlu (n 8) 329.

16 Krş. Kendigelen ve Kırcı (n 6) 318.

17 Hamamcıoğlu (n 8) 323.

hakkının kullanılmasını şarta tâbi tutmaları ve giderek ortağın bu şarta uymasını bir ceza koşulu ile desteklemeleri mümkündür.

Limited şirket ortaklarının hakları farklı ölçütlere göre gruplanabilir. Bunlardan en yaygın ve çalışmamız bakımından da önemli olanı; payın sağladığı hakların konusuna ve içeriğine göre yapılan malî ve ortaksal (yönetmel) haklar ayrımıdır¹⁸. Ortağın doğrudan para ile ölçülebilen ve devredilebilen malî haklarının tipik örnekleri kâr payı ve tasfiye payı alma ile rüçhan haklarıdır. Buna mukabil, ortak sıfatına sıkı sıkıya bağlı olan ve kişisel niteliği ağır basan ortaksal (yönetmel) hakların tipik örnekleri ise, genel kurula katılma, oy kullanma, bilgi alma, genel kurul kararları aleyhine iptal davası açma gibi haklardır. Yönetime katılma hakları olarak da isimlendirilen¹⁹ ikinci grup ortaklık haklarından biri de şirket sözleşmesi ile belirli veya belirlenebilir limited şirket ortaklarına tanınan veto hakkıdır²⁰. Şirket sözleşmesi ile bazı ortaklara tanınan veto hakkı ile birlikte söz konusu ortaklar, yönetime katılma hususunda ilave bir pay sahipliği hakkı elde etmektedir. Fakat hemen belirtmek gerekir ki, ortaklara şirket sözleşmesi ile müdürlerin kararlarını veto etme yetkisi tanınmaz²¹. Limited şirketteki organsal yapıya ve organlar arasındaki görev ve yetki ayrımına kayda değer zararlar verebilecek olan bu duruma kanun koyucu izin vermemiş ve ortakların veto hakkını yalnızca genel kurul kararları için düzenlemiştir. Bununla birlikte, TTK m. 625/2 uyarınca şirket sözleşmesinde düzenlenmesi halinde müdürlerin aldıkları somut bazı kararları belirli ortakların değil, fakat genel kurulun onayına sunmaları şart kılınabilir. Mezkûr hükmün gerekçesinde bu şartın, özellikle büyük limited ortaklıklarda genel kurul ile yönetim arasında uyum sağlama işlevinin olacağı belirtilmektedir. Yetki ve işlev ayrılığının katı olarak benimsendiği anonim ortaklıklarda bir benzeri olmayan bu düzenleme, limited ortaklık organlarındaki nispi işlevler ayrılığını ortaya koymaktadır²².

Ortaklık haklarına dair yapılan bir diğer önemli ayırım; müktesep ve vazgeçilmez haklar olarak incelenmektedir. Değiştirilmesinde veya kaldırılmasında her ortağa itiraz etme hakkı tanınmış olan, böylece ancak tüm ortakların onayı ile kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir haklara müktesep haklar²³; ortağın onayı, rızası olsa dahi kaldırılamayacak veya sınırlandırılmayacak ortaklık haklarına vazgeçilmez haklar denir. Bu ikili tasnifte veto hakkı, müktesep hak grubuna dahil olur. Zira veto hakkı ancak sahibinin rızası ile kaldırılabilir. Bu itibarla şirket sözleşmesinde değişiklik gereken yeter sayı sağlansa dahi, sahibinin olumlu oyu bulunmadıkça veto hakkını şirket

18 Çamoğlu (n 1) 93; Ayrıca bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası, Vedat 2019) 686 vd.; Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler I* (İstanbul Üniversitesi 1959) 212 vd.

19 Bkz. Abuzer Kendigelen, *Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz* (Beta 1999) 40.

20 Benzer yönde bkz. Emek Toraman Çolgar, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda İmtiyaz Tesisi Yoluyla Yönetim Kontrolünün Sağlanması' (2021)37(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 89, 115'teki 100 nolu dn.

21 Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister – und Firmenrecht), vom 19. Dezember 2001, s. 3209.

22 Esra Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar* (On İki Levha 2019) 197; Mustafa Aksoyak, 'Limited Ortaklıklarda Müdür Kararlarının Genel Kurul Onayına Sunulması' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2022).

23 Müktesep pay sahipliği hakları, mülga Ticaret Kanunu'nun 385. maddesinde; "kanun veya esas mukavele hükümlerine göre umumi heyet ve idare meclisi kararlarına tabi olmayan yahut umumi heyetin toplantılarına iştirak hakkından doğan, hususiyile azalık, rey kullanmak, iptal davası açmak, kar payı almak ve tasfiye neticesine iştirak etmek gibi haklar." şeklinde tanımlanmıştır.

sözleşmesinden kaldırmak mümkün değildir²⁴. Veto hakkının müktesep hak niteliği diğer ortakların anlaşarak bu hakkı sona erdirmelerine engel olur.

Çalışmanın konusunu oluşturan TTK m. 577/1-e hükmündeki veto hakkı, ancak şirket sözleşmesi ile tanınabileceği için bu hakkın hukuki niteliğinin bir diğer yönü de sözleşmesel olmasıdır. Doktrinde²⁵ öne sürüldüğünün aksine, kanunun oy birliği ile karar alınmasını gerektirdiği durumlarda kanun koyucunun her bir ortağa münferiden veto hakkı bahsettiğini kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir. Zira söz konusu durumlarda ortaklara kanun veya şirket sözleşmesi tarafından kararın alınmamasını sağlamaya ilişkin müktesep hak tanınmıştır²⁶. Söz konusu hallerde “dolaylı veya pratik olarak” veto hakkından bahsetmek de kavramsal hatalara sebebiyet vereceğinden kanunun oy birliği şartına tâbi tuttuğu kararlar bakımından ortakların teknik anlamda veto hakkına sahip olduğunu kabul etmek kanaatimizce doğru değildir. Hal böyle iken, çalışmamızın konusu bağlamındaki bir kanuni veto hakkından söz edememekteyiz. Hukukumuzda yalnızca sözleşmesel (statüsel) veto hakkının varlığı kabul edilmiştir.

Son olarak kanun hükmünde bu hakkın ancak *belirli veya belirlenebilir ortaklara* tanınabileceğinin düzenlenmesi dolayısıyla bu hakkın şahsa bağlı, kişisel bir hak olduğuna vurgu yapmak lazım gelir. Normatif dayanağını TTK m. 577/1-e’de bulan veto hakkı paya değil, ortağın şahsına bağlı bir haktır. Bu itibarla sonuç olarak limited ortaklıklardaki veto hakkının kişiye bağlı sözleşmesel yenilik doğuran (inşai) ve ortaksal (yönetmel) müktesep hak niteliğinde olduğunu belirtmek gerekir²⁷.

B. VETO HAKKININ İŞLEVİ

Limited ortaklık genel kurul kararlarını çeşitli açılardan tasnife tâbi tutmak mümkündür. Bu kararlar özellikle; esasa ve esasa dair kararların ne şekilde alınacağına dair usule ilişkin olabileceği gibi, kurula gelen önerinin kabulüne veya reddine ilişkin olarak olumlu veya olumsuz kararlar olarak sınıflandırılabilir²⁸. Çalışmanın konusunu oluşturan veto hakkı da en temelde; olumlu genel kurul kararını olumsuz karara dönüştürmek işlevini haizdir. Dolayısıyla genel kurulda reddedilen bir önerinin, yani olumsuz bir kararın, veto hakkının kullanılması ile olumlu karara dönüştürülmesi mümkün görünmemektedir²⁹.

24 Aynı yönde bkz. Kendigelen ve Kırcı (n 6) 319. Farklı yönde bkz. Hanife Doğrusöz Koşut, *Limited Şirkette Oy Hakkı* (Vedat 2021) 189.

25 Gülerci (n 8) 3055 vd. Ayrıca bkz. Sıtkı Anlam Altay, *Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)* (Vedat 2009) 491. “Doğrudan ve gerçek (teknik) anlamda olmasa bile...dolaylı bir veto hakkına sahip olunduğu...” yönünde bkz. Hamamcıoğlu (n 8) 311-312.

26 Kendigelen ve Kırcı (n 6) 315.

27 Bkz. Siffert, Fischer und Petrin (n 14) Art 807 N. 3.

28 Genel kurul kararları bakımından yapılan tür sınıflandırmaları için bkz. Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Bası, On İki Levha 2020) 14 vd.

29 Yönetim kurulu üyelerine tanınan veto hakkı bakımından aynı sonuç için bkz. Wolfgang Hölter/Markus Weber, *Aktiengesetz* (4. Bası, Verlag 2022) AktG § 77 kn. 16, 17. Limited ortaklık esas sermaye payının devrine reddeden genel kurul kararının iptali davası ile birlikte olumlu kararın tespiti davasının da açılacağı yönünde bkz. Emine Develi Ayverdi, ‘Limited Şirket Esas Sermaye Payının Devrine İlişkin Genel Kurul Kararı ve İptal Edilebilirliği’ (2022)80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 81, 106 vd. (81-116)

Veto hakkı, pek çok hukuki kurum gibi uygulamanın ihtiyaçları doğrultusunda işlevlere sahip olarak belirli amaçlara hizmet eder. Bunlardan en önemlisi, daha önce de zikrolunduğu gibi ortakların kişiliklerine önem atfederek limited ortaklığı şahıs şirketlerine yaklaştırmaktır. Ortağın genel kurul kararını istediği yönde alırdabilecek oy gücü olmamasına rağmen şirket sözleşmesi ile kendisine tanınmış veto hakkına sahip olması ile birlikte ortak, genel kurulda yapılan önerileri reddetme veya alınan kararları etkisiz kılma iktidarına sahip olmaktadır. Bu itibarla veto hakkı, genel kurulda oylanan bir teklifin, olumsuz oylar daha fazla olduğu için reddedilmesiyle aynı sonucu doğurmaktadır³⁰. Dolayısıyla veto hakkının limited ortaklık genel kurul kararları üzerinde olumsuz kontrol yetkisi ve hakkı verdiğinden söz etmek gerekir.

Yeterli oy hakkına sahip olmadığından amaçladığı yönde genel kurul kararı al(dır)maya gücü ve yetkisi olmayan ortağın bu hakka sahip olması ile birlikte söz konusu ortak, şirketin hakimiyetini büyük ölçüde elinde tutmuş olur. Uygulamada özellikle aile şirketlerinde, şirketin kurucusu olan aile büyüklerine bu hakkın tanındığı görülmektedir. Zira veto hakkı, genel kurulda hakimiyeti korumak için başvurulabilecek en önemli mekanizmalardan biridir. Bu bakımdan örneğin mali açıdan küçük bir paya sahip ortak şirket bakımından önem arz eden bir kişi ise, kendisine veto hakkı tanınarak o kimsenin ortaklıkta kalması sağlanabilir³¹.

Özü itibarıyla “pay sahipleri demokrasisi” prensibine yabancı olan veto hakkını, kanun koyucu anonim ortaklık pay sahiplerine tanımamıştır. Kanun koyucu TTK m. 391’in gerekçesinde anonim ortaklık yönetim kurulu kararlarında üçüncü kişinin veto hakkına sahip olmasını “örgansal yapıya aykırı” olarak nitelemiştir. Yine TTK’nın 480. maddesinin gerekçesinde ise kanun koyucu, veto haklarını “...güçlüye, hukukunu getirmek, hakimiyet kurmak, istediği an istediği fiyatla karşı tarafın paylarını almak veya paylarını satmak...” hakkını sağlayan esas sözleşmenin dışındaki “yan düzen”in “önemli silahı” olarak mütalaa etmiştir. Nitekim TTK m. 479 hükmünde bir paya en çok on beş oy hakkının tanınarak oyda imtiyaz sisteminde üst sınır getirilen anonim ortaklık düzeninin veto hakkı ile bağdaşması hem teorik hem pratik açıdan mümkün görünmemektedir³². Bununla birlikte limited ortaklıkların şahıs şirketleri ile benzeşen karakteristik yapısı dolayısıyla, TTK m. 577/1-e hükmü ile ortaklıkta belirli veya belirlenebilir ortaklara veto hakkı tanınarak hakimiyet tesisine izin verilmiştir.

Hem dünyada hem de ülkemizdeki sermaye ortaklıklarının büyük çoğunluğunu oluşturan aile ortaklıklarına³³ ilişkin en temel meseleler; aile dışındaki kişilerin ortaklığın yapısına uzak tutulması, hâkim yöneticinin ailenin büyüğü ve aynı zamanda ortaklığı kuran kişi olması, bununla birlikte yönetimin profesyonelleştirilirken ailenin sonraki kuşaklarının da ortaklığa dahil edilmesi gibi

30 Dieter Dubs und Roland Truffer, *Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR* (5. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2016), Art. 807 N.3

31 Örnek için bkz. Ali Haydar Yıldırım ve Ertan Demirkapı, ‘İsviçre Borçlar Kanunu’nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenleme’ (2008)24(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 435, 449-450. Ayrıca yazarlar, veto hakkını ortağın “koruyucu haklar”ı başlığı altında zikretmektedirler. Bkz. Yıldırım ve Demirkapı (n 31) 449 vd. Pulaşlı ise veto hakkını “malvarlığı hakları” başlığı altında mütalaa etmektedir. Bkz. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III* (3. Bası, Adalet 2017) 2802 vd.

32 Bkz. Levent Biçer, *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları* (Yetkin 2019) 146; Fatih Ölmez, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili* (On İki Levha 2019) 29.

33 Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2. Bası, Yetkin 2015) 120; Hamamcıoğlu (n 8) 121.

hususlardır³⁴. Bu bağlamda aile ortaklıklarında aile üyeleri ve aile dışındaki kişiler arasında paylar dağılmış olsa dahi belirli veya belirlenebilir ortakların sahip olduğu veto yetkisi ile birlikte ortaklığın kontrolü aile “büyüğü”nde kalır. Böylece aile ortaklığı uygulamalarında ortaklığa yeni bir ortağın dahil edilmesi veya ortaklığının sona erdirilmesi hususunda veto haklarının düzenlendiğine sıklıkla şahit olunmaktadır. Yine aile ortaklıklarında düzenlenen ve işlevsel olarak aile ortaklığının menfaatine hizmet eden veto haklarının; kâr dağıtımı, önemli miktarda şirket varlığının satışı ve teminat gösterilmesi, sermaye artırımı, müdürlerin seçimi ve görevden alınması gibi konularda özel olarak düzenlendiği görülmektedir.

Veto yetkisi, yine aile ortaklıklarındakine benzer şekilde sermayeye katılmalı ortak girişimlerde³⁵ de kontrolü sağlamak için başvuru önemli mekanizmalardır. Özellikle payların eşit olarak dağılmadığı ortak girişimlerde azınlık pay sahibine veto hakkının tanınması ile birlikte, hak sahibi stratejik kararların alınmasını önleme yetkisi ile stratejik kararların alınmasında söz sahibi haline getirmektedir³⁶. Veto hakkı sahibi her ne kadar kararın alınmasında veya değiştirilmesinde yetki sahibi olmasa da, genel kurulun alacağı kararların kontrolünde mutlak bir işleve sahiptir.

Örnek kabilinden verilen yukarıdaki iki somut durumun da ortak noktası menfaat çatışmalarının yoğun yaşandığı ortaklık yapıları olmaları ve bünyelerinde girift ilişkiler barındırmalarıdır. Bu itibarla, limited ortaklıklardaki veto hakkının, çatışan menfaatleri dengeleme işlevinin olduğundan bahsetmek mümkündür. Ayrıca veto hakkının TTK m. 195/1-b kapsamında bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketini “başka bir yolla hâkimiyeti altında” tutarak şirketler topluluğu oluşturmaya zemin hazırlayıp hazırlayamayacağı da tartışılması gereken, fakat çalışmanın kapsamını aşan bir konudur.

C. VETO HAKKININ BENZER HUKUKİ KURUMLARDAN FARKLARI

Veto hakkının kavramsallaştırılması adına benzer hukuki kurum ve kavramlardan farklarının ortaya konması önem arz eder. Bunlardan ilki TTK m. 478/2’de “paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı” olarak belirtilen paya tanımlanan imtiyazlardır³⁷. Sermayeye katılma oranına göre ortaklıktan hak elde etmek imkânın istisnası olarak bazı paylar diğer paylara nazaran imtiyazlı hale getirilebilir. Limited ortaklıklar bakımından açıkça tanımlanmamış ve anonim ortaklıklar hükümlerine yollama yapılmamışsa da; TTK m. 576/1-c’de esas sermaye payında imtiyaz tanınacaksa bunun mutlaka şirket sözleşmesinde belirtilmesi gerektiği, TTK m. 587/1-j’de şirket sözleşmesinde öngörülen imtiyazların tescille birlikte üçüncü kişilere karşı hüküm doğuracağı, TTK m. 618/2 ve 3’te oyda imtiyazın nasıl sağlanacağı, TTK m. 621/1-b hükmünde ise oyda imtiyazlı payların öngörüldüğü genel kurul kararlarının nitelikli yeter sayılar ile alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buradan hareketle, kanun koyucunun limited ortaklık payı bakımından da imtiyazı

34 Randolf Mohr, ‘Gestaltungsmöglichkeiten bei der GmbH als Familiengesellschaft’ GmbH-StB 2003, 329.

35 Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (4. Bası, Vedat 2016) 293 vd.

36 Altay (n 25) 427 vd.

37 İmtiyaz sözlük anlamı itibariyle; “Başkalarına tanınmayan özel, kişisel hak veya şart, ayrıcalık” demektir. <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 14.01.2023.

dışlamadığı açıkça anlaşılmaktadır. İmtiyaza dair yukarıda belirtilmeyen hususlarda bilinçsiz kanun boşluğu olduğunu kabul ederek kıyasen anonim ortaklık hükümlerini uygulamak en makul çözüm olarak görünmektedir. Bu genel açıklamalardan sonra imtiyazın şirket sözleşmesinde düzenlenmek şartıyla, kanunun izin verdiği belirli konularda sahibine ayrıcalıklar tanıyan ve mutlaka paya bağlanması gereken haklar olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu itibarla, paya değil de bizzat ortağın şahsına tanınan ayrıcalıkların teknik anlamda imtiyaz olarak kabulü mümkün değildir³⁸. Kişiyeye, sığfata veya makama bağlanan veto hakkı da bu bağlamda imtiyaz hükümlerine tâbi olmayacaktır. Bazı pay gruplarına genel kurul kararlarını veto etme yetkisi verilerek imtiyaz oluşturulup oluşturulmayacağı meselesi ise tartışmalıdır³⁹. Konumuz bakımından ise kanun koyucunun TTK m. 577/1-ede veto hakkının yalnızca *belirli veya belirlenebilir ortaklara* tanınabileceğini belirtmesinden dolayı bu tartışmalara mahal olmadığı ve veto hakkının ancak ortağın şahsına bağlanabileceği görülmektedir. Sonuç olarak limited ortaklıklardaki veto hakkı, hiçbir durumda imtiyaz olarak kabul edilemeyeceğinden dolayı Kanundaki imtiyaz hükümlerine tâbi olmayacaktır.

Limited ortaklıklarda veto hakkı ile uygulamada benzer amaçlara matuf olarak öngörülen sözleşmesel düzenlemelerden biri de veto hakkı ile aynı kanun hükmünde düzenlenen üstün oy hakkıdır. TTK m. 577/1-ede “bir genel kurul kararının oylanması sonucunda oyların eşit çıkması hâlinde bazı ortaklara üstün oy hakkı tanıyan hükümler”e şirket sözleşmesinde yer verilmesi durumunda mezkûr hükümlerin bağlayıcı olacağı ifade edilmektedir. Aksi düzenlenmedikçe, genel kurul kararlarının toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınacağını belirten TTK m. 620 hükmü uyarınca, toplantıda oyların eşit çıkması halinde öneri reddedilmiş⁴⁰, başka bir deyişle olumsuz yönde karar alınmış olacaktır. İşte şirket sözleşmesinde belirli veya belirlenebilir ortaklara tanınan üstün oy hakkının kullanılması ile birlikte oylamada eşitlik dolayısıyla meydana gelen olumsuz karar, olumlu karara dönüşür. Üstün oy hakkını açıkça düzenleyen kanun koyucunun amacı, limited ortaklık genel kurulundaki kilitlenmeyi engellemektir. Genel bir ifade ile kilitlenme (“*deadlock*”, “*pattsituation*”), zorunlu şirket organlarının şeklen var olmasına rağmen, bu organların çeşitli sebeplerle süreklilik arz edecek şekilde toplanamaması veya karar alamamasından dolayı karar alma ve yönetme mekanizmalarındaki tıkanma halidir. Veto hakkı ile alınan genel kurul kararı olumsuz hale getirilirken, üstün oy hakkı ile olumsuz karar olumlu hale getirilmektedir. Dolayısıyla üstün oy hakkı daima organdaki kilitlenmeyi çözücü işleve sahip iken, veto hakkı bazı hallerde kilitlenmeye sebebiyet verebilir. Hakikaten sürekli ve kategorik bir şekilde olumsuz kararlar alınması veya olumlu kararların veto ile olumsuz hale getirilmesi şirketin faaliyetlerini durma noktasına getirebilir. Dolayısıyla her iki hak da belirli veya belirlenebilir ortaklara tanınabilirse de, veto hakkının kullanılmasına dair şartların ve sınırların belirlenmesi ayrıca önem arz eder.

İmtiyaz ve üstün oy kadar veto hakkına yakın olmasa da oy hakkı ile doğrudan ilintili olan bir diğer durum da ortakların genel kurulda belirli yönde oy kullanma, kullanmama veya oy kullanımında çekimser kalma gibi taahhütlere giriştikleri hukuki işlemler olan oy sözleşmelerinin düzenlenmesidir.

38 Kendigelen, *İmtiyaz* (n 19) *İmtiyaz*, s. 26; Hasan Pulaşlı, ‘Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam Ve Etkisi’, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağani, 564.

39 Bu husustaki tartışmalar hakkında bkz. Esra Uysal, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar* (On İki Levha 2016) 65.

40 Anonim ortaklıklar için bkz. TTK m. 390/3.

Bu türden oy kullanma taahhütleri, taraflar dışında kalan limited ortaklığa karşı ileri sürülemeyeceği gibi, ortaklık da tarafı olmadığı oy sözleşmesine dayanamaz⁴¹. Bu itibarla oy sözleşmelerinin, şirket sözleşmesinde düzenlenmiş veto ve üstün oy hakları ile imtiyazlı payların aksine, korporatif etkiden yoksun olduklarını belirtmek gerekir.

Yukarıda belirtilenler ışığında veto hakkını benzer hukuki kurumlardan ayıran en önemli farkın usulüne uygun alınmış genel kurul kararını hükümsüz kılması veya oylama sonucuna bağlı olmaksızın önerinin reddi sonucunu doğurması olduğu görülmektedir. Bu bağlamda veto hakkının belirli ortaklara bahşedilmiş bir denetim mekanizması olarak kurgulandığı anlaşılmaktadır. Veto hakkına sahip ortak çeşitli mülahaza ve gerekçeler ile uygun görmediği genel kurul kararlarını geçersiz kılabildiğinden dolayı bu hakkın kullanılmasının pratik olarak genel kurul kararının daha üstünde olduğunu söylemek hatalı değildir⁴². Zira genel kurul ne yönde karar alırsa alsın veto hakkına sahip olan ortağın tek taraflı beyanı ile genel kurul kararı işlevsizleşmektedir. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, her hakkın kullanılmasında olduğu gibi veto hakkına dayanılmasının da tâbi olduğu kurallar vardır. Çalışmanın devamında detaylandırılacağı üzere; *bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*.

D. İSVİÇRE HUKUKUNDA VETO HAKKI

TTK m. 577/1-e hükmünün mehası olan İsviçre Borçlar Kanunu (“OR”) m. 776a/1-6’ya göre, limited şirket ortaklarının genel kurul kararlarını veto etme hakkına ilişkin şirket sözleşmesinde yapılan düzenlemeler bağlayıcıdır. Bunun dışında ortakların veto hakkı OR m. 807’de detaylı şekilde hüküm altına alınmıştır. “Veto hakkı” kenar başlıklı maddeye göre; *“Şirket sözleşmesi ortaklara belirli genel kurul kararlarını veto hakkı tanıyabilir. Veto hakkının kullanılabileceği kararlar açıkça belirtilmelidir.*

Sonradan bir veto hakkının kabul edilmesi tüm ortakların onayına tâbidir.

Veto hakkı devredilemez.”

Söz konusu hükümde İsviçre kanun koyucusunun veto hakkının sınırlarını belirlediği ve bu hakkı ortağın şahsıyla kaim kıldığı anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere mehas OR hükmü, TTK m. 577/1-e düzenlemesine göre oldukça geniş kapsamlıdır⁴³. İsviçre hukukunda veto hakkının, küçük limited ortaklıklardan büyük ölçekli konsorsiyumlara kadar uygulamanın ihtiyaçlarına cevap veren bir işleve sahip olması bu düzenlemenin gerekçesi olarak sunulmaktadır⁴⁴.

OR m. 807 hükmüne göre, limited şirket sözleşmesinde öngörülecek veto hakkının hangi genel kurul kararlarına yönelik olduğu açıkça belirtilmelidir. Dolayısıyla genel kurulun tüm kararlarına matuf veto

41 Erdoğan Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri* (5. Bası, Vedat 2015) 5-6.

42 Siffert/Fischer/Petrin (n 14) Art 807, N 1.

43 İsviçre hukukunun aksine Alman hukukunda veto hakkına yönelik detaylı bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (“AktG”) §179/2 hükmündeki esas sözleşme değişiklikleri için ilave şartların benimseneceğine ilişkin düzenleme Alman hukukunda veto hakkının normatif dayanağı olarak gösterilmektedir. Bkz. Stein, MüKoAktG, §179 N. 142.

44 Botschaft (n 21) 3209.

hakkından söz edilmemektedir. Zira daha önce de belirtildiği gibi, veto hakkının ölçsüz ve sınırsız biçimde kullanılması ile limited şirket genel kurulu doğrudan, müdürler kurulu da dolaylı olarak kilitlenebilir⁴⁵. Limited şirketteki karar mekanizmalarının felce uğramasını istemeyen İsviçre kanun koyucusu, veto hakkının kullanılabilceği kararlara ilişkin konuların şirket sözleşmesinde açıkça zikredilmesi gerektiğini emredici olarak düzenlemiştir. Bu bağlamda örneğin; kârın dağıtılması, müdürlerin seçimi, görevden alınması ve ibrası gibi konularda veto hakkının kullanılabilceğine ilişkin düzenlemelere şirket sözleşmesinde yer verilebilir. Veto hakkının kullanılabilceği konuların ayrıca ve açıkça belirtilmediği genel veto hakkı düzenlemeleri geçersizdir⁴⁶.

Veto hakkı, organsal yetkinin kullanımı ile ilgili olduğundan şirketin yapısına etki edebilecek işleve sahiptir. Dolayısıyla kuruluştaki şirket sözleşmesinde düzenlenmemiş veto hakkının sonradan şirket sözleşmesine eklenmesi için İsviçre kanun koyucusu tüm ortakların onayını aramıştır. Başka bir deyişle, sonradan kabul edilecek veto hakkı için her bir ortağın itiraz hakkı vardır⁴⁷.

Hukumumuzda *belirli veya belirlenebilir* ortaklara tanınan veto hakkının İsviçre hukukunda açıkça devredilemeyeceği OR m. 807/3 hükmünde düzenlenmiştir. Böylece veto hakkının paya değil şahsa bağlı bir hak olduğu, payın devri veya ortağın ölümü ile sona ereceği anlaşılmaktadır⁴⁸. Mirasçılarının veya payı devralan haleflerin veto hakkına sahip olabilmesi için şirket sözleşmesinde tüm ortakların onayı ile değişiklik gerçekleştirilmeli ve veto hakkı bu kişilere de tanınmalıdır⁴⁹. Doktrindeki bir görüşe göre, veto hakkına sahip bir limited şirketin birleşmesi veya bölünmesi halinde veto hakkının devralan veya yeni kurulan limited şirkete intikal etmesi mümkündür⁵⁰. Kanaatimizce devralan veya yeni kurulan şirketin sözleşmesinde veto hakkı açıkça kabul edilmediği müddetçe böyle bir intikalden bahsetmek olanak dahilinde görünmemektedir. Her ne kadar sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakların diğer kişilere devredilebileceği kabul edilse de⁵¹, inşai hakların sahiplerinin belirli olması zorunluluğu da bu hakkın devrini mümkün kılmamaktadır. Nitekim bir limited şirkette ortak olan bir diğer limited şirket veya başka türden bir tüzel kişi lehine veto hakkı tanınmasına uygulamada sık tesadüf edilmemektedir. Zira tüzel kişi adına veto hakkını kullanmaya yetkili kimselerin değişme ihtimali bulunmaktadır⁵².

45 Bkz. Brigitta Kratz, *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere (Art. 772-1186 OR)/Bucheffectengesetz* (3. Auflage, Schulthess 2016) Art 807, N. 4; Siffert/Fischer/Pettrin (n 14) Art 807, N 2.

46 Kratz (n 46) Art 807, N. 2; Urs Gasser, Christian Eggenberger und Richard Stauber, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (2. Auflage, Orell Füssli 2009) Art 807, N. 3.

47 Lucas Handschin und Christof Truniger, *Die GmbH* (2. Auflage, Verlag, 2006) 139.

48 Kratz (n 46) Art 807, N. 6

49 İsviçre hukukundaki bir görüşe göre, şirket sözleşmesinde veto hakkının mirasçılara veya payı devralan haleflere geçceği en baştan kararlaştırılabilir. Bkz. Botschaft (n 21) 3209.

50 Doğrusöz Koşut, Oy Hakkı, s. 188; Kendigelen/Kırca, s. 319.

51 Münchener Kommentar zum BGB/Ernst, § 323, N. 163; Harun Demirbaş, *Yenilik Doğuran Haklar* (Vedat 2007) 32 vd.

52 Botschaft (n 21) 3209.

II. KULLANILAN VETO İŞLEMİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE OLUMSUZ KILDIĞI KARARA ETKİSİ

A. LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ ÖZEN VE BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hukuk düzeninin hak olarak kabul ettiği tüm menfaatlerin kullanılmasında olduğu gibi limited ortaklıklardaki veto hakkının kullanılmasının da tâbi olduğu bir düzen vardır. Bu düzen en temelde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmaması üzerinde yükselir. Hiç kuşkusuz ortak, sahip olduğu veto hakkını kullanırken takdir yetkisine sahiptir. Mezkûr takdir yetkisinin makul sınırları aşılıp veto hakkı kötüye kullanıldığında hukuk düzeninin bu durumu himaye etmeyeceği açıktır. Dolayısıyla kullanılan veto hakkının hükümsüz olup olamayacağı, şayet hükümsüz kılınabilirse veto hakkı ile olumsuz hale dönüştürülen genel kurul kararının akibetinin ne olacağı da dikkate değer konulardır.

Veto hakkının geçersizliği bahsinden önce limited şirket ortağının şirkete karşı özen ve bağlılık yükümlülüğünün varlığı üzerinde değerlendirmelerde bulunmak gerekmektedir. Bunun üzerine şirket sözleşmesi ile kendisine veto hakkı tanınmış ortağın özen ve bağlılık borcunun olup olmadığını incelemek daha uygundur.

Ticaret ortaklıklarının teşekkülünü sağlayan ve onları diğer tüzel kişilerden ayıran unsurlardan biri, iktisadi amaç uğrunda birlikte çalışma unsurudur. Kuşkusuz limited ortaklıklarda bu unsurun yoğunluğu azalmakla birlikte, tamamen ortadan kalkmamaktadır. Bu bağlamda limited şirket ortaklarının şirkete ve diğer ortaklara sadakat⁵³ borcunun varlığı Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. Hakikaten TTK m. 613/2'ye göre, "Ortaklar, şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunamazlar. Özellikle, kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemler yapamazlar." Bu geniş kapsamlı ve soyut hükümden hareketle limited şirket ortağının; ortaklığa ve diğer ortaklara karşı dürüst davranma, ortaklığın amaçlarını aktif olarak destekleme, ortaklığı zarara uğratmaktan kaçınma ve diğer ortakların ortaklığa ilişkin menfaatlerini dikkate almak⁵⁴ gibi yükümlülüklerinin bulunduğunu kabul etmek icap eder⁵⁵. Limited şirket ortağının sadakat borcunun normatif temeli olarak TTK m. 613 hükmü ile birlikte TMK m. 2'deki dürüstlük kuralını da zikretmek gerekir. Kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken ortalama zekâ seviyesine sahip, namuslu, iyi niyetli, güvenilir ve makul bir kişiden beklenen doğru davranışı yapma yükümlülüğü⁵⁶ olarak tanımlanabilecek dürüstlük kuralı her hukuki ilişkinin temelinde mevcuttur. Özel hukukun en temel kaidelerinden biri olan bu kuralın ortaklıklar hukukunda

53 Sadakat, Arapça "sdk" kökünden türemiş ve niyette dürüstlük, söz ve davranışların doğru ve gerçeğe uygun olması anlamında kullanılan bir ahlak terimidir. Bkz. Mustafa Çağrı, 'Sadakat' TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, C. 38, İstanbul 2009, s. 98.

54 Tek kişilik limited ortaklıklarda tek ortağın sadakat yükümlülüğünden söz edilemeyeceği, çünkü tek kişilik ortaklıklarda ortağın menfaatinden bağımsız bir ortaklık menfaatinin söz konusu olamayacağı yönünde bkz. Şener, Limited Ortaklıklar, s. 465. Çamoğlu'nun katıldığımız görüşüne göre ise, sadakat yükümlülüğü niteliğine uygun düştüğü ölçüde tek ortaklı limited ortaklıklara da uygulanır. Bkz. Çamoğlu (n 1) 114.

55 Şener, *Limited Ortaklıklar* (n 8) 461-462.

56 Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk* (6. Basi, Legal 2020) 42; Aytekin Ataay, *Medeni Hukukun Genel Teorisi* (3. Basi, İstanbul Üniversitesi 1980) 416-417; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (3. Basi, Turhan 2019) 98.

tecessüm ettiği borçlardan biri sadakat borcudur. Nitekim Alman hukukunda da sadakat borcunun, ortaklıklar hukukunun en önemli kaidelerinden olduğu belirtilmektedir⁵⁷. Ayrıca kusuru ile bir başkasının zarara uğramasına sebebiyet veren kişinin bu zararı tazmin etmekle yükümlü olmasının da temel bir hukuk kuralı olduğunu ifade etmek gerekir.

Normatif temelini TMK m. 2 ve TTK m. 613'te bulan limited şirket ortağının hem şirket tüzel kişiliğine hem de diğer ortaklara karşı özen ve sadakat borcu, veto hakkının kullanımına ilişkin hukuki sınırları da çizmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, veto hakkı ortağın menfaati doğrultusunda şahsına tanınan bir haktır. Ortak, menfaati doğrultusunda veto hakkını kullanacaktır. Ne var ki, limited şirketin menfaati ile bireysel menfaatinin çatıştığı durumlarda şirketin menfaati tercih edilmelidir. Daha uygun bir ifade ile, bu önceleme durumu bir tercihten ziyade belirtilen kanun maddelerinde vücut bulan bir zorunluluktur. Bu itibarla ortak, özen ve sadakat borcuna aykırı olarak veto hakkını kullanamaz. Hatta denilebilir ki, diğer ortakların tümünün yazılı onayı ile ilgili ortağın bağlılık yükümünden kurtarılabilmesine ilişkin TTK m. 613/4 hükmü de belirtilen sınırı etkilemez. Zira sadakat borcu ve rekabet yasağının kaldırılabilmesini düzenleyen ilgili hüküm, şirkete zarar verici faaliyetlere kapı aralamak için kullanılamaz. Nitekim yoğunluğu değişkenlik gösterse de⁵⁸ diğer tüm ticaret şirketlerinde olduğu gibi limited şirketlerin de unsuru olan müşterek ekonomik amaç uğrunda çalışma ve bu amaca zarar verici faaliyetlerden kaçınma ("*affectio societatis*") unsuru mezkûr duruma engel olur⁵⁹. *Affectio societatis*, bir ticaret ortaklığını diğer kişi ve mal topluluklarından ayıran önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira *affectio societatis*, limited ortaklık sözleşmesinin de zorunlu bir unsuru olup ortaklık sözleşmesini kâra iştirakli hizmet sözleşmesi, iştirak halindeki mülkiyet gibi durumlardan ayırmakta ve ortağın yönetime katılma, yönetimi denetleme, ortaklığa zarar verici hareketlerden kaçınma ve ortaklığın meşru menfaatleri doğrultusunda sermaye katkısı dışındaki hak ve borçlarını ifade etmektedir⁶⁰. Bu itibarla *affectio societatis* unsuru, sermaye şirketlerinde de ne kadar zayıflarsa zayıflasın tamamen yok olmaz⁶¹.

Genel itibarıyla ortağın kendisinin veya bir başkasının menfaatini limited ortaklığın menfaatinin önünde tutması sonucunda gerçekleştirdiği sadakat yükümlülüğüne aykırı oyların ve alınan genel kurul kararının geçersiz olduğunun dava edilebileceği doktrinde kabul edilmektedir⁶². Hakikaten hem TTK m. 613 dolayısıyla *kanuna*, hem de TTK m. 622 dolayısıyla *dürüstlük kuralına* aykırı olan

57 Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (3. Auflage, Verlag 1997) N. 20; Uwe Hüffer, *Aktiengesetz* (10. Auflage, C.H.Beck 2012) N. 13 vd. Alman hukukunda tüm sermaye şirketleri bakımından pay sahiplerinin sadakat borcu olduğu kabul edilmektedir. Anonim ortaklık pay sahiplerinin sadakat borcunun varlığına gerekçe olarak gösterilebilecek hükümler için bkz. AktG § 117, 242, 243, 254.

58 Hasan Pulaşlı, 'Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre "İktisadi Amaç" Kavramının Şirket ve Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi' (2016)32(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 21, 30. (21-71)

59 Bkz. Karasu (n 33) 40 vd.; İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, C. I* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 61.

60 Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II* (Temel 1988), 29.

61 Pulaşlı, 'İktisadi Amaç' (n 59) 30. Yazar, bir başka eserinde de anonim ortaklığın sevk ve idaresinde etkili olan pay sahiplerinin sorumluluğunun sadakat borcu yerine TMK m. 2'deki dürüstlük kuralına dayandırılmasını savunmaktadır. Bkz. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II* (3. Bası, Adalet 2018) 1992.

62 Pek çokları yerine bkz. Şener, *Limited Ortaklıklar* (n 8) 472.

bu yöndeki genel kurul kararlarının iptali mümkündür⁶³. Aynı gerekçeler ile kullanılan veto işleminin de geçersiz kılınmasının önünde kanaatimizce bir engel yoktur. Dolayısıyla limited şirket ortağının özen ve bağlılık (sadakat) yükümlülüğüne aykırı olarak kullandığı veto hakkı sonucundaki işlem mahkemece iptal edilebilir. Adi ortaklıktaki yönetici ortakların sahip oldukları veto hakkını sadakat yükümlülüğüne aykırı olarak kullanmaları durumunda da söz konusu vetonun hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı doktrinde savunulmaktadır⁶⁴. Ayrıca veto hakkının özen yükümlülüğüne aykırı olarak kullanılması durumunda diğer yaptırımlara ilaveten ortağın haksız fiil sorumluluğu da gündeme gelebilir⁶⁵. Veto hakkının geçerli şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için ortağın uyması gereken bir diğer kural da hakkın kötüye kullanılması yasağıdır.

B. VETO HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI

Tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanan TMK m. 2'ye göre herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uyması, sahip olduğu hakkı kötüye kullanmaması gerekmektedir. Aksi tutumların hukuk düzenince koruma altında bulundurulmayacağı yine TMK m. 2'nin amir hükmüdür. Kanun koyucu bu yasa ile, geniş tutulmuş kanunu amaca uygun olarak sınırlamayı, hakların kullanılmasına sosyal ve etik sınırlar koyarak hakların suiistimalini önlemeyi amaçlar⁶⁶.

Bir hakkın tam olarak hangi durumlarda kötüye kullanılmış sayılacağı hususunda kanun sessizdir. Her hakkın kullanımında başvurulması gereken bir kavram olarak hakkın kötüye kullanılmaması; hakkın meşru ihdas amacı ve sahibinin ihtiyacı doğrultusunda ifasını işaret eder. Bu bağlamda sahibine bir fayda sağlamaktan ziyade, bir başka kişiye zarar verme amacı taşıyan fiiller, hakkın kötüye kullanımını oluşturur. Bu durumun tespitinde az önce zikrolunan kanunun amacını tespit etmek önemlidir. Zira hakkın kötüye kullanılması yasağının temel amaçlarından biri, kanun hükümlerinin dolanılmasını engellemektir⁶⁷. Veto hakkının amacı da münferit limited ortaklıkların ihtiyaçlarına göre farklılaşsa da nihai olarak şirketin meşru menfaatleri ile çelişemez. Bu noktada ayrıca veto hakkı ile fiili/olgu organ ilişkisinden bahsetmek gerekir. Genel bir ifade ile, resmi görevlendirme olmaksızın yönetim organına ait yetkilere sahipmiş gibi hareket eden kişiler fiili/olgu organ olarak nitelendirilirler. Bu bağlamda veto hakkı tanınmış olan ortağın fiili/olgu organ kabul edilebilecek kadar yetki alanının genişlemiş olduğu sonucuna varılır ise, organ sorumluluğuna gitmek de mümkün olur⁶⁸. Limited ortaklığa yön verecek⁶⁹ ölçüde geniş kapsamlı veto hakkına sahip olan ortağın fiili/olgu organ konumunda olduğundan bahsedilebilir.

63 Şener, *Limited Ortaklıklar* (n 8) 471.

64 Oruç Hami Şener, *Adi Ortaklık* (Yetkin 2008) 302.

65 Şener, *Adi Ortaklık* (n 65) 312.

66 Rona Serozan, B. İlkey Engin ve Yeşim M. Atamer, *Serozan Medeni Hukuk* (9. Bası, On İki Levha 2022) 280-281.

67 Ankara BÂM 21 HD, E 2021/511 K 2021/840, 21.6.2021.

68 Handschin und Truniger (n 48) N. 82.

69 Bkz. Simon Lang, 'Die faktische Organshaft', 2019GesKR-Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 112. (111-117). Anonim ortaklıklar hakkında aynı yönde bkz. Ömer Korkut, *Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği* (Adalet 2007) 202. Aydın Alber Yüce, 'Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Fiili Yönetim Organı Anlamındaki Hukuki Sorumluluğu' (2022)9(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 243, 250-251. (243-266).

Doktrinde veto hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçmek adına şirket sözleşmesinde veto edilebilecek genel kurul kararlarının açıkça belirtilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁰. İsviçre hukukunda kanuni bir zorunluluk olan bu durumun hukukumuzda da – daha önce belirtildiği üzere, kanun boşluğunun varlığı göz önünde bulundurularak – uygulanması gerekmektedir.

Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığına dair kriterlerin en önemlisi olan dürüstlük kuralı⁷¹ Yargıtay'a göre⁷², "(B)ir kimseden dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı, toplumda geçerli ahlak ölçülerine gelenek ve göreneklere, karşılıklı uygulanagelen teamüllere ve hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edilir." Doktrinde de "kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken ortalama zekâ seviyesine sahip, namuslu, iyiniyetli, güvenilir ve makul bir kişiden beklenen doğru davranışı yapma yükümlülüğü"⁷³ olarak tanımlanan dürüstlük kuralının önemsenmediği ilişkiler önemli hukuki problemlere yol açmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, hukuki problemlerin çözümünde dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmak *ultima ratio* bir çözümdür. Şayet somut uyuşmazlığı çözecek bir hukuk kuralı mevcut ise öncelikle onun tatbiki gerekir. Zira hakkın kötüye kullanılması yasağı kurumu, somut olaya uygun daha iyi kurallar üretmek için bir yol değildir.

Veto edilebilecek genel kurul kararlarının açıkça şirket sözleşmesinde belirtilmesi, bu hakkın kötüye kullanılmasını her durumda engellemeye yeterli olmayabilir. Veto edilmesine şirket sözleşmesi ile izin verilen ilgili konudaki genel kurul kararının süreklilik arz edecek şekilde ve yalnızca diğer ortaklar ile şirkete zarar vermek amacı ile veto edilmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği gibi doğrudan genel kurulu, dolaylı olarak da yönetim organını kilitleyebilir. Bu itibarla kullanılan veto hakkının dürüstlük kuralına ve ortağın bağlılık yükümlülüğüne uygun olup olmadığı her genel kurulda ayrı ayrı irdelenmelidir. Bu kural ve yükümlülükler aykırılık teşkil eden vetoların hukuki akıbetinin ise ayrı başlık altında incelenmesi lazım gelir.

C. VETO HAKKININ HÜKÜMSÜZ HALE GELMESİNİN SONUÇLARI

Hukuka uygun olarak kullanılan veto hakkının genel kurulda alınan olumlu kararı olumsuz hale çevirebileceği veya genel kuruldaki önerinin olumsuz oylar daha çokmuşçasına reddini sağlayabileceği daha önce belirtilmişti. Veto hakkının hukuka uygunluk sınırları olan TMK m. 2 ve TTK m. 613 hükümlerine aykırı olarak kullanılması durumunda ilgili irade beyanının hukuk düzeni tarafından himaye edilmeyeceği açık ise de mezkûr veto beyanının akıbeti ve genel kurul kararına etkisi hususunda mevzuatta, doktrinde ve içtihadta açıklık bulunmamaktadır.

Doktrinde anonim ortaklık pay sahibinin sadakat borcuna sahip olduğunu savunan yazarlar, bu borca aykırı olarak alınan genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünün dava edilebileceğini, anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davasının ve pay sahibinin tazminat yükümlülüğünün gündeme

70 Peter Böckli, 'Das neue schweizerische GmbH-Recht-was wirklich neu? Eine Übersicht', Das neue schweizerische GmbH (Verlag, 2006) 29; Yıldırım ve Demirkapı (n 31) 450.

71 Bkz. Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (Vedat 2006) 23.

72 Yargıtay HGK, E 2013/9-1792 K 2014/584, 07.05.2014.

73 Helvacı ve Erlüle (n 57) 42; Antalya ve Topuz (n 57) 494; Ataay, (n 57) 416-417.

gelebileceğini dile getirmektedirler⁷⁴. Özen ve bağlılık borcuna aykırı olarak kullanılan veto hakkının akibeti hususunda da aynı çözümün kıyasen uygulanmasında kanaatimizce bir sakınca yoktur. Veto hakkı sahibi ortağın şirkete ve diğer ortaklara karşı göstermesi gereken makul özen ve bağlılık ölçüsüne uymayan, şirket menfaatlerine aykırılık teşkil eden veto işleminin iptal davasına konu edilerek hükümsüz hale getirilmesi mümkün olmalıdır. Belirtilen iptal işleminin dava marifeti ile gerçekleştirilmesi ile muhtemel ihtilafların önüne geçilecek ve ortağın yükümlülüklerine aykırı davranıp davranmadığı hâkim tarafından tespit edilecektir⁷⁵. Kanaatimizce aranacak özen ölçüsü, limited şirket müdürlerine TTK m. 626/1’de yüklenen “tüm özen”i gösterme ile tacirlere TTK m. 18/2’de yüklenen “basiretli bir iş adamı gibi” hareket etme yükümlülüğü kadar kapsamlı değildir. Zira limited şirket ortağı ne tacir ne de müdür sıfatına sahiptir. Söz konusu özen yükümlülüğü, limited şirketin temelindeki *affectio societatis* unsurundan ve TTK m. 613’ten teşekkül eden ortalama bir seviyededir.

Özen ve bağlılık (sadakat) yükümlülüğünün yanında veto hakkının bir diğer sınırını oluşturan hakkın kötüye kullanılmasına aykırılık teşkil eden veto işlemleri de asliye ticaret mahkemesi tarafından iptal edilebilir. Meşru amaçlara uygun olarak değil de, ortaklığa veya diğer ortaklara zarar vermeye yönelik kullanılan veto işlemlerinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği açıktır. Ortağın takdir yetkisini aşarak hakkını kötüye kullandığını tespit edecek makam şüphesiz mahkemedir⁷⁶. Kanaatimizce mahkeme ticari yerindelik incelemesi yapmaktan kaçınmalıdır⁷⁷. Hâkimin incelemesi; veto hakkının kullanılmasındaki takdir yetkisinin aşılıp aşılmadığı, mezkûr hakkın kullanılmasının kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı ile sınırlı kalmalıdır. Bu noktada veto hakkının limited ortaklıkta meydana getireceği en riskli sonuç olan kilitlenmeye ayrıca dikkat çekmek gerekir. Kilitlenme durumuna sebebiyet veren veto işlemlerinin iptal edilmesi ortaklık menfaati icabıdır. Veto hakkına sahip olan ortağın süreklilik arz edecek şekilde veto yetkisini kullanması neticesinde meydana gelen kilitlenme, veto hakkının kötüye kullanıldığının gerekçesi olarak nitelendirilebilir.

Tüm bu bilgiler ışığında, kanun ve şirket sözleşmesi ile ortağa yüklenen borçlara aykırı olarak veto hakkının kullanılmasında bu hakkın geçersiz olduğundan değil, veto hakkının kullanılması sonucunda olumsuz hale getirilen kararın veya karar önerisinin reddinin geçersiz kılınıp olumlu kararı canlandırmaktan veya aynı önerinin genel kurul gündemine taşınıp bu defa veto hakkının

74 Murat Yusuf Akın, *Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu* (İMKB 2002) 223 vd.; N. Füsün Nomer, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (Beta 1999) 143 vd. Ayrıca anonim ortaklık pay sahiplerinin, şirket işlerine ilişkin hak ve yetkilerini genel kurulda kullanırken sadakat borcu kapsamındaki özen gösterme yükümlülüğüne uygun hareket etmeleri, aksi halde ortaklığın bu sebepten doğacak zararını tazminle yükümlü olacakları ve bu bağlamda, genel kurulda alınacak kararlar dahil, pay sahiplerinin ortaklık menfaatine aykırı her davranışının sadakat borcunun ihlali mahiyetinde kabul edilebileceği öne sürülmektedir. Bkz. Korkut (n 70) 205.

75 Yenilik doğuran hakkın kötüye kullanılması halinde doğrudan dikkate alınmayabileceği yönünde bkz. Serozan, Engin ve Atamer, s. 284.

76 Adi ortaklıktaki itiraz hakkının kötüye kullanılması bakımından varılan benzer sonuçlar için bkz. Muhammet Emin Bingöl, ‘Adi Ortaklıkta İtiraz Hakkı’ (2022)38(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 695, 721.

77 Mahkemenin gerçekleştireceği ticari yerindelik incelemelerinin bazı sakıncaları için bkz. Johannes Semler, ‘Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht’, Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag (De Gruyter 2003) 627 vd.

doğduğundan bahsetmek hem teorik hem de pratik planda daha uygundur. Kanuna, şirket sözleşmesine ve dürüstlük kuralına aykırı olarak alınan genel kurul kararlarına benzer şekilde veto hakkı ile alınan *olumsuz* genel kurul kararı da iptale konu olabilir. Veto hakkının kötüye kullanılmasının yaptırımları olarak doktrinde öne sürülen TTK m. 640/3 kapsamında veto hakkı sahibi ortağın şirketten çıkarılması veya TTK m. 636/3 uyarınca şirketin haklı nedenle feshini istemek⁷⁸ kanaatimizce veto işleminin iptalinin yeterli olmadığı hallerde gündeme gelmesi gereken hususlardır. Nitekim haklı nedenle fesih davasında hâkimin fesih kararı yerine verebileceği alternatif çözüme ilişkin kararlardan biri de veto hakkını hukuka aykırı olarak kullanan ortağın veto hakkını kaldırmak veya sınırlamak olabilir⁷⁹. Kaldı ki, savunduğumuz görüş uyarınca söz konusu durumlarda veto işleminin mahkemece iptalinden sonra diğer yaptırımlara çoğu somut olayda gerek kalmayacak ve limited şirketin ortaklık yapısı değişmeden veya şirket sözleşmesine müdahale edilmesi gerekmeden ortaklığın varlığı sürdürülmüş olacaktır.

Genel kurul toplantısında önerinin açıkça veto hakkı kullanılarak reddedilmesi ve bu veto işleminin yukarıdaki kıstaslara aykırı olarak gerçekleştirilmesi halinde bu işlemin iptali ise ayrı bir mesele olarak ele alınmalıdır. Zira bu ihtimalde hukuk aleminde ortaya çıkmış bir genel kurul kararı mevcut değildir. Fakat kararın alınması hukuka aykırı olarak kullanılan bir veto hakkı ile engellenmiştir. Kanaatimizce bu halde de, mahkemeye başvurularak bir hukuki işlem mahiyetindeki veto işleminin iptali talep edilebilir. Mahkemenin bu talebi haklı görmesi halinde, veto işlemi somut genel kurul maddeleri bakımından iptal edilir ve reddedilmiş sayılan öneri tekrar genel kurul gündemine alınabilir. İlgili gündem maddesinin görüşüleceği genel kurul toplantısında ortağın veto hakkı ise donar. Başka bir gündem maddesine ilişkin oylama sırasında ortak, diğer şartlar da sağlanmış ise veto hakkını yeniden kullanabilir.

SONUÇ YERİNE BAZI TESPİTLER

Limited şirketlerde ortakların kişisel özelliklerinin de önem arz etmesini göz ardı etmeyen kanun koyucu, TTK m. 577 hükmü ile limited şirket sözleşmesinin somut şirketin ihtiyaçları doğrultusunda şekillendirilebilmesine kısmi de olsa izin vermiştir. Anonim ortaklıklar bakımından kabul edilmeyen söz konusu imkânlardan biri de şirket sözleşmesi ile *belirli veya belirlenebilir ortaklara veto hakkı* tanınabilmesidir. Bu hak ortağa; usulüne uygun olarak alınmış genel kurul kararını hükümsüz kılma, başka bir deyişle olumlu genel kurul kararını olumsuz karara dönüştürme yetkisi veren kişisel bir hak görünümündedir. Paya değil ortağın şahsına tanınan bu hakkın bir başkasına devredilmesi veya mirasçıya geçmesi mümkün olmadığından bu kişilerin veto hakkına sahip olması amaçlanıyor ise, şirket sözleşmesinde gerekli düzenlemelerin yapılması gereklidir.

“Pay sahipleri demokrasisi”nin de uzantısı olarak oyda imtiyazda üst sınırın kabul edildiği anonim ortaklıklarda veto hakkının hem teorik hem pratik planda işlerlik kazanması mümkün

78 Gülerci (n 8) 3074.

79 Kendigelen ve Kırca (n 6) 319.

görünmemekle birlikte uygulamada korporatif düzlem dışında etki doğurmak üzere akdedilen pay sahipleri sözleşmelerinde pay sahiplerinin veto haklarına ilişkin düzenlemelere tesadüf edilmektedir.

Ülkemizdeki sermaye şirketlerinin çoğunluğunu oluşturan aile şirketlerinin sürdürülebilirliği bakımından ayrı öneme sahip olduğu sonucuna varılan veto hakkı, genel kurulda hakimiyeti korumak için başvurulabilecek en önemli hukuki mekanizmalardan biridir. Bu hak ile pay oranları daha farklı belirlense dahi, herhangi bir pay oranına sahip ortağa genel kurulda alınan kararı hükümsüz kılma yetkisi verilebilir. Yine aile şirketlerine benzer şekilde sermayeye katılmalı ortak girişimlerde kontrolü sağlamak için sıklıkla veto hakkına başvurulmaktadır. Görüldüğü üzere menfaat çatışmalarının yoğun yaşandığı ortaklık yapılarında veto hakkı, çatışan menfaatleri dengeleme işlevi dolayısıyla tercih edilmektedir. Bununla birlikte, zorunlu şirket organlarının şeklen var olmasına rağmen, bu organların çeşitli sebeplerle süreklilik arz edecek şekilde toplanamaması veya karar alamamasından dolayı karar alma ve yönetme mekanizmalarındaki tıkanma halini ifade eden kilitlenmeye sebep olma riskini bünyesinde barındıran veto hakkının kullanılmasına ilişkin sınırların netleştirilmesi gerekir.

Sözleşmesel yenilik doğuran ve yönetsel müktesep hak niteliğindeki veto hakkı, doktrinde genel itibarıyla geçersiz olduğu haller bakımından ele alınmaktadır. Kanaatimizce, uygulamada ve teorik planda veto hakkının geçersizliğinden ziyade veto işleminin geçersizliğini tartışmak daha uygundur. Kaldı ki, her hakkın kullanılmasında olduğu gibi veto hakkının da sınırları mevcuttur. Bu sınırlar; TMK m. 2'deki hakkın kötüye kullanılması yasağı ve *affectio societatis* ile TTK m. 613'te vücut bulan ortağın şirkete ve diğer ortaklara karşı özen ve bağlılık yükümlülüğüdür. Bu sınırlara aykırı olarak kullanılan veto hakkı, kilitlenmeye dahi yol açacak zararlar meydana getirebilir. Veto hakkını kullanan ortak her ne kadar gerekçe göstermek zorunda değil ise de, bu hakkını şirketin menfaatine aykırı olacak şekilde kullanamaz. Aksi halde veto işleminden zarar gören tüm ilgililer mahkemeye başvurup ilgili işlemin iptalini talep edebilir. Mahkemenin mezkûr talebi haklı görüp veto işlemi iptal etmesi durumunda kanaatimizce haksız veto işlemi ile geçersiz kılınan genel kurul kararı da ihya edilmiş olacaktır. Buna ilaveten, ortağın veto hakkını süreklilik arz edecek şekilde belirtilen hukuki sınırlara aykırı olarak kullanması ortağın şirketten çıkarılmasına veya şirketin haklı nedenle feshine sebep olabilir.

Genel kurul toplantısı sırasında karar önerisine karşı kullanılarak önerinin reddi sonucuna sebep olan veto hakkının, özen ve bağlılık yükümlülüğü ile hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olarak ileri sürülmesi durumunda da mezkûr veto işleminin yargısal denetime tabi tutulması mümkündür. Ortaklık menfaatinin gerektirdiği ölçüde ve genel kurulu doğrudan, müdürler kurulunu da dolaylı olarak kilitleyebilecek boyuta ulaştığı durumlarda ise hukuka aykırı veto işlemlerinin iptali için müdürler tarafından dava açılması bir gereklilik olarak dahi görülebilir.

KAYNAKÇA

Akın MY, *Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu* (İMKB 2002).

Akıncı E, 'Tarihsel Perspektifte Limited Şirket Kavramı' (2018)76(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 481-502.

- Aksoyak M, 'Limited Ortaklıklarda Müdür Kararlarının Genel Kurul Onayına Sunulması' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2022).
- Akyol Ş, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (Vedat 2006).
- Alışkan M, Limited Şirket Tarihçe Niteliği (Legal 2013).
- Altay SA, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)* (Vedat 2009).
- Arslanlı H, 'Limited Şirketler Hukukuna Genel Bir Bakış' (1962)1(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 433-464.
- Arslanlı H, *Anonim Şirketler I* (İstanbul Üniversitesi 1959).
- Ataay A, *Medeni Hukukun Genel Teorisi* (3. Bası, İstanbul Üniversitesi 1980).
- Barlas N, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (4. Bası, Vedat 2016).
- Beurskens M and Noack U, 'The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?' (2008)9(9) German Law Journal 1069-1107.
- Biçer L, *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları* (Yetkin 2019).
- Bingöl ME, 'Adi Ortaklıkta İtiraz Hakkı' (2022)38(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 695-727.
- Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister – und Firmenrecht), vom 19. Dezember 2001.
- Böckli P, 'Das neue schweizerische GmbH-Recht-was wirklich neu? Eine Übersicht', *Das neue schweizerische GmbH* (Verlag, 2006).
- Buz V, *Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005).
- Çamoğlu E, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (Vedat 2020).
- Demirbaş H, *Yenilik Doğuran Haklar* (Vedat 2007).
- Develi Ayverdi E, 'Limited Şirket Esas Sermaye Payının Devrine İlişkin Genel Kurul Kararı ve İptal Edilebilirliği' (2022)80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 81-116.
- Doğrusöz Koşut H, *Limited Şirkette Oy Hakkı* (Vedat 2021).
- Domaniç H, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II* (Temel 1988).
- Domaniç H, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-III* (Temel 1989).
- Donati G, *Art. 811 OR:Der Statutarische Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Gesellschafterversammlung im GmbH-Recht* (Verlag 2014).
- Dubs D und Truffer R, *Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR* (5. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2016).
- Eren F ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I* (Yetkin 2022).
- Gasser U, Eggenberger C und Stauber R, *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* (2. Auflage, Orell Füssli 2009).
- Gülerci AF, 'Limited Şirketlerde Ortaklara Veto Hakkı Tanınması' (2020)18(211) Legal Hukuk Dergisi 3051-3083.
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021).
- Hamamcıoğlu E, *Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi* (Yetkin 2022).
- Handschin L und Truniger C, *Die GmbH* (2. Auflage, Verlag, 2006).
- Helvacı S ve Erlüle F, *Medeni Hukuk* (6. Bası, Legal 2020).
- Hirsch EE, *Türk Ticaret Kanununun Esaslarına Göre Ticaret Hukuku* (Cihan 1935).
- Hölters W und Weber M, *Aktiengesetz* (4. Bası, Verlag 2022).
- Hüffer U, *Aktiengesetz* (10. Auflage, C.H.Beck 2012).

- İmregün O, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri* (11. Bası, Filiz 1996).
- Karasu R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2. Bası, Yetkin 2015).
- Kaşak E, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar* (On İki Levha 2019).
- Kendigelen A, *Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz* (Beta 1999). (Anılış: İmtiyaz)
- Kendigelen A ve Kırca İ, *Şirketler Hukuku Cilt III* (On İki Levha 2022). (Anılış: Şirketler)
- Kılıçoğlu AM, *Medeni Hukuk* (3. Bası, Turhan 2019).
- Kırca İ, Şehirli Çelik FH ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku, C. I* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013).
- Korkut Ö, *Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği* (Adalet 2007).
- Kratz B, *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere (Art. 772-1186 OR)/Bucheffectengesetz* (3. Auflage, Schulthess 2016).
- Lang S, 'Die faktische Organschaft', 2019GesKR-Gesellschafts-und Kapitalmarktrecht 111-117.
- Miller MR, 'The New York Limited Liability Company Law at Twenty: Past, Present & Future' (2015)31(3) Touro Law Review 403-410.
- Mohr R, 'Gestaltungsmöglichkeiten bei der GmbH als Familiengesellschaft' GmbH-StB 2003.
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Bası, On İki Levha 2020).
- Moroğlu E, *Oy Sözleşmeleri* (5. Bası, Vedat 2015).
- Nomer NF, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (Beta 1999).
- Ölmez F, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili* (On İki Levha 2019).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası, Vedat 2019).
- Pulaşlı H, 'Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam Ve Etkisi', Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı. (Anılış: İmtiyaz)
- Pulaşlı H, 'Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre "İktisadi Amaç" Kavramının Şirket ve Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi' (2016)32(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 21-71. (Anılış: İktisadi Amaç)
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II* (3. Bası, Adalet 2018).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III* (3. Bası, Adalet 2017).
- Schmidt K, *Gesellschaftsrecht* (3. Auflage, Verlag 1997).
- Semler J, 'Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht', Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag (De Gruyter 2003).
- Serozan R, Engin Bİ ve Atamer YM, *Serozan Medeni Hukuk* (9. Bası, On İki Levha 2022).
- Siffert R, Fischer MP und Petrin M, *Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)* (Verlag 2008).
- Şener OH, *Adi Ortaklık* (Yetkin 2008). (Anılış: Adi Ortaklık)
- Şener OH, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*, (Seçkin 2017). (Anılış: Limited Ortaklıklar)
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz 1993).
- Toraman Çolgar E, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda İmtiyaz Tesisi Yoluyla Yönetim Kontrolünün Sağlanması' (2021)37(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 89-130.
- Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lûgatı* (3. Bası, Başbakanlık 1991).
- Uysal E, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar* (On İki Levha 2016).
- Yıldırım AH ve Demirkapı E, 'İsviçre Borçlar Kanunu'nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenleme' (2008)24(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 435-466.

Yüce AA, 'Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Fiili Yönetim Organı Anlamındaki Hukuki Sorumluluğu'
(2022)9(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 243-266.

<<https://ticaret.gov.tr/data/6214a18c13b876b4f0182f30/MERS%C4%B0S%20Verileri.pdf>>

<<https://sozluk.gov.tr/>>

<<https://www.lexpera.com.tr/>>

Uzaktan Çalışma İlişkisinin Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of Remote Working Relationship In Terms of Social Security Law

Duygu ÇELEBİ DEMİR 

ÖZ

Esneklik ihtiyacı ile ortaya çıkan uzaktan çalışma, günümüzde oldukça sık başvurulan bir çalışma şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Mevzuatımızda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenen uzaktan çalışma kavramı, evde çalışmayı ve teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yapılan çalışmalara dayanan tele çalışmayı da içeren geniş bir kavramı ifade etmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, uzaktan çalışma ilişkisinde işçi, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu içinde iş görme edimini evinde veya teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında ifa etmektedir. Uzaktan çalışma ilişkisinin belirtilen bu özelliği, sosyal güvenlik hukuku anlamında da bazı konuların detaylı incelenmesi ihtiyacına sebep olmaktadır. Özellikle iş kazası ve meslek hastalığı hükümlerinin uzaktan çalışma ilişkisinde nasıl uygulanacağını tespiti önem kazanmaktadır. Bu noktada söz konusu çalışmamızda uzaktan çalışma ilişkisinin sosyal güvenlik hukuku anlamında ortaya çıkardığı sonuçlar değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Uzaktan Çalışma, Tele Çalışma, Sigortalılık, İş Kazası ve Meslek Hastalığı

ABSTRACT

Remote working, which emerged with the need for flexibility, is a frequently used form of work today. The concept of teleworking, which is regulated in Article 14 of the Law No. 4857, refers to a broad concept that includes working at home and teleworking based on work done outside the workplace with technological communication tools. According to the aforementioned regulation, in a teleworking relationship, the employee performs his/her work at home or outside the workplace through technological communication tools within the work organisation established by the employer. This feature of the teleworking relationship causes the need for a detailed examination of some issues in terms of social security law. In particular, it is important to determine how the provisions on occupational accidents and occupational diseases will be applied in the remote working relationship. At this point, in this study, we have tried to evaluate the results of the remote working relationship in terms of social security law.

Keywords: Remote Working, Teleworking, Insurance, Work Accident and Occupational Disease

* Doktor Öğretim Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-6029-9564.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Duygu ÇELEBİ DEMİR

E-posta/E-mail: duygucelebidemir@karatekin.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 06.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 19.05.2023

GİRİŞ

Dünyada meydana gelen ekonomik krizler ve durgunluk, küreselleşme ile birçok sektörün küresel rekabet sürecine girmesi beraberinde birtakım gereksinimlere sebep olmuştur¹. Küresel ekonomik eğilimler, teknoloji ve sosyal alanlardaki gelişmeler, iş sözleşmelerinin değişimlerini de beraberinde getirirken; işletmelerin bu gelişime hızlı şekilde uyum sağlaması, yeniden yapılanma sürecine girmeleri ile mümkün olmuştur. Bu süreçte mevcut teknolojinin sürekli değişip gelişmesi karşısında, işverenlerin bu duruma ayak uydurabilmek adına geliştirdiği çeşitli alternatif yollar, işgücü açısından yeni istihdam türleri ve esneklik politikalarının üretilmesine neden olmuştur².

Esneklik kavramının ortaya çıkmasına neden olan faktörler aynı zamanda çalışma yaşamında istihdam yapılarında da değişikliğe yol açmıştır. Bunun akabinde teknolojinin kaydettiği gelişmeler, yeni üretim biçimlerinin ortaya çıkışı, tüketici tercihinin farklılaşması, daha kaliteli mal ve hizmete ihtiyaç duyulması, rekabetin artması, devletin ekonomik hayattan çekilme sürecinin başlaması, küreselleşme sürecine girilmesi, hızla çoğalan insan nüfusu, artan işsizlik sorunları piyasayı etkilemiştir. Bu nedenle istihdam hizmetlerinin daha hızlı, kaliteli ve etkili olarak yapılması zorunlu hale gelmiştir³. Bu duruma istinaden işletmeler, farklı hukuki ilişkiler kurmaya ve yeni istihdam türleri yaratmaya zorlanmış⁴ ve bunun neticesinde klasik çalışma ve iş sözleşmesi biçimlerinden bir ölçüde uzaklaşarak, çağrı üzerine çalışma, uzaktan çalışma, geçici iş ilişkisi, evden çalışma gibi atipik iş sözleşmesi türleri ortaya çıkmıştır⁵.

- 1 Kadir Arıcı, *Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanununda Çalışma Süreleri* (Kamu-İş 1992) 66-67; Şevki Özgener, 'Çalışma Hayatında Esnekliğin İşletme Verimliliği Üzerine Etkileri: Karşılaştırmalı Bir Çalışma' (2015) 38(3) Amme İdaresi Dergisi 51, 51 vd.; Candan Albayrak, 'Küreselleşme ve Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi' (98) Türkiye Barolar Dergisi 165, 165; Emine Tozlu, 'Genel Olarak Esnek Çalışma Sistemleri ve Tele Çalışma ve Sikilaştırılmış İş Haftasının Karşılaştırılması' (2011) 3(4) Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi 99, 101; Asiye Şahin Emir, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Sınırlamalar ve Esneklik Olanakları Avrupa Birliği Örnekleriyle' (2016) 18(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113, 115; Sarper Süzek, *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)* (Yenilenmiş 21. Bası, Beta 2021) 21 vd; Muzaffer Koç, '4857 Sayılı İş Kanunundaki Esneklik Düzenlemeleri ve Uygulama Problemleri' (2016) 5(7) İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi 2169, 2170; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Erçüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 35. Bası, Beta 2022) 215.
- 2 Ralf Mauer, *Temporary Work Contracting* (Saarbrücken 1995) 1; Münir Ekonomi, 'Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği' (edr) Çalışma Hayatında Esneklik (Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını 1994) 57, 57; Götz Hueck, 'Flexibilisierung der Arbeitszeit' (edr), Çalışma Hayatında Esneklik (Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını 1994) 131, 131; Öner Eyrenci, 'Türkiye'de Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi' (edr), Çalışma Hayatında Esneklik (Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını 1994) 161; 161; Öner Eyrenci, 'İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku' (edr), Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı (Türk Tarih Kurumu 1993) 227, 229 vd.
- 3 A. Can Tuncay, 'Özel İstihdam Büroları' (1995) Ocak Çimento İşveren Dergisi 3, 5.
- 4 Sarper Süzek, 'İş Akdinin Türleri' (2001) 6(22) Mercek Dergisi 17, 17; Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 22; Kadir Arıcı, 'Atipik İş Sözleşmelerinde İşçinin Korunması' (edr), Emeğin Kurultay-2 (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2017) 93, 97; Aysenur Tarakçioğlu Altınay, 'Türk İş Hukukunda Esnekliğe İlişkin Bir Düzenleme Geçici İş İlişkisi' (Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi 2011) 5.
- 5 Ercan Akyiğit, 'Ödünç İş İlişkisinin (Başkasına İşçi Vermenin) Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü' (1996) 13 TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1, 1-2; Süzek 'İş Akdinin Türleri' (n 4) 17; Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 22; Arıcı, 'İşçinin Korunması' (n 4) 97; A. Can Tuncay, 'İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları' (edr), Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı 5-6-7 Ekim 2000, (2002) 151, 153; Tarakçioğlu Altınay (n 4) 5; Davathan Günaydın ve Özkan Edemir 'Güvenceli Esneklik Kapsamında Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Ödünç İş İlişkisi' (2018) 4(1) International Anatolia Academic Online Journal 1, 4.

Son yıllarda özellikle pandemiyle birlikte çalışma hayatında sıklıkla karşılaştığımız bir tür olan ve atipik bir özellik gösteren uzaktan çalışma modeli, iş görme borcunun ifa edildiği yer bakımından tipik iş sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Bu istihdam şeklinde işçi, iş görme edimini evinde veya bilgi ve iletişim teknolojisi aracılığıyla işyeri dışında ifa etmektedir. Nitekim uzaktan çalışma ilişkisi, işin görüldüğü yer, çalışma süresi, işverenin emir ve talimat vermesi, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin uygulanması gibi hususlar ile sosyal güvenlik hukuku anlamında, iş hukukunun üzerinde temellendiği tipik iş ilişkilerinden bazı noktalarda farklılık arz etmektedir. Konuyu sosyal güvenlik hukuku açısından değerlendirdiğimizde özellikle uzaktan çalışma ilişkisi kapsamında istihdam edilen işçinin sigortalılığı, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarından yararlanmasına ilişkin hususların tespiti gerekmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda belirtilen tüm bu hususlar incelenmeye çalışılmıştır.

I. UZAKTAN ÇALIŞMA KAVRAMI VE YASAL MEVZUAT

Esneklik ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıkan ve günümüzde sıklıkla karşılaştığımız bir istihdam şekli olan uzaktan çalışma, evde çalışmayı ve teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yapılan çalışmalara dayanan tele çalışmayı da içeren geniş bir kavramı ifade etmektedir⁶. Uzaktan çalışmanın alt türlerinden biri olan evde çalışma, mevzuatımızda ilk olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. 6098 sayılı Kanun'un 461. maddesine göre *evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir.* 6715 sayılı Kanun ile değişik İş Kanunu'nun 14. maddesinde ise evde çalışma, tele çalışmayla birlikte uzaktan çalışma başlığı altında düzenlenmiştir⁷. Söz konusu düzenleme evde çalışmayı da uzaktan çalışmanın kapsamına almıştır. Nitekim çalışmamızda da uzaktan çalışma, evde çalışma ve tele çalışmayı kapsayan üst bir kavram olarak kullanılmıştır.

Uzaktan çalışma, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde, işçinin işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu içinde iş görme edimini evinde veya teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında

6 Murat Kandemir, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma* (Legal 2011) 41; Mustafa Alp, 'Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)' (edr), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan (Beta 2011) 795, 795; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (10. Bası, Gazi 2019) 107; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 215; Ufuk Aydın, 'Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2020) 6(2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 181, 203; Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 280. Levent Akın, 'Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri' (2020) 34(3) Çimento İşveren Dergisi 16, 39; Hatice Duygu Özer, 'Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliği' (2018) Aralık 6(12) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 193, 195; Dilek Dulay Yangın, '6715 Sayılı Yasa'nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi' (2016) 36 Sicil İş Hukuku Dergisi 148, 149; Esra Yiğit, 'Türk Hukukunda ve Alman Hukukunda Uzaktan Çalışmanın Temel Esasları' (2021) 3(2) TAÜHFD 135, 136; Yeliz Bozkurt Gümrükçioğlu, 'Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme' (2020) Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, Tam Metin Bildiri Kitabı 145, 163 <<http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12154/1229>> Erişim Tarihi 10.01.2023; Alpay Hekimler, 'Türk ve Alman İş Hukukunda Home Office Düzenlemeleri: Covid-19 Pandemi Döneminde Karşılaştırmalı Hukuk Boyutunda Genel Bir Değerlendirme' (edr), Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı (Legal 2021) 215, 222.

7 Evde çalışma ve tele çalışmanın karşılaştırması için bkz. Dilek Dulay, *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma* (1. Bası Turhan Kitabevi 2016) 63; Orhan Ersun Civan, 'İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)' (2010) 7(26) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 527, 537.

yerine getirmesi esasına dayanan ve yazılı şekle tabi olan iş ilişkisi olarak tanımlanmaktadır⁸. Uzaktan çalışma şekline dayanan iş ilişkisinde işçi, iş görme edimini işyeri dışında veya evde ifa etmektedir. Bu yönüyle uzaktan çalışma, normal iş ilişkisinden farklılık göstermektedir. Uzaktan çalışma ilişkisinde belirleyici unsur işyeri dışında görülen işin teknolojik bir araç yoluyla yürütülmesidir⁹. Kullanılan bilgi ve iletişim teknolojisi, işçinin işyeri ile bağlantı kurması amacını taşır ve işçi bunlar sayesinde iş görerek işverenin iş organizasyonuna dahil olur¹⁰. Bu noktada şu hususu vurgulamak gerekir ki, teknolojik araç kullanımının süreklilik arz etmediği, işçinin işyeri dışında zaman zaman bir teknolojik araç yoluyla iş görme edimini ifa ettiği her çalışma ilişkisi uzaktan çalışma olarak nitelendirilemeyecektir¹¹.

Uzaktan çalışma şekliyle istihdam edilen işçi de klasik iş sözleşmelerinde olduğu gibi işveren ile sıkı bir bağımlılık ilişkisi içindedir. Hatta uzaktan çalışmada teknoloji unsuru nedeniyle işveren ve işçi arasındaki bağımlılık unsurunun daha da kuvvetli şekilde kurulduğu ifade edilebilir¹². İşveren, merkezi işyeri dışındaki bürolarda veya evlerde çalışan işçilere de iş görme ediminin yerine getirilmesinde talimatlar verebilmekte; çalışanlar, teknoloji ve online sistemler ile kolaylıkla denetlenebilmektedirler.

4857 sayılı Kanun'un 14. maddesinde uzaktan çalışma kavramı içeriğinde hem evde çalışmaya hem de tele çalışmaya yer verilmiştir. Bu bağlamda tele çalışma ve evde çalışma kavramlarının da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Tele çalışma, işçinin iş görme borcunu evinde veya işyeri dışında herhangi bir yerde teknolojik iletişim araçları aracılığıyla sürekli ve düzenli bir şekilde işverenin iş organizasyonu kapsamında yerine getirdiği çalışma biçimini ifade etmektedir¹³. Tele çalışmanın mekân, teknoloji ve organizasyon unsurları onu diğer iş sözleşmelerinden ayırmaktadır¹⁴. Tele çalışmanın

- 8 Uzaktan çalışma kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (3. Bası, Lykeion 2019), 134; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku* (9. Bası, Beta 2019) 99; Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme* (Legal 2007) 83-85; Gülsevil Alpagut, 'Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi – Daimi Ulaşılabilirlik' (edr), Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi (Seçkin 2021) 317, 318 vd.; Civan (n 7) 527; Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 280 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 217; Alp (n 6) 797; Seda Ergüneş Emrağ, '4857 Sayılı İş Kanununun Değişik 14. Maddesi Işığında Tele Çalışma' (2016) 13 (51) Legal İSGHD 1413, 1416.
- 9 Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 286; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 218; Alp (n 6) 798-800; Kandemir (n 6) 41-43; Olgu Özdemir, 'Uzaktan Çalışmada İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükleri' (2016) Aralık 8 Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81, 86; Gonca Aydınöz, 'İş Hukukunda Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2015) 22; Arkin Günay, *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma* (1. Bası, Legal 2018) 127; Gözdenur Kılıç, 'Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Tele Çalışma ve Evde Çalışmadan Farkı' (2020) 15 (164) Terazi Hukuk Dergisi 805, 811; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 161; Senyen Kaplan (n 6) 107; Civan (n 7) 532-533; Yiğit (n 6) 137.
- 10 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 219.
- 11 ibid 219, Kandemir (n 6) 41-42; Alp (n 6) 799; Ergüneş Emrağ (n 8) 1419; Yiğit (n 6) 138.
- 12 Süzek 'İş Akdinin Türleri' (n 4) 31; Alp (n 6) 815; Civan (n 7) 543; Dulay, *Evde Çalışma* (n 7) 104-106; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 162.
- 13 Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 286; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 218; Civan (n 7) 532-533; Tamer Soysal, 'Tele Çalışma' (2006) 3(9) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 133, 135; Ergüneş Emrağ (n 8) 1416; Ufuk Aydın, 'Tele ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi' (edr), Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan (Legal 2008) 351, 353; Eda Karaçöp, 'Covid-19 Pandemisi Sürecinde Uzaktan Çalışma' (2020) İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni 14, 15.
- 14 Alp (n 6) 798; Kandemir (n 6) 41 vd.; Civan (n 7) 533; Ergüneş Emrağ (n 8) 1418; Canan Ünal Adınır, 'Tele Çalışmada Kişisel Verilerin Korunması' (edr), Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (Yetkin 2022) 955, 963; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 218; Karaçöp (n 13) 15; Kübra Demir, 'Türk İş Hukukunda Uzaktan

teknolojik iletişim araçları ile evden de yapılmasının mümkün olması bu çalışmayı geleneksel anlamda evden çalışma haline getirmemektedir¹⁵. Uzaktan çalışma tanımında yer verilen diğer bir çalışma türü olan evde çalışma, işçinin iş görme edimini iş organizasyonu kapsamında evinde yerine getirdiği ve yazılı bir sözleşmeye dayanan çalışma ilişkisi olarak tanımlanmaktadır. Evde çalışma da, tele çalışma gibi, iş organizasyonu kapsamında bağımlılık ilişkisine dayanan bir iş sözleşmesidir¹⁶.

Alman hukukunda tele çalışma, Arbeitsstättenverordnung – ArbStättV (Alman İşyerleri Tüzüğü) 2/7 hükmünde tanımlanmıştır. ArbStättV'nin 3.12.2016 tarihinde revize edilmesiyle, yönetmeliğin uygulama alanı, ArbStättV § 2/7'de açıkça tanımlanarak tele çalışma işyerlerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre tele çalışma işyeri, işveren tarafından çalışanların özel alanlarında kalıcı olarak kurulan ve işverenin çalışanlarla mutabık kalınan haftalık çalışma süresini ve kurulum süresini belirlediği ekranlı iş istasyonlarıdır. Bu kapsamda bir tele çalışma işyeri, işveren ve çalışanların, evden çalışma koşullarını sözleşmeyle veya bir anlaşma çerçevesinde belirlediği ve gerekli mobilyaları, iş araçlarını, iletişim ekipmanlarını işveren veya işveren tarafından yetkilendirilen bir kişi tarafından çalışanın özel alanına sağlandığı durumda kurulmuş kabul edilmektedir. Belirtilen düzenleme kapsamında uzaktan çalışmanın değil, uzaktan çalışmanın yapıldığı yerin tanımlandığı gözlenmektedir. Söz konusu düzenlemeden hareketle Alman Hukukunda uzaktan çalışma, düzenli olarak tamamen veya kısmen işverenin veya yüklenicinin merkezi işyeri dışında, merkezi işyerine elektronik iletişim araçlarıyla bağlı bir işyerinde gerçekleştirilen, program kontrollü iş ekipmanına dayalı bir faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Tele çalışma, tele çalışanın evinde, komşu ofisinde, uydu ofisinde gerçekleştirilebilmektedir¹⁷. Home office çalışma (evde çalışma) ise Alman Hukukunda tele çalışmanın bir alt türü olarak kabul edilmektedir ve yasal olarak tanımlanmamaktadır. Home Office çalışma Almanya'da son yıllarda yaygın bir şekilde kullanılan bir istihdam şekli olduğu için konunun yasal olarak ele alınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸. Almanya'da temelde iki farklı ev esaslı çalışma türü vardır: Ev esaslı tele çalışmada, iş yalnızca evden yapılır. Daha yaygın olan dönüşümlü tele çalışmada ise çalışan hem evde hem de işverenin tesislerinde çalışır. İlgili çalışma günleri ve saatleri genellikle ekip içinde önceden kararlaştırılır, amir tarafından talimat verilir veya bir görev listesi aracılığıyla düzenlenir¹⁹.

II. UZAKTAN ÇALIŞMAYA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR

Uzaktan çalışma şeklinde kurulan iş sözleşmesinin yazılı biçimde yapılması gerekmektedir. Nitekim hem İş Kanunu'nda hem de Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinde uzaktan çalışmaya ilişkin iş

Çalışma Kapsamında İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Borcu' (2021) 29(31) SÜHFD 2501, 2506.

15 Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 286; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 217; Günay (n 9) 127; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 162

16 Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 283; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 220; Dulay Yangın 'Uzaktan Çalışma' (n 6) 151.

17 Wolfgang Hromadka and Frank Maschmann, *Arbeitsrecht Band 1*, (7. Auflage, Springer 2018) 112.

18 Norbert Kollmer, 'Das Rect der Tele – und Mobilen Arbeit im Lichte des Arbeitsschutzes 4.0' (2023) NJW 473, 474, <<http://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NJW-B-2023-S-473-N-1>> Erişim Tarihi 20.01.2023

19 ibid 474.

sözleşmelerinin yazılı şekle tabi olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme ile ortaya çıkabilecek hukuki sorunların önüne geçilmeye çalışılmıştır. Kanunda öngörülen yazılılık şartının geçerlilik şekli olduğu ifade edilmektedir²⁰. Benzer bir düzenlemeye Alman Hukukunda da rastlanmaktadır. Nitekim ArbStättV 2/7 hükmü gereği uzaktan çalışma ilişkisinin iş sözleşmesi veya bir anlaşma çerçevesinde belirlenmesi mümkündür²¹.

4857 sayılı İş Kanunu, uzaktan çalışmaya dayanan iş sözleşmesinde; işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümlere yer verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinin 8. maddesinde, uzaktan çalışmanın yapılacağı zaman aralığı ve süresinin iş sözleşmesinde belirtileceği; mevzuatta öngörülen sınırlamalara bağlı kalmak koşuluyla taraflarca çalışma saatlerinde değişiklik yapılabileceği ve fazla çalışmanın işverenin yazılı talebi üzerine, işçinin kabulü ile mevzuat hükümlerine uygun olarak gerçekleştirileceği ifade edilmiştir. Alman Hukukunda da durum benzerlik göstermektedir. Bu kapsamda ArbStättV 2/7 hükmüne göre işverenin, çalışanlar için bir haftalık çalışma süresi belirlemesi gerekmektedir. Bu durum özellikle uzaktan çalışma ilişkisinde dezavantajlı bir durum yaratan iş ve özel hayat zamanlarının birbirine karışması ve uzaktan çalışan işçinin yasal sınırların üzerinde çalıştırılmamasında önem arz eder²².

Uzaktan çalışma, iş sözleşmesi kurulurken başta kararlaştırılabileceği gibi devam eden iş ilişkisinde sonradan da kararlaştırılabilir²³. Nitekim Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'nin 14. maddesine göre, iş ilişkisi doğrudan uzaktan çalışma sözleşmesi ile kurulabileceği gibi hâlihazırda işyerinde çalışan işçinin iş sözleşmesinin, işçinin ve işverenin anlaşması halinde, uzaktan çalışma sözleşmesine dönüştürülmesiyle de kurulabilir. İşçinin uzaktan çalışma talep ettiği durumda, Uzaktan Çalışma Yönetmeliğine göre yazılı talepte bulunması gerekmektedir. İşçiden gelen talep, işveren tarafından, işin ve işçinin niteliği gereği uzaktan çalışmaya uygunluğu ile kendisinin belirlediği diğer kıstaslar çerçevesinde değerlendirilir. İşveren yapmış olduğu değerlendirme sonucunu otuz gün içinde işçiye talebin yapıldığı usulle bildirmelidir. İşveren tarafından talebin kabul edilmesi halinde Yönetmeliğin 5'inci maddesinde belirtilen hususlara uygun şekilde sözleşme yapılır. Uzaktan çalışmaya geçen işçinin ilerleyen zamanda tekrar işyerinde çalışma talebinde bulunması mümkündür. Bu durumda işçinin uzaktan çalışma talebinde bulunması için öngörülen usule uygun olarak işyerinde çalışma

20 Dulay Yangın, 'Uzaktan Çalışma' (n 6) 157; Hekimler (n 6) 224; Levent Akın, 'Türk Çalışma Yaşamında Pandemi Sürecinde Uzaktan/Evden Çalışma ve Olası Sonuçları' (edr), Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı (Legal 2021) 261, 269-270.

21 Wolfgang Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht* (7. Auflage, Bund Verlag 2020) 414.

22 Stefan Müller, *Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis* (2. Auflage, Nomos Verlag 2020) n. 1; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 152. Tele çalışmanın avantaj ve dezavantajlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Alp (n 6) 800-801; Kandemir (n 6) 34-38; H. Filiz Alkan Meşhur, 'Organizasyonların Tele Çalışmaya İlişkin Tutumlarına Yönelik Bir Araştırma', (2010) 25 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 1, 6-7; Günay (n 9) 84-85; Kılıç, (n 9) 807. Çalışma sürelerindeki belirsizleşmeye ilişkin Kandemir (n 6) 105-106; Dilek Dulay Yangın, 'Bilgi ve İletişim Teknolojilerinde Yaşanan Gelişimin İş Hukuku Üzerindeki Etkileri: Tele Çalışmaya İlişkin Tespit ve Öneriler' (edr), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III (Onikilevha 2018) 221, 222-223.

23 Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 165 vd.

talebinde bulunması gerekir ve söz konusu talep işveren tarafından öncelikli olarak değerlendirilir. Bununla birlikte uzaktan çalışmanın mevzuatta belirtilen zorlayıcı nedenlerle işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak olması halinde ise uzaktan çalışmaya geçiş için işçinin talebi veya onayı aranmaz.

Yönetmeliğin 10. maddesine göre, uzaktan çalışmada iletişimin yöntemi ve zaman aralığı uzaktan çalışan ile işveren tarafından belirlenir. İşveren; uzaktan çalışana, işyerine ve yaptığı işe dair verilerin korunması ve paylaşımına ilişkin işletme kuralları ve ilgili mevzuat hakkında bilgilendirir ve bu verilerin korunmasına yönelik gerekli tedbirleri alır. İşveren, korunması gereken verinin tanım ve kapsamını sözleşmede belirler. Verilerin korunması amacıyla işveren tarafından belirlenen işletme kurallarına uzaktan çalışanın uyması zorunludur.

III. UZAKTAN ÇALIŞMA İLİŞKİSİNDE İŞÇİNİN SİGORTALILIĞI

A. UZAKTAN ÇALIŞMA İLİŞKİSİNDE SİGORTALILIK SIFATININ KAZANILMASI

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu sigortalı sayılanları 4. maddede üç farklı kategoride düzenlemiştir. Hizmet akdine göre çalışan sigortalılar m.4/1, a kapsamında, bağımsız çalışanlar m.4/1, b kapsamında, devlet memurları ve diğer kamu görevlileri ise m.4/1, c bendi kapsamında düzenleme bulmuştur.

5510 sayılı Kanun anlamında m.4/1, a bendi kapsamında sigortalı niteliğinin kazanılabilmesi için üç koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlar: iş ilişkisinin kural olarak hizmet sözleşmesine dayanması, işin işverene ait işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde yapılması, çalışanın 5510 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında sigortalı sayılmayan kişilerden olmaması gereğidir²⁴. Özel yasaların öngördüğü istisnai bir düzenlemenin bulunmadığı durumda sigortalı sayılmak için söz konusu üç koşulun da bir arada bulunması gerekmektedir. Aksi durum 5510 sayılı Kanun'un m.4/1, a bendi kapsamında sigortalı sayılmaya engel teşkil edecektir²⁵. Zaman ve mekânsal anlamda diğer çalışma şekillerinden farklılık arz eden uzaktan çalışma ilişkisinde sigortalılığa ilişkin 5510 sayılı Kanunda özel bir düzenlemenin yer almaması, genel hükümlerin uygulanması noktasında birtakım değerlendirmeler yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

24 “...Gerek (Mülga) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında gerek ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu anlamında sigortalı niteliğini kazanmanın koşulları başlıca üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlar: a) Çalışma ilişkisinin kural olarak hizmet akdine dayanması, b) işin işverene ait yerde yapılması, c) çalışanın mülga 506 sayılı Kanunun 3.maddesinde, 5510 sayılı Kanunun ise 6. maddesinde belirtilen istisnalardan olmaması şeklinde sıralanabilir. 5510 sayılı Kanunun 4/1-a maddesine ve 506 sayılı Kanuna göre sigortalı olabilmek için bu koşulların bir arada bulunması zorunludur.”; Yargıtay 10 HD, E 2019/6165 K 2020/5203, 30.09.2020, <legalbank.net> Erişim Tarihi 02.01.2023. Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (18. Bası, Beta 2020) 79; Safiye Saliha Tombaş, ‘Yeni İstihdam Yöntemleriyle Çalışanların Sigortalılığı’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2022) 294.

25 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 80. Yargıtay da konuya ilişkin istikrar kazanmış kararlarında üç koşulu birlikte aramaktadır. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/2115 K 2021/70, 11.02.2021; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/2233 K 2021/64, 11.02.2021; Yargıtay 10 HD, E 2020/5784 K 2020/7291, 17.12.2020; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/2336 K 2020/1044, 16.12.2020; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2016/2145 K 2020/230, 26.02.2020, <karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi 02.01.2023.

1. İş İlişkinin İş Sözleşmesine Dayanması

5510 sayılı Kanun'a göre, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar 5510 sayılı Kanun m.4/1, a anlamında sigortalı sayılırlar. Söz konusu düzenleme karşısında sosyal sigorta ilişkisinin kural olarak bir iş sözleşmesine bağlandığı gözlenmektedir²⁶. Ancak sosyal sigorta ilişkisinin kurulabilmesi için iş sözleşmesinin varlığının yanında sigortalının eylemli olarak işverene ait işyerinde çalışma zorunluluğu da bulunmaktadır²⁷. Nitekim 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar m.4/1, a bendi kapsamında sigortalı sayılır. 5510 sayılı Kanun'da getirilen söz konusu tanım ile 4857 sayılı İş Kanunu'nda ifade edilen işçi tanımının benzer olduğu ifade edilebilir. Bu bağlamda 4857 sayılı Kanunu anlamında işçi sayılanlar, genellikle 5510 sayılı Kanun anlamında m.4/1, a bendi kapsamında sigortalılık sıfatına sahip olmaktadır. Ancak elbette bu iki kavramın özdeş olmadığını ifade etmek gerekir.

Sigortalı sayılmak için her şeyden önce sigortalı ile işveren arasındaki iş ilişkisinin kural olarak hizmet akdine dayanması gerekmektedir. 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinde hizmet akdi, *22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda tanımlanan hizmet akdini ve iş mevzuatında tanımlanan iş sözleşmesini veya hizmet akdini* ifade etmektedir²⁸. Söz konusu tanım neticesinde Borçlar Kanunu, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu kapsamında iş sözleşmesiyle çalışanlar sigortalı sıfatına sahip olmaktadır. İş Kanunu gereği iş sözleşmesi işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ücret her ne kadar İş Kanunu anlamında iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olarak belirtilmiş olsa da sigortalılık niteliğinin tespitinde ücretle çalışma zorunluluğu bulunmamaktadır²⁹. 5510 sayılı Kanun'un 6/a, 7/a, 82/2-3. maddeleri hükümlerinde de açıkça görüleceği üzere sigortalılık niteliği için ücret zorunlu unsur değildir. Bilindiği üzere çalıştırılanlar, 5510 sayılı Kanun'un m.7/a gereği işe alınmalarıyla sigortalı olurlar. Maddenin "çalıştırılanlar" sözüne yer verip, aksine, hizmet akdi ile çalıştırılanlar ifadesine yer vermemesi karşısında, zaman ve bağımlılık koşulu gerçekleşmiş ise, ücret koşulu gerçekleşmese de kişi, sigortalı sayılmalıdır. Sigortalı sayılabilme yönünden gerek ücretin kendisi gerekse ödenme biçim ve yöntemi zorunlu bulunmadığından parça başına ücret, götürü ücret, part-time çalışma karşılığı yapılan ödeme biçimleri sigortalılık koşullarını etkilememektedir³⁰.

26 Nurşen Caniklioğlu, 'Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların – Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların – Sosyal Güvenliği' (2016) 15(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43, 53.

27 "...Gerek (Mülga) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında gerek ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu anlamında sigortalı niteliğini kazanmanın koşulları başlıca üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlar: a) Çalışma ilişkisinin kural olarak hizmet akdine dayanması, b) işin işverene ait yerde yapılması, c) çalışanın mülga 506 sayılı Kanunun 3.maddesinde, 5510 sayılı Kanunun ise 6. maddesinde belirtilen istisnalardan olmaması şeklinde sıralanabilir. 5510 sayılı Kanunun 4/1-a maddesine ve 506 sayılı Kanuna göre sigortalı olabilmek için bu koşulların bir arada bulunması zorunludur...". Yargıtay 10 HD, E 2013/327 K 2013/13205, 02.2013, 9, <www.calismatoplum.org> Erişim Tarihi 15.03.2018.

28 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 8. maddesinin getirdiği bu Kanun veya Türk Borçlar Kanunuyla yürürlükten kaldırılmış ya da değiştirilmiş bulunan kanunların maddelerine yapılan yollamalar, o maddeleri karşılayan yeni hükümlere yapılmış sayılır düzenlemesi neticesinde 818 sayılı Kanuna yapılan atfı, 6098 sayılı Kanuna ve bu Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılması gerekmektedir.

29 Ali Nazım Sözer, *Sosyal Sigorta İlişkisi*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 1991) 36 vd.; Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 80.

30 Yargıtay 10 HD, E 2019/541 K 2021/4276, 30.03.2021; Yargıtay 10 HD, E 2019/5244 K 2021/4277, 30.09.2020, <legalbank.net> Erişim Tarihi 02.01.2023.

Bağımlılık unsuru, sigortalılık sıfatının kazanılmasında gerekli bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. İş görme ediminin bağımlı bir şekilde yerine getirilmesi 5510 sayılı Kanun m.4/1, a bendi kapsamında sigortalı kavramı için belirleyici bir unsurdur. Nitekim Yargıtay kararları incelendiğinde, kararlarda zaman ve bağımlılık unsurlarının dikkate alınarak hizmet sözleşmesi ve sigortalılık niteliğinin belirlendiği gözlenmektedir³¹. Bu noktada uzaktan çalışma ilişkisinde, sigortalılık sıfatının kazanılmasında taşıdığı önem de düşünüldüğünde, bağımlılık unsurunun tespiti ayrıca önem arz etmektedir.

Ortaya çıkan yeni istihdam türleri ve özellikle dijitalleşmeyle birlikte fiziki işyerleri dışında dijital işyerlerinde işin görülmeye başlanması bağımlılık unsurunda bir dönüşüme sebep olmuştur³². Zira dijitalleşmeyle işin belirli bir fiziksel mekânda görülme zorunluluğunun ortadan kalkması, çalışma yeri ile klasik anlamda işyeri kavramlarını birbirinden ayırmıştır. Dijitalleşmenin bir sonucu olarak günümüzde pek çok iş sanal platformlar veya internet üzerinden yapılabilmekte, evden çalışma, uzaktan çalışma gibi esnek çalışma modelleri kendini daha çok göstermektedir. Bu bağlamda işçiler belirli bir işyerinde değil de teknolojinin getirdiği imkanlarla neredeyse her yerde çalışabilir hale gelmektedir. İnternet temelli uygulamalar sayesinde artık çalışmalar sanal işyerlerinde gerçekleştirilebilmektedir. Ancak işin, işyeri dışında ifa edilmesi, işçinin işverenin fiili gözetimi altında çalışmaması bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. İşçinin bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla işverenin iş organizasyonu ile irtibat sağladığı, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görme edimini yerine getirdiği durumda bağımlılık söz konusu olmaktadır³³. Söz konusu bağımlılık unsurunun tespiti işyeri ile sürekli biçimde çevrimiçi çalışan tele çalışanlar için kolay tespit edilirken; çevrimdışı çalışanlar açısından tespiti ise somut olaya göre incelenecektir³⁴. Nitekim Yargıtay da taraflar arasındaki ilişkinin niteliğini belirlerken “bağımlılık” unsurunun tespitinde daha esnek davranılması ve değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir³⁵.

31 “Bilindiği gibi çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla sigortalı olurlar (506 SK. m. 6, 5510 SK. m.7/a). Maddenin “çalıştırılanlar” sözüne yer verip, aksine, hizmet akdi ile çalıştırılanlar ifadesine yer vermemesi karşısında, zaman ve bağımlılık koşulu gerçekleşmiş ise ücret koşulu gerçekleşme de kişi, sigortalı sayılmalıdır... Diğer unsur olan bağımlılık ve bu kapsamda ele alınması gereken zaman unsuru, hizmet akdinin ayırt edici özelliğidir”. Yargıtay 10 HD, E 2019/6165 K 2020/5203, 30.09.2020, <karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi 02.01.2023.

32 Tombaş (n 24) 296.

33 Süzek ‘İş Akdinin Türleri’ (n 4) 31; Alp (n 6) 815; Civan (n 7) 543; Dulay, *Evde Çalışma* (n 7) 104-106; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 162. Ayrıca bkz. Yargıtay 22 HD, 22.10.2019, E. 2016/20628, K. 2019/19667; Yargıtay 22 HD, 17.04.2019, E. 2016/11630, K. 2019/8888; Yargıtay 22 HD, E 2016/9644 K 2019/7551, 04.04.2019; Yargıtay 22 HD, E 2017/20979 K 2019/4795, 04.03.2019, <karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi 02.01.2023

34 Soysal (n 13) 137; Tombaş (n 24) 296. “...iş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da, işverenin iş organizasyonu içinde yer alınmaktaysa, bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir...”, Yargıtay 10 HD, E 2019/6165 K 2020/5203, 30.09.2020, <karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi 02.01.2023.

35 “...Ne var ki, iş ilişkisinde bulunması gereken bağımlılık unsurunun günümüzde ulaşılan ekonomik ve teknolojik gelişmeler karşısında zayıfladığı açıktır. Ekonomik ve teknolojik gelişmeler işçinin bulunduğu yerden işyerine gitmeden çalışmasına imkân sağlayan istihdam şekilleri ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Ayrıca bazı işler (örneğin pazarlama elemanlarının ifa ettiği işler gibi) işverenin sıkı gözetim ve denetimine imkan vermeyecek şekilde dışarıda çalışmayı gerekli ve zorunlu kılmaktadır. Bütün bunlar taraflar arasındaki ilişkinin niteliğini belirlerken “bağımlılık” unsurunun tespitinde daha esnek davranılmasını ve değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir...
23. Bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı durumlarda taraflar arasında iş akdinin var olduğunu belirlemek üzere batı ülkeleri

Konuyu uzaktan çalışma ilişkisi açısından değerlendirdiğimizde, hizmet sözleşmesi ile çalışma şartı açısından uzaktan çalışanlar ile diğer çalışanlar arasında bir fark bulunmadığını ifade etmek gerekir. Bu bağlamda uzaktan çalışma ilişkisinde, çalışan iş görme edimini iş sözleşmesi çatısı altında ifa ettiğinden 5510 sayılı Kanun'un m.4/1, a bendi kapsamında sigortalılık için aranan ilk şart olan hizmet akdine dayalı çalışma gerçekleşmektedir. Nitekim Alman Hukukunda da tele çalışma kapsamında istihdam edilen çalışanların Sozialgesetzbuch – SGB VII (Alman Sosyal Güvenlik Kanunu 7. Kitabı) § 2 maddesi kapsamında belirtilen normal çalışanlardan farklı olmadığı ifade edilmektedir³⁶.

2. İşin İşverene Ait İşyerinde veya İşyerinden Sayılan Yerlerde Yapılması

Yukarıdaki açıklamalarımızda ifade edildiği üzere 5510 sayılı Kanun anlamında m.4/1, a bendi kapsamında sigortalı olmak için aranan diğer bir unsur, işin işverene ait işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde yapılmasıdır. 5510 sayılı Kanun'un 11. maddesinde işyerine ilişkin, “*sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerlerdir. İşyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyerinden sayılır.*” düzenlemesi getirilmiştir. Getirilen düzenlemenin 4857 sayılı Kanun ile benzerlik gösterdiği ifade edilebilir. Ancak çalışma hayatının gelişen ve değişen koşulları karşısında 4857 sayılı Kanun'da iş organizasyonu kavramı esas alınırken; 5510 sayılı Kanun'da açıkça ifade edilmediği gözlenmektedir. 5510 sayılı Kanun'da iş organizasyonu kavramına doğrudan yer verilmemiş olsa da maddenin ilk fıkrası dikkate alındığında sigortalılık değerlendirmesinde kavramın dikkate alınması gerekmektedir.

Konuya ilişkin yeni istihdam ilişkilerinde işin, işverene ait işyerinde yapılmasına ilişkin koşulun nasıl değerlendirileceği hususu gündeme gelmektedir. Zira teknolojik ve ekonomik gelişmeler sonucu işin niteliği gereği işyeri dışında çalışmak durumunda kalan çalışanların da sigortalılık sıfatlarının tespiti gerekmektedir. İşin niteliği gereği işyeri dışında çalışmanın bir zorunluluk olarak ortaya çıktığı durumda, bu işte çalışanların işverene ait işyerinde çalışanlar kapsamında kabulü uygun olacaktır³⁷. Bununla birlikte atipik istihdam biçimlerinde ise iş, niteliği gereği olmaksızın, işyeri

hukukunda “işçinin işverene ait iş organizasyonu içinde onun yararına iş yapması” bağımlılık unsurunun yardımcı ölçütü olarak önce yargı kararlarında daha sonra öğretide kabul görmüştür (Süzek, ...e., s. 241).

24. Bununla birlikte işverenin iş organizasyonuna dâhil olan herkesin “işçi” olduğunun kabul edilmesi de mümkün değildir. Zira işverenin iş organizasyonu içinde olmakla birlikte çalışma gün ve saatlerini belirleme noktasında değil, iş görüp görmeme, çalışıp çalışmama karar verme yetkisi bulunan, kendi müşteri çevresi bulunan, bu nedenle birden fazla işverene aynı hizmeti verebilme imkânı bulunan ve bunun iş sahiplerince kısıtlanmasının mümkün olmadığı bir ilişkide bağımlı çalışmadan ve dolayısıyla işçi-işveren ilişkisinden söz etmek olanaklı olmayacaktır. Bir işverenin iş organizasyonuna ortaklık, vekâlet, eser sözleşmesi ile de dâhil olunabilmektedir.

25. Çalışan kimse ile çalıştıran arasında tâbiyet (bağımlılık) bulunup bulunmadığı her olayda ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. Genellikle tarafların karşılıklı durumları, işin ifa tarzı ve ücretin ödenme biçimi taraflar arasında böyle bir bağımlılık-bağımlılığın bulunup bulunmadığını ortaya koyabilecek karinelere (Narmanhoğlu, Ü.: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 5. Baskı, İstanbul, 2014, s. 172)” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2020/7 K 2020/848, 04.11.2020, <legalbank.net> Erişim Tarihi 02.01.2023.

36 Patrick Aligbe, ‘Arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen bei Telearbeitsplätzen’ (2016) ArbRAktuell 135.

37 Münir Ekonomi, ‘Türk Endüstriyel İlişkileri Sisteminde Yeni Arayışlar ve Çözümler’ (1988) Temmuz Kamu-İş Dergisi 11, 11 vd.; Coşkun Saraç, ‘506 Sayılı Yasaya Göre Sigortalı Sayılmada Hizmet Sözleşmesine Dayanarak İşverene Ait İşyerinde Çalışma Koşulu’ (1993) 7(6) Çimento İşveren Dergisi 19, 22-23; Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 89.

dışında gerçekleştirilmektedir. Nitekim uzaktan çalışma ilişkisini düzenleyen İş Kanunu'nun 14. maddesinde “Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.” ifadesine yer verilmiştir. Belirtilen düzenlemede uzaktan çalışmanın mesafe unsuruna yasadaki açıkça yer verildiği gözlenmektedir. Nitekim konuya ilişkin uluslararası mevzuat incelendiğinde gerek Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Anlaşmasında³⁸ gerekse Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 177 No'lu Evde Çalışma Sözleşmesi ve 184 No'lu Tavsiyesinde³⁹ mesafe unsuruna yer verildiği görülmektedir. Mesafe unsuru, iş görme borcu ile bu borcun ifasının beklendiği yer arasında mesafe olması ve işverenin, edimin yerine getirilmesini gözetleme ve denetleme imkanından fiziksel olarak yoksun bulunması olarak tanımlanmaktadır⁴⁰.

Bu noktada uzaktan çalışma ilişkisinde iş görme ediminin işyeri dışında ifa edilmesinin sigortalılığa etkisinin ne olacağının saptanması gerekmektedir. Doktrinde haklı olarak söz konusu koşulun işin, işverene ait organizasyon kapsamında yerine getirilmesi şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁴¹. Yukarıdaki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere işyeri kavramı, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin yarattığı dönüşüm neticesinde atipik istihdam modellerinin ortaya çıkmasıyla yeni bir anlam kazanmış ve çalışma yeri ile klasik anlamda işyeri kavramları birbirinden ayrılmıştır⁴². Ekonomik ve teknolojik gelişmelerle birlikte günümüzde işyeri kavramından ziyade iş ya da hizmet organizasyonu kavramı ön plana çıkmaktadır. Bu noktada özellikle iş organizasyonu kavramının önem kazandığını ifade etmek gerekir⁴³. Zira konuyu uzaktan çalışma ilişkisi açısından değerlendirdiğimizde de sigortalılık sıfatının tespitinde iş organizasyonu kavramının belirlenmesi gerekmektedir.

Uzaktan çalışmada organizasyon unsuru, bir iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini yerine getirme borcunun ifasına ilişkin bir düzen olarak tanımlanmaktadır⁴⁴. İş organizasyonu işverenin, işçinin iş

38 Anlaşmanın 2. maddesinde “tele çalışma, bir iş ilişkisi veya iş sözleşmesi çerçevesinde işverene ait işyerinde gerçekleştirilmesi mümkün olan bir işin, bilgi teknolojisi kullanılarak ve düzenli biçimde işverene ait işyeri dışında yerine getirildiği iş organizasyonudur” ifadelerine yer verilmiştir.

39 Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1996 tarihli 177 No.lu Evde Çalışma Sözleşmesi ve 184 No.lu Tavsiyesinin 1 (a) maddesine göre, “Evde çalışma, evde çalışan olarak adlandırılacak, ulusal mevzuat ve mahkeme kararları uyarınca bağımsız çalışma için gerekli olan özerklik ve ekonomik bağımsızlığa sahip olmayan kişi tarafından,
(i) kendi evinde veya işverenin işyeri dışında olmak kaydıyla kendi seçtiği diğer yerlerde,
(ii) bir ücret karşılığında
(iii) malzeme, ekipman ve diğer girdilerin, kim tarafından temin edildiğine bakılmaksızın, işverence belirlenen mal veya hizmetlerin üretimini içeren çalışmadır.”

40 Aydınöz (n 9) 53-54; Dulay Yangın, ‘Uzaktan Çalışma’ (n 6) 150.

41 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 81.

42 Dulay Yangın, ‘Uzaktan Çalışma’ (n 6) 151.

43 İş Kanunu md.2'nin gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “Teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü ve yapısal değişiklikleri beraberinde getirmiş, bir işyerinin amacının gerçekleştirilmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu “yerin” dışına taşmış, işveren, kurulan “iş organizasyonu” işçinin evine, bağımsız bir işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde (ilaç fabrikası satış elemanları gibi) veya ilin içinde (beyaz eşya bakım ve onarım işlerinde çalışanlar gibi) işlerin yürütüldüğü bir örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimini duymuştur. Bu olgular dikkate alınarak ve Avrupa Birliğine üye devletlerdeki değerlendirme ve kavramsal gelişmeler göz önünde tutularak maddeye üçüncü fıkraya olarak “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” hükmü eklenmiştir”.

44 Aydınöz (n 9) 33.

edimi üzerinde organizasyon, sevk ve gözetim yetkisini içermektedir⁴⁵. İşverenin iş organizasyonu içinde iş görme unsuru, emir ve talimat ilişkisinin zayıfladığı uzaktan çalışma ilişkisinde bağımlılık unsurunun tespiti amacıyla geliştirilmiştir. Uzaktan çalışmanın türlerinden biri olan evde çalışmada, iş görme borcu işçinin evinde veya kendi seçmiş olduğu başka bir yerde ifa edilirken; tele çalışmada iş görme borcu teknolojik araçlar ile evde, tele çalışma merkezlerinde veya sabit bir merkeze bağlı olmaksızın hareket halinde yerine getirilmektedir⁴⁶. Nitekim İş Kanunu'nun 14. maddesi anlamında uzaktan çalışma için işyeri dışında gerçekleştirilen çalışmanın işverenin iş organizasyonu içerisinde ifa edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda başkasının iş ya da hizmet organizasyonu çerçevesinde uzaktan çalışma kapsamında çalışan bir kişinin, diğer koşullar da gerçekleştiyse sigortalı sayılması gerekmektedir.

3. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 6. Maddesi Kapsamında Sigortalı Sayılmayan Kişilerden Olmama

Yukarıdaki açıklamalarımızda ifade edildiği üzere uzaktan çalışma hukukumuzda evde çalışma ve tele çalışma şeklinde görülmektedir. Bu kapsamda söz konusu şartın özellikle evde çalışma kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim 5510 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre *"aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dahil bu dereceye kadar hısımlar arasında ve aralarına dışardan başka kimse katılmaksızın, yaşadıkları konut içinde yapılan işlerde çalışanlar"* sigortalı sayılmamaktadır. Söz konusu kimselerin sigortalı sayılmaması için aynı konutta birlikte yaşamaları, üçüncü derece de dahil bu dereceye kadar hısımların olmaları ve belirtilen kimselerin arasına dışarıdan başka bir kimsenin katılmaması gerekmektedir. Kanunda işin niteliği bakımından ise herhangi bir koşul öngörülememiştir. Bununla birlikte 5510 sayılı Kanun'un m.6/1, c'ye göre ev hizmetlerinde çalışanlar sigortalı sayılmayanlar kapsamında ifade edilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun m.4/I, d'de ise bir ailenin üyeleri veya üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dâhil) hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde çalışanların İş Kanunu kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 461. maddesinde evde hizmet sözleşmesine ilişkin bir tanıma yer verilmiştir. Buna göre, evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile üyeleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmeyi ifade etmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde ise evde çalışma, uzaktan çalışma şeklinin bir türü olarak kabul edilmiştir. Bu noktada şu hususu vurgulamak gerekir ki evde çalışma, ev hizmetlerinde çalışmadan farklı bir istihdam modelini ifade eder. Ev hizmetlerinde çalışma, ev hizmeti olarak bilinen bir evin günlük yaşayışı içinde yürütülen hizmetlerin yerine getirilmesi anlamını taşımaktadır⁴⁷. Evde çalışmada ise çalışanlar, işverenin iş organizasyonu içinde yer alır ve

45 Ali Güzel, 'Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme' (1997) 4(2) Kamu İş ve İktisat Dergisi 110.

46 Dulay Yangın, 'Uzaktan Çalışma' (n 6) 151.

47 Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 224; Ender Gülver, 'Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine' (2014) XXII(2) İÜHFİM (Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan) 103, 106; Özer (n 6) 197; Pelin Tuaç Yılmaz, 'Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Evde Çalışma' 43 Sicil İş Hukuku Dergisi 254, 260.

iş sözleşmesiyle çalıştıkları için işçi sıfatını taşırlar. Bu nedenle 4857 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki istisnalar dışında kalan tüm evde çalışma ilişkisi çerçevesindeki işçi ve işveren ilişkilerine, İş Kanunu uygulama bulacaktır⁴⁸. Açıklanan bilgiler ışığında, bir iş sözleşmesine bağlı olarak evde çalışma kapsamında iş görme edimini ifa eden, 5510 sayılı m.4/1, a kapsamında sigortalı olacaktır⁴⁹.

B. UZAKTAN ÇALIŞMA İLİŞKİSİNDE PRİM ÖDEME GÜN SAYISI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine istinaden çıkarılan Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesiyle Sosyal Güvenlik Kurumunca gerekli düzenlemeler yapılmış ve sigortalıların ay içerisindeki uzaktan çalışma günlerinin sisteme girilebileceği alanlar Aylık Prim ve Hizmet Belgesi/ Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannamesine eklenerek, daha önce Kurum'a yapılan bildirimler üzerinden tespiti mümkün olmayan uzaktan çalışmaların, görünür hale gelmesi sağlanmıştır. Bu kapsamda Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü İşverenler Daire Başkanlığı'nın E-99779835-202.99-25647141 sayılı genel yazısında, ilgililerce belgelerin/beyannamelerin gönderilmesi sırasında, sigortalının ay içerisinde uzaktan çalışmasının olması halinde çalışma gün sayısına ilave olarak çalışma gün sayısının ne kadarının uzaktan çalışmaya ilişkin olduğunu da belirtmesinin gerektiği ve bildirilen uzaktan çalışma gün sayısının fiili çalışma gün sayısından fazla olamayacağı ifade edilmiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü'nün E-51593263-010.07.01-27387564 sayılı genel yazısında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü'nden alınan görüşler doğrultusunda uzaktan çalışma sürelerinin bildirimine ilişkin uyulacak usul ve esaslar belirtilmiştir. Genel yazıda, uzaktan çalışma sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının zorunlu olduğu; uzaktan çalışmanın yapılacağı zaman aralığı ve süresinin iş sözleşmesinde belirtilmesi gerektiği; görülen işin tamamının uzaktan çalışılarak yapılabileceği gibi bir kısmının uzaktan bir kısmının da işyerinde çalışılarak yerine getirilmesinin (yazılı olarak sözleşme yapılması kaydıyla karma sözleşme yapılması da) mümkün olduğu; çalışma süresinin tamamında uzaktan çalışan sigortalılar bakımından uzaktan çalışma gün sayısına ulusal bayram ve genel tatil günleri ile yıllık ücretli izin ya da hafta tatili günlerin dahil edileceği; işyerinde ve uzaktan çalışmayı birlikte içeren karma sözleşmeler ile çalıştırılan sigortalılar bakımından ise yalnızca fiilen uzaktan çalışılan günlerin uzaktan çalışma gün sayısı olarak bildirileceği; ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'nde ulusal bayram ve genel tatil günleri ile yıllık ücretli izin ya da hafta tatiline hak kazanma bakımından uzaktan çalışanlar ile işyerinde çalışanlar bakımından farklı bir uygulama bulunmayacağı ifade edilmiştir.

Kurumun E-51593263-010.07.01-27387564 sayılı genel yazısında, aylık prim ve hizmet belgesine/ muhtasar ve prim hizmet beyannamesinde uzaktan çalışma gün sayısının ve prime esas gün sayısının bildirilmesinde yapılacak işlemler sayılmıştır. Genel yazı kapsamında, çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenmekte, söz konusu günler de prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, çalışma süresinin tamamında uzaktan çalışan bir sigortalının hafta tatili günleri de uzaktan çalışma günleri arasında bildirilecek ve prim ödeme gün sayısı ve uzaktan çalışma gün sayısı 30 gün olarak sisteme girilecektir. Yine İş Kanunu

48 Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 283.

49 Kandemir (n 6) 217-218; Tombaş (n 24) 299.

kapsamına giren işyerlerinde çalışan sigortalılara kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak ödenmekte ve prim ödeme gün sayısı olarak da bildirilmekte olduğundan, çalışma süresinin tamamında uzaktan çalışan bir sigortalının çalışmayarak geçirdiği ulusal bayram ve genel tatil günlerinin de uzaktan çalışma günleri arasında bildirilmesi ve prim ödeme gün sayısı ve uzaktan çalışma gün sayısı 30 gün olarak sisteme girilmesi gerekmektedir. Genel yazıda karma sözleşme ile çalışanlara ilişkin de açıklamalara yer verilmiştir. Bu kapsamda işyerinde çalışma ve uzaktan çalışma şeklinde karma sözleşme ile çalıştırılan sigortalının yalnızca fiilen uzaktan çalıştığı günler uzaktan çalışma gün sayısına dahil edilecektir. Bu kapsamda işyerinde çalışma ve uzaktan çalışmayı bir araya getiren karma sözleşmeler ile çalıştırılan sigortalıların 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanununda sayılan ulusal, resmi, dini bayram günleri ile genel tatil günleri, hafta tatili günleri, işyerinde çalıştığı günler her durumda prim gün sayısına dahil edilecek olmakla birlikte uzaktan çalışma gün sayısına dahil edilmeyeceği de ifade edilmiştir. Son olarak süreklilik arz etmeyen arızı (örneğin araç, gereç, belge teslimi için işyerine uğrama gibi) durumlar sigortalının esas çalışma biçimini değiştirmeyen nitelikte olduğundan yazılı sözleşmede değişikliğe gerek bulunmamakta olup uzaktan çalışma gün sayısı bildiriminde yazılı sözleşmede belirtilen süreye göre hesaplanan gün sayısının esas alınacağı da ifade edilmiştir. Kurum, söz konusu genel yazıda konunun açıklığı kavuşturulması anlamında her bir yapılacak işlem için örneklere de yer vermiştir⁵⁰. Sosyal Güvenlik Kurumu söz konusu iki Genel Yazısıyla uzaktan çalışma ilişkisinde sigorta gün bildirimini nasıl yapılacağı noktasındaki tereddütleri ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.

C. UZAKTAN ÇALIŞMA İLİŞKİSİNDE PRİME ESAS KAZANÇ TUTARI

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 80. maddesinde prime esas kazançların belirlenme usulü detaylı bir şekilde düzenleme bulmuştur. Mevzuatımızda prime esas kazancın belirlenmesi noktasında uzaktan çalışma ilişki çerçevesinde çalışanlara yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle uzaktan çalışanların prim matrahlarının da genel esaslara göre belirleneceğini ifade etmek gerekir⁵¹.

Konu ile ilgili uzaktan çalışmada fazla çalışma hususunu ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Bu anlamda uzaktan çalışma ilişkisi anlamında prim matrahına dahil edilmesi gereken fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma noktasına değinmekte fayda görmekteyiz. Nitekim uzaktan çalışmanın mahiyeti gereği çalışanların çalışma ve dinlenme sürelerinin tespiti birtakım güçlükler yaratmaktadır⁵². Öncelikle şu hususu ifade etmek gerekir ki uzaktan çalışma ilişkisinde de çalışma sürelerine ilişkin temel düzenlemeler geçerliliğini korumaktadır. Bu kapsamda çalışmanın online gerçekleştiği durumda, çalışanın bağlantı kurması, ara vermesi, işine son verdiği zamanın belirlenmesi noktasında, çalışmanın kayıt altına alınması söz konusu olabildiğinden çalışma süresinin tespiti zor olmamaktadır⁵³. Offline

50 Bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/genel-yazilar/uzaktan-calisma-gun-bildirimi-hakkinda-05-07-2021-tarihli-ve-27387564-sayili-genel-yazi-27387564> Erişim Tarihi 10.02.2023.

51 Müjdat Şakar ve Duygu Erkan Şahin, 'Esnek Çalışma Modellerinden Uzaktan Çalışma ve Uzaktan Çalışanların Sigortalılığı' (2021) 11(2) Sosyal Güvenlik Dergisi 249, 262.

52 Kandemir (n 6) 107; Günay (n 9) 86; Civan (n 7) 567; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 192.

53 Kandemir (n 6) 107; Dulay, *Evde Çalışma* (n 7) 176; Civan (n 7) 567; Ergüneş Emrağ (n 8) 1434; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 192.

(Çevrimdışı) çalışmalarda ise çeşitli kontrol yazılımları ile bilgisayar kullanım ve çalışma süresinin tespiti mümkündür⁵⁴. Ayrıca işçinin yalnızca belirlenen mesai saatlerinde ana sunucuya erişim imkanının bulunması da çalışma süresinin tespitinde dikkate alınabilecek diğer bir yöntem olarak ifade edilmektedir⁵⁵. Bu bağlamda çalışma süresinin tespiti neticesinde işçinin yapmış olduğu bir fazla çalışma veya fazla süreli çalışmanın bulunduğu durumda, bunun karşılığının işçiye ödenmesi gerekmektedir⁵⁶. Nitekim Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde de fazla çalışmanın işverenin yazılı talebi üzerine, işçinin kabulü ile mevzuat hükümlerine uygun olarak yapılacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda işçinin yapmış olduğu fazla çalışmanın prime esas kazanç matrahına dahil edilmesi gerekir.

Konuyu mukayeseli hukukta incelediğimizde Alman Hukukunda Çalışma Süreleri Kanunu (Arbeitszeitgesetz-ArbZG), uzaktan çalışma ilişkisi için de geçerliliğini korumaktadır. Bu kapsamda çalışanlar, evden çalışıyor olsalar bile ArbZG § 3 uyarınca azami sınırlara, ArbZG § 4 uyarınca ara dinlenme sürelerine ve ArbZG § 5 uyarınca dinlenme sürelerine uymak zorundadır. İşveren, bu konuda ilgili hükümleri uygulamakla sorumludur. Bu durum, tarafların güvene dayalı bir çalışma süresi (Vertrauensarbeitszeit)⁵⁷ üzerinde anlaşmış olmaları halinde de geçerlidir. Bununla birlikte, işveren tarafından izlemenin, evde çalışmada çok sınırlı bir ölçüde mümkün olduğu düşünüldüğünde, boş zaman ile çalışma süresi arasındaki sınırların bulanıklaşması tehlikesi özellikle evden çalışma sırasında belirginleşmektedir. Bu nedenle işverenin günlük çalışma saatlerini belgeleme görevini çalışana devretmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu durumda çalışan, özellikle sekiz saatlik sınırı aşıyorsa, günlük çalışma saatlerini kaydetmeli ve bu kayıtları işverene ve gerekirse bir denetim makamına sunmalıdır⁵⁸.

IV. UZAKTAN ÇALIŞMA İLİŞKİSİNDE İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞININ TESPİTİ

A. GENEL OLARAK

İşçinin sadakat borcunun karşısında yer alan işverenin işçiyi koruma borcu, Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde düzenlenen ve işverenin iş sözleşmesinde doğan, işçinin maddi ve manevi değerlerini korumayı yükümlendiği bir borcu ifade eder⁵⁹. Bu kapsamda işveren, işçinin gördüğü iş dolayısıyla

54 Kandemir (n 6) 108; Dulay, *Evde Çalışma* (n 7) 163, 176; Ergüneş Emrağ (n 8) 1434; Civan (n 7) 568; Kılıç (n 9) 812; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 192.

55 Alp (n 6) 813; Civan (n 7) 567; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 192.

56 Dulay, *Evde Çalışma* (7) 177; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 193.

57 Özellikle yöneticilerle olan ilişkilerde, genellikle çalışma saatlerinin süresi ve yerinin tamamen çalışanın takdirine bağlı olduğuna dair bir anlaşma vardır. Bu kapsamda genellikle iş sözleşmesinde belirtilen haftalık 40 saat, yasal olarak bağlayıcı olmayan sadece bir kılavuz haline gelir. Bu tür "güvene dayalı çalışma süresi" durumunda, iş girdisi örneğin proje taslağı ay sonuna kadar tamamlanmalıdır, X müşterisinden gelen sipariş o zamana kadar tamamlanmalıdır şeklinde yalnızca içerikle ilgili şartnameler tarafından kontrol edilir. ArbZG, güvene dayalı çalışma süresi lehine herhangi bir istisna tanımamaktadır. Bu nedenle ArbZG hükümleri tam olarak dikkate alınmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. Wolfgang Däubler, 'Digitalisierung und Arbeitsrecht' (2016) Juli Soziales Recht 2, 12.

58 Daniel Benkert, 'Arbeitsrechtliche Aspekte einer Tätigkeit im Home Office' (2019) 10 NWW Spezial 306,306.

59 Gaye Baycık, Sevil Doğan, Dilek Dulay Yangın ve Oğuzhan Yay, 'Covid 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler' (2021) 3 Çalışma ve Toplum Dergisi 1683, 1702.

uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır⁶⁰. İşverenin işçiyi koruma borcu kaynağını dürüstlük ve iyi niyet kurallarından alan geniş kapsamlı bir borç olup; işçinin kişiliğinin, yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün korunması için gerekli önlemlerin alınmasını gerekli kılar⁶¹. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 417/2. maddesinde getirilen “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür” düzenlemesiyle işçinin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması da işçiyi koruma borcu kapsamında kabul edilmiştir. Mukayeseli hukukta Alman Hukukunda da işçinin yaşamının ve sağlığının korunması işverenin en önemli ikincil yükümlülüğü olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda işveren, işçiyi, çalışma ortamından yani işyerinden, iş ekipmanından, çalışma malzemelerinden ve çalışma sürecinden kaynaklanan yaşam ve sağlık risklerine karşı kendisi için makul olduğu ölçüde korumakla yükümlüdür. İşverenden her türlü riske karşı mutlak bir koruma talep edilememektedir⁶². Alman Medeni Kanunu'nun (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) § 618 Abs. 1'de bu ikincil yükümlülük açıkça ifade edilmiş ve § 619'da yükümlülüklerden sözleşme ile önceden feragat edilemeyeceği veya bu yükümlülüklerin sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir⁶³. İsviçre Hukukunda da işverenin sorumluluğu, çalışanların fiziksel veya ruhsal sağlığı üzerinde etkisi olan işe ilişkin tüm faktörlerle ilgilidir. Çalışanın işyerinin, iş merkezinden çalışanın özel yaşam alanına taşınmasına bakılmaksızın, sağlığın korunmasına ilişkin hükümler evde çalışmalar için de aynı şekilde geçerli olmaya devam etmektedir. İşverenin işletmesi ya da yapılan iş Arbeitsgesetz – ArG (Alman İş Kanunu) kapsamına giriyorsa, taraflar evde çalışma da olsa, özellikle çalışma saatleri ve dinlenme süreleriyle ilgili olarak iş hukuku kapsamındaki sağlık düzenlemelerine uymakla yükümlüdür. İşin özel tesislerde yapıp yapılmadığı ArG'nin uygulanması açısından önemsizdir. Bununla birlikte, özellikle sınırlı kontrol ve denetim olanakları nedeniyle, ev ofis alanında sağlığın korunmasının pratikte uygulanması işveren için zorluk arz etmekle beraber, çalışanın sağlığının korunmasını garanti edebilmek için işveren, evde çalışma durumunda çalışanın iş birliğine bağlıdır. Çalışan evden çalışırken, özellikle sağlığın korunması açısından yüksek derecede kişisel sorumluluğa sahiptir⁶⁴.

Uzaktan çalışma ilişkisinde, işverenin gözetme borcu kapsamında, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması gerekmektedir. Nitekim 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamak işverenin yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği anlamında uzaktan çalışma kapsamında çalışan işçisi ile işyerinde çalışan işçisine karşı yükümlülüğü aynı olacaktır⁶⁵. Bu kapsamda uzaktan çalışmanın işyeri dışında gerçekleşmesi işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamakla birlikte sorumluluğun kapsamı bakımından belirleyici olacaktır⁶⁶. Gerek İş Kanunu'nun 14. maddesi gerekse Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinin 12. maddesi

60 A. Can Tuncay ve Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (20. Baskı, Beta 2019) 412.

61 ibid 412; Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya, ‘İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları’ (2012) 34(3) Çalışma ve Toplum Dergisi 157, 168; Baycık, Doğan, Dulay Yangın, Yay (n 59) 1702.

62 Hromadka and Maschmann (n 17) 299.

63 https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_618.html.

64 Boris Etter and Johannes Sokoll, ‘Gesundheitsschutz im Home Office’ (2020) SJZ-RSJ 695, 698.

65 Ergüneş Emrağ (n 8) 1431.

66 Murat Engin, ‘Türk İş Hukukunda Evde Çalışma’ (2000) 5(3) Kamu İş Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan) 269, 283; Civan (n 7) 563; Alp (n 6) 835; Dulay Yangın, ‘Uzaktan Çalışma’ (n 6) 161.

uyarınca işveren, uzaktan çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışana bilgilendirmekle, gerekli eğitimi vermekle, sağlık gözetimini sağlamakla ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür. Bununla birlikte işverenin, uzaktan çalışmanın yapıldığı araçlara göre farklı önlemler alması da gerekebileceğinden, işin niteliği ve iş görme borcunun ifa edileceği yerin özelliklerini de dikkate alarak gerekli ve mümkün olan tüm tedbirleri alması gerekir⁶⁷. Nitekim mevzuatımızda yer alan Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmeliği, monitör, klavye, çalışma masası ve çalışma yüzeyi, çalışma sandalyesi ile ilgili olarak standartlar getirmekte, çalışma ortamının aydınlatması, yansıma ve parlamaların önlenmesi, kullanılan teknik araçların belirli ısı, gürültü ve radyasyon düzeyini aşmaması, kullanılacak olan bilgisayar programlarının seçiminde uyulacak olan kriterler, çalışanın göz ve beden sağlığının korunması için alınacak olan önlemler, işverenin bilgilendirme ve eğitim verme yükümlülüğü, çalışanlar ve temsilcilerinin yönetmelikte belirtilen konularda görüş ve önerilerini alma ve katılımlarını sağlama gibi konularda özel düzenlemeler getirmektedir.

Türk Hukukuna benzer bir düzenlemeyi Alman Hukukunda da görmek mümkündür. Uzaktan çalışma ilişkisine dair iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin yer aldığı ArbStättV § 1'e göre yönetmeliğin amacı işyerlerinin kurulması ve işletilmesi sırasında çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasını sağlamaktır. Bu kapsamda uzaktan çalışma ilişkisinde, işverenden, çalışma koşullarının ve işyerinin ilk değerlendirilmesinde risk değerlendirmesi yapması ve risk değerlendirmesinin sonuçlarını, işyerine ilişkin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hakkındaki bilgileri, özellikle ekranlı aletlere dair alınacak önlemleri işçinin anlayacağı bir dille aktarması beklenmektedir⁶⁸. Yine Arbeitsschutzgesetz – ArbSchG (Alman İş Güvenliği Yasası) § 3'te işverenin temel yükümlülüklerine yer verilmiştir. Düzenlemeye göre işveren, işyerinde çalışanların güvenlik ve sağlığını etkileyen koşulları dikkate alarak gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür. Bu kapsamda işveren önlemlerin etkinliğini kontrol etmeli ve gerekirse bunları değişen koşullara uyarlamalı; bunu yaparken, işçilerin güvenlik ve sağlığını iyileştirmek için çaba göstermelidir⁶⁹. Bu kapsamda işveren gerekli tüm iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almalıdır. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği kapsamındaki yükümlülüklerini, çalışanın bunları ileri sürüp sürmediğine bakılmaksızın yerine getirmekle yükümlüdür⁷⁰. ArbSchG'ye göre, kişisel uygulama kapsamı, nerede çalıştıklarına bakılmaksızın tüm çalışanları kapsamaktadır. ArbSchG'nin genel hükümleri, ArbSchG'nin 18. maddesine dayanılarak çıkarılan ArbStättV ile somutlaştırılmıştır⁷¹. Bununla birlikte Alman Hukukunda işverenin, işyeri olarak kullanılacak mekânın ArbStättV' e göre uygun olup olmadığını denetleme hakkı da bulunmaktadır⁷².

67 Dulay, *Evde Çalışma* (n 7) 211; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 225; Süzek 'İş Akdinin Türleri' (n 4) 30; Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 288; Civan (n 7) 563; Ergüneş Emrağ (n 8) 1432; Yiğit (n 6) 144; Bozkurt Gümürkçüoğlu (n 6) 185; Hekimler (n 6) 227; Akın, 'Türk Çalışma Yaşamı' (n 20) 284.

68 https://www.gesetze-im-internet.de/arbsta_tv_2004/BJNR217910004.html

69 [https://www.gesetze-im-internet.de/arbsschg/BJNR124610996.html#:~:text=\(1\)%20Der%20Arbeitgeber%20hat%20die,Aufgabenbereich%20der%20Besch%C3%A4ftigten%20ausgerichtet%20sind.](https://www.gesetze-im-internet.de/arbsschg/BJNR124610996.html#:~:text=(1)%20Der%20Arbeitgeber%20hat%20die,Aufgabenbereich%20der%20Besch%C3%A4ftigten%20ausgerichtet%20sind.)

70 Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis ve Ingrid Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, (23. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck Verlag 2023), Rn. 2.

71 Michael Fuhlrott and Sönke Oltmanns, 'Befristetes Recht auf Homeoffice: Die SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung und der Weg dahin' (2021) ArbRAktuell, 64, 68.

72 Hekimler (n 6) 241-242.

B. UZAKTAN ÇALIŞMA İLİŞKİSİNDE İŞ KAZASI DEĞERLENDİRMESİ

1. Genel Olarak

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesine göre iş kazası, "a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır.". Söz konusu düzenleme bir kazanın hangi hal ve durumlarda iş kazası sayılacağını yer ve zaman koşullarıyla sınırlayarak belirleme yoluna gitmiştir⁷³. Bu kapsamda bir kazanın iş kazası sayılabilmesi için kazaya uğrayanın 5510 sayılı Kanun anlamında sigortalı olması, sigortalının kazaya uğraması, sigortalının uğradığı kaza sonucu bedensel veya ruhsal bir zarar uğraması ve kaza olayı ile sigortalının uğradığı zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir⁷⁴. Bir görüşe göre, kazanın 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde belirtilen hallerden birinde gerçekleştiği durumda Sosyal Güvenlik Kurumunun yükümlülüklerinin doğması açısından illiyet bağı gerçekleşmiş kabul edilmekte, illiyet bağının oluşması için kazanın yapılan işle ilgisinin bulunması aranmamaktadır⁷⁵. Doktrinde bir diğer görüş ise 5510 sayılı Kanun anlamında iş kazasından söz edebilmek için sigortalının gördüğü iş ile kaza arasında ve kaza ile zarar arasında olmak üzere iki yönde bir nedensellik bağının bulunması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁶.

İş kazasına uğrayan bir kimsenin iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanabilmesi için her şeyden önce 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödemesi veya kendi adına prim ödemesi gereken sigortalı olması gerekir⁷⁷.

73 Savaş Taşkent, 'İş Kazası Kavramı' (edr), Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan C. 2 (Beta 2001) 1951, 1951; Nurşen Caniklioğlu, 'Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri' (2006) 8(1) Çalışma ve Toplum Dergisi 50, 54; Gaye Burcu Yıldız, 'İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu' (2010) 86 Toprak İşveren Dergisi 8, 9; Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 359.

74 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 362 vd.

75 Ali Nazım Sözer, *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Sosyal Sigortalar Hukuku* (4. Bası, Beta 2019) 339; Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 439-440; Asiye Şahin Emir, 'İşçinin Yakalandığı Bulaşıcı Hastalığın 5510 Sayılı Kanun Anlamında İş Kazası Olup Olmadığının Değerlendirilmesi-Domuz Gribi (H1N1) ve Koronavirüs (Covid-19) Özelinde Bir Değerlendirme-' (2020) 17(66) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 574, 562.

76 Tuncay ve Ekmekçi (n 60) 410-411; M. Fatih Uşan, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukununun Temel Esasları* (2. Baskı, Seçkin 2009) 175-176; Coşkun Saraç, *Sosyal Sigorta Kurumları ve İşveren Açısından İş Kazası Kavramı* (YODÇEM, Yayın No:10 1998) 52, 61.

77 5510 sayılı Kanun kapsamında bir kişinin iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanabilmesi için, Kanunun 4/1-a, 4/1-b maddelerine göre sigortalı olması veya 5. Maddenin a, b, c, e ve g bentlerinde sayılan ve haklarında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanacağı belirtilen kimselerden olması gerekmektedir. Bununla birlikte 5510 sayılı Kanunun ek 5. maddesinde belirtilen tarım veya orman işlerinde iş sözleşmesiyle süresiz olarak çalışanlar ile ek madde 9/1 ve 9/2 kapsamında çalışanlar da iş kazası ve meslek hastalığı iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanır.

Bu noktada belirli bir sigortalılık süresi veya belirli bir süre prim ödemiş olma şartı aranmadığı⁷⁸ gibi kişinin işveren tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmemiş olması da iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının uygulanmasına engel olmamaktadır⁷⁹. Bununla birlikte gerek sigortalının gerekse Kurum çıkarlarının korunabilmesi açısından bir iş kazasının Kuruma derhal bildirilmesi gerekmektedir⁸⁰. Bu sebeple işverene, 5510 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde iş kazasını bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, iş kazası 4/1, a kapsamındaki sigortalı açısından iş kazasının gerçekleşmesinden itibaren işveren tarafından o yer kolluk kuvvetlerine derhal, Kuruma en geç üç işgünü içerisinde bildirilmelidir. 5510 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesine göre meslek hastalığı durumunda ise, 4/1, a kapsamındaki sigortalılar için sigortalının meslek hastalığına tutulduğunun öğrenilmesi veya bu durum kendisine bildirilmesi üzerine, işveren tarafından, meslek hastalığının öğrenildiği günden başlayarak üç işgünü içinde Kuruma bildirilmesi gerekmektedir.

2. Uzaktan Çalışma İlişkisinde İş Kazasının Tespiti

Konuyu uzaktan çalışma ilişkisi açısından incelediğimizde belirtilen çalışma şeklinde de sigortalının kazaya uğraması her zaman ihtimal dahilinde olmakla birlikte işçinin uğradığı her kaza iş kazası olarak değerlendirilmemektedir⁸¹. Uzaktan çalışma ilişkisinde işçinin uğradığı her kazanın sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası sayılıp sayılmayacağı hususunun tespiti önem arz etmektedir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu anlamında iş kazasının tespitinde değerlendirilen ilk husus kazanın işyerinde meydana gelip gelmediğidir. Başka bir ifade ile kaza işyerinde gerçekleşmişse, kaza ile iş arasında uygun nedensellik bağı aranmaz⁸². Ancak yukarıdaki açıklamalarımızda da ifade edildiği üzere uzaktan çalışma ilişkisinde işçinin işyeri dışında çalıştırılması söz konusudur. Bu durumda işyeri dışında iş görme edimini ifa eden sigortalının çalışma saatlerinde uğramış olduğu her kaza, iş kazası olarak kabul edilecek midir sorusu gündeme gelmektedir.

Alman Hukukunda çalışan, mobil çalışma veya tele çalışma bağlamında işinin ifası sırasında yasal kaza sigortasının genel korumasına tabidir ve SGB VII § 7 paragraf I uyarınca iş kazalarına ve meslek hastalıklarına karşı sigortalıdır. Bir kazanın SGB VII § 8 paragraf I uyarınca bir iş kazası teşkil edip etmediğini belirlemek bazen uygulamada zor olmaktadır. Federal Sosyal Güvenlik Mahkemesinin mevcut içtihadına göre, sigortalının şirkete hizmet eden bir faaliyette bulunmak istemesine yönelik nesnelleştirilmiş eylem eğilimi, bir iş kazasının belirlenmesi için belirleyicidir⁸³. Bu nedenle, somut

78 Tunçay ve Ekmekçi (n 60) 394; Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin 2022) 103; Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Vedat 2014) 511-512.

79 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 394; Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (Gazi 2015) 319; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (n 78) 103.

80 Caniklioğlu, 'Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların Sosyal Güvenliği' (n 26) 58.

81 Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 288; Alp (n 6) 837; Özdemir (n 9) 90; Tuuç Yılmaz (n 47) 270; Serenay Kara, *Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuki Boyutu* (Seçkin 2022) 114; Demir (n 14) 2529.

82 Taşkent (n 73) 1956; Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 375; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (n 78) 103-104; Levent Akın, 'İşyerinde İşçiyi Gözetme Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunda Uygun Nedensellik Bağı' (2011) 25(2) Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası 26, 32; Şahin Emir, 'İşçinin Yakalandığı Bulaşıcı Hastalık' (n 75) 562.

83 BSG, nesnel koşulların varlığına ilişkin yüksek taleplerde bulunmaktadır. BSG'ye göre içsel bir ana olgu olarak hareket

bireysel olayda çalışanın işverene hizmet eden bir faaliyette bulunmak isteyip istemediği ve bu içsel (ana) olgunun bireysel olayın nesnel koşulları tarafından doğrulanıp doğrulanmadığı belirleyicidir^{84, 85}. SGB VII § 7 maddesinin 1. fıkrasına göre yasal kaza sigortası kapsamında bir sigorta olayı için bir iş kazası veya meslek hastalığının varlığı gerekmektedir. SGB VII § 8 maddesine göre, iş kazası, sigortalıların, 2, 3 veya 6. maddeler kapsamında sigortalı bir iş nedeniyle maruz kaldıkları kazalardır. Kazalar vücudu dışarıdan etkileyen ve sağlığa zarar veren veya ölüme yol açan sınırlı süreli olaylardır. Sigortalı iş, sigortalının evinde veya başka bir yerde gerçekleştiriliyorsa, sigorta teminatı faaliyetin işyerinde gerçekleştirilmesiyle aynı ölçüde geçerli olmaktadır⁸⁶. Kaza sigortası kapsamı için belirleyici faktör, çalışanın gerçekten işveren için çalışması ve sadece özel ekonomik faaliyetlerde bulunmamasıdır⁸⁷. Alman Hukukunda yasal kaza sigortası, işçinin fiilen işveren için çalışıyor olması şartıyla evde çalışmada da geçerlidir⁸⁸. Bu kapsamda iş kazası durumunda, kaza doğrudan ev alanındaki mesleki faaliyet ile ilgiliyse çalışan yasal kaza sigortası kapsamında kabul edilmektedir⁸⁹. Sosyal mahkemenin vermiş olduğu bir kararda, bir inşaat şirketinde bölge temsilcisi olarak kendi apartmanındaki evinde çalışan işçi, dairesine gelen iki saldırı tarafından yatak odasında her iki diz ekleminden vurularak saldırıya uğramış, saldırganlar herhangi bir değerli eşya almadan evi terk etmiştir. Mahkeme burada SGB VII § 8 anlamında bir iş kazası olmadığına karar vermiştir. Nitekim mahkeme, kararında, saldırı ile çalışanın inşaat şirketi arasında bir bağ olmadığına, failerin saldırısının işle ilgili saiklerle gerçekleşmediğine, saldırının büyük ihtimalle çalışanın özel bir faaliyetine atfedilebileceğine, ancak inşaat şirketinin bir çalışanı olarak sigortalı işe atfedilemeyeceğine karar vererek iş ile kaza arasında bir illiyet bağı aramıştır⁹⁰. Yine Alman Federal Sosyal Güvenlik Mahkemenin içtihadına göre, evde çalışmada meydana gelen bir kaza, çalışanın “işletmeye hizmet eden bir faaliyet” gerçekleştirme eğilimiyle yürüttüğü bir iş nedeniyle meydana gelirse iş kazası teşkil etmektedir⁹¹.

etme eğiliminin nesnelleştirilmesi, münferit davanın durumuna göre yardımcı olgular (dolaylı kanıtlar) olarak değerlendirilebilecek tüm koşulların tespit edilmesini, genel bir görüşe yerleştirilmesini ve anlaşılabilir ve çelişkisiz bir şekilde birbirlerine karşı tartılmasını gerektirir. Bölgesel Sosyal mahkemenin tüm yardımcı olguları tespit etmeden ve tartmadan sadece ana olgunun varlığını teyit etmesi yeterli değildir. BSG'nin gerekliliklerini karşılamak için, gelecekte sosyal hukuk yargılamaları bağlamında olguların çok kapsamlı ve geniş kapsamlı bir şekilde açıklığa kavuşturulması ve sunulması gerekecektir. BSG, Urt. v. 27.11.2018 – BSG Aktenzeichen B2U817R B 2 U 8/17 R, BeckRS 2018, BECKRS Jahr 37285 Rn. BECKRS Jahr 2018 Randnummer 13.

84 Ingo Schöllmann, 'Mobile Working, Telearbeit, Desksharing' (2019) NZA-Beilage 81, 83

85 BSG tarafından daha önceki kararlarda kullanılan kaza yerinin işle ilgili temel kullanımına ilişkin sınırlandırma kriteri, 5.7.2016 ve 31.8.2017 tarihli Senato kararlarında şüpheyle karşılanmış, ancak (tamamen) terk edilmemiştir. Bu nedenle, kazanın meydana geldiği yerin aynı zamanda ticari amaçlara da hizmet edip etmediği, tamamen kişisel yaşam alanının terk edilip edilmediği veya kaza sırasında kullanım amacının ne olduğu, “öncelikli olarak olmasa da” bireysel davalarda hala geçerli olabilmektedir. İncelenecek nesnelleştirme bağlamında – başka göstergelerin yokluğunda – kazanın somut yeri ve nesnel amacı da bir gösterge olarak dikkate alınabilir. Bkz. Stefan Müller, 'Die gesetzliche Unfallversicherung im Homeoffice', (2019) NZS 177, 177.

86 https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/_8.html.

87 Preis in Müller-Glöge, Preis and Schmidt, BGB § 611a Arbeitsvertrag (n 71) Rn. 177.

88 Fuhlrott and Sönke Oltmanns, (n 71) 69.

89 Ulrich Koch in Günter Schaub and Ulrich Koch, *Arbeitsrecht*, Telearbeit (mobile Arbeit) (27. Auflage, C.H. Beck 2023) <https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/lex/ArbRLex_27/cont/ArbRLex.TelearbeitmobileArbeit.htm> Erişim Tarihi 20.01.2023.

90 *SG Dresden*, 8.5.2013, S 5 U 293/12, BeckRS 2013, 69124.

91 BSG, BeckRS 2018, 40346.

Türk Hukukunda da uzaktan çalışma ilişkisinde iş görme borcunu bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanarak evde veya işveren tarafından belirlenen başka bir yerde ifa eden sigortalının yaptığı iş ile kaza arasındaki illiyet bağının tespiti uygun olacaktır⁹². Bununla birlikte 5510 sayılı Kanun kapsamında bir kazanın iş kazası olarak kabul edilebilmesi için kazanın sigortalının işini gördüğü sırada veya işverenin otoritesi altında bulunduğu sırada meydana gelmiş olması aranmadığından, meydana gelen kazanın iş kazası olarak kabul edilebilmesi için kaza ile sigortalının uğradığı zarar arasında da uygun nedensellik bağının varlığı aranmaktadır⁹³. Bu kapsamda uzaktan çalışma ilişkisinde sigortalının uğradığı kazanın iş kazası olup olmadığının tespitinde her somut olayın özelliklerini dikkate alınması gerekmektedir⁹⁴.

Uzaktan çalışma ilişkisinde uğranılan kazanın iş kazası olarak nitelendirilmesinde kaza ile yapılan iş arasında illiyet bağının bulunduğu ispatı birtakım güçlükler yaratmaktadır. Nitekim uzaktan çalışma ilişkisi ile çalışan sigortalının işini yapmaya bir süre ara verip çocuğuna yemek hazırlarken mutfak tütünün patladığı bir kazanın veya evde yürürken bacağı kırmasının iş kazası sayılıp sayılmayacağı hususları gündeme gelecektir⁹⁵. Uzaktan çalışma ilişkisinde çalışan, işveren tarafından yürütülmekte olan iş sırasında kazanın meydana geldiğini ispat edebildiği durumda iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yararlanabileceğinden, ispat noktasında yaşanan güçlükler nedeniyle sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanamaması söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda uzaktan çalışma ilişkisinde çalışanın uğramış olduğu kazalarda uygun illiyet bağının tespitine ilişkin güçlükleri ortadan kaldırmak adına işin görüleceği yerin ya da zaman aralığının yazılı şekilde belirlendiği hallerde, bu zaman diliminde veya yerde meydana gelen kazanın aksi ispatlanmadıkça iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcunun ifası esnasında gerçekleşmiş sayılması; yer ve zaman bakımından belirlemenin yapılmadığı durumlarda ya da belirlenen yer ve zaman dışında meydana gelen kazalarda ise kaza ile yapılan iş arasında uygun illiyet bağını uzaktan çalışanın ispat etmesi yönünde yasal bir düzenleme getirilmesinin yararlı olacağı kanaatimizce de haklı olarak ifade edilmektedir⁹⁶. Nitekim Alman Hukukunda da sigorta olayının tespitinde ortaya çıkacak karışıklıklardan kaçınmak için çalışanın yaşam alanındaki gerçek işyerinin açıkça tanımlanması tavsiye edilmektedir⁹⁷. Bu kapsamda bizim hukukumuz açısından değerlendirdiğimizde iş sözleşmesinin işçinin çalışacağı yerin tam olarak tespiti, açıkça tanımlanması iş kazasının tespiti ve ispatı noktasında fayda sağlayacaktır.

Konuya ilişkin değerlendirilmesi gereken başka bir husus ise uzaktan çalışma ilişkisinde çalışanın bir kazaya maruz kalması durumunda işverenin sorumluluğunun kapsamının ne şekilde tayin edileceğidir.

92 Süzek 'İş Akdinin Türleri' (n 4) 31; Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 288; Kandemir (n 6) 221; Civan (n 7) 566; Özer (n 6) 215; Şakar ve Erkan Şahin (n 51) 263; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 225; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 191; Emin Ataş ve Pelin Tuaç Yılmaz, 'İş Kazalarında İşverenin Sorumluluğu: Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Bir Değerlendirme' (2022) 12(2) *Sosyal Güvenlik Dergisi* 307, 310; Akın, 'Türk Çalışma Yaşamı' (n 20) 285; Demir (n 14) 2530.

93 Taşkent (73) 1956; Sözer, *Sosyal Sigortalar Hukuku* (n 75) 339; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (n 78) 100; Şahin Emir, 'İşçinin Yakalandığı Bulaşıcı Hastalık' (n 75) 561-562.

94 Civan (n 7) 566.

95 Baycık, Doğan, Dulay Yangın, Yay (n 59) 1715.

96 ibid 1716 vd.

97 Aligbe (n 36) 135.

Uzaktan çalışma ilişkisinde, işçi iş görme edimini işyeri dışında ifa ettiğinden, işverenin sürekli bir denetimde bulunması ve bazı tedbirleri almasının mümkün olmadığı durumlarla karşılaşılması olasıdır. Nitekim çalışanın iş görme borcunu kendi evinde ifa ettiği örnekte konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği işverenin serbestçe denetim ve inceleme yapmasında sınır teşkil edecektir⁹⁸. İşverenin, çalışanın rızasını alarak ve anayasal hakları ihlal etmeksizin, önceden alınan bir rızanın olduğu durumda da her denetimden önce bilgilendirme yaparak yasal sınırlar içinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için denetim gerçekleştirebilecektir⁹⁹. Bu kapsamda işverenin sorumluluğuna gidilirken somut olayın özellikleri önem taşımaktadır. İşverenin mümkün olan önlemleri alıp almadığı, gerekli eğitimi verip vermediği, koruyucu ekipmanları sağlayıp sağlamadığı gibi hususların dikkate alınması gerekmektedir. İşverenden işin niteliğine uygun olan tüm tedbirleri alması ve gerekli bilgilendirmeleri yapmış olması beklenir¹⁰⁰. Uzaktan çalışma ilişkisi ile çalışanın ortak kusurunun bulunduğu veya işin işyeri dışında görülmesi nedeniyle bazı tedbirleri almasının mümkün olmadığı durumlarda hâkimin tazminat sorumluluğunu azaltması veya kaldırması söz konusu olabilir¹⁰¹.

C. UZAKTAN ÇALIŞMA İLİŞKİSİNDE MESLEK HASTALIĞI DEĞERLENDİRMESİ

Konuya ilişkin değerlendirilmesi gereken diğer husus ise uzaktan çalışma ilişkisinde meslek hastalığının tespitidir. Bilindiği üzere mesleki bir faaliyetin ya da bazı işlerde sürekli çalışmanın, kişide bu faaliyetlerle doğrudan bağlantılı hastalıklara yol açması mümkündür. Bu bağlamda meslek hastalığı da iş kazası gibi sosyal bir risk olarak kabul edilmiş ve 5510 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır¹⁰². Nitekim 5510 sayılı Kanun'un 14. maddesinde, “*meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleri*” olarak ifade edilmiştir. Bu kapsamda iş kazasında olduğu gibi meslek hastalığına ilişkin hükümlerden yararlanmak için de her şeyden önce kişinin sigortalı olması gerekmektedir. Bununla birlikte meslek hastalığına yakalanan sigortalının bu hastalık sonucunda geçici veya sürekli olarak bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması meslek hastalığı kapsamında yapılacak yardımların diğer bir koşulu olarak ortaya çıkmaktadır.

Bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilebilmesi için sigortalının çalıştığı iş, çalışma ortamı veya şartları ile yakalandığı hastalık arasında nedensellik bağının bulunması

98 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 225; Ergüneş Emrağ (n 8) 1431; Özdemir (n 9) 94; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 187-188; Hekimler (n 6) 227. Nitekim Alman hukukunda da iş sağlığı ve güvenliğinin işveren tarafından pratikte uygulanması, işverenin iş güvenliği ve sağlığı yükümlülüklerini yerine getirmek için erişim hakkı sorunu ve çok daha fazlası gibi bundan kaynaklanan sorunların tümü, literatürdeki hakim görüşe göre, örneğin sözleşmeye dayalı anlaşmalarla, talimat verme yükümlülüklerinin sıkılaştırılmasıyla ve § 15 ArbSchG uyarınca iş güvenliği ve sağlığından da sorumlu kişi olarak çalışanın konumunun güçlendirilmesiyle çözülebilir. Bkz. Norbert Kollmer, Thomas Klindt and Carsten Schucht, *Arbeitsschutzgesetz Kommentar* (4. Aufl. C.H. Beck 2021) § 1 Rn. 84; Kollmer (n 18) 476.

99 Alp (n 6) 836; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 225-226; Kandemir (n 6) 134; Ergüneş Emrağ (n 8) 1431; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 6) 188.

100 Alp (n 6) 834; Ergüneş Emrağ (n 8) 1431; Engin (n 55) 283; Tuuç Yılmaz (n 47) 269.

101 Alp (n 6) 837; Süzek, *İş Hukuku* (n 1) 288; Ergüneş Emrağ (n 8) 1432; Dulay Yangın, ‘Uzaktan Çalışma’ (n 6) 164, Tuuç Yılmaz (n 47) 270.

102 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 381.

gerekmektedir^{103,104}. Bu kapsamda meslek hastalığının söz konusu olabilmesi için, uğranılan hastalık veya engelliliğin (ve ölümün), sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir nedenle veya işin yürütüm koşulları yüzünden ortaya çıkması gerekir¹⁰⁵. Meslek hastalığında, iş kazasından farklı olarak hastalık, yapılan işin sonucu ortaya çıkmakta ve zararı doğuran neden tamamen dış etkenlerden kaynaklanmaktadır¹⁰⁶. Bu yönüyle meslek hastalığının tamamen mesleki özellik taşıdığını ifade etmek gerekir¹⁰⁷. Meslek hastalığı, işin niteliğinden dolayı sürekli tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları nedeniyle yavaş yavaş meydana gelmektedir¹⁰⁸.

5510 sayılı Kanun'un 14. maddesi kapsamında bir hastalığın veya engellilik halinin meslek hastalığı olarak kabul edilebilmesi için bu durumun sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi ve Çalışma

103 ibid 383; Sözer, *Sosyal Sigortalar Hukuku* (n 75) 358; Tuncay ve Ekmekçi (n 60) 419; Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 383; Yusuf Alper, *Sosyal Sigortalar Hukuku* (4. Baskı, Dora Yayınevi 2020) 242-243; Ayşe Ledün Aksen, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine* (Beta 2015) 59 vd.; Şahin Emir, 'İşçinin Yakalandığı Bulaşıcı Hastalık' (n 75) 563.

104 "... Bir olayın kanuni anlamda meslek hastalığı sayılabilmesi için tek başına hastalığın ya da bedensel veya ruhsal engellilik halinin varlığı yeterli değildir. Meydana gelen hastalığın görülen işle uygun illiyet bağı içinde bulunması gerekir. İlliyet bağı sorumluluğunun temel ögesidir. Eğer işçinin çalıştığı işte çalışmaması hâlinde hastalığa yakalanmayacağı söylenebiliyorsa bu durumda meslek hastalığı ile yürütülen iş arasında uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilmelidir (M. Çenberci, *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi*, Ankara 1985, s. 125). Başka bir söyleyişle sigortalı hastalığa, gördüğü işin özellik ve niteliği veya işin yürütüm şartları dolayısıyla tutulmuş ise uygun illiyet bağı mevcuttur. Sorumluluğun belirlenmesinde fiille sonuç arasında bulunması gereken uygun illiyet bağı kurulamaz ya da kesilir ise borçlu sonuçtan sorumlu tutulamaz. İlliyet bağını kesen sebepler başlıca üç tanedir: Mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru. Kaçınılmazlık da uygun illiyet bağını kesen sebeplerden en önemli olup mücbir sebebin bir unsurudur. 510 sayılı Kanun 21/1. maddesinde işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır hükmü vardır. Meslek hastalığının meydana gelmesinde işverenin sorumluluğu kapsamında, dış etkenler, kötü rastlantılar, teknik arıza, beklenmeyen hal sorumluluğuna etkilidir... Önemle belirtmeliyiz ki iş kazalarında işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlığın etkisinin bulunup bulunmadığını irdelemek daha belirgin iken meslek hastalığı için durum daha farklıdır. Çünkü meslek hastalığı, iş kazasında olduğu gibi aniden veya çok kısa bir zaman içerisinde ortaya çıkmamakta, işin niteliğinden dolayı sürekli tekrarlanan bir sebeple veya yürütüm şartları yüzünden yavaş yavaş meydana gelmektedir. Sigortalı uzun süre aynı işi yapmakta, aynı şekilde çalışmakta, işin yürütümü ve niteliği nedeniyle belirli bir zaman sonra yaptığı işten etkilenmekte ve meslek hastalığına tutulmaktadır. Bazen aynı işyerinde çalışan ve aynı işi yapan sigortalıların birinde veya bir kısmında meslek hastalığı görüldükten diğer kısmında hastalık belirtileri ortaya çıkmamakta işin niteliği ve yürütümü herkesi farklı etkilemektedir. Bu nedenle meslek hastalığının meydana gelmesinde tüm kusurun işverene ait olduğunu kabul etmek çoğu zaman hakkaniyete uygun düşmeyecek bir kısım etkenin kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin kabulü gerekecektir. Sonuç itibarıyla sigortalıda meslek hastalığının ortaya çıkması hâlinde işverenin mevzuatta belirtilen yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin, gerekli özeni gösterip göstermediğinin ve kaçınılmazlığın etkisinin titizlikle araştırılarak ortaya konulması gerekmektedir." Yargıtay 10 HD, E 2018/5484 K 2019/3395.

105 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 383; Tuncay ve Ekmekçi (n 60) 416-417; Sözer, *Sosyal Sigortalar Hukuku* (n 75) 358-359; Refik Korkusuz ve Suat Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (7. Baskı, Ekin Yayınevi 2020) 276-277; Müjdat Şakar, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (14. Baskı, Beta 2021) 270; Haluk Hadi Sümer, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2020) 160; Şahin Emir, 'İşçinin Yakalandığı Bulaşıcı Hastalık' (n 75) 564; Nazlı Sağlam, 'İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışmada "Teknostres" Kavramının Meslek Hastalığı Açısından Değerlendirilmesi' (2022) Nisan 7(1) 2 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 215, 232. Doktrinde Çenberci, işçinin çalıştığı işte çalışmaması halinde hastalığa yakalanmamasının söz konusu olduğu durumda meslek hastalığı ile yürütülen iş arasında nedensellik bağının bulunduğunu kabul etmektedir. Blz. Mustafa Çenberci, *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi* (Olgaç Matbaası 1985) 125.

106 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 383.

107 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 24) 383; Alper 242; Tankut Centel, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (Oniki Levha Yayıncılık 2021) 222.

108 Mesut Balcı, 'İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu' (2006) (4) Sicil İş Hukuku Dergisi 151, 155; Akın, 'Covid-19' (n 6) 20.

Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nin ekinde belirtilen meslek hastalıkları listesinde yer alması gerekmektedir. Listede yer almayan bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması hususunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar 5510 sayılı Kanun'un 14/son hükmü uyarınca Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanmaktadır. Yönetmeliğin m.17/2 göre, herhangi bir meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulgularıyla kesinleştiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin, işyeri incelenmesiyle kanıtlandığı hâllerde, meslek hastalıkları listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olsa bile, söz konusu hastalık, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun kararı ile meslek hastalığı sayılabilir. Mukayeseli hukukta SGB VII § 9'e göre meslek hastalıkları, yasal kaza sigortası sigortalısının sigorta kapsamındaki bir faaliyet sırasında yakalandığı hastalıkları ifade etmektedir¹⁰⁹. Türk Hukukunda olduğu gibi Alman Hukukunda da bu hastalıklar liste olarak Federal Hükümetin yasal bir yönetmeliğinde belirlenmiştir¹¹⁰. Bu liste, "tıp biliminin bulgularına göre, belirli insan gruplarının işleri nedeniyle nüfusun geri kalanından önemli ölçüde daha fazla maruz kaldıkları özel etkilerden kaynaklanan" hastalıkları içermektedir. "Münferit durumlarda", kaza sigortası kurumları, BKV (Berufskrankheiten-Verordnung)'de tanımlanmayan veya burada belirtilen koşulların yerine getirilmediği bir hastalığı, karar anında tıp biliminin yeni bulgularına göre BKV'de tanımlanma koşullarının yerine getirilmesi şartıyla, sigortalı bir olay olarak meslek hastalığı olarak kabul edebilmektedir¹¹¹.

Konuyu uzaktan çalışma ilişkisi çerçevesinde değerlendirdiğimizde uzaktan çalışma ilişkisi ile çalışan sigortalının da hastalanması ihtimal dahilindedir¹¹². Bu durumda sigortalının yakalandığı her hastalığın meslek hastalığı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu gündeme gelecektir. Zira uzaktan çalışma ilişkisinde iş görme borcu daha çok bilgi ve iletişim teknolojileri ile ifa edilmektedir¹¹³. Bu durum

109 Koch (n 89) Arbeitsunfall.

110 Münferit meslek hastalıkları Meslek Hastalıkları Yönetmeliği (BKV) Ek 1'de listelenmiştir. Bunlar kimyasal etkilerden kaynaklanan hastalıklar (metaller, boğucu gazlar, çözücüler, böcek ilaçları), fiziksel etkilerden kaynaklanan hastalıklar (mekanik etkiler, basınçlı hava, gürültü, radyasyon), bulaşıcı ajanlar veya parazitlerden kaynaklanan hastalıklar, solunum yolu ve akciğer hastalıkları, plevra ve periton (inorganik veya organik tozlardan kaynaklanan hastalıklar, tıkaçıcı solunum yolu hastalıkları), cilt hastalıkları ve diğer nedenlerden kaynaklanan hastalıklardır (madencilerin göz titremesi). 10.7.17 tarihli 4. BKVÄndV, meslek hastalıkları listesine beş yeni hastalık eklemiştir: 1,3-bütadien kaynaklı lösemi (BK 1320); polisiklik aromatik hidrokarbonların neden olduğu idrar kesesi kanseri (BK 1321); enstrümental müzisyenlerde fokal distoni (BK 2115); asbest kaynaklı yumurtalık kanseri (BK 4104) ve polisiklik aromatik hidrokarbonların neden olduğu gırtlak kanseri (BK 4113). Jürgen Röller, *Personalbuch 2022* (29. Auflage, C. H. Beck 2022) Rn. 13.

111 Christoph Hamm, *Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch* (12. Auflage, C. H. Beck 2022) Rn. 105

112 ILO'nun Geneva 2021 teknik özetine göre, Ofis ortamlarında uzun süreli bilgisayar çalışmasının bir dizi fiziksel rahatsızlık (örn. kas-iskelet sistemi hasarı ve göz yorgunluğu) üzerindeki etkisine dair kapsamlı kanıtlar mevcuttur, ancak tele-çalışmanın etkisini özel olarak değerlendiren çok az çalışma vardır. Tele-çalışma üzerine yapılan araştırmalar, fiziksel sağlık üzerinde hem olumlu hem de olumsuz etkiler göstermiştir. Çalışmaların gözden geçirilmesi, ev tabanlı tele-çalışmanın çalışanlar tarafından genellikle kendi bildirdikleri sağlıkları üzerinde olumlu bir etkiye sahip olarak görüldüğünü, ancak iş istasyonu tasarımı ve uzun çalışma saatlerinden kaynaklanan sorunlara yol açabileceğini bildirmiştir. İki çalışma, tele-çalışma ile kan basıncında düşüş olduğunu bildirmiştir: akademik personel üzerinde yapılan anketeye dayalı bir çalışma, tele-çalışanların arteriyel hipertansiyonla ilgili daha az şikâyeti olduğunu ve İsveç hükümet çalışanları üzerinde yapılan bir çalışma, ofiste çalışma sırasında kan basıncının evde tele-çalışma sırasında olduğundan önemli ölçüde daha yüksek olduğunu göstermiştir. Bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—europe/—ro-geneva/—ilo-ankara/documents/publication/wcms_836419.pdf Erişim Tarihi 02.02.2023.

113 İş dünyasının dijitalleşmesiyle yakından bağlantılı bir diğer sorun alanı da son yıllarda giderek daha önemli hale gelen, çalışanların zihinsel stresten korunması hususudur. Bu durum insanları dışarıdan etkileyen ve onlar üzerinde psikolojik bir etkiye sahip olan tüm ölçülebilir faktörleri ifade eder. Nitekim Almanya'da Federal İş Güvenliği ve Sağlık Enstitüsü

çalışan üzerinde göz ve beden sağlığı açısından tehlike yaratabileceği gibi ortopedik rahatsızlıkların da ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Bununla birlikte uzaktan çalışmada işçinin, işyerinden ve iş arkadaşlarından uzak bir şekilde çalışması, sosyal hayattan izole olması ruh sağlığı bakımından da birtakım sıkıntıları beraberinde getirebilmektedir¹¹⁴. Özellikle uzaktan çalışma ilişkisi çerçevesinde çalışanların zihinsel çalışma sıklığının artması, ev ile iş hayatı arasındaki sınırın belirsizleşmesi, her an ulaşılabilir olma baskısı, sürekli gelişen ve değişen teknolojiye ayak uydurma noktasında ortaya çıkan yetersizlik hissi de zihinsel ve davranışsal birtakım rahatsızlıkları beraberinde getirebilmektedir¹¹⁵. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 2010 yılında meslek hastalıkları listesine zihinsel ve davranışsal rahatsızlıkları da eklediği gözlenmektedir¹¹⁶. Çalışanın ruh sağlığının korunabilmesi için sosyal izolasyonu önleyecek tedbirleri alması da işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu kapsamındadır¹¹⁷. Nitekim Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Anlaşması'nın 9. maddesinin son fıkrası gereği işverenin, tele çalışanın işletmenin diğer personelinden izole olmasını engellemek amacıyla diğer olanakların yanı sıra düzenli olarak iş arkadaşları ile görüşmesi ve işletmeye ilişkin bilgilere erişimine imkân sağlaması gerekmektedir.

Uzaktan çalışma ilişkisinde, iş kazasında olduğu gibi, meslek hastalığında da uygun illiyet bağının kurulmuş olması gerekmektedir¹¹⁸. Bu noktada uzaktan çalışma ilişkisi ile çalışan işçinin işin yürütümü nedeniyle gerek bedenen gerekse ruhen meslek hastalığına yakalanması söz konusu olabilecektir. Ancak uzaktan çalışma ilişkisinde meslek hastalığının tespitinde nedensellik bağının ispatı güçlük yaratabilecektir. Bu nedenle konuyu her somut olayın özellikleri doğrultusunda değerlendirmek uygun bir çözüm yöntemi olabilecektir.

SONUÇ

Son yıllarda özellikle pandemiyle birlikte çalışma hayatında sıklıkla karşılaşılan bir istihdam şekli olan uzaktan çalışma, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde, işçinin işveren tarafından oluşturulan

(BAuA) tarafından derlenen rakamlar, bu konuda harekete geçilmesi gerektiğini kanıtlamaktadır. Bu rakamlara göre, Almanya'da SHI sigortalıları arasında ruhsal ve davranışsal bozukluklardan kaynaklanan iş göremezlik günlerinin oranı 2001-2010 döneminde %6,6'dan %13,1'e yükselmiştir. Bu oran 2012 yılında %15,5'e ulaşmıştır. Bireysel vakalarda pek çok faktör bir araya gelse de, iş süreçlerinin parçalanmasına ve aşırı bilgi yüklenmesine yol açtığı için belirli stres faktörlerinin özellikle bilgi ve iletişim teknolojileri tarafından şekillendirilen çalışma ortamlarında kendini güçlü bir şekilde gösterdiğine dair önemli kanıtlar bulunmaktadır. Buna göre, BAuA tarafından yapılan bir araştırmaya göre, çalışanlar işyerinde önel olarak stresli olarak özellikle güçlü son teslim tarihi ve performans baskısının (%34), iş kesintilerinin ve rahatsızlıklarının (%26) ve çoklu görevlerin (%17) sık sık meydana gelmesini algılamaktadır. Bu bağlamda, DAK 2013 Sağlık Raporu'nda, çalışma saatleri dışında orta düzeyde erişilebilirliğin bile ruhsal bir rahatsızlıktan muzdarip olma riskini artırdığını ve bu riskin, yaklaşık dört kişiden birinin depresyondan muzdarip olduğu yüksek düzeyde erişilebilir olanlar arasında daha da arttığını bildirmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Rüdiger Krause, 'Digitalisierung der Arbeitswelt-Herausforderungen und Regelungsbedarf' (2016) NZA 1004, 1006.

114 Dulay Yangın, 'Uzaktan Çalışma' (n 6) 164.

115 Sağlam (n 105) 234-235.

116 Yeni liste, kimyasal, fiziksel ve biyolojik ajanların neden olduğu hastalıklardan solunum ve cilt hastalıklarına, kas-iskelet sistemi rahatsızlıklarından mesleki kansere kadar uluslararası kabul görmüş bir dizi meslek hastalığını içermektedir. Zihinsel ve davranışsal bozukluklar ilk kez özel olarak ILO listesine dahil edilmiştir. <https://www.ilo.org/safework/info/publications/WCMS_125137/lang-en/index.htm> Erişim Tarihi 21.02.2023.

117 Dulay, *Evde Çalışma* (n 7) 215.

118 Civan (n 7) 566; Özer (n 6) 215.

iş organizasyonu içinde iş görme edimini evinde veya teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayanan ve yazılı şekle tabi olan bir iş ilişkisidir. Uzaktan çalışma şekline dayanan iş ilişkisinde işçi iş görme edimini işyeri dışında veya evde ifa etmektedir. Bu yönüyle klasik iş sözleşmelerinden ayrılan uzaktan çalışma ilişkisi birçok yönüyle iş ve sosyal güvenlik hukukunun inceleme alanına girmektedir.

Çalışmamızın konu kapsamı itibariyle uzaktan çalışma ilişkisini sosyal güvenlik hukuku anlamında değerlendirdiğimizde uzaktan çalışanın sigortalılığının tespiti noktasında, hizmet sözleşmesi ile çalışma şartı açısından uzaktan çalışanlar ile diğer çalışanlar arasında bir fark bulunmadığını ifade etmek gerekir. Bu bağlamda uzaktan çalışma ilişkisinde, çalışan iş görme edimini iş sözleşmesi çatısı altında ifa ettiğinden 5510 sayılı Kanun'un m.4/1, a bendi kapsamında sigortalı kabul edilecektir.

Konuyu iş kazası açısından değerlendirdiğimizde uzaktan çalışma ilişkisinde işçinin uğradığı her kazanın sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası sayılıp sayılmayacağı hususunun tespiti önemlidir. Nitekim uzaktan çalışma ilişkisinde işçinin işyeri dışında çalıştırılması söz konusu olduğundan, sigortalının uğramış olduğu her kaza, iş kazası olarak kabul edilecek midir sorusu gündeme gelmektedir. İş görme borcunu bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanarak evde veya işveren tarafından belirlenen başka bir yerde ifa eden sigortalının yaptığı iş ile kaza arasındaki illiyet bağının tespiti uygun olacaktır. Bu kapsamda uzaktan çalışma ilişkisinde sigortalının uğradığı kazanın iş kazası olup olmadığının tespitinde her somut olayın özelliklerini dikkate alınması gerekmektedir.

Uzaktan çalışma ilişkisinde uğranılan kazanın iş kazası olarak nitelendirilmesinde kaza ile yapılan iş arasında illiyet bağının bulunduğu ispatı noktasında birtakım güçlüklerle karşılaşılması da ihtimal dahilindedir. Bu bağlamda uzaktan çalışma ilişkisinde çalışanın uğramış olduğu kazalarda uygun illiyet bağının tespitine ilişkin güçlükleri ortadan kaldırmak adına işin görüleceği yerin ya da zaman aralığının yazılı şekilde belirlendiği hallerde, bu zaman diliminde veya yerde meydana gelen kazanın aksi ispatlanmadıkça iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcunun ifası esnasında gerçekleşmiş sayılması; yer ve zaman bakımından belirlemenin yapılmadığı durumlarda ya da belirlenen yer ve zaman dışında meydana gelen kazalarda ise kaza ile yapılan iş arasında uygun illiyet bağını uzaktan çalışanın ispat etmesi yönünde yasal bir düzenleme getirilmesi yararlı olabilecektir.

Meslek hastalığını uzaktan çalışma ilişkisi çerçevesinde değerlendirdiğimizde uzaktan çalışma ilişkisi ile çalışan sigortalının da hastalanması ihtimal dahilindedir. Bu durumda sigortalının yakalandığı her hastalığın meslek hastalığı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunu irdelemek gerekir. Zira uzaktan çalışma ilişkisinde iş görme borcu daha çok bilgi ve iletişim teknolojileri ile ifa edilmektedir. Bu durum çalışan üzerinde göz ve beden sağlığı açısından tehlike yaratabileceği gibi ortopedik rahatsızlıkları da ortaya çıkarabilir. Bununla birlikte özellikle uzaktan çalışma ilişkisi çerçevesinde çalışanların zihinsel çalışma sıklığının artması, ev ile iş hayatı arasındaki sınırın belirsizleşmesi, her an ulaşılabilir olma baskısı, sürekli gelişen ve değişen teknolojiye ayak uydurma noktasında ortaya çıkan yetersizlik hissi de zihinsel ve davranışsal birtakım rahatsızlıkları beraberinde getirebilmektedir. Bu kapsamda meslek hastalıkları listesinin güncellenmesi düşünülebilir. Ayrıca uzaktan çalışma ilişkisinde meslek hastalığının tespitinde de uygun illiyet bağının kurulmuş olması

gerekmektedir. Bu kapsamda konuyu her somut olayın özellikleri doğrultusunda değerlendirmek uygun bir çözüm yöntemi olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akdeniz AL, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine* (Beta 2015).
- Akın L, 'İşyerinde İşçiyi Gözetme Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunda Uygun Nedensellik Bağı' (2011) 25(2) Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası 26-39.
- Akın L, 'Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri' (2020) 34(3) Çimento İşveren Dergisi 16-70.
- Akın L, 'Türk Çalışma Yaşamında Pandemi Sürecinde Uzaktan/Evden Çalışma ve Olası Sonuçları' (edr), *Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı* (Legal 2021) 261-300.
- Akyiğit Ercan, 'Ödünç İş İlişkisinin (Başkasına İşçi Vermenin) Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümü' (1996) 13 TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1-23.
- Albayrak C, 'Küreselleşme ve Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi' (98) Türkiye Barolar Dergisi 165-202.
- Alkan Meşhur HF, 'Organizasyonların Tele Çalışmaya İlişkin Tutumlarına Yönelik Bir Araştırma' (2010) 25 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 1-24
- Aligbe P, 'Arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen bei Telearbeitsplätzen' (2016) ArbRAktuell
- Alp M, 'Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)' (edr), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan (Beta 2011) 795-851
- Alpagut G, 'Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi – Daimî Ulaşılabilirlik' (edr), Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi (Seçkin 2021) 317-338.
- Alper Y, *Sosyal Sigortalar Hukuku* (4. Baskı, Dora Yayınevi 2020).
- Arıcı K, *Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanununda Çalışma Süreleri* (Kamu-İş 1992).
- Arıcı K, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (Gazi 2015).
- Arıcı K, 'Atipik İş Sözleşmelerinde İşçinin Korunması' (edr), *Emeğin Kurultay-2 2016* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2017) 93-109.
- Ataş E ve Tuaç Yılmaz P, 'İş Kazalarında İşverenin Sorumluluğu: Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Bir Değerlendirme' (2022) 12(2) Sosyal Güvenlik Dergisi 307-326.
- Aydın U, 'Tele ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi'(edr), Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan (Legal 2008) 351-376.
- Aydın U, 'Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2020) 6(2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 181-214.
- Aydınöz G, 'İş Hukukunda Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2015).
- Balcı M, 'İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu' (2006) (4) Sicil İş Hukuku Dergisi 151-182.
- Baycık G, Doğan S, Dulay Yangın D ve Yay O, 'Covid 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler' (2021) 3 Çalışma ve Toplum Dergisi 1683-1727.
- Benkert D, 'Arbeitsrechtliche Aspekte einer Tätigkeit im Home Office' (2019) 10 NWW Spezial 306-307.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, 'Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme' (2020) Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, Tam Metin Bildiri Kitabı 145-207 <<http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12154/1229>> Erişim Tarihi 10.01.2023.

- Caniklioğlu N, 'Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri' (2006) 8(1) Çalışma ve Toplum Dergisi 50-92.
- Caniklioğlu N, 'Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların – Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların – Sosyal Güvenliği' (2016) 15(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43-78.
- Centel T, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (Oniki Levha Yayıncılık 2021).
- Civan OE, 'İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)' (2010) 7(26) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 525-573.
- Mustafa Ç, *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi* (Olgaç Matbaası 1985).
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 35. Bası, Beta 2022).
- Däubler W, 'Digitalisierung und Arbeitsrecht' (2016) Juli Szoiales Recht 2-44.
- Däubler W, *Digitalisierung und Arbeitsrecht* (7. Auflage, Bund Verlag 2020).
- Demir K, 'Türk İş Hukukunda Uzaktan Çalışma Kapsamında İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Borcu' (2021) 29(31) SÜHFD 2501-2543.
- Doğan Yenisey K, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme* (Legal 2007).
- Dulay D, *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma* (1. Bası Turhan Kitabevi 2016).
- Dulay Yangın D, '6715 Sayılı Yasa'nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi' (2016) 36 Sicil İş Hukuku Dergisi 148-171.
- Dulay Yangın D, 'Bilgi ve İletişim Teknolojilerinde Yaşanan Gelişimin İş Hukuku Üzerindeki Etkileri: Tele Çalışmaya İlişkin Tespit ve Öneriler' (edr), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (Onikilevha 2018) 221-260.
- Ekonomi M, 'Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği' (edr) *Çalışma Hayatında Esneklik, Çeşme Altın Yunus* (Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını 1994) 57-79.
- Ekonomi M, 'Türk Endüstriyel İlişkileri Sisteminde Yeni Arayışlar ve Çözümler' (1988) Temmuz Kamu-İş Dergisi 177-203.
- Engin M, 'Türk İş Hukukunda Evde Çalışma' (2000) 5(3) Kamu İş Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan) 269-287.
- Ergüneş Emrağ S, '4857 Sayılı İş Kanununun Değişik 14. Maddesi Işığında Tele Çalışma' (2016) 13 (51) Legal İSGHD 1413-1444.
- Etter B and Sokoll, J, 'Gesundheitsschutz im Home Office' (2020) SJZ-RSJ 695-704
- Eyrenci, Ö, 'Türkiyede Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi' (edr), *Çalışma Hayatında Esneklik* (Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını 1994) 161-173.
- Eyrenci, Ö, 'İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku' (edr), *Münir Ekonomi* 60. Yaş Günü Armağanı (Türk Tarih Kurumu 1993) 227-242.
- Eyrenci Ö, Taşkent S ve Ulucan D, *Bireysel İş Hukuku* (9. Bası, Beta 2019).
- Fuhlrott M and Oltmanns, S, 'Befristetes Recht auf Homeoffice: Die SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung und der Weg dahin' (2021) ArbRAktuell 64-69.
- Gülver E, 'Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine' (2014) XXII(2) İÜHFM (Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan) 103-122.
- Günay A, *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma* (1. Bası, Legal 2018).
- Günaydın D ve Edemir Ö, 'Güvenceli Esneklik Kapsamında Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Ödünç İş İlişkisi' (2018) 4(1) International Anatolia Academic Online Journal 1-23.
- Güzel A, 'Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme' (1997) 4(2) Kamu İş ve İktisat Dergisi 83-126.

- Güzel A ve Ugan Çatalkaya D, 'İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları' (2012) 34(3) Çalışma ve Toplum Dergisi 157-188.
- Güzel A, Okur AR ve Caniklioğlu N, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Beta 2020).
- Hamm C, *Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch* (12. Auflage, C. H. Beck 2022).
- Hekimler A, 'Türk ve Alman İş Hukukunda Home Office Düzenlemeleri: Covid-19 Pandemi Döneminde Karşılaştırmalı Hukuk Boyutunda Genel Bir Değerlendirme' (edr), *Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı* (Legal 2021) 215-259.
- Hromadka W and Maschmann F, *Arbeitsrecht Band 1* (7. Auflage, Springer 2018).
- Hueck G, 'Flexibilisierung der Arbeitszeit' (edr), *Çalışma Hayatında Esneklik* (Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını 1994) 131-157.
- Kandemir M, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma* (Legal 2011).
- Kara S, *Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuki Boyutu* (Seçkin 2022).
- Karaçöp E, 'Covid-19 Pandemisi Sürecinde Uzaktan Çalışma' (2020) İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni 14-24.
- Kılıç G, 'Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Tele Çalışma ve Evde Çalışmadan Farkı' (Nisan 2020) 15 (164) Terazi Hukuk Dergisi 805-819.
- Koç M, '4857 Sayılı İş Kanunundaki Esneklik Düzenlemeleri ve Uygulama Problemleri' (2016) 5(7) İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi 2169-2192.
- Kollmer N, 'Das Rect der Tele – und Mobilen Arbeit im Lichte des Arbeitsschutzes 4.0' (2023) NJW 480 <<http://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NJW-B-2023-S-473-N-1>> Erişim Tarihi 20.01.2023
- Kollmer N, Klindt T and Schucht C, *Arbeitsschutzgesetz Kommentar* (4. Auflage, C.H. Beck 2021).
- Korkusuz R ve Uğur S, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (7. Baskı, Ekin Yayınevi 2020).
- Krause R, 'Digitalisierung der Arbeitswelt-Herausforderungen und Regelungsbedarf' (2016) NZA.
- Mauer, R, *Temporary Work Contracting* (Saarbrücken 1995).
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (3. Bası, Lykeion 2019).
- Müller S, 'Die gesetzliche Unfallversicherung im Homeoffice', (2019) NZS 177-180.
- Müller S, *Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis* (2. Auflage, Nomos Verlag 2020)
- Müller-Glöge R, Preis U and Schmidt I, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, (23. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck Verlag 2023).
- Özgener Ş, 'Çalışma Hayatında Esnekliğin İşletme Verimliliği Üzerine Etkileri: Karşılaştırmalı Bir Çalışma' (2015) 38(3) Amme İdaresi Dergisi 51-79.
- Özdemir E, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Vedat 2014).
- Özdemir, 'Uzaktan Çalışmada İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükleri' (2016) Aralık 8 Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-99.
- Özer HD, 'Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliği' (2018) 6(12) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 193-226.
- Rölller J, *Personalbuch 2022* (29. Auflage, C. H. Beck 2022)
- Sağlam N, 'İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışmada "Teknostres" Kavramının Meslek Hastalığı Açısından Değerlendirilmesi' (2022) Nisan 7(1) 2 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 215-241.
- Saraç C, '506 Sayılı Yasaya Göre Sigortalı Sayılmada Hizmet Sözleşmesine Dayanarak İşverene Ait İşyerinde Çalışma Koşulu' (1993) 7(6) Çimento İşveren Dergisi
- Saraç C, *Sosyal Sigorta Kurumları ve İşveren Açısından İş Kazası Kavramı* (YODÇEM, Yayın No:10 1998).

- Schaub G and Koch Ulrich, *Arbeitsrecht* (27. Auflage, C.H. Beck 2023).
- Schöllmann I, 'Mobile Working, Telearbeit, Desksharing' (2019) NZA-Beilage 81-86.
- Senyen Kaplan ET, *Bireysel İş Hukuku* (10. Bası, Gazi 2019).
- Soysal T 'Tele Çalışma' (2006) 3(9) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 133-165.
- Sözer AN, *Sosyal Sigorta İlişkisi*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 1991).
- Sözer AN, *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Sosyal Sigortalar Hukuku* (4. Bası, Beta 2019).
- Sümer HH, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2020).
- Sümer HH, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin 2022).
- Süzek S, 'İş Akdinin Türleri' (2001) 6(22) Mercek Dergisi 17-35.
- Süzek S, *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)* (Yenilenmiş 21. Bası, Beta 2021).
- Şahin Emir A, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Sınırlamalar ve Esneklik Olanakları Avrupa Birliği Örnekleriyle' (2016) 18(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- Şahin Emir A, 'İşçinin Yakalandığı Bulaşıcı Hastalığın 5510 Sayılı Kanun Anlamında İş Kazası Olup Olmadığının Değerlendirilmesi-Domuz Gribi (H1N1) ve Koronavirüs (Covid-19) Özelinde Bir Değerlendirme-' (2020) 17(66) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 113-153.
- Şakar M, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (14. Baskı, Beta 2021).
- Şakar M ve Erkan Şahin D, 'Esnek Çalışma Modellerinden Uzaktan Çalışma ve Uzaktan Çalışanların Sigortalılığı' (2021) 11(2) Sosyal Güvenlik Dergisi 249-267.
- Tarakçıoğlu Altınay A, 'Türk İş Hukukunda Esnekliğe İlişkin Bir Düzenleme Geçici İş İlişkisi' (Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi 2011).
- Taşkent S, 'İş Kazası Kavramı' (edr), Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan C. 2 (Beta 2001) 1951-1966.
- Tombaş SS, 'Yeni İstihdam Yöntemleriyle Çalışanların Sigortalılığı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2022).
- Tozlu E, 'Genel Olarak Esnek Çalışma Sistemleri ve Tele Çalışma ve Sıkılaştırılmış İş Haftasının Karşılaştırılması' (2011) 3(4) Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi 99-116.
- Tuaç Yılmaz P, 'Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Evde Çalışma' 43 Sicil İş Hukuku Dergisi 254-273.
- Tuncay AC, 'Özel İstihdam Büroları' (1995) Ocak Çimento İşveren Dergisi 3-12.
- Tuncay AC, 'İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları' (edr), Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı 5-6-7 Ekim 2000, (2002) 151-179.
- Tuncay AC ve Ekmekçi Ö, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (20. Baskı, Beta 2019).
- Uşan MF, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları* (2. Baskı, Seçkin 2009).
- Ünal Adınır, 'Tele Çalışmada Kişisel Verilerin Korunması' (edr), Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (Yetkin 2022.955.1000).
- Yıldız GB, 'İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu' (2010) 86 Toprak İşveren Dergisi 8-15.
- Yiğit E, 'Türk Hukukunda ve Alman Hukukunda Uzaktan Çalışmanın Temel Esasları' (2021) 3(2) TAÜHFD 135-154.

04.08.2022 Tarihli Alman Yüksek Mahkemesi (BGH) Kararı* Temyizde Dava Değişikliği – Dizel Skandalı

German Federal Court of Justice (BGH) Decision dated 04.08.2022
Amendment of the Action Before the Court of Appeal – Diesel Scandal

Merve UYSAL* 

ÖZ

Çevirisi yapılan Alman Yüksek Mahkemesi (BGH) kararı, 04.08.2022 tarihinde verilmiş olup “Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht” dergisinin 2022 yılı 18.sayısında yayınlanmıştır. (2022, s. 1288 vd.) Karar, 18.09.2015 tarihinde ortaya çıkan ve “Dizel skandalı” (Dieselskandal) olarak anılan Volkswagen Group tarafından üretilen dizel otomobillerde yaşanan skandala ilişkin açılan bir uyuşmazlığa ilişkindir. Temyiz incelemesinde dava değişikliğinin mümkün olup olmadığı ve istisnai olarak temyiz aşamasında yeni vakıaların ileri sürülebilmesinin şartları kararın konusunu oluşturmaktadır. (§ 559 ZPO) Çeviride, Türk hukukuna yabancı hukukî terimler ve düzenlemeler, ilgili dipnotlarda açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Dava Değişikliği, Kanun Yolu, Temyiz, Hukukî Yarar, Dizel Skandalı

ABSTRACT

The decision of the Federal Court of Justice (BGH) was taken on 4.8.2022 and published on the “Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht” (2022, Issue:18, p. 1288 seq.). The decision was based on the dispute that arose due to the so-called “Diesel Scandal” of 18 September 2015 regarding the diesel automobiles of the Volkswagen Group. The subject matter of the decision composes of the question, of whether the amendment of the case before the appeal court is legally possible, and if exceptionally so, the conditions of the submission of the new facts during the appeal stage. (§ 559 ZPO) The legal terms and regulations, which are unfamiliar to Turkish law, are explained in the relevant footnotes.

Keywords: Amendment of the Case, Appeal, Legal Remedy, Legal Interest, Diesel Scandal

* BGH, 4.8.2022-III ZR 228, 20. Karar, NJW-RR 2022, 1288’de yayınlanmıştır.

** Dr. Öğretim Üyesi Merve Uysal, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, ORCID-ID: 0000-0002-6487-2903

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Merve UYSAL

E-posta/E-mail: merve.uysal@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 26.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 01.06.2023

§ 559/1 ZPO

“Dizel Davasında¹” (*Dieselfall*) dava değişikliğinin geçerliliği hakkında (burada tespit davasının eda davası olarak değiştirilmesi hakkında)

Temyiz aşamasında, (daha önce) ileri sürülmüş hususların değiştirilmesi ilk derece mahkemesinin incelemesine henüz konu olmamış olan dava temelini oluşturan vakıaların (*Sachverhalt*²) tekrar değerlendirilmesini gerektirmemelidir; yeni ileri sürülen hususların § 264-2 ZPO kapsamında kaldığı gerekçesiyle geçersiz olduğundan söz edilemez. (Redaksiyonun ikinci temel cümlesi)

Dava Temelini Oluşturan (Hayat Olayına İlişkin) Vakıalar (Sachverhalt) Hakkında

Davacı, üçüncü derece yargılamasında davalıya karşı Dizel Skandalı olarak anılan uyuşmazlığa dayanan iki talepte bulunmuştur. 16.3.2017 tarihli satış sözleşmesi ile davacı, B'de yer alan A GmbH (Ltd. Şti.)'den, önceki birinci davalıdan, 41.000 AVRO satış bedeli karşılığında Audi Q 5 marka ikinci el bir otomobil satın almıştır. Bu tarihte, otomobilin km sayacı, 29.850 km'yi göstermektedir. Otomobil, 3,0 I V6 numaralı dizel motora (Euro 5³) sahiptir. İlk ve ikinci derece yargılamasında davacı özetle otomobilin Dizel Skandalından etkilendiğini iddia etmiştir. İkinci davalı tarafından üretilen dizel motorlara üç adet egzoz gazına ilişkin geçersiz yazılım eklendiği, bu yazılımların Isıtma Stratejisi (*Aufheizstrategie*⁴), işletim manipülasyonu/egzoz oranı ayarlaması (*Getriebemanipulation/Schalteinstellung*) veya Termal Pencere (*Thermofenster*) teşkil ettiğini iddia etmiştir. Davalı, otomobilde hukuka aykırı yazılımların bulunduğunu reddetmiştir. İlk derece yargılamasında dava reddedilmiştir. (6.9.2019 tarihli LG Trier kararı, 5 O 87/19, BeckRS 2019, 47355) İstinaf incelemesinde davacı, ilk derece mahkemesindeki iddialarını tekrarlayarak ikinci davalıya karşı aşağıdaki taleplerde bulunmuştur:

2. İkinci davalının Audi Q 5, 3,0 I TDI, FIN... markalı otomobilin emisyon ölçüm testlerinde çıkan gaz oranlarının, olağan kullanımda ortaya çıkan gaz oranlarına göre daha az olmasının sebep olduğu zararının kendisine ödemekle yükümlü olduğuna karar verilmesini,

1 Dizel Skandalı ile ilgili hukuki görüşler için bkz. Jan Bruns, 'Dieselskandal und Nutzungsentschädigung' (2020) NJW, 508; Jörg Peterek, 'Kaufpreiserstattung im Dieselskandal trotz Veräußerung des Fahrzeugs' (2021) NJW, 1425; Christoph Syrbe, 'Die zivilgerichtliche Aufarbeitung des VW-Diesel-Abgasskandals – ein Zwischenstand' (2021) NZV, 225; Christoph Syrbe, 'Die zivilgerichtliche Aufarbeitung des „Diesel-Abgasskandals“ – ein aktualisierter Zwischenstand' (2022) NZV, 153; Martin Führ, Der Dieselskandal und das Recht – Ein Lehrstück zum technischen Sicherheitsrecht (2017) NVwZ, 265; Ansgar Staudinger, 'Vorteilsanrechnung und Verzinsung im Dieselskandal' (2020) NJW, 641; Carl-Heinz Witt, Der Dieselskandal und seine kauf – und deliktsrechtlichen Folgen (2017) NJW, 3681; Frank O. Fischer, 'Aktuelles Zivilprozessrecht' (2023) JuS, 224; Ludwig Kroiß, Die Entwicklung des Gerichtskostenrechts (2023) NJW, 410

2 Alman hukukunda kullanılan “Sachverhalt” terimi, Türkçe olarak tek kelime ile ifade edilememektedir.

3 Dizel motorların emisyon sınıflarını ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jörg Berkemann, Thermofenster und anderes – EuGH zum Dieselskandal (C-693/18) (2021) ZUR, 346.

4 *Thermofenster* gibi *Aufheizstrategie*, emisyon ölçümünü yanıltıcı motor yazılımı veya tasarımlarını ifade eder ve Avrupa Birliği Mevzuatı uyarınca kullanımları yasaktır. Simone Harriehausen, Die aktuellen Entwicklungen im Leasingrecht (2022) NJW, 1495.

4. davalı taraflar hakkında müteselsilen değil, ayrı ayrı karar verilmesini ve böylece her biri için 2.613,24 AVRO tutarındaki dava öncesine ilişkin kendi vekalet ücretini ödemekten muaf tutulmasını⁵ (*freistellen*) talep etmiştir.

OLG (*Oberlandesgericht*), davacının istinaf başvurusunu reddetmiştir. Esasa ilişkin olarak davacının ikinci davalıya karşı ileri sürdüğü tazminat iddialarının hukukî dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir. (24.8.2020 tarihli OLG Koblenz kararı, 12 U 1824/19 BeckRS 2020, 20976) OLG tarafından temyizi uygun bulunmasını⁶ takiben davacı, istinaf kararının temyiz mahkemesi tarafından “tamamen incelenmesini” (*volle Überprüfung*) talep etmiş ve ikinci davalıya karşı ilk derece yargılamasında olduğu gibi öncelikle sadece ikinci davalının dava konusu otomobile ilişkin yaptığı manipülasyondan doğan zararının kendisine ödemekle “yükümlü” (*verpflichtet*) olduğunun tespitini istemiştir. Temyiz mahkemesi, 28.4.2022 tarihinde davacıya, tespit talebinin geçerliliğine ilişkin açıklama bulunduktan sonra davacı, 7.6.2022 tarihinde tespit talebini, eda talebi olarak şu şekilde değiştirmiştir:

1. İkinci davacının, Otomobil Audi Q 5, 3.0 TDI (...)’nin devri ve teslimi karşılığında aynı anda (*Zug um Zug*) kendisine 32.272,38 AVRO tutarını, 5.2.2019’dan itibaren yüzde beş arttırılarak uygulanacak basit faiz oranıyla beraber ödenmesine karar verilmesini,
2. İkinci davalının, dilekçenin 1 numaralı başlığında belirtilen otomobili teslim almakta temerrüde düştüğünün tespit edilmesini,
3. İkinci davalının dava açılmadan önce bir avukatı yetkilendirilmesinden doğan 2.613,24 AVRO tutarındaki yargılama öncesi vekalet ücretinden sorumlu tutulması talep etmiştir.

Vakıalar bakımından davacı ek olarak, otomobilin kilometre sayacının 18.5.2022 tarihinde yaklaşık “98.000 km”yi gösterdiğini ve kullanım bedelinin (*Nutzungsentschädigung*) olağan kullanım haline karşılık gelecek 350.000 km üzerinden hesaplanması gerektiğini iddia etmiştir. Hukukî açıdan temyiz incelemesinde kural olarak dava değişikliğinin mümkün olmadığına ilişkin kuralın bir istisnasının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Alman Yüksek Mahkemesi içtihatlarına göre ilk derece mahkemesinin daha önce değerlendirdiği vakıalara dayandığı müddetçe, daha önce ileri sürülen dilekçenin temyiz aşamasında sınırlandırılması veya değiştirilmesi mümkündür. Bu sebeple davanın esasına ilişkin bu değişikliğin mümkün olmadığı söylenemez. Davacının eda talebine ilişkin ileri sürdüğü vakıalar, yeni bir dava temeli oluşturmamaktadır. Dava temeline ilişkin vakıaların değiştirilmeden tespit talebi yerine eda talebinde bulunulması nitelik bakımından tarafların (daha önceki) iddialarını § 264 – 2 ZPO anlamında bir dava değişikliği teşkil etmeden sadece sınırlar. Davacı, davalının tazmin etme

5 Yargılama giderlerine ilişkin hükümler (§§ 91 ZPO vd.) kapsamında hâkimin tarafların yargılama öncesi vekalet ücretine ilişkin karar verebilmesi mümkün değildir. Yargılama öncesi vekalet ücretlerine ilişkin talep, maddi hukuka dayanmakta olup asıl talep ile birlikte ancak fer’i talep olarak ileri sürülebilir. Philipp von Sanden and Tonio Friedmann, *Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in der zivilprozessualen Fallbearbeitung* (2021) JuS, 1031.

6 İstinaf mahkemesinin § 543/1-1 ZPO uyarınca dosyanın temyizen incelemesini uygun bulma yetkisi vardır. Dosyanın mahkeme heyetindeki hakimlerden birine § 526/1 ZPO uyarınca havale edilmesi halinde görevlendirilen hâkim, uyuşmazlığın ilkesel değere sahip olması ve bu nedenle dosyanın mahkeme heyetine iade edilmesi gerekli olmadığı müddetçe, tek başına bu kararı verebilir. Wolfgang Ball, ‘§§ 543 ZPO’ in Hans Joachim Musielak and Wolfgang Voit (eds), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar* (Franz Vahlen 2023) Kn. 3.

yükümlülüğünün tespitine ek olarak ayrıca zararın ödenmesine yönelik eda talebinde de bulunmuş olsaydı, § 264-2 ZPO uyarınca her halde davanın genişletildiğinden söz edilebilecekti. davacı, dava değişikliği (*Klageänderung*, § 263 ZPO) teşkil etmemek şartıyla davanın genişletilmesi (*Klageerweiterung*, § 264-2 ZPO) ve sınırlandırılması (*Klagebeschränkung*, § 264-2 ZPO) kapsamında tespit davasına eda davası olarak devam edebilir veya tam tersi bir değişikliğe gidebilir.

Sonuç olarak temyiz başvurusu başarıya ulaşamamıştır; temyiz başvurusunun esasan ve usulden reddedilmesi yerine davacının “ikinci davalının dava konusu otomobile ilişkin manipülasyonundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlü olduğunun tespitine” ilişkin kısmı bozulmuştur.

Gerekeçe

10 1. Davacının otomobilinin satış bedelinin, bu bedelden otomobilin kendi kullanımındaki döneme ait denkleştirme tutarı düşüldükten sonra aynı anda otomobilin devri ve teslimi karşılığında kendisine tazminat olarak ödenmesi ve ikinci davalının teslimde temerrüde düşmüş olduğunun tespitine dair talepleri dikkate alınamaz. Zira, temyiz incelemesinde bu talepler ilk kez 7.6.2022 tarihinde verilen dilekçe ile ileri sürülmüş olup temyizde dava değişikliği yasağı kapsamında değerlendirilir.

11 a). Temyizde dava değişikliği (yerleşik içtihat, örneğin Heyet, NJW 1961, 1467; NJW-RR 2016, 115 Kn. 31; BGH NJW-RR 2017, 416 Kn. 9; NJW 2018, 3389 Kn. 14; NJW-RR 2021, 187 Kn. 7), özellikle tespit davası olarak açılan davanın eda davası olarak değiştirilmesi (MüKoZPO/Krüger, 6. Bası, ZPO § 559 Kn. 20; HK-ZPO/Koch, 9. Bası., ZPO § 559 Kn. 9; Musielak/Voit/Ball ZPO, 19. Aufl., ZPO § 559 Rn. 3) kural olarak yasaktır. Aksi, istisnai olarak, daha önce ileri sürülmüş ve istinaf mahkemesi tarafından değerlendirilmiş dava konusunu oluşturan vakıaların açıklanması, sınırlandırılması veya değiştirilmesi haline özgü olarak kabul edilmektedir. (Örn. BGH NJW 1998, 2969 (2970); NJW-RR 2017, 416; NJW 2018, 3389 Kn. 15; BeckOK ZPO/Kessal-Wulf, 1.7.2022, ZPO § 559 Kn. 1) Bu sebeple temyiz aşamasında, (daha önce) ileri sürülmüş hususların değiştirilmesi ilk derece mahkemesinin incelemesine henüz konu olmamış dava temelini oluşturan vakıaların (*Sachverhalt*) tekrar değerlendirilmesini gerektirmemelidir (Heyet, NJW 1961, 1467 (1468). Yeni ileri sürülen hususların § 264-2 ZPO kapsamında kaldığı gerekçesiyle geçersiz olduğundan söz edilemez (bknz. Heyet, NJW 1961, 1467 (1468) lafzen aynı anlamda mülga § 268 – 2 ZPO).

12 b). Bu nedenle, davacı tarafından 7.6.2022 tarihinde sunulan dilekçeler, istisnai bir hal kapsamında değerlendirilemez. Dilekçede ileri sürülen hususlar, sadece istinaf mahkemesi tarafından değerlendirilmiş dava konusunu oluşturan vakıalara değil, aynı zamanda bu vakıaları değiştiren başka bir hayat olayına dayanmaktadır.

13. Aslında bu husus davacının ilk derece mahkemesinde 2017 yılının Mart ayında satın aldığı otomobilin ikinci davalıya iadesi ve anlaşmaya hazır olduğunu ileri sürmemiş olmasından anlaşılmaktadır. Bu yeni vakıalar davacının ilk kez temyiz aşamasında (bknz. BGH NJW-RR 2021, 187 Kn. 6) yaptığı usul işlemleri ile, yani bir taraftan 28.1.2021 tarihli dilekçesi ile önceki birinci davalıya karşı zararının kendisine aynı anda otomobilin iadesi karşılığında ödenmesini talep ettiği temyiz mahkemesine izin verilmeme şikâyeti (*Nichtzulassungsbeschwerde*) başvurusunu geri alması ile, diğer taraftan 7.6.2022 tarihinde sunulan dava dilekçesi ile ileri sürülmüştür.

14. Ayrıca davacı dilekçesinde en azından otomobilin kilometre sayacının “yaklaşık 98.000 km”yi gösterdiği bilgisini belirterek ve 350.000 km üzerinden kullanım tazminatını hesaplayarak istinaf mahkemesinin dikkate alamayacağı yeni vakıalar ileri sürmüştür. Davacının kullanımına ilişkin hesaplama, § 287 ZPO uyarınca ilk derece mahkemesinin yetkisindedir. (BGH NJW-RR 2022, 740 Rn. 85; 4.4.2022 – VIa ZR 360/21, BeckRS 2022, 11056 Kn. 5). Zararın tahmini (*Schätzung*) ve temyiz aşamasında ileri sürülen yeni vakılardan yola çıkarak ikinci davalının teslimde temerrüde düşmüş olup olmadığı hakkında tek başına temyiz mahkemesi tarafından karar verilemez.

15.2. Dava değişikliği hukuken geçerli değil ise, daha önce ileri sürülmüş mevcut vakıalara dayanılarak karar verilir. (bkz. Stein/Jonas/Althammer ZPO, 23. Bası, ZPO § 533 Kn. 16; Musielak/Voit/Foerste ZPO, 19. Bası., ZPO § 263 Kn. 11; Thomas/Putzo/Seiler ZPO, 43. Bası, ZPO § 263 Kn. 17). Buna göre de temyiz başvurusu da haklı görülmemiştir.

16 a). Davacı tarafından ileri sürülen tespit talebi geçerli değildir. Zira, davacının talebi, geniş kapsamlı beyanlarına rağmen § 253/2-2 ZPO anlamında yeterli derecede belirli (*bestimmt*) değildir. Ayrıca, davacının tespit talebini ileri sürebilmesini için gerekli hukukî yararı⁷ da mevcut değildir. (vgl. Örneğin, BGH NJW-RR 2022, 23 = WM 2021, 2208 Rn. 5 u. 14; 8.2.2022 – VI ZR 24/20, BeckRS 2022, 2418 Kn. 4, 9 ve 11). Davacının tazminat tutarını yüksek veya düşük tutarak belirleme imkanını elinde tutmak istemesi ve tazminat tutarına dayanak olan kendi kullanıma dair kazanımların tutar olarak belirlenmesinin kendisinden beklenemeyecek olması da (dava açmakta) hukukî yararın bulunduğunu göstermez. (bkz. örneğin BGH NJWRR 2022, 23 Kn. 16-22 ve ayrıca 8.2.2022 – VI ZR 24/20, BeckRS 2022, 2418 Kn. 12 vd.). Hukukî yararın mevcut bulunduğunu gösteren başka bir husus tespit edilememiş ve ayrıca davacı tarafından da (bu yönde) bir husus ileri sürülmemiştir.

17. Temyiz mahkemesi, tespit talebinin geçersizliğine karar verebilir (§ 563/3 ZPO). Tespit talebinde bulunmak için hukukî yararın bulunup bulunmadığı dava şartı olarak temyiz mahkemesi tarafından resen dikkate alınmalıdır (bkz. BGHZ 18, 98 (105 vd.) = NJW 1955, 1513; BGH NJW 2017, 1823 = WM 2017, 906 Kn. 14 ve orada anılan eserler). Davanın istinaf mahkemesi kararında belirtildiği gibi esastan değil de usûlden reddedilmesi ve sadece davacının temyiz başvurusunda bulunmuş olması, usûli aleyhe bozma yasağına aykırılık teşkil etmez (bkz. BGH WM 2021, 633 = BeckRS 2021, 5007 Kn. 55 ve orada anılan eserler).

18 b). Davacının 7.6.2022 tarihinde verdiği üçüncü dilekçe ile dava öncesine ilişkin vekalet ücretine dair ikinci davalıya karşı talepte bulunmuş olması, geçerli bir davanın mevcut olduğunu gösterir. Ancak davacının yargılama öncesi vekalet ücretine ilişkin talebinin asıl talebin mevcut olmasına bağlı olması ve yukarıda belirtildiği gibi somut uyumsuzlukta asıl talebin kabul edilememesi sebebiyle, mahkemenin bu fer’i talep hakkında karar vermesi mümkün değildir. (bkz. BGH 8.2.2022 – VI ZR 24/20, BeckRS 2022, 2418 Kn. 6; 2.6.2022 – VII ZR 283/20, BeckRS 2022, 16871 Kn. 11 ve 2.6.2022 – VII ZR 340/20, BeckRS 2022, 16872 Kn. 9).

7 Davacının Dizel Skandalından doğan zararını tazmin etmekle yükümlü olduğunun tespiti talep edilerek açılan davalarda davacının § 256/1 ZPO uyarınca bu tespit davasını açmakta hukukî yararının (*Feststellungsinteresse*) bulunması gerektiği içtihat edilmiştir. BGH NJW 2022, 23.

Evlat Edinmenin Miras Hukuku Açısından Sonuçları Üzerine İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı De Lege Ferenda Bir Değerlendirme

A Comparative De Lege Ferenda Evaluation of the Consequences of Adoption In Terms of Inheritance Law with Swiss Law

Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK* 

ÖZ

Evlat edinme aralarında soybağı bulunmayan kişiler arasında yasal bir ebeveyn-çocuk ilişkisi oluşturmak için gerçekleştirilen ve kendine has sonuçları olan bir aile hukuku kurumudur. Bu kendine has sonuçlar, evlat edinme için yasakoyucunun uygulanmasını seçtiği sisteme göre değişkenlik göstermektedir. Türk Medeni Kanunu'nda, mehzaz kanun İsviçre Medeni Kanunu'ndan farklı olarak tam evlat edinme sisteminin değil, sınırlı evlat edinme sisteminin benimsendiği görülmektedir. Bu sistem, evlatlığın biyolojik ailesiyle olan hukuki bağının koparılmasına anlamına gelir. Biyolojik aile ile evlatlık arasındaki bağın devam etmesi, birçok hukuki ve sosyal soruna yol açmakta olup miras hukuku alanında da çok önemli sonuçlar doğurmaktadır. Evlat edinmenin miras hukuku bakımından etkisi, evlatlık ve evlat edinen açısından farklılık gösterir. Çalışmamız kapsamında, sınırlı evlat edinme ve tam evlat edinme sistemlerinin evlatlık ve evlat edinen açısından miras hukuku bağlamında doğuracağı sonuçlar Türk Hukuku ile İsviçre Hukuku açısından karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Evlat Edinme, Sınırlı Evlat Edinme, Tam Evlat Edinme, Miras, Evlatlığın Mirasçılığı.

ABSTRACT

Adoption is a family law institution that is carried out in order to create a legal parent-child relationship between persons who are not related by blood and has its own consequences. These specific consequences vary according to the system that the legislator has chosen to apply for adoption. It is observed that the Turkish Civil Code, unlike the model law Swiss Civil Code, does not adopt a full adoption system, but a limited adoption system. This system means that the legal bond of the adoptee with his/her biological family is not severed. The continuation of the bond between the biological family and the adoptee leads to many legal and social problems and has very important consequences in the field of inheritance law. The effect of adoption in terms of inheritance law differs for the adoptee and the adopter. Within the scope of our study, the consequences of limited adoption and full adoption systems in terms of inheritance law for the adoptee and the adopter will be examined comparatively in terms of Turkish Law and Swiss Law.

Keywords: Adoption, Simple (Open) Adoption, Full Adoption, Inheritance, Inheritance of the Adoptee

* Dr. Öğretim Üyesi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-9032-1507.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK

E-posta/E-mail: bzenginozkucukparlak@klu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 05.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 17.06.2023

I. GİRİŞ

İnsanlık tarihinin en eski kurumlarından biri olan evlat edinme, aralarında soybağı bulunmayan kişiler arasında yasal bir ebeveyn-çocuk ilişkisi oluşturur. Bu anlamda salt bir hukuki bir kurum olmanın ötesinde, çocuk sahibi olmayan bireylerin bu özlemini giderirken ailesi tarafından terk edilmiş ya da bakılmayan çocukların fiziki ve psikolojik ihtiyaçlarını karşılayabilecekleri bir aile ortamı sağlamaya da yarar.

Evlat edinme, Türk Medeni Kanunu¹'nda ("TMK") madde 305 ile 320 arasında, mehz kanun İsviçre Medeni Kanunu²'nda ("ZGB") madde 264 ile 269c arasında düzenlenmiştir. Her iki kanunda da bu kuruma ilişkin bir tanım yapılmış değildir. Doktrinde yapılan tanımlar, eski Medeni Kanun³ (ETMK) ve TMK bakımından farklılık arz etmektedir. ETMK m. 256'ya göre evlat edinme hakim izniyle olmak kaydıyla evlat edinen ile evlatlık arasında yapılan resmi senetle kurulduğundan doktrinde de sözleşmesel bir ilişki olarak nitelendirilmekteydi⁴. Buna karşılık 2002 yılında yürürlüğe giren TMK'da evlat edinmeye ilişkin olarak benimsenen düzenlemelerde evlat edinmenin hukuki niteliği sözleşmesel bir ilişki olmaktan çıkarıldığından, bu kurum artık mahkeme kararıyla soybağının kurulduğu özellikli bir aile hukuku işlemi olarak kabul edilmektedir⁵. Evlat edinmede kural küçüğün evlat edinilmesi olmakla beraber, istisnai hallerde ergin ve kısıtlıların da evlat edinilmesi söz konusu olabilmektedir⁶.

Evlat edinme emredici hükümlerle düzenlenmiş bir aile hukuku işlemi olarak, kendine has sonuçları olan özellikli bir kurumdur. Mehz metin İsviçre Medeni Kanunu'nun aksine TMK'da tam evlat edinme değil, sınırlı evlat edinme rejimi benimsenmiş olup – aşağıda inceleneceği üzere – bu sistemin en önemli özelliği evlatlığın biyolojik ailesiyle olan hukuki bağının koparılmamasıdır. Geçerli bir evlat edinme ilişkisi kurulmasına rağmen evlatlığın kendi biyolojik ailesiyle bağının devam etmesinin

1 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch Act vom 10. Dezember 1907.

3 Türk Kanunu Medenisi, Kanun Numarası: 743, Kabul Tarihi: 04.04.1926, RG 04.04.1926/339.

4 Herdem Belen, *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlemesiyle)* (Beta 2005) 5; Şükran Şıpka ve Ece Ergün, 'Türk ve İsviçre Hukukunda Evlat Edinme Kurumunun Miras Hukuku ile İlişkisi' (2020) 5(1) Sosyal Bilimler Dergisi 23, 24; Esra Yakut ve Gözde Çağlayan-Aygün, 'Osmanlı Hukukundan Günümüze Evlat Edinmenin Miras Hukukuna Dayalı Sonuçları' (2018) 26(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 24; Fikret Arık, 'Evlat Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese' (1959) 2(2) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 35, 35; Süleyman Yalman, 'Evlat Edinme ve Evlatlığın Miras Hakkı' (1996) 5(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 213, 213; Murat Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme* (2. Bası, Adalet 2010) 3.

5 Ayşen Çilenti-Konuralp, 'Evlat Edinmeye İlişkin Düzenlemelerin Küçüğün Menfaatine Etkisi Üzerine İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme' (2022) 80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 41, 41; Şıpka ve Ergün (n 5) 24; Yakut ve Çağlayan-Aygün (n 4) 24; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Aile Hukuku* (22. Bası, Beta 2020) 369; Murat Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme* (2. Bası, Adalet 2010) 521.

6 Erginlerin ve kısıtlıların evlat edinebildiği istisnai haller TMK m. 326'da belirtilmiştir. Buna göre; "1. Bedensel veya zihinsel engeli sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç ve evlat edinen tarafından en az beş yıldan beri bakılıp gözetilmekte ise, 2. Evlat edinen tarafından, küçükken en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş ise, 3. Diğer haklı sebepler mevcut ve evlat edinilen, en az beş yıldan beri evlat edinen ile aile hâlinde birlikte yaşamakta ise" erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesi mümkündür. Belirtilen bu haller bakımından evlat edinmenin söz konusu olabilmesi için, evlat edinenin varsa altsoyunun da açık muvafakati gereklidir.

belki de en önemli sonucu miras hukuku açısındandır. TMK m. 500'e göre, evlatlık ve altsoyu evlat edinene mirasçı olabilirken, evlat edinen ve hısımları bakıp büyüttükleri evlatlığa mirasçı olamazlar. Öte yandan evlatlığın kendi biyolojik ailesiyle olan mirasçılığı da devam etmektedir. Şu halde evlatlığın ölmesi halinde, mirası kendisini bakıp büyüten ailesine değil biyolojik ailesine kalmaktadır.

Çalışmamız kapsamında yapacağımız incelemede ilk olarak evlat edinme sistemleri açıklanacaktır. Daha sonra evlat edinme sistemlerinin miras hukuku bakımından etkisi, evlatlık ve evlat edinen bakımından ayrı başlıklar altında Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku bağlamında karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

II. TÜRK HUKUKUNDA VE İSVİÇRE HUKUKUNDA EVLAT EDİNME İÇİN ÖNGÖRÜLEN SİSTEMLER

A. İSVİÇRE HUKUKUNDA BENİMSENEN TAM EVLAT EDİNME SİSTEMİ

İsviçre Medeni Kanunu kapsamında 1972 yılında yapılan değişiklik sonucu benimsenen tam evlat edinme (*Volladoption*) sistemine göre, geçerli bir evlatlık ilişkisinin kurulması sonucunda evlat edinilen çocuğun biyolojik ailesiyle olan soybağı sona erer ve yerini evlat edinenlerle olan soybağı ilişkisine bırakır⁷. Nitekim – *Türk Medeni Kanunu'nda yer almayan* – ZGB Artikel (“Art”) 267 Paragraf 2 hükmü bu durumu açıkça ifade etmektedir⁸. Bu anlamda tam evlat edinme, çocuğun biyolojik ailesinden hem fiziken hem de hukuken tamamen ayrılması ve evlat edinen aile ile bütünleşmesi anlamına gelir. Dolayısıyla evlat edinme, çocuğun hukuki statüsünü belirleme ve sona erdirmeye etkisine sahiptir⁹.

Tam evlat edinme sisteminde biyolojik ailesinden ayrılan çocuk, hukuken artık evlat edinen ebeveynlerin çocuğu olarak kabul edilir¹⁰. Bu hususta ZGB Art. 267 Paragraf 1 ve 2’de evlat edinilen çocuğun, evlat edinenin diğer çocukları ile eşit yasal statüye sahip olduğunu düzenlemiştir. Evlat edinme sonucunda evlatlığın biyolojik ailesiyle arasındaki hukuki bağı sona ermekle birlikte, devam eden tek etki evlilik engeli yönündendir. ZGB Art. 95 Paragraf 2’ye göre evlat edinme, evlat edinilen çocuk ve altsoyu ile biyolojik ailesi arasındaki evlenme engelini ortadan kaldırmaz. Bu durumun dışında biyolojik ailenin çocuk ile herhangi bir hukuki bağlantısı kalmaz.

7 Monika Pfaffinger, *Geheime und offene Formen der Adoption – Wirkungen von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck* (Schulthess Verlag 2007) 9; Gözde Çağlayan-Aygün, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları* (2. Baskı, Yetkin 2021) 26; Cem Baygım, ‘Evlat Edinmenin Sonuçları’ (2003) 7(3-4), AÜEHFD 627, 628; Tuğrul Arat, ‘Evlat Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal-İşlevsel Açıdan Bakış’ (1977) Prof. Dr. Osman Berkî’ye Armağan 105, 154; Çilenti – Konuralp (n 5) 63; Roland Frankhauser and Melissa Buser, *OFK-Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, (4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2021), ZGB Art. 267 N. 1; Yvo Biderbost, *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen – und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB* (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016), ZGB Art. 267-267a N. 2.

8 ZGB Art. 267/2: “Das bisherige Kindesverhältnis erlischt”

9 Cyril Hegnauer, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 1. Teilband, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Art. 252-269c ZGB* (4. Auflage, Stämpfli Verlag AG 1984) ZGB Art. 267 N. 40; Frankhauser and Buser (n 7), ZGB Art. 267 N. 1.

10 Biderbost (n 7) ZGB Art. 267-267a N. 1; Frankhauser and Buser (n 7), ZGB Art. 267 N. 1.

Çocuğun biyolojik ailesiyle bağı kesilerek evlat edinen aileye sorunsuz bir şekilde entegre edilmesi, deyim yerindeyse bu sistemde evlat edinmenin başarısını garanti etmektedir. Evlat edinen aileye dışarıdan – özellikle biyolojik ebeveynler – tarafından herhangi bir müdahalede bulunulması kabul edilemez¹¹. Bir başka açıdan bu sistemin evlat edinilen çocuğun üstün menfaatinin de koruduğu söylenebilir: evlatlık çocuğun biyolojik ailesiyle her türlü bağının koparılarak kendisini evlat edinenler tarafından büyütülmesi, çocuğun evlat edinen aileyle bütünleşmesini sağlayacaktır.

Öte yandan çocuğun kendisini evlat edinen aileye sosyal entegrasyonunu sağlayabilmek için evlat edinmenin gizliliğinin korunması, ZGB Art. 268b hükmüyle güvence altına alınmıştır. Evlat edinmenin gizliliği kapsamında korunan bilgilere; evlat edinme işlemine ilişkin belgeler, evlat edinen ebeveynlerin kimliği ve biyolojik ebeveynlerin kimliği dahildir¹². Söz konusu hükme göre, gerek evlat edinen gerekse evlatlık evlat edinme işleminin gizliliğini koruma hakkına sahiptir. Bu kapsamda evlat edinenlerin kimliği kural olarak biyolojik aileden gizlenir. Küçük veya onu evlat edinenler hakkındaki bilgilerin biyolojik aileye verilebilmesi için, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması ve hem çocuğun hem de evlat edinen ebeveynlerin bu bilgilerin paylaşılmasına rıza göstermeleri gerekmektedir. Erginlerin evlat edinilmesi halinde ise ancak erginin rıza göstermesi halinde biyolojik ebeveynlere ve onların altsoylarına evlat edinme işlemine ilişkin tanımlayıcı bilgiler verilebilir. Evlat edinmenin gizliliğinin korunması, biyolojik aileyle evlat edinilen küçükle kişisel ilişki kurmasının kısıtlanması esasında çocuğun yeni bir aileye alışıp o ailenin bir üyesi olması sürecini pekiştirmektedir¹³.

Görüldüğü üzere İsviçre kanun koyucusu evlat edinme kurumunun merkezine, birbirleriyle soybağı bulunmayan insanlar arasında yasal işlem yoluyla bir ebeveynlik ilişkisinin oluşturulmasını almış ve bu amaç doğrultusunda yasal düzenlemeleri şekillendirmiştir. Çocuğun artık biyolojik ailesinin değil kendisini bakıp büyüten ve evlat edinen ailenin gerçek bir parçası olabilmesi için, biyolojik ailesiyle arasındaki hukuki bağı ancak rıza çerçevesinde gevşetilebilecek biçimde sınırlamıştır¹⁴. İsviçre hukuk sisteminde evlat edinme kurumunun, ihtiyacı olan çocuklara bir aile bakımı sağlama amacını güttüğü için, hem bir aile kurma biçimi hem de çocukları korumaya yönelik bir devlet tedbiri olarak görüldüğü söylenebilir¹⁵.

Tam evlat edinme sisteminde biyolojik ailenin rolü, çocuk ile evlat edinen arasında geçerli bir evlat edinmenin kurulmasıyla sona erer. Bu anlamda evlat edinmeden sonra biyolojik aileyle evlatlık arasına adeta bir perde çekilir. Bu perdenin aşılması evlat edinmeye ilişkin bilgilerin biyolojik aileyle paylaşılabilmesi ZGB Art. 268b gereği ancak ayırt etme gücü olan çocuğun ve evlat edinen ailenin rızasına bağlıdır.

11 Martin Stettler, *Schweizerisches Privatrecht Band III/2: Das Kindesrecht*, (Helbing Lichtenhahn Verlag 1992) 155; Pfaffinger (n 7) 127.

12 Hegnauer (n 9) ZGB Art. 268b N. 13; Frankhauser and Buser (n 7), ZGB Art. 268b N. 2.

13 Çilenti-Konuralp (n 5) 63; Baygın, *Evlad Edinme* (n 7) 627.

14 Evlat edinmeye ilişkin bilgilerin biyolojik aileden saklanması, esasen çocuğun biyolojik aileden tamamen ayrılarak kendisini evlat edinen aileye sosyal entegrasyonunu sağlamayı amaçlamaktadır. Bkz. Frankhauser and Buser (n 7), ZGB Art. 268b N. 1; Biderbost (n 7) ZGB Art. 268b N.1. İsviçre'de Federal Konsey kanununun yapım amaçlarına ilişkin olarak yayınladığı bildirimde şu ifadeleri kullanmıştır: "Pratik deneyimlere göre evlat edinme, evlat edinme işleminin gizliliğinin korunmasıyla var olur. Bu gizliliğin amacı, biyolojik ebeveynlerin daha sonra çocuk ile evlat edinen ebeveynler arasındaki ilişkiye müdahale etmesinin ve böylece evlat edinmenin sosyal başarısını engellemesinin önüne geçmektir." Bkz. Botschaft vom 12. Mai 1971 zum Adoptionsrecht, BBl 1971 I 1200 ff., 1238. (https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1971/1_1200_1222_85/de) (Erişim Tarihi: 15.03.2023)

15 Pfaffinger (n 7) 10.

Bununla beraber söz konusu hüküm, evlat edinilenlerin biyolojik ebeveynlerinin kimliğini öğrenip öğrenemeyecekleri ve hangi koşullar altında öğrenebilecekleri konusunda sessiz kalmaktadır¹⁶. Çocuğun tüm bilgiler gizli kalacak biçimde biyolojik ailesinden tamamen koparılması, İsviçre doktrininde bazı yazarlarca çocuğun menfaatini zedelediği ve çocuk haklarını ihlal ettiği gerekçeleriyle eleştirilmekte ve biyolojik aile ile evlatlık arasındaki bağın devam etmesi gerekliliği savunulmaktadır¹⁷. Bu eleştiriler üzerine İsviçre’de 2018 yılında yapılan kanun değişikliği sonucunda eklenen hükümlerle (ZGB Art. 268e), biyolojik ebeveynler ve evlat edinen arasında “açık evlat edinme sisteminin” de benimsenebileceği bir alternatif, kanun koyucu tarafından istisna olarak getirilmiştir¹⁸. Biyolojik ebeveynler ile evlat edinen ebeveynler arasında böyle bir anlaşmanın yapılmamış olması halinde kural yine tam evlat edinmedir. Buna karşın söz konusu düzenleme uyarınca, eğer hem biyolojik aile ve hem de evlat edinen çocuğun biyolojik ailesiyle olan ilişkisini korumak istiyorsa, taraflar aralarında yapacakları bir sözleşmeyle kanundaki tam evlat edinme sisteminden ayrılabilirler ve biyolojik ailenin küçükle makul düzeyde kişisel ilişki kurma hakkına sahip olduğu konusunda anlaşılabilirler. Bununla birlikte konu çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından bu modele ilişkin daha fazla bilgiye yer verilmeyecektir.

B. TÜRK HUKUKUNDA BENİMSENEN SINIRLI EVLAT EDİNME SİSTEMİ

Sınırlı evlat edinme sisteminde, tam evlat edinme sisteminin aksine evlatlığın biyolojik ailesiyle olan hısımlık ilişkisi sona ermeyip sınırlı bir biçimde devam eder¹⁹. “*Kısmi veya basit evlat edinme (Teiladoption)*”²⁰ olarak da adlandırılabilen bu sistemde evlat edinilen, kendisini evlat edinen aileyle hısımlık ilişkisi içinde olduğu gibi, biyolojik ailesiyle de bu ilişkiyi sürdürür²¹.

Sınırlı evlat edinme sisteminde, evlat edinilen ne tam manasıyla kendisini evlat edinen aileyle bütünleşir ne de tam olarak biyolojik ailesine bağlıdır. Hısımlık ilişkisi yalnızca evlat edinen ve evlatlık arasında kurulduğundan, evlat edinenin hısımlarıyla evlatlık arasında hiçbir hukuki bağ bulunmaz²². Doktrinde isabetle dikkat çekildiği üzere evlat edinenin ölmesi ihtimalinde evlatlığın, onu torunu veya yeğeni olarak benimseyip seven kişiler yerine biyolojik ailesine veyahut sosyal hizmetler kurumuna verilmesi gündeme gelebilmektedir²³.

16 İsviçre hukuk doktrininde yasadaki bu sessizliğin ZGB Art. 1 Paragraf 2 anlamında bir gerçek boşluk olduğu ve hakim tarafından doldurulması gerektiği ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. Samantha Besson ‘Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung’ (2005) 1 (124) Zeitschrift für schweizerisches Recht: ZSR, 39, 46. İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen bir uyumsuzlukta, bu hükmü tamamlayan bir yorum yapmıştır. Yüksek Mahkeme, evlat edinmeye ilişkin doğum kütüğünde bulunan mühürlü belgelere erişmek isteyen davacının, korunmaya değer menfaatini inandırıcı bir şekilde ortaya koyabilmesi halinde dosyaları inceleme hakkının bulunduğunu ifade etmiştir. Bkz. BGE 112 Ia 97 (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F112-IA-97%3Ade&lang=de&type=show_document) (Erişim Tarihi: 16.02.2023)

17 Pfaffinger (n 7) 4; Frankhauser and Buser (n 7), ZGB Art. 268b N. 1; Biderbost (n 7) ZGB Art. 268b N. 3.

18 Frankhauser and Buser (n 7), ZGB Art. 268b N. 3.

19 Ece Baş-Süzel, ‘Biyolojik Ailenin Evlat Edinile Mirasçı Olması Sorunu’, (2019) 14(179-180) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1463, 1464; Çağlayan-Aygün (n 7) 27; Baygın, *Evlat Edinme* (n 7) 627; Aydoğdu (n 5) 68; Arat (n 7) 135; Çilenti-Konuralp (n 5) 64.

20 Baygın, *Evlat Edinme* (n 7) 628; Arat (n 7) 135; Aydoğdu (n 5) 77; Çağlayan-Aygün (n 7) 27.

21 Arat (n 7) 135; Aydoğdu (n 5) 77; Baygın, *Evlat Edinme* (n 7) 628; Çilenti-Konuralp (n 5) 64; Çağlayan-Aygün (n 7) 27.

22 Baygın, *Evlat Edinme* (n 7) 635; Baş-Süzel (n 19) 1466; Aydoğdu (n 5) 521.

23 Baş-Süzel (n 19) 1466.

1972 yılında yapılan ve 1 Nisan 1973’de yürürlüğe giren revizyondan önce İsviçre Medeni Kanunu’nda sınırlı evlat edinme sistemi uygulama alanı bulmuştur²⁴. Türk Medeni Kanunu kapsamında da sınırlı evlat edinme sistemi benimsenmiştir²⁵. Bununla beraber doktrinde TMK bakımından bu sistemin tamamıyla değil kısmen benimsendiği yönünde görüşler de bulunmaktadır²⁶.

III. EVLAT EDİNME SİSTEMİNİN MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN ETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Yukarıda incelendiği üzere TMK tarafından benimsenen sınırlı evlat edinme sistemine göre evlat edinen ile evlatlık arasında geçerli bir soybağı ilişkisinin kurulması, evlatlığın biyolojik ailesiyle olan hukuki bağı koparmamaktadır. Bu kapsamda TMK m. 500 hükmünde evlatlığın evlat edinene kan hısmı gibi mirasçı olacağı, bununla beraber kendi biyolojik ailesindeki mirasçılık sıfatının da devam edeceği düzenlenmiştir. Evlatlığın öz ailesine mirasçı olabilmesinin yanı sıra, öz aile de evlatlık olarak verilen çocuklarına mirasçı olabilmektedir. Zira sınırlı evlat edinme sisteminde olağan olduğu üzere evlatlık ile biyolojik aile arasındaki hukuki ilişki devam etmektedir. Nitekim TMK m. 314 evlatlığın kendi ailesiyle miras haklarını da içine alan aile ilişkisinin devam edeceğini açık hükümle düzenlemiştir.

Evlatlığın mirasçılığının bu şekilde çift taraflı olmasına karşın, evlat edinenin mirasçılığına bakıldığında ise daha farklı bir tablo ile karşılaşılır. Evlat edinenin, kendisine soybağı ile bağlanan ve öz ailesinin yerine koruyup büyüttüğü evlatlığına karşı mirasçı sıfatını alamayacağı düzenlenmiştir. Aşağıda evlatlığın mirasçılığı ve evlat edinenin mirasçılığı ayrı başlıklar halinde incelenecektir. Sonrasında ise İsviçre sistemiyle karşılaştırılarak de lege ferenda değerlendirme yapılacaktır.

B. EVLATLIĞIN MİRASÇILIĞI

1. Evlatlığın Evlat Edinene ve Biyolojik Ailesine Karşı Olan Mirasçı Sıfatı

Evlad edinme kararının verilmesiyle birlikte evlatlık ile evlat edinen arasında soybağı kurulmuş olur. Zira TMK m. 282 hükmüne göre “Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur”. Evlat edinmenin hükümlerini düzenleyen TMK m. 314 f. 1 hükmüne göre de evlat edinme kararıyla “ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer”. Bu hükümle her ne kadar velayet hakkı ve buna bağlı haklar evlat edinene geçse de, sırf evlat edinilmiş olma durumu evlatlığın biyolojik ailesiyle olan hısmımlık ilişkisini sona erdirmez. Nitekim aynı maddenin 5. fıkrasında belirtildiği üzere evlatlığın miras haklarının zedelenmemesi için biyolojik ailesiyle olan bağı da devam eder. Buna paralel olarak

24 Kanun değişikliği için bkz. ‘Bundesgesetz vom 30. Juni 1972 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches’.

25 Çilenti-Konuralp (n 5) 45; Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması* (2. Baskı Seçkin 2003) 69.

26 Baygın, *Evlad Edinme* (n 7) 628; Aydoğdu (n 5) 69. Aydoğdu’ya göre, Türk Medeni Kanunu’nda benimsenen sistem, iki yönlü kendine özgü bir karma sistemdir. Zira yazara göre evlatlığın evlat edinenler ile soybağı ilişkisi kurması bu ilişkinin tam evlat edinme yönünü oluşturur; diğer yandan evlatlığın biyolojik ailesiyle olan soybağı ilişkisinin devam etmesi ise bu ilişkinin sınırlı evlat edinme yönünü oluşturur. Bkz. Aydoğdu (n 5) 69.

TMK m. 500 hükmünde evlatlık ve altsoyunun hem kendi biyolojik ailesine hem de evlat edinene mirasçı olacağı açık hükümle düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “*Evlatlık ve altsoyu, evlat edinene kan hısımlı gibi mirasçı olurlar. Evlatlığın kendi ailesindeki mirasçılığı da devam eder*”. Tüm bu hükümlerden anlaşılacağı üzere Türk hukukunda benimsenen sınırlı evlat edinme sistemine uygun olarak evlatlığın – *hem biyolojik ailesine karşı, hem de evlat edinene birinci zümre saklı paylı olarak devam eden* – iki yönlü mirasçılığı, çifte mirasçılık olarak kabul edilmiştir²⁷.

Sınırlı evlat edinme sisteminde evlatlığın biyolojik ailesiyle hukuki bağının devam etmesinin ortaya çıkardığı çeşitli sosyal ve hukuki sorunlar mevcuttur. Öncelikle evlatlığın biyolojik ailesi, soybağı koparılmadığı için TMK m. 323 hükmünde düzenlenmiş olan çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olacaktır. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere TMK m. 323'te yer alan kişisel ilişki kurma hakkının temelinde soybağı bulunduğu için, boşanmış eşler kadar biyolojik ailenin de bu haktan yararlanmayı talep etme imkanları bulunmaktadır²⁸. Oysa İsviçre'de uygulanan tam evlat edinme sisteminde evlatlık verilen çocukla kişisel ilişki kurmak mümkün değildir²⁹. Biyolojik ebeveynlerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, ZGB Art. 274 Paragraf 3'e göre, – evlat edinme kararından da önce – çocuğun evlat edinilmek üzere kuruma yerleştirilmesi anında sona ermektedir. Zaten ZGB Art. 268b uyarınca biyolojik anne baba, evlat edinme işlemine ilişkin evraklara ve evlat edinen ailenin kimliğine ilişkin bilgilere ulaşamaz. Bu bilgiler gizlenmektedir. TMK'da ise m. 314 f. 5'te “*evlatlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlat edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağ*”ın kurulacağı açık hükümle düzenlenmiştir. Aynı maddenin son fıkrasının mefhum-u muhalifine göre de evlat edinmeyle ilgili kayıtlara, belge ve bilgilere mahkeme kararıyla veya evlatlığın rızasıyla ulaşılabilir. Şu halde TMK kapsamında evlatlık verilen çocukla hukuki bağı devam eden, kime evlatlık verildiğine ilişkin bilgi ve belgelere – *mahkeme kararı alarak da olsa* – erişme olanağı bulunan, onunla kişisel ilişki kurma imkanına sahip olan biyolojik ailenin çocuk üzerinde yapacağı etkiyle kendine menfaat sağlaması olası olduğu gibi, bu durum çocuğun evlatlık verildiği aileye uyum sağlamasına da engel teşkil edebilir.

Yukarıda açıklandığı üzere mehaz kanun İsviçre Medeni Kanununa bakıldığında ise tam evlat edinme sistemi uyarınca, geçerli bir evlat edinme işleminin evlatlığın biyolojik ailesiyle olan hısımlık ilişkisini sona erdirdiği görülmektedir³⁰. Gerek tek başına evlat edinmede, gerekse birlikte evlat edinmede aynı durum

27 Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (15. Baskı Filiz 2020) 35; Şıpka ve Ergün (n 5) 35; Baygın *Evlat Edinme* (n 7) 646; Belen (n 4) 87; Çilenti-Konuralp (n 5) 64.

28 Baygın *Evlat Edinme* (n 7) 642; Baş-Süzel (n 19) 1466; Mahmut Kizir, ‘Türk Hukukunda Evlat Edinme’ (2009) 17 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 151, 166. Örneğin Yargıtay bir kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir: “...Ayrıca, bir erkekle doğal soybağı bulunan bir küçüğün Türk Medeni Kanunu'nun 305-312. madde hükümlerine, ergin ve kısıtlıların ise 313. maddesine göre evlat edinilebileceği düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla başka bir erkekle soybağı bulunan bir çocuğun evlat edinilmesi, evlat edinilen çocuk arasında yapay soybağının kurulmasına dayanak teşkil ettiği halde, çocuğun gerçek anne ve babasıyla olan doğal soybağının ortadan kaldırmamaktadır. Bu itibarla, evlat edinmeyle ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçerse de, çocuğun genetik ana ve babası arasında var olan soybağı ilişkisi sona ermediğinden genetik ana ve babanın çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı devam eder. Önemle belirtmek gerekir ki, evlatlığın, miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlatlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlat edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur ve Türk Medeni Kanunu'nun 500. maddesine göre de evlatlık ve alt soyu evlat edinene kan hısımlı gibi mirasçı olurlar, evlatlığın kendi ailesindeki mirasçılığı da devam eder.” Kararın tam metni için bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E 2014/ 18203 K 2015/625, 19.01.2015. Aynı yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E2015/ 8094 k 2016/ 3588, 01.03.2016. (www.lexpera.com) (Erişim Tarihi: 03.01.2023)

29 Frankhauser and Buser (n 7), ZGB Art. 267 N. 6; Çilenti-Konuralp (n 5) 63; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (7. Baskı, Seçkin 2021) 163.

30 Bkz. II, A.

söz konusudur³¹. Her iki halde de evlatlığın evlat edinen aileye tam olarak uyum sağlayabilmesi kaygısıyla, biyolojik ailesiyle olan hısımlık ilişkisi kesilir. Bunun tek istisnası, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesidir. Bu halde ZGB Art. 267 gereği çocuk ile evlat edinenin eşi arasında halihazırda var olan hısımlık ilişkisi devam etmekle beraber çocuğun diğer ebeveyni ile olan önceki hısımlık ilişkisi sona ermektedir³². Zira burada kanaatimizce kanun koyucu artık evlat edinen, çocuk ve evlat edinenin eşini bir aile olarak kabul etmekte ve çocuğun bu aileye entegrasyonunu sağlamak için diğer ebeveyniyle olan ilişkisini koparmaktadır³³. Bununla birlikte çocuğun bir ebeveyniyle olan hısımlık ilişkisi koparılırken, diğer ebeveyniyle olan hısımlık ilişkisinin devam etmesi Hegnauer'e göre tam evlat edinme ilkesini ihlal etmektedir³⁴.

Sınırlı evlat edinme sisteminin ortaya çıkardığı sorunlar, biyolojik ailenin evlatlık verilen küçüğü etkilemesi riski ile sınırlı değildir. Bu sistemin belki de en büyük sorunu biyolojik ailenin evlat edinilene mirasçı olmasıdır. TMK m. 500 f. 1 gereği evlatlığın biyolojik ailesindeki mirasçılığı devam etmekte olduğundan, evlatlığın ölmesi durumunda – *eğer evlatlığın altsoyu yoksa*³⁵ – evlatlığın ikinci zümre mirasçısı olarak biyolojik aile tereke değerlerini kazanmış olacaktır. Zira evlatlığı yetiştiren, okutan, bakımını üstlenen evlat edinen, onun geleceğini garanti almak için evlatlığa birtakım malvarlıksal değerler vermiş olabilir. Başka bir ihtimal ise, evlatlığın evlat edinenden sonra ölmesidir. Bu ihtimalde de evlat edinenden evlatlığa geçen miras, evlatlığın ölümünden sonra da – *eğer evlatlığın altsoyu yoksa* – biyolojik ailesine geçecektir. Örneğin, evlat edinen eşlerden birinin ölümünden sonra mirasın sağ kalan eş ve evlatlığa kalması ve akabinde evlatlığın ölmesi halinde miras payı da biyolojik aileye geçecektir ki sağ kalan eş bir anda hiç tanımadığı biyolojik aileyle birlikte elbirliği ortaklığına dahil olacaktır. Bu durumun bir çok olumsuzluk yaratacağı doktrinde de defaatle ifade edilmiştir³⁶.

Evlatlığın ölmesi halinde, evlat edinen koruyup baktığı evlatlığına mirasçı olamazken, ona bakım vermeyen biyolojik ailesi evlatlığın mirasçısı olarak tereke değerlerinde söz sahibi olabilecektir. Üstelik kanaatimizce bu tereke değerleri son kertede büyük olasılıkla evlat edinenin malvarlıksal değerleri olacağından hükmün şu haliyle çocuğa bakım vermeyen biyolojik ailenin, evlat edinenin malvarlıksal değerlerine sahip olma ihtimali yarattığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Sınırlı evlat edinme sisteminden kaynaklanan bir diğer sorun, evlat edinen ve evlatlık arasında birden çok kan bağı çizgisinin bulunduğu hallerde ortaya çıkmaktadır. Örneğin bir büyükannenin, vefat eden çocuğunun çocuğunu (torununu) evlat edinmesi halinde, mirasın hangi oranlarda

31 Cecile Crevoisier, *Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status*, (Stämpfli 2014) 348; Frankhauser and Buser (n 7), ZGB Art. 267 N. 1.

32 Hegnauer (n 9) ZGB Art. 267 N. 5; Frankhauser and Buser (n 7), ZGB Art. 267 N. 1; Kizir (n 27) 166.

33 Nitekim Frankhauser and Buser, bu hususu yasal yollarla bir ebeveyn çocuk ilişkisi yaratmak olarak değil, yamalı bir ailede (*Patchwork-Familie*) yaşanan fiili durumun yasal güvenceye alınması olarak değerlendirmektedir. Bkz. Frankhauser and Buser (n 7) ZGB Art. 264c N. 7.

34 Hegnauer (n 9) ZGB Art. 267 N. 5.

35 Evlatlığın altsoyu varsa zaten miras, evlatlığın ikinci zümrede bulunan biyolojik ailesine değil kendi altsoyuna kalacaktır.

36 Rona Serozan, 'Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağına ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi', *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp Armağan C. 2* (Beta 2003) 499, 510; Belen (n 4) 71. Bu doğrultuda doktrinde TMK m. 500 hükmünün, kendi ruhuyla çelişen bir düzenleme olduğundan bahisle bir örtülü boşluk yarattığı ve bu boşluğun daraltıcı yorum yoluyla biyolojik ailenin mirasçılığına engel olunacak biçimde uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüş için bkz. Baş-Süzel (n 19) 1466.

paylaştırılacağı karışıklığa sebep olmaktadır³⁷. Bu anlamda sınırlı evlat edinme sisteminin birden fazla kan bağıнын bulunduğu haller bakımından miras paylaşımını zorlaştırdığı söylenebilir.

Evlatlık ilişkisinin kurulmasıyla, TMK m. 314 gereği ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçmektedir. Bu anlamda kanun koyucu, evlat edinileni mirasbırakanın çocuğu gibi değerlendirmiştir. Dolayısıyla evlatlık açısından mevcut olan çifte mirasçılık durumu evlatlığın altsoyu bakımından da söz konusu olur. Evlatlığın altsoyu da hem evlat edinenden hem de biyolojik ailesinden çift yönlü miras edinme hakkına sahiptir. Bu bağlamda TMK m. 495 f. 3 gereği zümrede halefiyet ilkesi uyarınca – *evlatlığın evlat edinenden önce ölmesi halinde* – altsoyu, evlatlığın yerine geçecektir. Bununla birlikte evlatlık ve altsoyu için öngörülen mirasçılık durumu, evlatlığın biyolojik ailesi bakımından geçerli değildir. Altsoyu bulunmayan evlatlığın yerine halefiyet yoluyla biyolojik ailesinin geçerek evlat edinene mirasçı olmaları mümkün değildir³⁸.

2. Evlatlığın Evlat Edinenin Hısımlarına Karşı Mirasçılık Durumu

Türk hukukunda benimsenen sınırlı evlat edinme sisteminde evlat edinmeyle birlikte kurulan soybağı, kanun gereği olduğundan – *başka bir deyişle kan bağına dayanmayıp yapay nitelikte olduğundan* – evlat edinenin kan hısımları ile evlatlık arasında bir hısımlık ilişkisi meydana getirmez. Yalnızca evlatlık ve onun altsoyu ile evlat edinen arasında söz konusu olur³⁹. Başka bir deyişle evlat edinen ve evlatlık arasındaki soybağı sadece bu taraflar arasında kurulur. Evlat edinenin hısımları ile evlatlık arasında soybağı kurulmaz. Ayrıca evlatlığın altsoyu dışındaki hısımlarıyla evlat edinen arasında da bir soybağı ilişkisinden bahsedilemez. Aynı şekilde evlat edinenin varsa diğer çocuklarıyla evlatlık arasında kardeşlik ilişkisinin kurulması da söz konusu değildir. Bu doğrultuda sınırlı evlat edinme sisteminde evlatlığın, evlat edinenin hısımlarına karşı mirasçılık sıfatı da bulunmamaktadır⁴⁰.

İsviçre’de benimsenen tam evlat edinme sisteminde ise evlatlığın, evlat edinen aileyle tam anlamıyla bütünleşmesini sağlamak esas amaç olduğundan, evlatlığın biyolojik ailesiyle ilişkisi kesilerek aile hukukundan doğan bütün yükümlülükler bakımından sadece yeni ailesine entegre edilir⁴¹. Tam

37 Örnek üzerinden gidilirse, Ç1 ve Ç2 isimli iki çocuğu ve Ç1’den olma T1, T2 ve T3 isimli üç torunu bulunan büyükanne M, Ç1’in ölümü üzerine torunu T3’ü evlat edinmiş olsun. Büyükanne M’nin ölmesiyle açılacak mirasta T3’ün payının nasıl hesaplanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu hususta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde mirasbırakana birden fazla hatla bağlı bulunan mirasçının, her iki hattan kendisine düşen payın toplamını alacağı ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku* (2. Baskı, Filiz 1987) 89; Serozan ve Engin (n 29) 163; Peter Tuor and Vito Picononi, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, 1. Abteilung (ZGB Art. 457-536)* (2. Aufl. Stämpfli 1952) ZGB Art. 465 N. 11. Şu halde bu görüşe göre M’nin mirası altsoyu olan Ç1, Ç2 ve T3 arasında eşit olarak 1/3 paylara bölünecektir. Öte yandan zümrede halefiyet ilkesi gereği mirasbırakandan önce ölmüş olan Ç1’in yerine diğer kardeşleriyle birlikte geçen T3, ayrıca buradan da pay alarak payımı 4/9’a çıkaracaktır.

38 Şıpka ve Ergün (n 5) 36; Serozan ve Engin (n 29) 163; Arık (n 4) 112.

39 Çilenti-Konuralp (n 5) 70; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (1. Baskı 12 Levha 2010) 223; Akıntürk ve Ateş (n 5) 384.

40 Baygın, *Evlat Edinme* (n 7) 635; Arık (n 4) 111; Çilenti-Konuralp (n 5) 64.

41 Frankhauser and Buser (n 7), ZGB Art. 267 N. 3. Bu kapsamda evlat edinme; ebeveynler açısından çocuğun bakım yükümlülüğünün (ZGB Art. 276 ff.), velayet hakkının (ZGB Art. 296 ff.), karşılıklı nafaka yükümlülüğünün (ZGB Art. 328 ff.) ve kişisel ilişki kurma hakkının (ZGB Art. 273 ff.) doğumuna yol açar. Çocuk, evlat edinen ebeveynlerin aile adını (bkz. ZGB Art. 267a), vatandaşlığını (ZGB Art. 267b) ve ikametgahını alır (ZGB Art. 25). Esasında bu sonuçların Türk hukuku bakımından da geçerli olduğu söylenmelidir. Türk hukuku bakımından da evlat edinme sonucunda

evlat edinme sisteminde yapay hısımlıkla oluşan evlat edinme, kan bağıyla oluşan hısımlık ilişkisi gibi ele alınır ve evlatlık hukukun adeta evlat edinmenin biyolojik çocuğuymuş gibi kabul edilir. Artık biyolojik ailesiyle hukuki bağı kalmayan evlatlığın, hem evlat edinene hem de onun kan hısımlarıyla hısımlık ilişkisi kurulur. Dolayısıyla geçerli bir evlat edinme işlemi sonrasında evlatlık ile evlat edinenin kan hısımları arasında da hısımlık ilişkisi söz konusu olmaktadır⁴². Bu kapsamda evlatlık hem evlat edinene hem de onun kan hısımlarının mirasçısı haline gelir⁴³.

C. EVLAT EDİNENİN MİRASÇILIĞI

Evlad edinene ile evlatlık arasındaki miras ilişkisi TMK m. 500 f. 2 hükmünün “*Evlad edinene ve hısımları, evlatlığa mirasçı olamazlar*” ifadesiyle belirtilmiş olup bu ilişkinin tek yönlü olduğu kabul edilmiştir. Başka bir ifadeyle evlatlık ve altsoyu evlat edinene mirasçı olabilirken, evlat edinenin evlatlığa veya altsoyuna mirasçı olması mümkün değildir.

748 Sayılı önceki Türk Medeni Kanunu’nda da yer alan bu düzenleme, 4721 Sayılı yeni Türk Medeni Kanunu’nun hazırlık çalışmaları sırasında görüşülürken birtakım görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. TBMM Adalet Komisyonu’nun tutanaklarına göre evlat edinenin mirasçılığının kabul edilmemesinin tercih edilme sebebinin, evlat edinenin evlatlığı sırf maddi amaçlarla değil gerçekten bir aile ortamı yaratmak için evlat edinmesinin sağlanması olduğu anlaşılmaktadır⁴⁴. Oysa ki kanun koyucu bu kaygıyla evlat edinenin mirasçılığını kabul etmediği halde, hiçbir kaygı gütmeyen biyolojik ailenin mirasçılığını kabul etmiştir. Evlatlığa bakıp büyüten ve büyük ihtimalle malvarlığı değerlerini de ona özümlenmiş olan evlat edinene, evlatlığa mirasçı olamazken, evlatlıktan vazgeçmiş olan biyolojik ailesi ona mirasçı olabilmektedir. Şu halde kanaatimizce hükmün evlat edinene maddi çıkar sağlamayalım derken, biyolojik aileye maddi menfaat sağlama olanağı yarattığı ortadadır. Öte yandan evlatlığın biyolojik ailesinin bulunmaması ihtimalinde – *evlat edinene veya üçüncü kişi lehine yapılmış bir ölüme bağlı tasarruf da yoksa* – evlatlığın mirasının TMK m. 501 kapsamında en son mirasçı olarak Devlete kalması da gündeme gelebilecek bir ihtimal olarak düşünülebilir.

V. SONUÇ

Aralarında soybağı bulunmayan kişiler arasında yasal bir ebeveyn-çocuk ilişkisi oluşturan evlat edinme, kendine has sonuçları olan bir aile hukuku kurumudur. Bu kendine has sonuçlar, evlat

evlatlık ile evlat edinene arasında aile hukukundan doğan bu yükümlülük ve haklar söz konusu olacaktır. Buna karşılık Türk hukukunun İsviçre hukukundan farklı olan yönü, evlatlık ile biyolojik aile arasında soybağı kesilmediği için, bu sonuçlardan bazılarının evlatlık ile biyolojik aile bakımından da söz konusu olabilmesidir.

42 Baş-Süzel (n 19) 1464; Oğuz Sadık Aydos, ‘Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme’ (2000) 4(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 118, 136; Şıpka ve Ergün (n 5) 34; Frankhauser and Buser (n 7), ZGB Art. 267 N. 3 Baygın, *Evlad Edinme* (n 7) 637; Yalman (n 4) 219; Aydoğdu (n 5) 521.

43 Baş-Süzel (n 19) 1464; Baygın, *Evlad Edinme* (n 7) 628; Aydos (n 42) 118, 136; Yalman (n 4) 219; Aydoğdu (n 5) 521; Şıpka ve Ergün (n 5) 34; Frankhauser and Buser (n 7), ZGB Art. 267 N. 3.

44 Nazif Kaçak, *Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku* (1. Baskı Seçkin 2006), 40 vd.; Zeynep Yılmaz, ‘Evlatlığın Yasal Mirasçılığı’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019) 47; Baygın, *Soybağı Hukuku* (n 39) 238.

edinme için yasakoyucunun uygulanmasını seçtiği sisteme göre değişkenlik göstermektedir. Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemelere bakıldığında, mehaz kanun İsviçre Medeni Kanunu'ndan farklı olarak tam evlat edinme sisteminin değil, sınırlı evlat edinmenin bir hukuk politikası tercihi sonucu olarak kabul edildiği görülmektedir.

Yasakoyucu tarafından tercih edilen bu sistemin en önemli özelliği, evlatlığın biyolojik ailesiyle olan hukuki bağının koparılmamasıdır. Bu bağın devam etmesi miras hukuku alanında çok önemli sonuçlar doğurmaktadır. Nitekim TMK kapsamında yer verilen düzenlemelere bakıldığında evlatlık ve altsoyunun evlat edinene mirasçı olabildiği, buna karşılık evlat edinen ve hısımlarının koruyup kolladıkları ve bir aile haline geldikleri evlatlıklarına mirasçı olamadığı görülmektedir. Öte yandan TMK m. 500'e göre evlatlık ve altsoyu ile evlat edinen arasında tek yönlü olan bu mirasçılık ilişkisi, evlatlık ve altsoyu ile biyolojik ailesi arasında çift yönlü olarak düzenlenmiştir. Buna göre evlatlık ve altsoyu ile biyolojik ailesi birbirlerine mirasçı olabilmektedirler. Yani evlatlığın ölmesi halinde mirası kendisine bakıp büyüten ailesine değil, biyolojik ailesine kalmaktadır. Evlat edinen koruyup baktığı evlatlığına mirasçı olamazken, ona bakım vermeyen biyolojik ailesi evlatlığın mirasçısı olarak tereke değerlerinde söz sahibi olacaktır. Üstelik bu tereke değerlerinin son kertede evlat edinenin malvarlıksal değerleri olma ihtimali yüksektir. Bu durumun temel sebebi çalışmamız kapsamında açıklamış olduğumuz üzere Türk Medeni Kanunumuzda sınırlı evlat edinme sisteminin benimsenmesidir.

Sınırlı evlat edinme sisteminde evlatlığın belki de hiç tanımadığı biyolojik ailesiyle hukuki bağı devam etmekte ve bu bağın devamlılığı başkaca sosyal ve hukuki sorunlara da yol açmaktadır. Örneğin, yukarıda açıklandığı üzere biyolojik ailenin evlatlıkla soybağı ilişkisi sona ermediği için TMK m. 323 kapsamında çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olması ve küçüğü etki altına alması ihtimal dahilindedir. Ayrıca – *evlat edinenin hısımlarıyla soybağı ilişkisi kurulmadığı için* – evlatlığın, evlat edinenin ölmesi ihtimalinde, – *evlat edinenin hısımları ve dahi birlikte büyüdüğü evlat edinenin diğer çocuklarıyla birlikte kalmak yerine* – biyolojik ailesine veya sosyal hizmetler kurumuna verilmesi tehlikesi de göz önüne alınmalıdır.

Sınırlı evlat edinme sisteminin bu sakıncaları karşısında, mehaz İsviçre Medeni Kanununda yer verilen tam evlat edinme sisteminde evlatlığın evlat edinen aileye tam olarak uyum sağlayabilmesi amacıyla, biyolojik ailesiyle olan hısımlık ilişkisi kesilir. Evlatlığın biyolojik ailesiyle hukuki ilişkisi yalnızca evlenme engeli açısından devam eder. Evlat edinmenin geçerli olarak kurulmasıyla gerçek bir soybağı ilişkisi kurulmuş gibidir. Evlatlık ile evlat edinenin hısımları arasında da soybağı ilişkisi kurulur. Bu kapsamda evlatlık biyolojik ailesine değil, yalnızca evlat edinene ve hısımlarına mirasçı olur. Bu halde evlat edinenin de evlatlığa mirasçı olması söz konusudur. Zira evlatlık ve evlat edinilen arasında kurulan soybağı, yapay bir hısımlık ilişkisinden çok gerçek bir ebeveyn-çocuk ilişkisi haline gelmiştir. Bu sistemde evlatlığın biyolojik ailesiyle soybağı kesildiğinden, biyolojik ailenin kural olarak kişisel ilişki kurma talebinde bulunması mümkün olmadığı gibi, evlat edinenin ölmesi halinde evlatlığın tekrar biyolojik aileye verilmesi de söz konusu olmaz.

Türk Medeni Kanunu kapsamında tercihin sınırlı evlât edinmeden yana kullanılmasının sebebine ilişkin olarak gerek TMK m. 500 gerekse TMK m. 314 madde gerekçelerinde bir açıklama bulunmamaktadır. Bununla birlikte TBMM Adalet Komisyonu'nun tutanaklarına göre evlât edinenin mirasçılığının kabul edilmemesi tercihinin sebebinin, evlât edinenin evlâtlığı sırf maddi amaçlarla değil gerçekten bir aile ortamı yaratmak için evlât edinmesinin sağlanması olduğu anlaşılmaktadır⁴⁵. Kanaatimizce evlât edinenin evlâtlığına mirasçı olamamasını “*zengin çocukların sırf bu nedenden ötürü evlât edinilmesinin önüne geçmek düşüncesi*” ile açıklamak her şeyden önce sosyal gerçekliklerden kopuk şekilde bir dayanak bulma çabasıdır. Zira insanlar çoğunlukla ekonomik durumlarının uygun olmaması nedeniyle çocuklarını sosyal hizmetler kurumlarına bırakmaktadır. Evlâtlık olarak verilen çocukların büyük çoğunluğunu sosyo-ekonomik durumu iyi durumda olmayan ailelerin çocukları oluşturmaktadır. Öte yandan evlâtlık olarak verilmiş bir çocuğa – *bu çocuğa yuva olup onu büyüten evlât edinenin yerine* – onu evlâtlık vermiş olan biyolojik ailesinin mirasçı olması adalet duygusunu zedelemektedir. Evlâtlığın evlât edinenden önce ölmesi durumunda zaten evladı gibi bakıp büyüttüğü çocuğunu kaybetmenin üzüntüsünü yaşayan evlât edinen, bir de bu çocuğun geleceğini güvence altına almak için kendisi tarafından verilmiş olan malvarlıksal değerlerin biyolojik aileye geçişine tanık olacaktır. Hukuk kuralları bir toplumun sosyal gerçekliklerinden kopuk olmamalıdır. Sosyal gerçeklere bakıldığında ise, düzenlenen kuralın “*zengin bir çocuğun sırf bu sebeple evlât edinilmesine*” engel olalım derken, “*çocuğun zengin bir aileye evlâtlık verilerek onun üzerinden miras hakkı edinebilme imkanı sağlama*” durumuna yol açabileceği görülmektedir.

Bu kapsamda doktrinde *de lege lata* birtakım çözüm önerileri sunulmuş olsa da anlatılan tüm bu sorunların en kesin çözümü yapılacak olan bir kanun değişikliğidir⁴⁶. Yapılacak kanun değişikliğinde İsviçre Medeni Kanunu'nda 1972 sonrası yapılan değişiklikler örnek alınarak tam evlât edinme sisteminin benimsenmesi, uygulamada yaşanan sorunların ortadan kaldırılması bakımından isabetli olacaktır⁴⁷. Bu kapsamda öncelikle TMK m. 500 f. 1 ikinci cümlesindeki “*evlâtlığın kendi ailesindeki mirasçılığının da devam edeceği*” yönündeki ifadenin kaldırılması gerekmektedir⁴⁸. Aynı şekilde TMK m. 314 f. 5 kapsamında yer verilen “*Evlâtlığın, miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlâtlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlât edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur. Ayrıca evlâtlıkla ilgili kesinleşmiş mahkeme kararı her iki nüfus kütüğüne işlenir.*” kuralı kanaatimizce mehaz kanundaki karşılığı ZGB Art. 267 hükmüne benzer şekilde “*Evlâtlık, evlât edinenin altsoyu haline gelir ve altsoyun yasal statüsünü kazanır. Evlâtlığın biyolojik ailesiyle olan hukuki ilişkisi evlenme engeli devam etmek kaydıyla sona erer.*” şeklinde kaleme alınabilir.

45 Kaçak (n 44) 40 vd.; Yılmaz (n 44) 47; Baygın, *Soybağı Hukuku* (n 39) 238.

46 Doktrinde evlât edinenin evlâtlığına mirasçı olamazken biyolojik ailenin yasal mirasçı sıfatını kazanmasına yol açan TMK m. 500 kuralının isabetli olmadığı belirten Serozan, evlâtlık ile biyolojik aile arasında yapılacak mirastan feragat sözleşmesinin haksızlığı önlemek üzere “*yetersiz bir çare*” olarak uygulanabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre evlâtlık biyolojik ailesinin mirasından feragat ederek veya biyolojik aile evlâtlık olarak verdikleri çocuğun mirasından feragat ederek bu haksızlığı bir ölçüde önleyebilir. Bkz. Serozan ve Engin (n 29) 165. Mirastan feragat sözleşmesinin yanı sıra, biyolojik ailenin evlâtlığa mirasçı olmasını engellemek için olan hukuk kapsamında başvurulabilecek yollar; mirasçılıktan çıkarma (ıskat) tasarrufu yapma, mirastan yoksunluk sebeplerine başvurma, art mirasçı atama gibi yollar önerilmiştir. Bkz. Baş-Süzel (n 19) 1472 vd. Bununla beraber yazar, esas olarak yapılması gerekenin bir kanun değişikliği olduğunu belirtmekle birlikte, olan hukuk kapsamında bu çözümleri önermektedir. Bkz. Baş-Süzel (n 19) 1472 vd.

47 Aynı yönde Aydoğdu (n 5) 523; Baş-Süzel (n 19) 1483; Arat (n 7) 165; Baygın, *Evlât Edinme* (n 7) 648.

48 Aynı yönde Baş-Süzel (n 19) 1484.

Öte yandan evlat edinme işleminin gizliliğini korumak için TMK m. 314 f. 5 hükmünün de revize edilmesi gerekmektedir. Hükümde, “*evlat edinme ile ilgili kayıtların, belgelerin ve bilgilerin mahkeme kararı olmadıkça veya evlatlık istemedikçe açıklanamayacağı*” düzenlenmiş olmakla birlikte, hükmün mefhum-u muhalifinden mahkeme kararı bulunması halinde bu bilgilerin açıklanabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu hükmün de değişmesi gerekmektedir⁴⁹. Bu kapsamda hüküm kaleme alınırken ZGB Art. 268b hükmüne uygun olarak kanaatimizce “*Evlatlık ve evlat edinen, evlat edinmenin gizliliğini koruma hakkına sahiptir. Evlat edinme ile ilgili kayıtlar, belgeler ve bilgiler, yalnızca ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün ve evlat edinenin izin vermesi durumunda biyolojik aileye açıklanabilir. Erginlerin evlat edinilmesi halinde evlatlığın izin vermesi, kayıt, bilgi ve belgelerin açıklanması için yeterlidir.*” şeklinde yazılabilir. Bu şekilde çocuğun kendisini bakıp büyüten ve evlat edinen aileyle bütünleşebilmesi için biyolojik ailesiyle arasındaki ilişki, ancak evlat edinen ve evlatlığın rızası çerçevesinde gevşetilebilecek biçimde sınırlandırılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- Arat T, ‘Evlad Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal-İşlevsel Açıdan Bakış’ (1977) Prof. Dr. Osman Berki’ye Armağan 105-178.
- Arık F, ‘Evlad Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese’ (1959) 2(2) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 35-53.
- Akıntürk T ve Ateş D, *Aile Hukuku* (22. Bası, Beta 2020).
- Aydoğdu M, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme* (2. Bası, Adalet 2010).
- Aydos O. S, ‘Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme’ (2000) 4(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 118-140.
- Baş-Süzel E, ‘Biyolojik Ailenin Evlat Edinilene Mirasçı Olması Sorunu’, (2019) 14(179-180) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1463 – 1488.
- Baygın C, ‘Evlad Edinmenin Sonuçları’ (2003) 7 (3-4) AÜEHFD 627-650. (Baygın, *Evlad Edinme*)
- Baygın C, *Soybağı Hukuku* (1. Baskı 12 Levha 2010). (Baygın, *Soybağı*)
- Belen H, *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlemesiyle)* (Beta 2005).
- Besson S, ‘Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung’ (2005) 1 (124) Zeitschrift für schweizerisches Recht: ZSR, 39-71.
- Biderbost Y, *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen – und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB* (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016).
- Crevoisier C, *Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status*, (Stämpfli 2014).
- Çağlayan-Aygün G, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları* (2. Baskı, Yetkin 2021).
- Çilenti-Konuralp A, ‘Evlad Edinmeye İlişkin Düzenlemelerin Küçüğün Menfaatine Etkisi Üzerine İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme’ (2022) 80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 41-80.
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş M.A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (15. Baskı Filiz 2020).
- Fankhauser R and Buser M, *OFK-Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, (4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2021).

49 Baş-Süzel (n 19) 1484. Hükmün eleştirisi için ayrıca bkz. Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat 2017) 233 vd.

- Hegnauer C, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 1. Teilband, Die Entstehung des Kinderverhältnisses, Art. 252-269c ZGB*, (4. Auflage, Stämpfli Verlag AG 1984)
- Kaçak N, *Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku* (1. Baskı Seçkin 2006).
- Kızır M, 'Türk Hukukunda Evlat Edinme' (2009) 17 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 151-184.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (2. Baskı, Filiz 1987)
- Pfaffinger M, *Geheime und offene Formen der Adoption – Wirkungen von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck* (Schulthess Verlag 2007).
- Ruhi A. C, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması* (2. Baskı Seçkin 2003).
- Serozan R, 'Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağına ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi', *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Ünal Tekinalp'e Armağan C. 2 (Beta 2003) 499-516.
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (2. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat 2017)
- Serozan R ve Engin B. İ, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (7. Baskı, Seçkin 2021).
- Stettler M, *Schweizerisches Privatrecht Band III/2: Das Kindesrecht* (Helbing Lichtenhahn Verlag 1992).
- Şıpka Ş ve Ergün E, 'Türk ve İsviçre Hukukunda Evlat Edinme Kurumunun Miras Hukuku ile İlişkisi' (2020) 5(1) Sosyal Bilimler Dergisi 23-44.
- Tuor P and Picenoni V, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, 1. Abteilung (ZGB Art. 457-536)* (2. Aufl. Stämpfli 1952).
- Yakut E ve Çağlayan-Aygün G, 'Osmanlı Hukukundan Günümüze Evlat Edinmenin Miras Hukukuna Dayalı Sonuçları' (2018) 26(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-46.
- Yalman S, 'Evlat Edinme ve Evlatlığın Miras Hakkı' (1996) 5(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 213-224.
- Yılmaz Z, 'Evlatlığın Yasal Mirasçılığı' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019)

Alman Federal Mahkemesi'nin Bilgilendirme ile Tıbbi Müdahaleye Rıza Arasındaki Süreye ve Tıbbi Müdahaleye Zımni Rıza Gösterilmesine İlişkin Güncel Bir Kararı

A Current Decision of the German Federal Court of Justice Regarding the Time Between Information and Consent to Medical Intervention and Implied Consent to Medical Intervention

Aziz Erman BAYRAM* 

ÖZ

Alman Medenî Kanunu'nun 630e paragrafının ikinci fıkrasının birinci cümlesinin ikinci bendinde hastanın, amaçlanan müdahaleden önce müdahalenin lehine ve aleyhine olan hususları yeterince tartarak karar verme özgürlüğünü ve buna bağlı olarak kendi geleceğini belirleme hakkını uygun bir şekilde hayata geçirebilmesi için zamanında bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna karşılık, sözü edilen hükümde, rıza öncesinde uyulması gereken ve uyulmaması hâlinde rızasının geçersizliğine neden olabilecek olan bir "bekleme süresi" öngörülmemiş; bilgilendirmeye rıza arasında belirli bir sürenin bulunması gerektiğine dair bir koşula yer verilmemiştir. Uygun şekilde ve özellikle zamanında yapılan bilgilendirmeden sonra rızasını göstermeye veya göstermemeye ilişkin kararını hangi belirli anda vereceği hususu hastaya kalmıştır. Eğer hasta bilgilendirme konuşmasından sonra kendisini iyi düşünülmüş bir karar verebilecek durumda görüyorsa rızasını derhâl açıklama hakkına sahiptir. Buna karşılık hasta düşünmek için zaman istiyorsa bunu hekime bildirmesi ve rızasını göstermekten şimdilik kaçınması ondan kural olarak beklenebilir. Tıbbi müdahaleye rıza, bir hukuki işlem değil, rıza gösterenin hukuk alanına müdahale eden maddi fiillerin gerçekleştirilmesine yönelik bir izin verme veya yetkilendirmedir. Rıza, durumun koşullarından ve hastanın davranışlarının tümünden zımni olarak çıkartılabilir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Müdahaleye Rıza, Bekleme Süresi, Zımni Rıza.

* Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı,
ORCID: 0000-0002-6232-7928.

Sorumlu Cevirmen /Correspondence Translator: Aziz Erman BAYRAM

E-posta/E-mail: azizerman.bayram@ogu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 14.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 24.05.2023

ABSTRACT

According to Section 630e (2), sentence 1, number 2 of the German Civil Code, the patient must be informed prior to the intended intervention at such a good time that he or she can adequately exercise his or her freedom of decision and thus his or her right to self-determination by sufficiently weighing the reasons in favour of and against the intervention. On the contrary, the provision does not provide for a "lock-up period" to be observed prior to the consent, non-compliance with which would lead to the invalidity of consent, nor does it contain a requirement that a certain period of time must elapse between information and consent. It is up to the patient to decide at which specific point in time, after proper and, in particular, timely information, to give or withhold consent. If the patient is already in a position to make a well-considered decision after the informed consent discussion, it is his or her right to give consent immediately. If, on the other hand, the patient wishes to have time to think about the matter, he or she can generally be expected to express this to the doctor and refrain from giving consent for the time being. Consent to medical intervention is not a legal transaction, but a permission or authorisation to perform actual actions that encroach on the legal sphere of the person giving consent. It can be implied from the circumstances and the overall behaviour of the patient.

Keywords: Consent to Medical Intervention, Lock-up Period, Implied Consent.

Alman Federal Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin VI. ZR 375/21 sayılı ve 20 Aralık 2022 tarihli kararı.¹

Davada

Kaynak Kitap (Nachschlagewerk): Evet

Federal Mahkeme'nin Hukuk İşlerindeki Kararları (BGHZ / Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen): Evet

Federal Mahkeme Kararları Derlemesi (BGHR / BGH-Rechtsprechung(sammlung): Evet

Alman Medenî Kanunu (BGB / Bürgerliches Gesetzbuch) § 630d/II; § 630e/II, c. (cümle) 1, b. (bent) 2

a) Alman Medenî Kanunu'nun 630e paragrafında, kendi geleceğini belirlemeye ilişkin bilgilendirme konusunda Daire tarafından geliştirilen ilkeler kodifiye edilmiştir. Bu ilkeler içerik bakımından değişmeksizin geçerli olmaya devam etmektedir.

b) Alman Medenî Kanunu § 630e/II, c. 1, b. 2, hastanın, amaçlanan müdahaleden önce müdahalenin lehine ve aleyhine olan hususları yeterince tartarak karar verme özgürlüğünü ve buna bağlı olarak kendi geleceğini belirleme hakkını uygun bir şekilde hayata geçirebilmesi için zamanında bilgilendirilmesi gerektiğine ilişkin daha önceki içtihatları ele almaktadır. Hüküm, rıza öncesinde uyulması gereken ve uyulmaması hâlinde rızasının geçersizliğine neden olabilecek olan bir "bekleme süresi" öngörmemekte; bilgilendirmeye rıza arasında belirli bir sürenin bulunması gerektiğine dair bir koşul içermemektedir.

1 <<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=VI%20ZR%20375/21&nr=132534>> aufgerufen 10. März 2023.

- c) Uygun şekilde – özellikle zamanında – yapılan bilgilendirmeden sonra rızasını göstermeye veya göstermemeye ilişkin kararını hangi belirli anda vereceği hususu hastaya kalmıştır. Eğer bilgilendirme konuşmasından sonra kendisini iyi düşünülmüş bir karar verebilecek durumda görüyorsa, rızasını derhâl açıklama hakkına sahiptir. Buna karşılık hasta düşünmek için zaman istiyorsa bunu hekime bildirmesi ve – yaklaşık olarak bilgilendirme konuşmasından sonra vermesi talep edilebilecek olan – rızasını göstermekten şimdilik kaçınması ondan kural olarak beklenebilir. Bununla birlikte, hastanın karar vermek için hâlâ zamana ihtiyacı olduğuna dair hekim tarafından fark edilebilir somut belirtiler varsa, tıbbi olarak haklı görülebiliyorsa, farklı bir değerlendirilmenin yapılması gerekir.
- d) Tıbbi müdahaleye rıza, bir hukuki işlem değil, rıza gösterenin hukuk alanına müdahale eden maddi fiillerin gerçekleştirilmesine yönelik bir izin verme veya yetkilendirmedir. Rıza, durumun koşullarından ve hastanın davranışlarının tümünden zımni olarak çıkartılabilir.

Alman Federal Mahkemesi'nin VI. ZR 375/21 sayılı ve 20 Aralık 2022 tarihli kararı – Bremen Yüksek Eyalet Mahkemesi

Bremen Eyalet Mahkemesi

Alman Federal Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, 20 Aralık 2022 tarihli sözlü duruşmada, daire başkanı hâkim Seiters, hâkim von Pentz, hâkimler Dr. Klein ve Dr. Allgayer ile hâkim Dr. Linder tarafından şu kararı vermiştir:

Davalının temyiz başvurusu üzerine, Bremen Hansa Yüksek Eyalet Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi'nin 25 Kasım 2021 tarihli esasa ilişkin ara kararı ve kısmi nihai kararı kaldırılmıştır.

Dava, temyiz yargılamasının giderleri de dâhil olmak üzere yeni bir duruşma ve karar için İstinaf Mahkemesi'ne geri gönderilmektedir.

Hukuken

Olay:

- 1 Davacı, hatalı tıbbi müdahale ve yetersiz bilgilendirme nedeniyle davalı aleyhine maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur.
- 2 Davacı 2013 yılında kronik tekrarlayan kulak enfeksiyonu ve efüzyonlu otitis mediadan muzdariptir. Kendisini tedavi eden kulak burun boğaz uzmanı tarafından olası bir kulak ameliyatıyla (mastoidektomi) ilgili olarak davalı tarafından işletilen hastanenin KBB (Kulak Burun Boğaz) kliniğine sevk edilmiş ve burada 28 Ekim 2013 tarihinde Prof. Dr. N. tarafından muayene edilmiştir. Davacıya nazal hava pasajını optimize etmek için ilk adım olarak nazal septumun düzeltilmesini ve sinüslerin temizlenmesini önermiştir. 1 Kasım 2013 tarihinde davacı, hekim A. tarafından, amaçlanan müdahalenin riskleri konusunda bilgilendirilmiştir. Bilgilendirme konuşmasının ardından davacı, tıbbi müdahaleye rıza formunu imzalamıştır. 4 Kasım 2013 tarihinde davacı yatarak tedavi edilmek üzere kabul edilmiş ve ameliyatı gerçekleştirilmiştir.

Ameliyat esnasında ciddi bir arteriyel kanama meydana gelmiştir. Ameliyattan sonra davacı uyandırılmamıştır. Bilgisayarlı tomografide (CT / Computer-Tomographie) beyin kanaması tespit edildiği belirtilmiştir. Müteakip beyin cerrahisi müdahalesinde; ilk müdahalenin, dura, anterior serebral arter yaralanması ve soldaki koku alma sinirinin kesilmesiyle sonuçlandığı belirlenmiştir. Davacı daha sonra yatarak ve ayakta kapsamlı olarak tedavi edilmiştir.

- 3 Davacı, 4 Kasım 2013 tarihli ameliyatın hatalı olarak hazırlandığını ve yürütüldüğünü ve kendisinin yeterince bilgilendirilmediğini ileri sürerek davalıdan maddi ve manevi zararının giderilmesini talep etmiştir. Eyalet Mahkemesi davayı reddetmiştir. Davacının istinaf başvurusu üzerine Yüksek Eyalet Mahkemesi, esasa ilişkin ara ve kısmi nihai kararlar; 4 Kasım 2013 ile 5 Ocak 2014 tarihleri arasında davalı tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararın tazmini için ileri sürülen talebi esastan kabul etmiş; ayrıca davalının, davacının gelecekteki tüm maddi zararları ile son sözlü duruşma sırasında öngörülemeyen diğer tüm manevi zararlarını, yardım talepleri kapsamında kalmadığı veya talepler sosyal sigorta kurumlarına yahut diğer üçüncü kişilere devredildiği takdirde, tazmin etmekle yükümlü olduğuna karar vermiştir. Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından kabul edilen kanun yolu başvurusuyla birlikte davalı, Eyalet Mahkemesi kararının yeniden kurulmasını talep etmektedir.

Kararın Gerekçesi:

A.

1. İstinaf Mahkemesi'nin kanaatine göre davacı, 4 Kasım 2013 tarihli ameliyat geçerli bir rıza kapsamında gerçekleştirilmediğinden, maddi ve manevi zararının sözleşmeye dayalı olarak tazmini talebinde bulunma hakkına sahiptir.
2. Ne var ki davacının, bilgilendirmenin içerik bakımından yeterli olmadığı konusunda başarılı olmayan bir biçimde yakındığı kabul edilmektedir. Onun; istinaf başvurusunda, Eyalet Mahkemesi'nin, hekim A.'nın bilgi formunda listelenen komplikasyonları, özellikle de beyin (zarı) hasarını, beyin omurilik sıvısı sızıntısını ve koku alma bozukluğunu anlattığı ve kafa kaidesinin ameliyat sırasında yaralanabileceğine işaret ettiği yönündeki değerlendirmesine karşı çıkmadığı belirtilmektedir. Davacının, kalıcı hasar riskinin bu açıklamalardan yeterince çıkarılamayacağı konusunda başarılı olmayan bir biçimde yakındığı benimsenmektedir. Eyalet Mahkemesi'nin de haklı olarak vurguladığı üzere, beyinle ilgili komplikasyonların da hayati tehlike doğuran bir seyir izleyebileceği ve/veya kalıcı hasara yol açabileceği genel olarak bilinmektedir. Davacının ayrıca koku alma duyusuyla ilgili kalıcı hasar olma ihtimali konusunda yeterince bilgilendirildiği ifade edilmektedir. Hekim A.'nın, davacıya koku alma kanalında yaralanma olabileceğine ve burada hasar meydana gelebileceğine ve akabinde koku alma bozukluğuna yol açabileceğine ilişkin bilgi verdiği ifade edilmektedir. Bunun, koku alma duyusunun kalıcı olarak zarar görmesi tehlikesi hakkında yeterli bir bilgilendirme olduğu vurgulanmaktadır.
3. Davacının ayrıca burun spreyi ile (daha fazla) tedavi olma ihtimali veya (daha fazla) bekleme ihtimali hakkında bilgilendirilmesinin gerekmediği ifade edilmektedir. Bu önlemlerin, başarılı

sonuç vermedikleri için eşdeğer tedavi seçenekleri olmadığı benimsenmektedir. Kortizonun, davacının sorunlarının olduğu derinlikte etkili olmadığı ifade edilmektedir. Bekle ve gör yaklaşımının, geçmişte herhangi bir değişikliğe yol açmadığı vurgulanmaktadır.

4. Ne var ki davacının rızasının geçersiz olduğu çünkü Alman Medenî Kanunu § 630e/II, c. 1, b. 2'ye aykırı olarak, müdahalenin riskleri hakkında bilgilendirilmesi ile rıza gösterip göstermeyeceğine ilişkin karar arasında kendisine bir düşünme süresi tanınmadığı kabul edilmektedir. Hükmün lafzına göre, Alman Medenî Kanunu § 630e/II, c. 1, b. 2 anlamında iyi düşünülmüş bir kararın ancak düşünmek için yeterli zamanı olan birisi tarafından verilebileceği belirtilmektedir. Eğer bir hastane, organizasyonundan kaynaklanan nedenlerle, bilgilendirmeden hemen sonra hastaya rıza formunu imzalatma uygulamasına gitmekteyse bu kararın iyi düşünülmüş olduğunun varsayılmayacağı benimsenmektedir. Bunun, daha çok, hasta tarafından kural olarak bilinmeyen ve anlaşılması güç olan büyük miktarda bilginin bulunduğu izlenimi altında ve kişisel bakımdan zor olan bir durumda verileceği belirtilmektedir. Somut uyuşmazlıkta da durumun böyle olduğu vurgulanmaktadır. Davacının, hekim A'nın talebi üzerine, ameliyatın özellikle beyin (zarı) hasarı, beyin omurilik sıvısı sızıntısı ve koku alma bozukluğu şeklindeki riskleri hakkında yapılan bilgilendirme konuşmasından hemen sonra uyuşmazlık konusu ameliyata rıza gösterdiğinin tartışmasız olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, hekimin davacıyı imza atma hususunda zorlayıp zorlamadığının ve davacının hâlihazırda üç gün önce Prof. Dr. N. ile ameliyat hakkında konuşmuş olmasının önemsiz olduğu vurgulanmaktadır. Prof. Dr. N.'nin herhangi bir risk bilgilendirmesi yapmamış olduğunun tartışmasız olduğu vurgulanmaktadır. Davacının ayrıca, bilgilendirme konuşmasından üç gün sonra yatarak tedavi olmak üzere davalının hastanesine giderek de ameliyata zımnen rıza göstermediği ifade edilmektedir. Davacının 1 Kasım 2013 tarihinde verdiği rızayı geri aldığı ne iddia edildiği ne de ispat edildiği vurgulanmaktadır. Ayrıca, beyanın muhatabı olarak davalının; davacının yatarak tedaviye kabul edildiği sırada, davacının ameliyata ancak şimdi rıza gösterdiğini varsaydığının da açık olmadığı ifade edilmektedir. Davacının, kabul sırasında önceki yazılı rıza beyanının geçersiz olduğu konusunda bilgilendirilmiş olması durumunda, en iyi ihtimalle başka bir şeyin geçerli olabileceği belirtilmektedir.
5. Davalının ise farazi rızaya başarılı olmayan bir şekilde başvurduğu kabul edilmektedir. Davacının, uygun bir şekilde bilgilendirilmiş olsaydı kendisini bir karar verme çatışmasının içinde bulacağını makul bir şekilde ortaya koyduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda eğer uygun bir düşünme süresi bulunsaydı onu tedavi eden KBB hekimine danışacağı ve muhtemelen ameliyatın aleyhine karar vereceği yönündeki savunmasının yeterli olduğu benimsenmektedir. Kusurun bulunmamasının da sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı vurgulanmaktadır. Özellikle, diğer hastanelerin de bilgilendirme konuşmasından hemen sonra hastaya imzalaması için bir rıza formu vermesinin de davalıyı aklamayacağı ifade edilmektedir.

B.

6. Bu değerlendirmeler, temyiz incelemesinde her açıdan uygun görülmemiştir.

I.

7. Ne var ki temyiz başvurusunda, İstinaf Mahkemesi'nin, usûlen kabul edilemez bir biçimde esasa ilişkin ara karar ve kısmi nihai karar verdiği ve böylece çelişkili kararların ortaya çıkması tehlikesini yarattığı yönünde başarılı olmayan bir biçimde yakınılmıştır.
8. 1. Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, bir uyuşmazlığın konusu ilke olarak bölünebilir olsa bile kısmi bir nihai karar ancak – üst mahkemenin farklı bir değerlendirmesinin sonucu olarak da – çelişkili kararların verilmesi tehlikesi ortadan kaldırılmışsa verilebilir. Özellikle kısmi bir nihai kararda, diğer talepler veya taleplerin bir kısmıyla ilgili sonraki yargılamalarda mahkeme nezdinde yeniden ortaya çıkan veya çıkabilecek olan bir sorunun hükme bağlanması hâlinde, çelişkili kararların verilmesi tehlikesi mevcuttur. Bu durum, Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (ZPO / Zivilprozessordnung) 318. paragrafı uyarınca ne res judicata hâline gelen ne de sonraki yargılamalar için mahkemeyi bağlayan kararın sadece unsurlarının farklı bir şekilde değerlendirilmesi ihtimali bakımından dahi geçerlidir. Bu tür bir tehlike, özellikle usûlen bağımsız taleplerin arasında maddi – hukuki bir bağlantının olması ya da taleplerin usûlen bir bağımlılık ilişkisi içinde yer alması hâlinde, usûlen bağımsız taleplerin çoğunlukta olması durumunda mevcuttur (karş. (karşılaştırınız) Daire kararları, 1 Mart 2016 tarihli – VI ZR 437/14, VersR (Die Zeitschrift Versicherungsrecht / Sigorta Hukuku Dergisi) 2016, 745 daha fazla atıfla Rn. (Randnummer / Kenar Numarası) 30, Federal Mahkeme'nin Hukuk İşlerindeki Kararları 209, 157'te basılmamıştır; 11 Nisan 2017 tarihli karar – VI ZR 576/15, VersR 2017, 888 Rn. 10; Federal Mahkeme'nin 1 Temmuz 2020 tarihli kararı – VIII ZR 323/18, NJW-RR (Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht / Yeni Hukuki Haftalık Dergi Medenî Hukuk İçtihat Raporu) 2020, 956 Rn. 18 vd. (ve devamı)). Buna göre, aynı maddi olaydan kaynaklanan ifa ve tespit taleplerinden oluşan objektif dava birleşmesi durumunda, bir talep veya taleplerin sadece bir kısmı hakkında kısmi karar verilmek suretiyle birbirinden ayrı hüküm kurulamaz. Esasa ilişkin ara karar ancak tespit isteminin aynı zamanda (kısmi) nihai kararlarla hükme bağlanması hâlinde verilebilir (karş. Daire kararları, 1 Mart 2016 tarihli – VI ZR 437/14, VersR 2016, 745 Rn. 30; 11 Nisan 2017 tarihli karar – VI ZR 576/15, VersR 2017, 888 Rn. 12; Federal Mahkeme'nin 7 Kasım 2007 tarihli kararı – VIII ZR 314/04, içtihat Rn. 15 vd.).
9. 2. İstinaf Mahkemesi bu gerekliliklere riayet etmiştir. Ödeme taleplerini esasa ilişkin ara kararlarla haklı bulmuş, ayrıca (kısmi) nihai kararlarla tespit talebini kabul etmiştir. Böylece, – özellikle üst mahkeme tarafından – ödeme ve tespit istemi hakkında çelişkili kararların verilmesi tehlikesi ortadan kaldırılmıştır.

II.

10. İstinaf Mahkemesi'nin gerekçesine dayanarak davacının tazminat talebi kabul edilemez. Temyiz başvurusu, İstinaf Mahkemesi'nin davacının 4 Kasım 2013 tarihli tıbbi müdahaleye geçerli bir rıza göstermediği yönündeki değerlendirmesine başarılı bir şekilde karşı çıkmaktadır.

11. 1. Bununla birlikte, İstinaf Mahkemesi, tıbbi müdahalenin hastanın geçerli rızası kapsamında olmaması ve bu nedenle hukuka aykırı olması ve hekimin bu hususta kusurlu olması hâlinde, hekimin ilke olarak hastanın sağlık durumunu etkileyen tüm olumsuz sonuçlardan sorumlu olacağını doğru bir şekilde varsaymıştır. Ayrıca haklı olarak, hastanın geçerli rızasının onun uygun şekilde bilgilendirilmiş olmasını gerektirdiği kabul edilmiştir (BGB § 630d/II, ayrıca karşı. 28 Mayıs 2019 tarihli Daire kararı – VI ZR 27/17, VersR 2019, 1022 Rn. 6; 16 Ağustos 2022 tarihli Daire kararı – VI ZR 342/21, içtihat Rn. 9; her biri daha fazla atıfla).
12. 2. İstinaf Mahkemesi'nin davacıya verilen bilgilerin içerik bakımından gereklilikleri karşıladığı yönündeki değerlendirmesine de hukuki bir itiraz bulunmamaktadır (BGB § 630e/I, ayrıca karşı. 11 Ekim 2016 tarihli Daire kararı – VI ZR 462/15, VersR 2017, 100 Rn. 8; 16 Ağustos 2022 tarihli Daire kararı – VI ZR 342/21, içtihat Rn. 9; her biri daha fazla atıfla). Temyiz başvurusunun lehine olan bu değerlendirmeye, temyize cevapta karşı çıkılmamıştır.
13. 3. Ne var ki temyiz başvurusu, İstinaf Mahkemesi'nin, davacının 4 Kasım 2013 tarihli tıbbi müdahaleye 1 Kasım 2013 tarihinde açıkladığı rızasının; Alman Medenî Kanunu § 630e/II, c. 1, b. 2'ye aykırı olarak, müdahalenin riskleri konusunda bilgilendirilmesiyle müdahaleye rıza göstermesine ilişkin karar vermesi arasında kendisine bir düşünme süresi tanınmaması nedeniyle geçersiz olduğu yönündeki değerlendirmesine başarılı bir şekilde karşı çıkmaktadır. Bu değerlendirmeye İstinaf Mahkemesi, Alman Medenî Kanunu § 630e/II, c. 1, b. 2'nin lafzını aşırı şekilde genişletmekte ve hastanın rızasını almak için müdahalede bulunan tarafa düşen yükümlülükler abartılı koşullar getirmektedir. Bu hüküm, bilgilendirme ile rıza arasında belirli bir sürenin olması gerektiğine dair bir koşul içermemekte; aksine, hastanın amaçlanan müdahalenin lehine ve aleyhine olan hususları yeterince tartarak karar verme özgürlüğünü ve dolayısıyla kendi geleceğini belirleme hakkını uygun bir biçimde kullanabilmesi için müdahaleden önce zamanında bilgilendirilmesi gerektiğine dair önceki içtihatları kodifiye etmektedir.
14. a) Kanun koyucu, hastanın rızasını Alman Medenî Kanunu § 630d'de düzenlemiştir. Buna göre, müdahalede bulunan kişi, tıbbi bir müdahaleyi, özellikle de vücuda veya sağlığa yönelik bir müdahaleyi, gerçekleştirmeden önce, hastanın rızasını almakla yükümlüdür. Alman Medenî Kanunu'nun 630d paragrafının 2. fıkrasına göre, rızanın geçerli olabilmesi için hastanın veya 1. fıkranın 2. cümlesi uyarınca rıza gösterme hakkına sahip olan kişinin, Alman Medenî Kanunu'nun 630e paragrafının 1 ila 4. fıkraları uyarınca rıza göstermeden önce bilgilendirilmiş olması gerekmektedir. Alman Medenî Kanunu'nun 630e paragrafında, kendi geleceğini belirlemeye ilişkin bilgilendirme konusunda Daire tarafından geliştirilen ilkeler kodifiye edilmiştir. Bu ilkeler içerik bakımından değişmeksizin geçerli olmaya devam etmektedir (karş. Federal Meclis Basılı Materyali (BT-Drucks. / Bundestags-Drucksache) 17/10488, s. (sayfa) 24, sol sütun, 5. paragraf; BeckOK (Beck'scher Online-Kommentar / Beck Online Şerhi) BGB/Katzenmeier, 63. baskı, 1.8.2022, § 630e Rn. 1; NK (Nomos Kommentar / Nomos Şerhi)-BGB/Voigt, 4. baskı, § 630e Rn. 1; MüKo (Münchener Kommentar / Münih Şerhi) BGB/Wagner, 8. baskı, § 630e Rn. 1).

15. b) Alman Medenî Kanunu'nun 630e paragrafının, 2. fıkrasının, 1. cümlesinin, 2. bendi, hastanın bilgilendirilmesine ilişkin gereklilikleri zamansal açıdan düzenlemektedir. Bu hükme göre, bilgilendirme, hastanın rıza konusundaki kararını iyi düşünülmüş bir şekilde verebilmesi için zamanında yapılmalıdır. Hâlihazırda Kanun'un lafzına ve sistematığına göre bu hüküm, sadece bilgilendirmenin yapılması gereken belirli bir zamana ilişkindir (karş. Rehborn, GesR (Die Zeitschrift GesundheitsRecht / Sağlık Hukuku Dergisi) 2022, 92) ve bu da müdahaleden önce uygun bir zamanda gerçekleşmelidir. Kanun koyucunun iradesine göre, bu hüküm mevcut hukuki durumun içeriğini değiştirmeyi değil, sadece önceki içtihatları yansıtmayı amaçlamaktadır (karş. Federal Meclis Basılı Materyali 17/10488, s. 24 sağ sütun sonda; MüKoBGB/Wagner, 8. baskı, § 630e Rn. 44; Spickhoff/Spickhoff, Medizinrecht (Tıp Hukuku), 4. baskı, BGB § 630e Rn. 10; NK-BGB/Voigt, 4. baskı, § 630e Rn. 10; Staudinger/Gutmann, BGB (2021), § 630e Rn. 130). Bu doğrultuda, hüküm, rıza öncesinde uyulmaması rızanın geçersizliğine yol açacak olan bir "bekleme süresi" öngörmemektedir; bilgilendirme ile rıza arasında belirli bir sürenin geçmesi gerektiğine dair bir koşul içermemektedir (karş. Hasta Haklarının İyileştirilmesine Dair Kanun Tasarısı'nda BGB-E (BGB-Entwurf / Medenî Kanun Tasarısı) paragraf 630i fıkra 2'deki özel ek hizmetlerin sunulması için öngörülen ancak kanun koyucu tarafından reddedilen 24 saatlik düşünme süresi hakkında karşı: Federal Meclis Basılı Materyali 17/10488, s. 44, 56; NK-BGB/Voigt, 4. baskı, § 630e Rn. 10). Bu hüküm, daha çok, iyi düşünülmüş bir karar verme olasılığını güvence altına alan bir bilgilendirme öngörmektedir (Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht (Hekimin Hukuki Sorumluluğu Hukuku), 8. baskı, Bölüm C Rn. 97; Spickhoff/Spickhoff, Medizinrecht (Tıp Hukuku), 4. baskı, BGB § 630e Rn. 10; Staudinger/Gutmann BGB (2021) § 630e Rn. 131). Hüküm, önceki içtihadı dikkate almaktadır ve buna göre, hastanın karar verme özgürlüğünü ve dolayısıyla kendi geleceğini belirleme hakkını uygun bir şekilde kullanabilmesi için, müdahalenin lehinde ve aleyhinde olan hususları yeterince tartabilmesi amacıyla hastanın, amaçlanan müdahaleden önce zamanında bilgilendirilmesi gerekmektedir (karş. 14 Haziran 1994 tarihli Daire kararına atıfla Federal Meclis Basılı Materyali 17/10488, 24 sağ sütun 18 sonda – VI ZR 178/93, NJW 1994, 3010; Daire kararları, 14 Kasım 1995 tarihli – VI ZR 359/94, VersR 1996, 195, 197, içtihat Rn. 21; 25 Mart 2003 tarihli – VI ZR 131/02, MDR (Monatsschrift für deutsches Recht / Alman Hukuku Aylık Dergisi) 2003, 931 devamı, içtihat Rn. 18, 28 Ocak 2014 tarihli – VI ZR 143/13, VersR 2014, 588 Rn. 21; 29 Ocak 2019 tarihli – VI ZR 117/18, VersR 2019, 688 Rn. 18; BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts / Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları) 52, 131, 170, içtihat Rn. 116; BeckOK BGB/Katzenmeier, 63. baskı, 1.8.2022, § 630e Rn. 1, 6; MüKoBGB/Wagner, 8. baskı, § 630e Rn. 44; Staudinger/Gutmann BGB (2021), § 630e Rn. 130; Vogeler, MedR (Die Zeitschrift Medizinrecht / Tıp Hukuku Dergisi) 2022, 478, 379). Bilgilendirme; hastanın hâlâ idrak ve karar verme özgürlüğüne tam olarak sahip olduğu ve ilaçların etkisi altında olmadığı bir zamanda yapılmalıdır; müdahaleden çok kısa bir süre önce, hastanede hâlihazırda yapılan ameliyat hazırlıkları nedeniyle hastanın makul olmayan bir psikolojik baskı altına gireceği veya zaten başlatılmış olan olayların gidişatından kendini artık kurtaramayacağı izlenimine kapılacağı şekilde yapılmamalıdır (karş. Daire kararları, 15 Şubat 2000 tarihli – VI ZR 48/99, BGHZ 144, 1, 12, içtihat Rn. 34; 8 Ocak 1985 tarihli – VI ZR 15/83, VersR 1985, 361, 362, içtihat Rn. 14; 7 Nisan 1992 tarihli – VI ZR 192/91, MDR 1992, 748, içtihat

- Rn. 16; 14 Nisan 1992 tarihli – VI ZR 192/91, MDR 1992, 748, içtihat Rn. 16; 14 Haziran 1994 tarihli – VI ZR 178/93, MDR 1995, 159, içtihat Rn. 21; 10 Ekim 2006 tarihli – VI ZR 74/05, VersR 2007, 66 Rn. 10). Belirleyici olan etken, hastanın her bir vakanın koşulları altında, amaçlanan tıbbi müdahaleyi yaptıırıp yaptıırmamaya kendisinin serbestçe karar vermesi için yeterli imkâna sahip olup olmadığıdır (karş. Daire kararları, 7 Nisan 1992 tarihli – VI ZR 192/91, MDR 1992, 748, içtihat Rn. 16; 25 Mart 2003 tarihli – VI ZR 131/02, MDR 2003, 931 vd., içtihat Rn. 18; 10. Ekim 2006 tarihli – VI ZR 74/05, VersR 2007, 66 Rn. 10).
16. c) Uygun şekilde – özellikle zamanında – yapılan bilgilendirmeden sonra rızasını gösterip göstermeyeceğine ilişkin kararını hangi belirli anda vereceği hususu hastaya kalmıştır (Rehborn, GesR 2022, 92). Bilgilendirme konuşmasından sonra hasta hâlihazırda iyi düşünülmüş bir karar verebilecek durumdaysa hemen rıza göstermek onun en doğal hakkıdır. Diğer yandan, hasta düşünmek için zaman istiyorsa, bunu hekime bildirmesi ve konuşmadan sonra talep edilebilecek olan rızayı göstermekten şimdilik kaçınması kural olarak ondan beklenebilir (karş. Daire kararları, 15 Şubat 2000 tarihli – VI ZR 48/99, BGHZ 144, 1, 12 vd., içtihat Rn. 36; 17 Şubat 1998 tarihli – VI ZR 42/97, MDR 1988, 654, içtihat Rn. 13; 18 Mart 1980 tarihli – VI ZR 155/78, VersR 1980, 676, 677, içtihat Rn. 14; Rehborn, GesR 2022, 92, 93; Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht (Hekimin Hukuki Sorumluluğu Hukuku), 7. baskı, Rn. 470; karş. Erman/Rehborn/Gescher BGB, 16. baskı, § 630e Rn. 28). Bu durumun kendisine belirli bir maliyete yol açabileceği gerçeği – örneğin, ameliyatın planlanmasına zaten dâhil olduğu ve bozmamayı tercih edeceği bir “aygıt” ile karşı karşıya kaldığı için – onun kendi geleceğini belirlemesine bağlanabilir (karş. 7 Nisan 1992 tarihli Daire kararı – VI ZR 192/91, MDR 1992, 748 vd., içtihat Rn. 16; BVerfGE 52, 131, 170, içtihat Rn. 116). – Kendi geleceğini belirleme hakkının anlamlı bir şekilde kullanılması amacıyla – uygun şekilde bilgilendirilen hasta, tıbbi müdahalenin edilgen bir nesnesi değildir; aksine, ondan esasında kendi geleceğini belirleme hakkını etkin bir şekilde kullanması ve tedavi kararına katılması istenir (karş. Federal Meclis Basılı Materyali 17/10488, s. 23 sol sütun fıkra 4; BVerfGE 52, 131, 170, içtihat Rn. 116; Staudinger/Gutmann, BGB (2021), § 630d içtihat Rn. 3). Kural olarak, ihtiyatlı bir karar vermek için yeterli zamanı yoksa ondan bunu bildirmesi beklenebilir (karş. BGB § 630c/I; BVerfGE 52, 131, 170, içtihat Rn. 116; ayrıca karş. 18 Mart 1980 tarihli Daire kararı – VI ZR 155/78, VersR 1980, 676, 677, içtihat Rn. 14). Eğer bunu yapmazsa hekim kural olarak onun daha fazla düşünmek için zamana ihtiyacı olmadığını varsayabilir.
17. Ne var ki hastanın karar vermek için hâlâ zamana ihtiyacı olduğuna dair hekim tarafından fark edilebilen somut belirtiler varsa – tıbbi açıdan haklı görülüyorsa – farklı bir değerlendirmenin yapılması gerekir. Bu tür belirtiler, örneğin, hastanın karar verme yeteneğinin özellikle sınırlı olması hâlinde söz konusu olabilir (karş. 7 Nisan 1992 tarihli Daire kararı – VI ZR 192/91, MDR 1992, 748, içtihat Rn. 16; Rehborn, GesR 2022, 92 vd.). Aynı durum, hastaya düşünmek için daha fazla zamana sahip olma imkânı verilmemesi hâlinde de geçerlidir. Bu durum – tıbben acil müdahale önlemleri dışında – hastanın bir karar vermesi için baskı altına alınması veya “gafil avlanması” hâlinde geçerli olabilir.

18. d) Bu esaslara göre, 1 Kasım 2013 tarihli bilgilendirme konuşmasının ardından davacı tarafından verilen rıza, sapma gösteren bulgular bulunmadığı takdirde, temyiz incelemesi bakımından esas alınacak olgular temelinde geçerli kabul edilmelidir. İstinaf Mahkemesi, davacının – kendisi tarafından iddia edildiği ve davalı tarafından reddedildiği üzere – rıza göstermeye mecbur bırakılıp bırakılmadığı hususunu açıkça belirsiz bırakmıştır; bu nedenle davalının temyiz başvurusu çerçevesinde onun beyanı esas alınmalıdır.
19. 4. Ne var ki uyuşmazlık konusu olayda, davacının rıza göstermeye zorlanıp zorlanmadığı konusunda maddi olguların tespit edilmesine gerek yoktur. Zira temyiz başvurusu İstinaf Mahkemesi'nin davacının ameliyata zımnen rıza göstermediği, özellikle de bilgilendirme konuşmasından üç gün sonra yatarak tedavi olmak üzere davalının hastanesine gitmiş olmasında böyle bir rızanın bulunmadığı yönündeki değerlendirmesine de başarılı olarak karşı çıkmaktadır. İstinaf Mahkemesi; davacının daha önce yazılı olarak vermiş olduğu rızayı geri almadığı, bu nedenle yeni bir rıza göstermesi için bir nedeninin de bulunmadığı ve davalının hekimlerinin onun ameliyata rızasını ancak şimdi gösterdiğini varsaymamış olduğu gerekçesiyle davacının zımni rızasının geçersiz sayılmasına izin vererek hukuken hata yapmıştır.
20. a) Daire içtihadına göre tıbbi müdahaleye rıza, bir hukuki işlem değil, izin veren kişinin hukuk alanına müdahale eden maddi fiillerin gerçekleştirilmesine yönelik bir izin verme veya yetkilendirmedir (Daire kararları, 5 Aralık 1958 tarihli – VI ZR 266/57, BGHZ 29, 33, 36, içtihat n. 12; 28 Haziran 1988 tarihli – VI ZR 288/87, BGHZ 105, 45, 47 vd., içtihat Rn. 12; 29 Ocak 2019 tarihli – VI ZR 495/16, BGHZ 221, 55 içtihat Rn. 31; 19 Temmuz 2016 tarihli – VI ZR 75/15, VersR 2016, 1191 Rn. 9 vd.; ayrıca karş. Federal Mahkeme, 2 Aralık 1963 tarihli karar – III ZR 222/62, NJW 1964, 1177 vd., içtihat Rn. 14). İrade beyanlarına ilişkin hükümler bu nedenle doğrudan uygulanamaz (Daire kararları, 5 Aralık 1958 tarihli – VI ZR 266/57, BGHZ 29, 33, 36, içtihat Rn. 12; 28 Haziran 1988 tarihli – VI ZR 288/87, BGHZ 105, 45, 47 vd., içtihat Rn. 12). Alman Medenî Kanunu'nun 630d paragrafında Hasta Haklarının İyileştirilmesine Dair Kanun'la getirilen yeni hüküm, rızanın hukuki niteliğini değiştirmemiştir (karş. Federal Meclis Basılı Materyali 17/10488, s. 23; MüKoBGB/Wagner, 8. baskı, § 630d Rn. 2, 10; NK-BGB/Voigt, 4. baskı, § 630d Rn. 2; Staudinger/Gutmann, BGB (2021), § 630d Rn. 8). Kanun koyucu, rızayı hukuki bir işlem olarak değil, kişiye sıkı sıkıya bağlı kişi varlığı hakkı üzerinde serbestçe geri alınabilen bir tasarruf olarak tasarlamıştır (karş. Federal Meclis Basılı Materyali 17/10488, s. 23; MüKoBGB/Wagner, 8. baskı, § 630d Rn. 2, 10; Staudinger/Gutmann, BGB (2021), § 630d Rn. 8; BeckOK BGB/Katzenmeier, 63. baskı, 1.8.2022, § 630d Rn. 8).
21. b) Tıbbi müdahaleye rıza belirli bir şekilde tabi değildir. Açık olarak verilebilir veya durumun koşullarından ve hastanın davranışlarının tümünden zımni olarak çıkartılabilir (karş. Daire kararları, 20 Aralık 1960 tarihli – VI ZR 45/60, NJW 1961, 261, 262; 18 Mart 1980 tarihli – VI ZR 155/78, VersR 1980, 676, 677 vd., içtihat Rn. 19; Staudinger/Gutmann, BGB (2021), § 630d Rn. 29; BeckOK BGB/Katzenmeier, 63. baskı, 1.8.2022, § 630d Rn. 21; Vogeler, MedR 2022, 478, 480). Hastanın davranışının anlamının belirlenmesinde, onun muhatap konumundaki objektif bir üçüncü kişinin – müdahalede bulunanın – bakış açısından nasıl anlaşılması gerektiği

- belirleyicidir (karş. Daire kararları, 18 Mart 1980 tarihli – VI ZR 155/78, VersR 1980, 676, 677 vd., içtihat Rn. 19; 3 Aralık 1991 tarihli – VI ZR 48/91, VersR 1992, 358, içtihat Rn. 22; Staudinger/Gutmann, BGB (2021), § 630d Rn. 33; Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 82. baskı, § 630d Rn. 2). Buna göre, hasta bilinçli olarak tedavi görüyorsa rızası varsayılabilir (karş. Daire kararları, 20 Aralık 1960 tarihli – VI ZR 45/60, NJW 1961, 261, 262; 18 Mart 1980 tarihli – VI ZR 155/78, VersR 1980, 676, 677 vd., içtihat Rn. 14, 19). İstinaf Mahkemesi'nin görüşünün aksine, (zımni) rızanın kabulü ne hasta tarafından daha önce beyan edilmiş olan (geçersiz) bir rızanın geri alınmasını ne de müdahalede bulunan kişinin hastanın ilk kez geçerli bir rıza gösterdiğinin farkında olmasını gerektirir.
22. Belirleyici olan husus, hastanın müdahaleden önceki herhangi bir zamanda geçerli bir rıza gösterip göstermediği ve bunu geri alıp almadığıdır (karş. Daire kararı 7 Nisan 1992 tarihli – VI ZR 192/91, MDR 1992, 748, içtihat Rn. 16; Staudinger/Gutmann, BGB (2021), § 630d Rn. 50).
23. c) Bu esaslara göre, davacının uyuşmazlık konusu müdahaleye zımni rızasının koşulları, İstinaf Mahkemesi tarafından yapılan belirlemeler temelinde karşılanmaktadır. 28 Ekim 2013 tarihinde Prof. Dr. N. tarafından uyuşmazlık konusu ameliyatın önerildiği davacıya 1 Kasım 2013 tarihinde usûlüne uygun olarak bilgi verilmiştir. O, iki günden fazla bir süre sonra, 4 Kasım 2013 tarihinde, ameliyat olmak amacıyla davalının hastanesine gitmiş, yatarak tedaviye kabul edilmiş ve ameliyat hazırlıklarına katlanmıştır. Kendisine müdahalede bulunan hekimler bu davranışı, onun uyuşmazlık konusu ameliyatı kabul ettiği şeklinde anlamış olmalıdır. Bu davranışıyla, 1 Kasım 2013 tarihinde beyan ettiği rızasını, eğer bu rıza geçerliyse “onaylamıştır”; buna karşılık, eğer bu rıza, kendisine gerekli düşünme süresi verilmediği ve baskı altında tutulduğu için geçersizse gerekli rıza beyanını ilk kez 4 Kasım'da vermiştir (karş. Rehborn, GesR 2022, 92, 93; Vogeler, MedR 2022, 478, 480; Staudinger/Gutmann, BGB (2021), § 630d Rn. 50). 4 Kasım 2013 tarihli tıbbi müdahale, her hâlükârda davacının geçerli rızası kapsamındadır.

C.

24. İstinaf kararı bozuldu ve dava, yeni bir yargılama ve karar için İstinaf Mahkemesi'ne geri gönderildi (ZPO § 562/I, § 563/I, c. 1). Dava, nihai bir karar için hazır değildir (ZPO § 563/III). İstinaf kararında yer alan maddi tespitlere göre davacı, istinaf başvurusunda, tedavi hatalarını reddettiği ölçüde Eyalet Mahkemesi'nin kararına da itiraz etmiştir. İstinaf Mahkemesi – kendi bakış açısıyla mantıksal olarak – bu soruyla ilgilenmemiştir.

Seiters

von Pentz

Klein

Allgayer

Linder

Alt Mahkemeler:

Bremen Eyalet Mahkemesi, 02.12.2020 tarihli ve 1 O 1708/17 sayılı karar

Bremen Yüksek Eyalet Mahkemesi, 25.11.2021 tarihli ve 5 U 63/20 sayılı karar

Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Tele Çalışmada İşçinin Dinlenme Hakkı

Employee's Right to Rest in Telework

Betül ERKANLI BAŞBÜYÜK* 

ÖZ

Çalışma hayatında dijitalleşme, çalışanların çalışma sürelerini düzenleyebilmeleri ve iş-aile yaşamı arasındaki dengeyi sağlayabilmeleri açısından olumlu etkide bulunmakla birlikte, çeşitli potansiyel riskleri de içermektedir. Pek çok alanda işin zaman ve mekandan bağımsız olarak teknolojik iletişim araçları ile ifa edilebilmesinden doğan önemli sorunlardan biri, iş sınırlarının çizilmesinde ortaya çıkan güçlülktür. Uzaktan çalışma modeli, çalışma sürelerini esnek olarak belirleme imkanı tanırken, çalışma ve dinlenme sürelerinin iç içe geçmesine ve işçinin dinlenme hakkından yararlanamamasına sebep olabilmektedir. Uzaktan çalışan işçinin kaynağını Anayasadan alan dinlenme hakkının güvence altına alınması, beden ve ruh sağlığı ile özel yaşamının korunması açısından önem taşımaktadır. Çalışmamızda genel olarak tele çalışmada işçinin dinlenme hakkı, konu ile ilgili uluslararası alanda ve Alman hukukunda mevcut bulunan düzenleme ve görüşlere de yer verilerek incelenmeye ve dinlenme hakkına ilişkin sorunlar tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uzaktan Çalışma, Tele Çalışma, Dinlenme Hakkı, Ulaşılama Hakkı.

ABSTRACT

Digitalization in working life positively affects employees' ability to arrange working hours and maintain a balance between work and private life. However, it also contains various potential risks. Drawing the boundaries between work and private life is an important problem that arises due to technological communication tools, regardless of time and place. Remote work allows for the regulation of work hours, but on the other hand, it can cause the intertwining of work and rest periods. Securing the remote worker's constitutional right to rest is important for protecting their physical and mental health and private life. In our study, our main purpose is to explore teleworkers' right to rest and the problems that arise regarding teleworking. We also aim to examine the regulations and legal opinions within German law and international law related to the right to rest for remote workers.

Keywords: Remote Work, Teleworking, Right to Rest, Right to Disconnect

* Arş. Gör. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, 0000-0002-0806-2105

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Betül Erkanlı Başbüyük

E-posta/E-mail: betul.erkanlı@deu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 03.06.2023

GİRİŞ

Bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler ile bilgisayar ve internet ağlarının artan bir hızla iş hayatında kullanımının yaygınlaşması, pek çok iş alanında belirli bir zaman ve yerde işverenin organizasyonu altında iş görme ediminin yerine getirilmesi esasına dayanan klasik işyeri sınırlarının kalkmasına yol açmıştır¹. Günümüzde özellikle sınırsız ağ ve veri tabanı erişimi sayesinde her zaman her yerden ifa edilebilecek işler bakımından sıklıkla tercih edilen uzaktan çalışma, Covid-19 pandemisiyle birlikte çalışma hayatında yaygın şekilde uygulanan bir çalışma modeli haline gelmiş, pandeminin yoğun olduğu dönemlerde çalışanların sağlığının korunması bakımından önemli tedbirlerden biri olarak ortaya çıkmıştır.

Uzaktan çalışma modeli çeşitli avantajları nedeniyle işçi ve işverenler tarafından tercih edilmektedir. İşçiye esnek çalışma saatleri sunması ve işçinin iş ile özel yaşamı arasındaki dengeyi kendi ihtiyaçları doğrultusunda kurabilmesi, işe gidiş-geliş süresinden tasarruf sağlaması, trafik yoğunluğu ve hava kirliliği üzerindeki olumlu etkisi, işçilerin verimliliğini artırması, çalışanların fiziksel ve ruhsal sağlığı açısından olumlu etkilerde bulunması uzaktan çalışma modelinin faydaları arasında gösterilmektedir. Buna karşılık, çalışanların fiziksel, ruhsal ve sosyal sağlıkları üzerinde olumsuz etki doğurabilmesi, özellikle çalışanlarda izole olma hissine, depresyona ya da psikolojik olarak yıpranmaya neden olabilmesi, hareket azlığına bağlı olarak kas iskelet rahatsızlıklarının ya da sağlıksız kilo alımının veya ekran süresinin fazla olması sebebiyle göz hastalıklarının ortaya çıkabilmesi, işçinin özel yaşamına müdahalelerin ortaya çıkması, işçinin dinlenme sürelerine uyulmaması gibi olumsuz sonuçlara da yol açabileceği belirtilmektedir².

İşverenler açısından ise, işletmenin kira, ısıtma, eşya, otopark gibi genel giderlerinin azalması, yere bağlı kalmaksızın ülkenin, hatta dünyanın her yerinden işçi istihdam etme olanağı, işçilerin daha verimli çalışmaları, işe geç gelme ve devamsızlıklarının azalması ve nitelikli iş gücü uzaktan çalışmanın sağladığı yararlar arasında sayılmaktadır. Ancak uzaktan çalışmanın getirdiği teknolojik yapılanmanın gerektirdiği masraflar, veri güvenliğinin getirdiği riskler ve bu amaçla yapılacak harcamalar, işverenin işçiler üzerinde doğrudan bir denetim ve gözetim imkanının bulunmamasının

- 1 Murat Kandemir, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma* (Legal Yayınevi 2011) 30.
- 2 Uluslararası Çalışma Örgütü ile Dünya Sağlık Örgütü tarafından ortak bir çalışma ile 2021 yılında çıkarılan raporda uzaktan çalışmanın olumlu ve olumsuz yanlarına ilişkin olarak bu yönde tespitlere yer verilmiştir. Bkz. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_dialogue/—lab_admin/documents/publication/wcms_836250.pdf> Erişim Tarihi: 21.01.2023; Ayrıca benzer yönde tespitler için bkz. COVID-19 Ortamında ve Sonrasında Uzaktan Çalışma Uygulama Kılavuzu, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—europe/—ro-geneva/—ilo-ankara/documents/publication/wcms_759299.pdf> Erişim Tarihi: 21.01.2023; Benzer şekilde Uluslararası Çalışma Örgütü ile Eurofound tarafından 2017 yılında yayımlanan raporda ("*Working Anytime, Anywhere, The effects on the world of work*"), işin zaman ve yerden bağımsız olarak ifa edilebilmesinin olumlu yanları çalışma süresinde özerklik, iş ve özel yaşamı daha esnek organize edebilme, seyahat süresini azaltma ve verimliliğin artması olarak belirlenmiş, ancak daha uzun saatlerde çalışma ve buna bağlı olarak sağlığın olumsuz etkilenmesi bu tür çalışmanın dezavantajları olarak sayılmıştır. Eurofound and the International Labour Office 'Working anytime, anywhere: The effects on the world of work' (2017) Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—dcomm/—publ/documents/publication/wcms_544138.pdf> Erişim Tarihi: 24.02.2023; Ayrıca bu hususta bkz. Mustafa Alp, 'Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)' (2011) Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan 795, 800; Kandemir (n 1) 34 vd.; Gaye Baycık, Sevil Doğan, Dilek Dulay Yangın ve Oğuzhan Yay, 'COVID 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler' (2021) (3) Çalışma ve Toplum Dergisi 1683, 1688.

yaratacağı sorunlar, işçinin denetiminin sağlanmasındaki güçlükler ve buna bağlı olarak ortaya çıkabilecek hukuki ya da cezai sorumluluk halleri uzaktan çalışmanın işverenler açısından olumsuz yanlarındandır³.

Uzaktan çalışmanın yaygınlaşması, pek çok sorunun da çözümlenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Çalışmamızın esas konusunu oluşturan, uzaktan çalışmanın bir türü olarak tele çalışma modelinde işçilerin dinlenme hakkının ihlal edilmesi riski, bunlardan biridir. Tele çalışmada işçi, işverenin doğrudan fiziki olarak gözetimi altında bulunan bir işyerinde çalışmadığından, çalışma sürelerini iş görme edimini ifa ederek, dinlenme sürelerini ise iş görmeden geçirdiğinin tespiti daha güçtür. Ayrıca teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla iş görme edimini ifa eden işçiden her zaman ulaşılabilir olmasının beklenmesi, dinlenme süreleri dikkate alınmaksızın işi ifa etmesinin işveren ya da çalışma arkadaşları tarafından istenmesi, hatta evde tele çalışan işçinin hastalığı halinde iş görme edimini ifa etmeye devam etmesinin beklenmesi gibi riskler ortaya çıkabilmekte, işçinin Anayasadan doğan dinlenme hakkı ihlal edilebilmektedir.

I. UZAKTAN ÇALIŞMA VE TELE ÇALIŞMA KAVRAMLARI

Uzaktan çalışma 2016 yılında 4857 sayılı İş Kanunu'nda yapılan değişiklikle kanuni düzenlemeye kavuşmuş ve konu Kanununun 14. maddesine 6715 sayılı Kanun ile eklenen 4-7. fıkralar arasında düzenlenmiştir. İlgili düzenlemede uzaktan çalışma, “işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisi” olarak tanımlanmıştır. Aynı tanıma 10.03.2021 tarihinde yürürlüğe giren Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'nde de yer verilmiştir (m. 4/1, c)⁴.

Kanuni tanım çerçevesinde uzaktan çalışmaya ilişkin bazı unsurlar dikkat çekmektedir. İlk olarak, uzaktan çalışmada işin işyeri dışında evde ya da farklı bir mekanda yapılması gerektiği, diğer bir deyişle mesafe unsuru vurgulanmıştır⁵. İkinci olarak uzaktan çalışanın edimini işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu içerisinde yerine getireceği ifade edilmiş, böylece bağımlılık unsuruna yer verilmiştir⁶. İşverenin iş organizasyonu içerisinde iş görme ölçütü, işverenin doğrudan iş görme ediminin ifasını fiziksel olarak gözetleme ve denetleme yetkisinin bulunmadığı uzaktan çalışma

3 Alp (n 2) 801; Kandemir (n 1) 36.

4 Uzaktan Çalışma Yönetmeliği, RG 10.03.2021/31419.

5 Mesafe unsuru, iş görme borcunun yerine getirildiği yer ile iş görme borcunun ifası neticesinin beklendiği yer arasında mesafe bulunması ve işverenin bu edimin yerine getirilmesini gözetleme ve denetleme imkanından fiziksel olarak yoksun olmasını ifade etmektedir. Dilek Dulay Yangın, ‘6715 Sayılı Yasa’nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi’ (2016) (36) Sicil İş Hukuku Dergisi 148, 150.

6 Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku* (9. Baskı, Beta 2019) 100; Dulay Yangın, ‘6715 Sayılı Yasa’ (n 5) 151; Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Gonca Aydınöz, ‘İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma’ (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2014) 33-43; Belirtilmelidir ki, uzaktan çalışmadan söz edilebilmesi için, işin bir kısmının uzaktan çalışma şeklinde yerine getirilmesi de yeterlidir. Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde uzaktan çalışan, “İş görme ediminin tamamını veya bir kısmını uzaktan çalışarak yerine getiren işçi” olarak tanımlandığından bu sonuca varılmaktadır (m. 4/1, b).

modelinde bağımlılık ilişkisinin tespitinde bir kıstas işlevi görmektedir⁷. Uzaktan çalışma ilişkisinde sözleşmenin yazılı olarak yapılması da Kanunda aranan unsurlardandır. Kanunun 14. maddesi ile Yönetmeliğin 5. maddesinde, uzaktan çalışma sözleşmesinde, “işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan iş araçları, ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler”in yer alacağı belirtilmiştir; böylece sözleşmenin zorunlu unsurları belirlenmiştir. Yine Yönetmeliğin 9. maddesinde uzaktan çalışmanın yapılacağı zaman aralığı ve süresinin iş sözleşmesinde belirtileceği ifade edilmiştir.

Tele çalışma ise, işin işyeri sınırları dışında ve işverenin iş organizasyonu içerisinde, iletişim veya telekomünikasyon araçlarından yararlanılarak, işyeri ile bağlantı kurmak suretiyle uzaktan yapılması olarak tanımlanır⁸. Tele çalışmaya ilişkin en önemli uluslararası belge, Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu (ETUC), Avrupa Sanayi Konfederasyonları ve İşverenler Birliği/Avrupa El Sanatları ve Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Birliği (UNICE/UEAPME) ve Avrupa Katılımcı İşletmeler Merkezi (CEEP) tarafından 2002 yılında imzalanan Avrupa Tele Çalışmaya İlişkin Çerçeve Anlaşması’dır. Anlaşmanın 2. maddesi uyarınca tele çalışma, iş ilişkisi veya iş sözleşmesi çerçevesinde işverene ait işyerinde gerçekleştirilmesi mümkün işin, bilgi teknolojilerinden yararlanılarak, düzenli şekilde işyeri dışında yerine getirildiği çalışma biçimidir⁹.

Alman hukukunda, uzaktan ya da tele çalışma kavramlarına ilişkin doğrudan kanuni bir tanım yapılmamıştır. Ancak çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasını ve korunmalarını amaçlayan “Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV)” tele çalışanları da kapsayacak şekilde düzenlenmiş ve 2/7. maddesinde tele işyeri (“Telearbeitsplatz”) tanımına yer verilmiştir. İlgili düzenlemede tele işyerleri, işveren tarafından işçinin özel alanında kalıcı olarak kurulan, işverenin işçi ile haftalık çalışma saatlerini ve kurulum süresini kararlaştırdığı ekranlı araçlarla donatılmış işyerleri olarak tanımlanmıştır¹⁰.

7 Günther Wiese, ‘Personale Aspekte und Überwachung der häuslichen Telearbeit’ (2009) RdA 344, 345; Ali Güzel, ‘Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme’ (1997) 4(2) Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi 83, 109-112; Dulay Yangın, ‘6715 Sayılı Yasa’ (n 5) 151; Sema Ergüneş Emrağ, ‘4857 Sayılı İş Kanunu’nun Değişik 14. Maddesi Işığında Tele Çalışma’ (2016) 13(51) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1413, 1415.

8 Rolf Wank, ‘Telearbeit’ (1999) NZA 225, 230; Wiese (n 7) 344; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (Yenilenmiş 21. Baskı, Beta 2021) 286; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 35. Baskı, Beta 2022) 218; Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (Güncellenmiş 5. Baskı, Lykeion 2021) 143; Alp (n 2) 800; Kandemir (n 1) 40; Dilek Dulay Yangın, ‘Bilgi ve İletişim Teknolojilerinde Yaşanan Gelişimin İş Hukuku Üzerindeki Etkileri: Tele Çalışmaya İlişkin Tespit ve Öneriler’, (2018) İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III (Oniki Levha) 221, 225; Orhan Ersun Civan, ‘İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)’ (2010) (26) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 525, 533; Öğretide yapılan çeşitli tanımlar için bkz. Ergüneş Emrağ (n 7) 1417-1418.

9 Anlaşma metni için bkz. <https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2020-09/Telework%202002_Frame%20Agreement%20-%20EN.pdf> Erişim Tarihi: 28.01.2023.

10 Ayrıca aynı fıkrada bir tele işyerinin, işçi ile işveren arasında iş sözleşmesinde veya bir anlaşma çerçevesinde tele çalışma koşullarının kararlaştırıldığı ve işin yapılacağı yer için gerekli mobilya, iş ekipmanı ve iletişim olanakları da dahil olmak üzere gerekli araç ve gereçlerin işverence sağlandığı ve bunların temini ile montajının işveren veya görevlendirdiği bir kişi tarafından yerine getirildiği işyeri olduğu ifade edilmiştir. İlgili yönetmelik metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/arbst_ttv_2004/BJNR217910004.html> Erişim Tarihi: 01.02.2023.

Tele çalışmaya ilişkin yapılan tanımlar çerçevesinde, genel olarak üç temel unsurdan söz edilir. Bunlar; işin işyeri dışında evde ya da farklı bir mekanda yapılması, işverenin iş organizasyonu içerisinde yerine getirilmesi ve işin bilgi ve iletişim teknolojisi araçları ile ifa edilmesidir¹¹. Teknolojik araçlarla iş görmenin sürekli ve düzenli olarak yapılması gerekir. Bir işyerinde çalışan kişinin evde iş saatleri dışında arızı olarak iş görme edimini yerine getirmesi, o ilişkinin tele çalışma olarak nitelendirilmesine sebep olmaz¹². Ancak çalışanın işveren ve işyeriyle sürekli çevrimiçi çalışma halinde bulunması da şart olmayıp, bilgi-işlem teknolojilerinden yararlanarak iş görmesi ve teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla işin sonucunda elde ettiği verileri iletmesi yeterlidir¹³.

Tele çalışma, işin yapıldığı yere göre “evde tele çalışma”, “gezici (mobil) tele çalışma”, “dönüşümlü tele çalışma” ve “uydu çalışma merkezleri-komşu çalışma merkezlerinde tele çalışma” olarak dörde ayrılır¹⁴. Tele çalışmanın en yaygın şekli olarak ortaya çıkan evde tele çalışmada, işçi iş görme edimini evinde, teknolojik araçlar vasıtasıyla yerine getirir¹⁵. Sabit bir mekana bağlı kalmaksızın teknolojik araçlar vasıtasıyla işyeri ile bağlantı halinde kalmak suretiyle iş görme ediminin yerine getirilmesi, gezici (mobil) tele çalışma olarak adlandırılırken, işyerinden uzakta, ancak belirli bir fiziki ortamda yapılması durumunda, tele merkezden çalışmadan söz edilir¹⁶. Bu tele çalışma türlerinin bir veya daha fazlasının aynı anda mevcut olduğu çalışma modeli ise, dönüşümlü tele çalışma olarak isimlendirilir¹⁷.

Online tele çalışma ve offline tele çalışma olarak ikili bir sınıflandırma da yapılmaktadır. Doğrudan ve sürekli bir bilgisayar bağlantısı ile yapılan çalışmalar online tele çalışma olarak adlandırılırken, offline tele çalışma tek taraflı bir bilgi aktarımı aracılığı ile gerçekleştirilen çalışmalardır¹⁸. Online tele çalışmada işçi, iş görme ediminin ifası sırasında işyeri ile bağlantı halinde kaldığından, işverenin iş organizasyonuna doğrudan dahil olur ve böylece işin işyerinde ya da farklı bir mekanda yapılması arasında fark bulunmaz¹⁹. Offline tele çalışmada ise işverenin denetim yetkisi devam ettiği ve işçi

11 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 218; Alp (n 2) 799; Kandemir (n 1) 42; Civan (n 8) 533; Ergüneş Emrağ (n 7) 1418.

12 Süzek (n 8) 286; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 219; Alp (n 2) 799; Kandemir (n 1) 42; Öğretide işçinin uzaktan çalışan sayılabilmesi için, çalışma süresinin en az yarısını işyeri dışında çalışarak geçirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Alp (n 2) 799; Civan (n 8) 533; Ergüneş Emrağ (n 7) 1418.

13 Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 6) 100; Alp (n 2) 799; Ergüneş Emrağ (n 7) 1419.

14 Alp (n 2) 801-805; Kandemir (n 1) 43 vd.; Civan (n 8) 536; Alman Hukukunda da benzer şekilde evde tele çalışma (“ausschließlich externer Telearbeit – Telearbeit zu Hause”), dönüşümlü tele çalışma (“alternierender Telearbeit”), mobil tele çalışma (“mobiler Telearbeit”), komşu ya da uydu ofislerde tele çalışma (“der Tätigkeit in Nachbarschafts- und Satellitenbüros”) ayrımı yapılmaktadır. Wiese (n 7) 344; Ayrıntılı bilgi için bkz. Wank (n 8) 230; Ayrıca Türk Hukukunda ve Alman Hukukunda uzaktan çalışma hakkında karşılaştırmalı bilgi için bkz. Esra Yiğit, ‘Türk Hukukunda ve Alman Hukukunda Uzaktan Çalışmanın Temel Esasları’ (2021) 3(2) TAÜHFD 135, 135-154.

15 Wank (n 8) 230; Alp (n 2) 802; Kandemir (n 1) 44; Civan (n 8) 536.

16 Wank (n 8) 230; Alp (n 2) 802-803; Kandemir (n 1) 47-48.

17 Wolfgang Däubler, ‘Digitalisierung und Arbeitsrecht’ (2016) Soziales Recht 2, 4 <www.jstor.org> Erişim Tarihi: 22.02.2023; Alp (n 2) 804; Can Tuncay, ‘Pandemi Gölgesinde Evden Çalışma’ (2021) 18(69) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 23, 33; Dilek Dulay, *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma* (Turhan Kitabevi 2016) 62; Dulay Yangın, *Tele Çalışma* (n 8) 226; Civan (n 8) 537.

18 Öner Eyrenci ve Kadriye Bakırcı, *Dünyada ve Türkiye’de Evde Çalışma ve Eve İş Verme* (İstanbul Ticaret Odası 2000) 33; Alp (n 2) 818; Dulay (n 17) 106.

19 Eyrenci ve Bakırcı (n 18) 33; Dulay (n 17) 106-107; Dulay Yangın, ‘6715 Sayılı Yasa’ (n 5) 152.

işverenin iş organizasyonu altında iş görme edimini ifa ettiği sürece, iş ilişkisinden ve işverene bağımlı çalışmadan söz edilir²⁰.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

İş Kanunu'nun 14. maddesinde uzaktan çalışma tele çalışmanın yanı sıra, klasik anlamda evde çalışmayı da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir²¹. Nitekim maddenin gerekçesinde de çalışma mevzuatının değişen ekonomik koşulları takip eden dinamik bir yapıya kavuşturulması amacıyla evden çalışma ve tele çalışma biçimlerinin uzaktan çalışma adı altında birleştirilerek tanımlandığı belirtilmiştir.

Uzaktan çalışmanın en eski görünüm şeklini oluşturan evde çalışma modeli, işçinin kendi seçtiği bir yerde ve genellikle kendi evinde, yalnız veya aile üyeleriyle beraber, işverenin doğrudan bir denetimi altında olmaksızın, ücret karşılığında mal ve hizmet sunduğu çalışma ilişkisidir²². 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 'Evde Hizmet Sözleşmesi' başlıklı Üçüncü Ayrımında, 461. madde ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. İlgili maddelerde yer alan çalışma modeli, klasik (geleneksel) anlamda evde çalışma olarak nitelendirilir²³. 461. maddede bu sözleşme, *"işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşme"* olarak tanımlanmıştır.

20 Alp (n 2) 818; Dulay (n 17) 107.

21 Düzenlemenin eleştirisi için bkz. Erdem Özdemir, 'Uzaktan Çalışma Yönetmeliği Karşısında Tele-Çalışma' (2021) 35(3) Çimento İşveren Dergisi 8, 11-13; Öğretide sözü edilen yasal düzenlemenin esas olarak tele çalışma boyutuyla daha büyük önem taşıdığı ifade edilmektedir. Alpay Hekimler, 'Türk ve Alman İş Hukukunda Home Office Düzenlemeleri: Covid-19 Pandemi Döneminde Karşılaştırmalı Hukuk Boyutunda Genel Bir Değerlendirme' (Legal 2021) Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı 215, 223.

22 Evde çalışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eyrenci ve Bakırcı (n 18) 24 vd; Kandemir (n 1) 73-89; Murat Kandemir, 'Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri' (2014) 72(2) İÜHFM 143, 143-166; Dulay (n 17) 8 vd.; Pelin Tuuç Yılmaz, 'Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Evde Çalışma' (2020) (43) Sicil İş Hukuku Dergisi 254, 254-273; Uluslararası Çalışma Örgütü belgelerinde evde çalışma, 177 sayılı Sözleşme ve 184 sayılı Tavsiye Kararı ile düzenlenmiştir. 177 sayılı Sözleşmenin 1. maddesinde evde çalışma, ulusal mevzuat ve mahkeme kararları uyarınca bağımsız bir çalışan sayılmasını gerektirecek şekilde özerkliğe ve ekonomik bağımsızlığa sahip bulunmamak kaydıyla, evde çalışan olarak adlandırılacak bir kimse tarafından, işverenin işyeri dışında kendi evinde ya da kendisinin seçeceği başka bir yerde, ücret karşılığında, işin görülmesinde kullanılacak ekipman, malzeme ve diğer araçları kimin sağladığına bakılmaksızın, işveren tarafından belirtildiği şekilde bir ürün veya hizmetin ifa edilmesiyle sonuçlanan çalışma olarak tanımlanmıştır. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322> Erişim Tarihi: 21.01.2023; Aynı tanıma 184 sayılı Tavsiye Kararında da yer verilmiştir. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312522:NO> Erişim Tarihi: 21.01.2023; 177 sayılı ILO Sözleşmesi ile 184 sayılı Tavsiye Kararı'nın klasik anlamda evde çalışmanın yanında evde tele çalışmayı da kapsadığı ve bu çalışma modeline dayanık oluşturduğu öğretide ifade edilmektedir. Kandemir (n 1) 50; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, 'Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme' (2020) Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu <http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12154/1_222> Erişim Tarihi: 21.01.2023 152.

23 Kandemir (n 1) 75; Tuncay (n 17) 26; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 22) 156.

Klasik anlamda evde çalışma ilişkisinde işçi, evinde bir malın üretilmesi ya da hizmetin görülmesiyle yükümlü olup, işverenin doğrudan denetim ve yönetim yetkisinden söz edilemez²⁴. Tele çalışmada ise işin internet ve bilgisayar teknolojileri aracılığı ile ifa edilmesi sebebiyle, işçi işverenle sürekli irtibat halinde kalmakta, işverenin doğrudan emir ve talimatları ile bağlı olarak işverenin iş organizasyonuna dahil olmaktadır²⁵. Bu açıdan klasik anlamda evde çalışmada bağımlılık ilişkisi daha zayıf olmaktadır²⁶.

İşçinin dinlenme hakkının korunması, iş görme ediminin evde ya da farklı bir mekanda bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığıyla yerine getirildiği çalışma ilişkilerinde daha fazla önem taşır. Bir malın üretilmesi ya da hizmetin sunulmasını konu alan klasik anlamda evde çalışmada belirli çalışma ve dinlenme saatlerine uyarak, işverenin çalışma süreleri bakımından denetim ve gözetimi altında bir işin ifası genellikle söz konusu olmaz. Bu sebeple İş Kanunu'nun 14. maddesi çerçevesinde uzaktan çalışma tanımı klasik anlamda evde çalışmayı da kapsamakla beraber, çalışmamız çerçevesinde yalnızca işçinin bilgi ve iletişim araçları ile iş görme edimini evde ya da farklı bir mekanda yerine getirdiği uzaktan çalışma modelinde işçinin dinlenme hakkı incelenmeye çalışılacak, klasik anlamda evde çalışmaya yer verilmeyecektir.

III. DİNLENME HAKKININ GENEL ESASLARI VE İLGİLİ DÜZENLEMELER

A. GENEL OLARAK

Dinlenme hakkı, çalışanların insan onurunun bir gereği olarak belirli zaman aralıklarında çalışmayarak, ücretlerinde kayıp olmaksızın dinlenmelerini zorunlu kılan hak olarak tanımlanır²⁷. Anayasa'nın "Çalışma şartları ve dinlenme hakkı" başlıklı 50. maddesinde, "Dinlenmek, çalışanların hakkıdır." şeklinde güvence altına alınmıştır. Esas olarak dinlenme hakkı, işçinin korunması ilkesinin bir gereği olup, belirli bir süre çalışarak yorulan işçinin iş gücünü yeniden kazanabilmesi, sağlığının korunması, verimin azalmasının önlenmesi, ruh sağlığının korunması ve sosyal yaşama katılması gibi amaçlara hizmet eder²⁸. Dinlenme hakkının sağlanabilmesi için, işçinin dinlenme süresini

24 Süzek (n 8) 282; Tuncay (n 17) 29; Eyrenci ve Bakırcı (n 18) 32; Alp (n 2) 815; Kandemir (n 1) 76; Özdemir (n 21) 12; Aydınöz (n 6) 22; Dulay Yangın, '6715 Sayılı Yasa' (n 5) 155.

25 Wiese (n 7) 345; Özdemir (n 21) 13; Dulay (n 17) 64; Aydınöz (n 6) 22; Ergüneş Emrağ (n 7) 1415.

26 Eyrenci ve Bakırcı (n 18) 32-33; Özdemir (n 21) 12-13; Dulay (n 17) 64; Dulay Yangın, '6715 Sayılı Yasa' (n 5) 155; Tuac Yılmaz (n 22) 260; Ergüneş Emrağ (n 7) 1424; Evde çalışan işverene ekonomik olarak bağımlı olmakla birlikte, kişisel anlamda işçiye kıyasla daha bağımsızdır. Peter Voigt, 'Homeoffice≠Mobile Arbeit' (2018) (10) AuR, 452, <www.jstor.org>, Erişim Tarihi: 24.01.2023.

27 Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 8) 395; Binnur Tulukçu, *İş Hukukunda Dinlenme Hakkı* (Adalet 2012) 9-10; Seracettin Göktaş, 'İşçinin Günlük Dinlenme Hakkı ve Yargıtay Uygulaması' (2012) 7(28) Sicil İş Hukuku Dergisi 42, 42; Merda Elvan Tunca, 'İşçinin Dinlenme Hakkı' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2013) 8-9.

28 Paul M. Secunda, 'The Employee Right To Disconnect', (2019) (9) Notre Dame J Int'l Comp L 1, 4; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 6) 332; Tulukçu (n 27) 20; Göktaş (n 27) 42; Tunca (n 27) 24-28; Anayasa'nın 50. maddesinin gerekçesinde de dinlenme hakkının önemi, "Dinlenme, çalışanların hakkıdır. Bu hem çalışanın bedenini korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimi için gereklidir." şeklinde ifade edilmiştir.

oluşturan zaman diliminde çalışmayarak ve çalışmaya hazır halde beklemeksizin, istediği yer ve şekilde kullanabileceği bir serbest zaman geçirmesi gerekir²⁹.

Dinlenme süreleri, anayasal dinlenme hakkına işlerlik kazandıran ara dinlenmesi, ulusal bayram ve genel tatiller, hafta tatili ve yıllık ücretli izin sürelerini ifade eder. Dinlenme sürelerine ilişkin genel esaslar İş Kanunu'nda ayrıntılı olarak belirlenmiş ve işçiyi koruyucu nitelikte düzenlemeler getirilmiştir. Bu esas ve kurallar, tele çalışan işçiler bakımından da aynen uygulanır³⁰. Ancak ilgili düzenlemeler genel olarak klasik anlamda işyeri ve iş ilişkisi kavramları esas alınarak kabul edildiğinden, tele çalışmada dinlenme hakkının güvence altına alınması sorunu özellik göstermekte ve bu çalışma modeli özelinde uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların çözümlenmesi ihtiyacı doğmaktadır.

B. İŞÇİNİN SAĞLIĞININ KORUNMASI

Günlük, haftalık ya da yıllık olarak işçiye dinlenme imkanının sağlanmaması, işçinin bedensel ve ruhsal olarak yıpranmasına, sağlığının olumsuz etkilenmesine, verimliliğini yitirmesine neden olur. Ayrıca işçinin bedensel ve ruhsal yorgunluğu sebebiyle iş kazalarına uğrama riski de artacağından sağlığı ve güvenliği de tehlikeye düşer³¹. Bu açıdan işçinin dinlenme hakkından tam olarak yararlandırılması, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu çerçevesinde dinlenme hakkını sağlama ve gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü oluşturur³². Uzaktan çalışmada karşılaşılan sorunlardan biri olan, işçinin hasta olmasına karşılık uzaktan/evden çalışmaya devam etmesinin talep edilmesi de, benzer şekilde işçinin hastalık halinde dinlenme ve hastalık iznini kullanma hakkına ve işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama ve gerekli önlemleri alma yükümlülüğüne aykırılık oluşturur. Zira işçinin hastalığına rağmen uzaktan çalışmaya devam etmesi, sağlığını tehdit etmekte, işe yoğunlaşmama, konsantrasyon kaybı gibi mental ve güç eksikliği, hareketsizlik gibi fiziksel tehlikelere sebep olabilmekte ve bunun da bir sonucu olarak iş kazalarına da açık hale gelmesine yol açmaktadır.

29 Süzek (n 8) 855; Tunca (n 27) 24; İcap nöbeti tutarak çalışan ve icap nöbetinin söz konusu olduğu zaman aralığında işverence işyerine çağırılması halinde iş görme edimini ifa eden, çağrı dışında kalan zamanda ise çağrı ihtimaline karşılık işverenin talimatını bekleyen işçilerin durumu özellik arz ettiğinden, çalışma ve dinlenme sürelerinin ayrımı öğretti ve yargı kararlarında tartışılmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi konuya ilişkin olarak 2020 yılında vermiş olduğu kararında icap nöbetinde fiilen daha fazla çalışıldığı kanıtlanmadığı takdirde, icap nöbetinde geçen sürenin 1/8'nin çalışma süresinden sayılması gerektiği sonucuna varmıştır. İlgili karar ve incelemesi ile bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Asiye Şahin Emir, 'İcap Nöbetinde Geçen Sürenin Çalışma Süresinden Sayılması-Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi' (2022) (1) 329, 329 vd.

30 Alp (n 2) 839; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 224; Aydınöz (n 6) 118; Hekimler (n 21) 225; Alman Hukukunda da çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin olarak Çalışma Süreleri Kanunu (Arbeitszeitgesetz)'nda getirilen düzenlemelerin tele çalışma için de uygulanması gerektiği, tele çalışanın çalışma ve dinlenme sürelerine uymasının işverenin yükümlülüğü olduğu ve bunun için işverenin gerekli önlemleri alması gerektiği ifade edilmektedir. Ingo Schöllmann, 'Mobile Working, Telearbeit, Desksharing' (2019) NZA-Beilage 81, 81; Norbert Kollmer, 'Das Recht der Tele- und Mobilen Arbeit im Lichte des Arbeitsschutzes 4.0' (2023) NJW 473, 476; Voigt (n 26) 453.

31 Tunca (n 27) 24-29; Göktaş (n 27) 42-43; Sevil Doğan, 'İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi' (2020) 26(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1179, 1180.

32 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 395; Tunca (n 27) 19.

İşçiyi koruma ve gözetme borcu, işyerinde ortaya çıkabilecek iş tehlikeleri karşısında işçinin yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, ayrıca kişiliğinin korunmasını ve bunun için gerekli önlemlerin alınmasını kapsar (TBK m. 417). Çalışma saatleri dışında ana bilgisayar sunucusunun kapatılması, çalışma saatinin bitiminden belirli bir süre sonra e-posta alımının durdurulması, günlük azami e-posta alma sınırının getirilmesi, bazı saatler dışında toplantı yapılmasının ya da e-posta gönderilmesinin yasaklanması, gün içerisinde belli aralıklarla ara verme uyarısı veren programların kullanılması, çalışma saatleri dışında özellikle gece veya hafta tatilinde sisteme girişin engellenmesi gibi yöntemler işverenlerce alınabilecek önlemler arasında sayılabilir³³.

Tele çalışmada işin bilgi ve iletişim teknolojisi araçlarıyla gerçekleştirilmesi, işçinin ekran karşısında uzun süreler geçirmesi nedeniyle sağlığının olumsuz etkilenmesi sonucunu doğurabilmekte, özellikle çalışanların göz ve beden sağlığı açısından tehlikeler yaratabilmektedir³⁴. İşverenin işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin korunması bakımından gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü tele çalışan işçiler bakımından da geçerliliğini korur. İş Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca, *“İşveren, uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışmanı bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür.”* Aynı hükme Yönetmeliğin 12. maddesinde de yer verilmiştir.

Ekranlı araçlarla çalışmada iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin esaslar ise “Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik³⁵”te düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesinde işverenin işyerinde gerçekleştireceği risk değerlendirmesinde; çalışma merkezlerinde ekranlı araçların kullanımından kaynaklanan riskleri, özellikle görme, fiziksel sorunlar ve mental stresle ilgili riskleri de dikkate alarak, bu risklerin etkileri, yol açabileceği ilave etkiler ile risklerin bir arada olmasından kaynaklanabilecek olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması veya en aza indirilmesi için her türlü sağlık ve güvenlik önlemlerini almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca yönetmelikte çalışanların sağlıklarının korunması amacıyla, monitör, klavye, çalışma masası ve sandalyesi, aydınlatma, ısı, gürültü, radyasyon gibi çalışma ortamına ilişkin unsurlar bakımından çalışma ortamında uyulması gereken esaslar ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

İlgili Yönetmeliğin “Çalışanların Bilgilendirilmesi ve Eğitimi” başlıklı 6. maddesinde ise, işverenin çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine ilişkin mevzuat hükümlerini de dikkate alarak ekranlı araçlarla çalışanlara, işe başlamadan önce ve çalışma koşullarında önemli bir değişiklik olduğunda gerekli eğitimleri vermekle yükümlü olduğu düzenlenmiş, eğitimin özellikle ekranlı araçlarla çalışmalarda riskler ve korunma yolları, doğru oturuş, gözlerin korunması, gözleri en az yoran yazı

33 Aydınöz (n 6) 124-125; Dulay Yangın, Tele Çalışma (n 8) 247; Bu hususta Baycık, Doğan, Dulay Yangın ve Yay'a göre, İş Kanunu'nun uzaktan çalışmaya ilişkin hükümleri arasında özel bir düzenleme getirilerek işverene, işçinin önceden bilgilendirilmesi ve kişisel verilerinin ihlaline yol açmaması koşuluyla, sisteme girişin gece veya hafta tatilinde engellenmesi, veri işlemenin ve bağlantı süresinin takip edilmesi, belirli bir çalışma süresinin doldurulması halinde uyarı veren programların kullanılması gibi teknolojik imkanlarla çalışma ve dinlenme sürelerinin takibi konusunda sorumluluk getirilmesi uygun olacaktır. Baycık, Doğan, Dulay Yangın ve Yay (n 2) 1694.

34 Dulay Yangın, '6715 Sayılı Yasa' (n 5) 164.

35 RG 16.04.2013/28620.

karakterleri ve renkler, çalışma sırasında gözleri kısa sürelerle dinlendirme alışkanlığı, gözlerin, kas ve iskelet sisteminin dinlendirilmesi, ara dinlenmeleri ve egzersizleri kapsayacağı ifade edilmiştir. Bu açıdan ilgili düzenleme ile ara dinlenmelerinde işçinin korunması amaçlanmıştır.

Yönetmeliğin “Günlük Çalışma Düzeni” başlıklı 7. maddesinde ise, işverenin ekranlı araçlarla yapılan çalışmalardan kaynaklanan iş yükünü ve etkilenmeyi azaltmak amacıyla, uygun çalışma planı yaparak operatörlerin periyodik olarak ara vermesini veya dönüşümlü olarak başka işlerde çalışmalarını sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiş, böylece ara dinlenmelerine ilişkin bir güvence getirilmesi hedeflenmiştir.

C. UZAKTAN ÇALIŞMADA İŞÇİNİN DİNLENME HAKKINA İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Uzaktan çalışan işçinin dinlenme hakkına ilişkin olarak, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Evde Çalışmaya İlişkin 184 sayılı Tavsiye Kararı'nın “Çalışma Saatleri, Dinlenme Süreleri ve İzin” başlıklı 8. Bölümünde, bir işin tamamlanma süresi belirlenirken, evde çalışan işçiyi diğer işçiler tarafından yararlanılan günlük ve haftalık dinlenme imkanından mahrum bırakmaması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca ulusal yasa ve düzenlemelerin evde çalışanların da diğer çalışanlar gibi ücretli resmi tatillerden, yıllık ücretli izinden ve ücretli hastalık izninden hangi koşullar çerçevesinde yararlanmaya hak kazanacağını belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁶. Bununla birlikte dinlenme hakkının sağlanmasına ilişkin herhangi bir güvenceye yer verilmemiş, konu ulusal düzenlemelere bırakılmıştır.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün son yıllarda bu yönde rapor ve rehberleri de bulunmaktadır. Covid-19 pandemisinde tele çalışmaya ilişkin Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından yayımlanan rehberde (“*Teleworking during the COVID-19 Pandemic and beyond, A Practical Guide*”), tele çalışanların çalışma sürelerini ve işe başlama ve bitiş saatlerini belirlemede esnek olmaları için desteklenmelerinin önemi ifade edilmiş, esnek çalışma ve işçilerin dinlenme süreleri ve kişisel hayatlarına ayıracakları zamanlarda ulaşılamama hakkını güvence altına alan, işçileri koruyucu standartlar içeren düzenlemeler yapılması gerektiği belirtilerek dinlenme sürelerinin etkin hale getirilmesi gereği vurgulanmıştır³⁷. Ayrıca aynı metinde uzaktan çalışanların sağlık ve güvenliği açısından olumsuz etkilerde bulunan “teknostres”, teknoloji bağımlılığı ve aşırı iş yükü risklerinin ortaya çıkmaması açısından tam olarak dinlenmeleri ve işten uzaklaşmaları gerektiği ifade edilmiş, günlük çalışma süresi içerisinde yeterli ara dinlenmelerinin işçiye sağlanması gerektiği belirtilmiştir³⁸.

36 <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312522:NO>, Erişim Tarihi: 15.03.2023.

37 ILO, *Teleworking during the COVID-19 Pandemic and beyond, A Practical Guide*, 23; <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_protect/—protrav/—travail/documents/instructionalmaterial/wcms_7_51232.pdf>, Erişim Tarihi: 22.03.2023.

38 ibid 13.

Uluslararası Çalışma Örgütü-Eurofound tarafından yapılan araştırma ile yayımlanan raporda ise, gerek Avrupa Birliği ülkeleri gerekse çalışmaya dahil olan diğer ülkelerde uzaktan çalışma modelinde çalışma sürelerinin klasik iş ilişkilerine kıyasla daha uzun olduğu tespit edilmiş, uzaktan çalışanların uygun dinlenme sürelerinden yararlanmalarının önemi, özellikle günlük ara dinlenmeleri ile hafta tatili açısından vurgulanmıştır. Ayrıca ilgili metinde uzaktan çalışanın bu çalışma modelinin olumsuz etkilerinden korunabilmesi ve iş-yaşam dengesinin sağlanabilmesi amacıyla ulaşılamama hakkının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir³⁹.

Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Anlaşması'nda ise, yalnızca çalışma sürelerini düzenleme serbestisine yer verilmiş ve tele çalışanın çalışma süresini ilgili mevzuat, toplu iş sözleşmesi ve işyeri uygulamalarına göre düzenleyebileceği ifade edilmiştir (m. 9). Ayrıca uzaktan çalışan işçinin işyerinde diğer işçilerle aynı iş yüküne tabi olması gerektiği belirtilerek eşit davranma yükümlülüğü vurgulanmış, ancak bu hususta eşit davranma yükümlülüğüne aykırılıkların nasıl önlenebileceği ve ne şekilde tespit edileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁴⁰.

Avrupa Birliği'nin Ekranlı Araçlarla Çalışmada Asgari Güvenlik ve Sağlık Gereksinimleri Hakkında 90/270 sayılı Direktifinde, ekranlı araçlarla yapılan işlerde işverenin ekran süresini periyodik olarak ara dinlenmeleri vermek suretiyle kısaltması, böylece ekranlı çalışmadaki iş yükünü azaltması gerektiği ifade edilmiştir (m. 7)⁴¹.

IV. DİNLENME HAKKININ TELE ÇALIŞMA MODELİNE UYGULANMASI

A. DİNLENME SÜRELERİNE UYULUP UYULMADIĞININ DENETLENMESİ

Tele çalışmada işçilerin doğrudan işverenin gözetim ve denetimi altında çalışmamaları, dinlenme sürelerinin kullanılıp kullanılmadığının fiziki olarak kontrol edilememesi sonucunu doğurur. Özellikle çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin kanuni sınırlara uyulup uyulmadığı, fazla çalışmaların ispatı ve işçinin iş görme borcunu yerine getirmesine ilişkin olarak taraflar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü gibi sebeplerle işçinin çalışma ve dinlenme saatlerinin işverence denetlenmesi önem kazanmaktadır⁴².

Tele çalışmada iş görme borcunun bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla yerine getirilmesi çalışma sürelerinin denetlenmesine olanak sağlamakta, bağlantı süresinin çevrimiçi olarak takip edilmesi ya da işçinin bağlantı süresini takip eden yazılımlar sayesinde, işçinin sistemde ne kadar süreyle aktif olarak bulunduğu, yani iş görme edimini ifa ettiği sürede veri işleyip işlemediği tespit edilmektedir⁴³.

39 Eurofound and the International Labour Office (2017), Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, s. 21, 44, 50; <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/-publ/documents/publication/wcms_544138.pdf>, Erişim Tarihi: 24.02.2023.

40 Aydınöz (n 6) 116; Dulay (n 17) 167; Baycık, Doğan, Dulay Yangın ve Yay (n 2) 1693.

41 Direktif metni için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A01990L0270.201.90726>> Erişim Tarihi: 28.03.2023.

42 Aydınöz (n 6) 122.

43 Dulay Yangın, Tele Çalışma (n 8) 244.

Online tele çalışmada bağlantı süresinin izlenmesi, işçinin çalışma ve ara verme sürelerinin tespitine imkan vermektedir⁴⁴. Bu denetim sürekli bir bağlantının gerekli olmadığı offline tele çalışmada ise bilgisayardaki bağlantı sürelerinden yararlanarak çalışma süresini hesaplayan yazılımlar aracılığıyla gerçekleştirilmektedir⁴⁵. Ancak her iki durumda da işçinin izlendiği konusunda bilgilendirilmiş olması gerekir⁴⁶.

Haftalık ya da günlük çalışma süresi kararlaştırılarak işçiye çalışma saatlerini belirleme konusunda serbesti tanınması da tele çalışmada başvurulan metotlardandır. Bu halde işçi işe başlama ve bitiş saatlerine tabi olmaksızın, iş görme edimini dilediği zaman diliminde yerine getirerek işverence belirlenen çalışma sürelerini ve iş yükünü karşılayabilir. Bu halde işçinin iş gördüğü süreler tespit edilerek toplam çalışma süresinde çalışılıp çalışılmadığı belirlenebilir⁴⁷. Ancak işçinin çalışma ve dinlenme sürelerini belirleme serbestisine sahip olması, doğrudan çalışma sürelerine ilişkin sınırlara uyulması ve işçinin dinlenme hakkının güvence altına alınması sonucunu doğurmaz. İşçiye çalışma saatlerinde esneklik tanınan tele çalışmalarda da çalışma ve dinlenme sürelerine uygun çalışma düzeninin nasıl sağlanacağı ve nasıl denetleneceği belirlenmelidir.

Bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığıyla çalışma süresinin takip edilmediği ve bu hususta işçiye serbesti tanındığı durumlarda ise, güvene dayalı çalışma süresinden (“*Vertrauensarbeitszeit*”) söz edilir. Almanya’da yaygın olarak tercih edilen bu sistemde işçi, işverence belirlenmiş çalışma süresini çalışılan günlere ne şekilde paylaştıracağını, çalışma başlangıç ve bitiş saatlerini ve ara dinlenmesi sürelerini belirlemeye yetkilidir⁴⁸. Bu halde işveren işçinin çalışma sürelerini doğrudan denetlemediğinden, işverenin çalışma sürelerinin takibini sağladığı tele çalışmalarda güvene dayalı çalışma süresi uygulanmaz⁴⁹.

Çalışma ve dinlenme sürelerinin izlenmesi ve denetlenmesi konusunda iş mevzuatı işverene bir yükümlülük getirmemektedir. Yalnızca 14. maddenin 5. fıkrasında uzaktan çalışmaya ilişkin iş sözleşmesinde işin süresinin de belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Uzaktan Çalışma Yönetmeliği’nin “Çalışma Süresinin Belirlenmesi” kenar başlıklı 9. maddesinde, uzaktan çalışmanın yapılacağı zaman aralığı ve süresinin iş sözleşmesinde belirtileceği, mevzuatta uygulanan

44 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 223; Kandemir (n 1) 107; Aydınöz (n 6) 124; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 22) 192; Dulay Yangın, Tele Çalışma (n 8) 245; Ergüneş Emrağ (n 7) 1434.

45 Kandemir (n 1) 108; Aydınöz (n 6) 125; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 22) 192; Civan (n 8) 568; Dulay Yangın, Tele Çalışma (n 8) 245; Ergüneş Emrağ (n 7) 1434.

46 Kandemir (n 1) 108; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 22) 192; Ergüneş Emrağ (n 7) 1434.

47 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 224; Örneğin işçinin çalışma günü içerisinde yaptığı telefon görüşmesi sayısı, bu görüşmelerin süresi, sisteme girdiği veri miktarı gibi veri işleme, toplama, dağıtma faaliyetleri, çalışma süresi için referans alınabilir. Aydınöz (n 6) 125; Uzaktan çalışan işçinin çalışma saatlerini serbestçe belirlediği ve bunun kayıt altına alınmadığı hallerde, işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığının tespiti sorun teşkil etmektedir. Yargıtay kararlarında home-office çalışan üst düzey yöneticinin fazla çalışma talebini işverenin doğrudan kontrolünün olmadığı ve mesailerini kendilerinin düzenlemekte olduğu gerekçeleriyle kabul etmemektedir. Yargıtay 22. HD, E 2015/34908 K. 2018/15289 20.06.2018; Aynı yönde bkz. Yargıtay 22. HD, E 2015/34907 K 2018/15287 20.06.2018; Yargıtay 9. HD, E 2013/10875 K 2015/6980 17.02.2015.

48 Däubler (n 17) 12; Wiese (n 7) 349; Schöllmann (n 30) 81; Alp (n 2) 838-839; Dulay (n 17) 168-181; Dulay Yangın, Tele Çalışma (n 8) 245; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 22) 193.

49 Dulay (n 17) 176; Dulay Yangın, Tele Çalışma (n 8) 246.

sınırlamalara bağlı kalmak koşuluyla taraflarca çalışma saatlerinde değişiklik yapılabileceği, fazla çalışmanın işverenin yazılı talebi üzerine işçinin kabulü ile mevzuat hükümlerine uygun olarak yapılacağı düzenlenmiştir. Ancak bu hususta çalışma sürelerinin işverence nasıl tespit edileceği ve denetleneceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁵⁰. Yönetmeliğin 10. maddesinde ise, uzaktan çalışmada iletişimin yöntemi ve zaman aralığının uzaktan çalışan ile işveren tarafından belirleneceği düzenlenmekle beraber, işçi ile iletişim kurulmasına ilişkin süreler bakımından bir kısıtlama ve güvence getirilmemiştir. İşçinin dinlenme hakkının güvence altına alınabilmesi, bu çerçevede iş sağlığı ve güvenliğinin işyerinde tam olarak sağlanabilmesi için, çalışma ve dinlenme sürelerine uyulup uyulmadığının işverence denetlenmesi önemli bir yer tutmaktadır. Bu açılardan sözü edilen düzenlemelerin eksik olduğu düşüncesindeyiz.

B. ARA DİNLENMESİ, TATİL VE İZİN HAKLARINDAN YARARLANMA

1. Ara Dinlenme Süreleri Açısından

Ara dinlenmesi, günlük çalışma süresi içinde işçiye dinlenme, yeme, içme gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak üzere tanınan ve işçinin fiilen çalışmadığı süreyi ifade eder⁵¹. İş Kanunu'nun 68. maddesinde günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanmak suretiyle "a) Dört saat veya daha kısa süreli işlerde onbeş dakika, b) Dört saatten fazla ve yedibuçuk saate kadar (yedibuçuk saat dahil) süreli işlerde yarım saat, c) Yedibuçuk saatten fazla süreli işlerde bir saat" ara dinlenmesi verileceği düzenlenmiştir⁵².

Ara dinlenmesi, tele çalışma modelinde işçinin uzun süren günlük çalışma süresi içerisinde bedensel ve ruhsal sağlığının korunması, iş gücünü ve verimini yeniden kazanabilmesi açılarından gereklidir. Özellikle evde yapılan tele çalışmalarda iş görme borcunun ifa edildiği yerin işçinin evi olması, çalışma süreleri ile dinlenme sürelerinin iç içe geçmesine yol açmakta, hangi zaman diliminin işçinin dinlenmesine ait olduğunun tespiti güç olabilmektedir⁵³. Tele çalışan işçinin genellikle ekran başında ve sabit durumda çalışması sebebiyle bedensel rahatsızlıklara uğramasının, yalnız çalışması nedeniyle de izole olmasının engellenebilmesi, ayrıca daha verimli çalışmasının, konsantrasyonun ve odaklanma becerisinin sağlanabilmesi amacıyla günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında

50 Bu düzenleme işverene çalışma ve dinlenme sürelerinin teknolojik yöntemlerle takibini mümkün kılan sistem oluşturma konusunda bir yükümlülük getirmemesi bakımından eksik niteliktedir. Baycık, Doğan, Dulay Yangın ve Yay (n 2) 1694; Aynı yönde bkz. Sevil Doğan, *İş Hukukunda İşçinin İş ve Aile Yaşamı Uyumunun Sağlanması* (Seçkin 2022) 270.

51 Münir Ekonomi, 'Ara Dinlenmesine İlişkin İş Kanunu'nda Öngörülen Süreler ve Yargıtay Kararı' (2014) 11(42) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 19, 22; Süzek (n 8) 853; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 765; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 8) 395; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 6) 333; Tunca (n 27) 151; Doğan, Ara Dinlenmesi (n 31) 1180.

52 Bu süreler nispi emredici nitelikte olup, işçi lehine toplu iş sözleşmeleri veya bireysel iş sözleşmeleri ile daha uzun ara dinlenmesi sürelerinin kararlaştırılması mümkündür. Ekonomi, Ara Dinlenmesi (n 51) 25; Süzek (n 8) 853; Tunca (n 27) 154; Doğan, Ara Dinlenmesi (n 31) 1181.

53 Doğan, Ara Dinlenmesi (n 31) 1195-1196.

İş Kanunu'nun ara dinlenmesine ilişkin 68. maddesinde yazılı esaslar çerçevesinde işçiye ara dinlenmesinin tanınması, işçinin sağlığının korunması açısından önem arz etmektedir⁵⁴.

Tele çalışmada çalışma süreleri işçi özelinde farklı belirlenebilir. Ara dinlenmelerinin de her bir işçi bakımından çalışma süresinin uzunluğuna, çalışma başlangıç ve bitiş saatlerine göre farklı şekilde tespit edilmesi, farklı saatlerde kullanılması mümkündür (m. 68/4). Önemli olan, ara dinlenmesinin tele çalışan işçiye Kanunda öngörülen asgari sürelerle uyarak ve kural olarak kesintisiz şekilde kullanılmasıdır (m. 68/2-3). Bu süre haricinde, ara dinlenmesinden sayılmamak üzere ve ücret kesintisi yapılmaksızın çay, sigara vb. ihtiyaçlar için ara verileceğinin kararlaştırılması da mümkündür⁵⁵.

68. maddenin son fıkrası uyarınca, ara dinlenmeleri çalışma süresinden sayılmaz, ara dinlenmesinde geçen süreler, diğer dinlenme sürelerinden farklı olarak ücrete hak kazandırmaz. Ancak işçinin ara dinlenmesi verilmeyerek çalıştırılması halinde, bu süre bakımından ücrete hak kazanacağı şüphesizdir. Ara dinlenmelerinde tele çalışan işçinin mutlaka o süreyi serbest zaman olarak, dilediği yerde ve dilediği şekilde geçirmesinin sağlanması gerekir. İşçinin bu süreyi işverenin emir ve talimatını almak üzere çıkacak işler için bekleyerek geçirmesi halinde ara dinlenmesinin kullanıldığından söz edilemez. Bu halde ara dinlenmesinin de çalışma süresinden sayılması ve ücretlendirilmesi gerekir⁵⁶.

2. Tatil Süreleri Açısından

İş Kanunu'nun 46. maddesinde, bu kanunun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşuluyla yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verileceği düzenlenmiştir⁵⁷. Hafta tatili, ücretli bir dinlenme süresi olup, çalışılmayan hafta tatili için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir (m. 46/2). Hafta tatili verilmeksizin çalıştırılan işçiler ise, o gün için yüzde 50 zamlı ücrete hak kazanır⁵⁸.

Ulusal bayram ve genel tatillere ilişkin esaslar İş Kanunu'nda ve Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da⁵⁹ düzenlenmiş ve hangi günlerin resmi tatil olarak kabul edildiği ilgili Kanunun 2. maddesinde sayılmıştır. Hafta tatilinden farklı olarak ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılarak ya

54 Doğan'a göre, tele çalışmada işçiye daha sık ara dinlenmesi verilmesi ve bu sürelerin çalışma süresinden sayılmasıyla birlikte işçi hem daha fazla dinlenme imkanına sahip olacak hem de işçinin fiili çalışma süresi kısaltacaktır. ibid 1197.

55 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 766.

56 Süzek (n 8) 855; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 767; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 396; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 6) 335; Tunca (n 27) 24.

57 Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda hafta tatili Pazar günü olarak belirlenmiştir (m. 3). Ancak Pazar günü çalışılan işyerleri bakımından en az 24 saat kesintisiz uygulanmak kaydıyla hafta tatilinin başka bir gün belirlenmesi mümkündür. Süzek (n 8) 857; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 398; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 769; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 6) 338.

58 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 771; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 6) 341.

59 Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun, RG 17.03.1981/17284.

da sözleşmede hüküm bulunmaması halinde işçinin onayı alınarak kararlaştırılabilir (İş K. m. 44). Ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmadıkları takdirde işçiler, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretlerine tam olarak hak kazanır. İşyerinde bu günlerde çalışılması durumunda ise, işçiye çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir (İş K. m. 47).

Hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerine ilişkin iş mevzuatında kabul edilen esasların tele çalışan işçiler bakımından da geçerli olacağı kuşkusuzdur. İşveren özellikle işçinin dinlenme hakkının önemli teminatlarından biri olan yedi günlük zaman dilimi içerisinde en az 24 saat kesintisiz dinlenmeyi öngören hafta tatilinde işçinin çalışmamasını güvence altına almakla yükümlüdür⁶⁰. Hafta tatili işçinin beden ve ruh sağlığının korunması ve iş gücünün tekrar kazanılması amacıyla, kaynağını Anayasa'nın 50. maddesinden alan bir zorunluluktur. Özellikle evde tele çalışmada işçilerin iş görme edimini yalnız yerine getirmeleri, sosyal hayattan uzaklaşmalarına yol açabileceğinden, çalışanlara sosyalleşme ve aile ile zaman geçirme imkanı tanıyan bu tatil hakkının tanınması önem arz etmekte ve işverenlere bu hususta bir görev düşmektedir. Yine evde çalışan işçilerin iş-özel yaşam dengesi açısından konu değerlendirildiğinde de tatil olması gereken günlerde çalışmamaları ev yaşamı bakımından önem göstermektedir.

Benzer sonuç kanaatimizce ulusal bayram ve genel tatil günleri bakımından da kabul edilebilir. Ancak İş Kanunu uyarınca söz konusu tatillerde çalışılacağıın taraflarca kararlaştırılabilir olması sebebiyle, bu dinlenme sürelerinin işverence kullanılmasında zorunluluk bulunduğundan söz edilemeyecektir. Bu hususta Yargıtay home office çalışma düzeninde çalışanın çalışma saatlerini kendisinin belirlediğini, belirli bir saat mefhumuna bağlı çalışmadığını ve genel tatil günlerinde çalışmasının kendi inisiyatifinde olduğunu ifade ederek, genel tatil ücretinin reddine karar verilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır⁶¹. Kanaatimizce genel tatil günlerinde işçinin çalışmaması esastır. Burada öncelikle işçinin onayı alınarak işveren tarafından bir çalışma yaptırılmasının söz konusu olup olmadığı değerlendirilmelidir. Böyle bir talebin bulunmadığı ve işverence çalışma saatlerinin tamamen işçinin inisiyatifine bırakıldığı tele çalışmalarda, işçi çalışma başlangıç ve bitiş saatlerini kendisi belirleme serbestisine sahip olduğundan, dilerse gündüz yerine gece, dilerse hafta sonu ya da tatil günlerinde çalışma olanağına sahip olacaktır. Bu açıdan böyle bir ilişki söz konusu olduğunda işçi, genel tatil günlerinde iş görme edimini yerine getirmesi halinde Yüksek Mahkemece de belirtildiği üzere zamlı ücrete hak kazanamayacaktır. Ancak işçinin tatil günlerinde iş görme edimini ifade gönlüllüğünün bulunup bulunmadığını tespit güçtür.

3. Yıllık İzin Süreleri Açısından

Yıllık ücretli izin hakkı, işçilerin belirli bir bekleme süresi sonucunda hak kazanacağı ve çalışma süreleri içerisinde ücretlerinde herhangi bir kesinti olmaksızın serbest kalarak kullanabilecekleri yıllık dinlenme olanağıdır⁶². İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından yıllık ücretli izin, İş Kanunu'nun

60 Däubler (n 17) 18; Bernd Wiebauer, 'Arbeitsschutz und Digitalisierung' (2016) NZA 1430, 1434.

61 Yargıtay 9. HD, E 2013/10874 K 2015/6979 17.02.2015; Benzer yönde, Yargıtay 9. HD, E 2013/10875 K 2015/6980 17.02.2015.

62 Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 6) 345; Tulukçu (n 27) 233, 235; Tunca (n 27) 183.

53 ve devamı maddeleri ile İş Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca kabul edilen Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nde⁶³ düzenlenmektedir. İş Kanunu'nun 53. maddesinin 1. fıkrasında bu hak "*İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.*" şeklinde düzenlenmiştir⁶⁴.

Yıllık ücretli izin hakkı, işçinin kişiliğine bağlı olarak ortaya çıkan, vazgeçilmesi mümkün olmayan ve devredilemeyen bir haktır (İş K. m. 53/II). Bu açıdan işveren işçiye izin hakkını kullandırmak zorunda olup, izin kullandırılmayarak bu süreye ilişkin ücretin ödenmesi de mümkün değildir⁶⁵. Yıllık iznin kullanılma zamanını ise işçinin bu husustaki talebini dikkate almak kaydıyla (Yön. m. 8/III), işin yoğunluğunu ve çalışma koşullarını dikkate alarak belirleme yetkisi yönetim hakkı çerçevesinde işverene aittir⁶⁶.

Tele çalışmada işçiye İş Kanunu'nun esasları çerçevesinde yıllık ücretli izin hakkının kullandırılması, işçinin izin süresi içerisinde iş görme edimini yerine getirmemesinin sağlanması Anayasal dinlenme hakkının temini açısından önem taşır. Aksi durum çalışma koşullarının uygulanmaması anlamına gelir. Ayrıca daha sonra yer verileceği üzere yıllık ücretli izin süresince işçiye işle ilgili hususlarda ulaşılmamasının temin edilmesi de dinlenme hakkının güvence altına alınması bakımından önemlidir⁶⁷. Zira yıllık izin hakkından yararlanan işçi, her türlü iş görme edimini yerine getirme yükümlülüğünden muaf olduğundan, izinde olduğu sürelerde işçiden iş görme edimini ifa etmesinin ya da daima ulaşılabilir olmasının beklenmesi yıllık izin hakkının amacı ile bağdaşmayacaktır⁶⁸. İşçinin yıllık izinindeyken işle ilgili olarak mesaj, e-posta okuma ya da kısa bir görüşme gibi kısa süreli kesintiler haricinde meşgul edilmesi durumunda, kanaatimizce izin hakkından yararlanmadığı kabul edilmelidir⁶⁹.

63 RG 03.03.2004/25391.

64 İş Kanunu'nun 53. maddesinde, işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresinin, "*hizmet süresi; a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara ondört günden, b) Beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara yirmi günden, c) Onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmialtı günden*" az olamayacağı, yıllık izin sürelerinin iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilirliği düzenlenmiştir. Ayrıca ilgili düzenleme uyarınca, "*Yer altı işlerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin süreleri dörder gün arttırılarak uygulanır. Ancak onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz.*"

65 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 787; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 6) 353; Yıllık ücretli izin süresinin kural olarak işveren tarafından bölünmeden sürekli bir şekilde işçiye verilmesi gerekir (m. 56/II). Ancak İş Kanunu'nun 56/III. maddesinde, 53. maddede öngörülen izin sürelerinin, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere bölümler hâlinde kullanılabilirliği düzenlenmiştir.

66 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 8) 408.

67 Wolfhard Kohte, 'Arbeitszeitschutz – ein System kontrollierter und begrenzter Flexibilität' (2019) 67(10) AuR 402, 406 <www.jstor.org> Erişim Tarihi: 22.02.2023.

68 Däubler (n 17) 19.

69 Däubler'e göre, burada bir ayırım yapılmalıdır. Yalnızca cep telefonuna cevap vermek ya da e-posta okumak gibi kısa süreli izin süresince işle ilgili görüşmeler hem kısa süreli olması hem de işçi tarafından cevap verilmemek suretiyle kaçınılabilir olması sebebiyle, izinde bir kesintiye ve iznin kullanılmamış sayılmasına sebep olmamalıdır. Ancak işçiden bir video konferans görüşmesine katılması gibi iş görme ediminin yerine getirilmesinin talep edildiği durumlarda işçinin bu edimleri yerine getirdiği günler izin sürelerine eklenmeli ya da daha sonra kullandırılmalıdır. ibid 20.

C. İŞÇİNİN ÖZEL VE AİLE YAŞAMINA SAYGI DUYULMASI: ULAŞILAMAMA HAKKI

1. Önemi

Teknolojik iletişim araçlarının hayatımızın her alanına dahil olması, özellikle her an e-postalara ulaşma, iş ile ilgili verileri alma ve aktarma olanağı da sağlayan akıllı telefonların sürekli olarak çalışanların erişiminde bulunması çalışma hayatına ilişkin unsurların işçinin günlük yaşamına dahil olmasına yol açmakta ve iş ilişkilerinde çalışanlara sürekli ulaşılabilir olma olanağı yaratmaktadır⁷⁰. Her an erişilebilir olmak, işçilerin sağlık ve güvenliği bakımından olumsuz etkiye bulunma, dinlenme hakkını ihlal etme ve işçilerin kişisel alanlarına ve özel yaşamlarına müdahale oluşturma riskini de beraberinde getirmektedir. İşçi kendisine daima ulaşılabilir olması nedeniyle, işverenin her talebine cevap vermek baskısı altında hissedebilmekte, bu durum işçi üzerinde stres yaratmakta, işverence kendisinden beklenen bir yanıt bulunup bulunmadığını düzenli olarak kontrol etmek zorunda kalabilmekte, böylece iş işçinin tüm yaşamına etki ederek, özel yaşamı ile iş yaşamı arasındaki çizgi silikleşmektedir⁷¹. Buna karşılık yapılan çalışmalarda daima ulaşılabilir olmanın işçinin iş gücüne ve memnuniyetine olumlu bir etkisi de tespit edilememiştir⁷². Bu tehlikeler karşısında her tür iş ilişkisi bakımından özellikle son yıllarda öğretilerde işçinin ulaşılabilir olmama/ulaşılama ya da bağlantıyı kesme hakkı tartışılmaya başlanmıştır.

Ulaşılama hakkı, işçinin çalışma süresi dışında akıllı telefon, eposta, mesaj veya sosyal medya araçlarıyla ulaşılabilir olmamasını ifade etmektedir⁷³. Bu hak ulusal düzenlemelere bakıldığında, ilk kez Fransa'da kanuni düzenleme bulmuş ve işverenlere çalışanların dinlenme süreleri, tatiller, kişisel ve aile hayatlarına vakit ayırmaları amacıyla bilgi teknolojisi (IT) cihazlarının kullanımını sağlayan mekanizmaların bağlantısını kesme ve yeniden bu bağlantıyı açma hususunda şartlar ve koşullar belirleme zorunluluğu getirilmiştir. 2017 yılında yürürlüğe giren bu kanuni düzenleme ile

70 Rüdiger Krause, 'Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf' (2016) NZA 1004, 1005; Secunda (n 28) 7-8; Harmut Oetker, 'Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf' (2016) (17) JZ 817, 817 <www.jstor.org> Erişim Tarihi: 01.03.2023; Kohte (n 67) 406; Gülsevil Alpagut, 'Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik' (2021) Prof. Dr. Turhan Esener 3. İş Hukuku Uluslararası Kongresi 317, 317; Levent Akın, 'Türk Çalışma Yaşamında Pandemi Sürecinde Uzaktan/Evden Çalışma ve Olası Sonuçları' (Legal 2021) Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı 261, 277; Deniz Ugan Çatalkaya, 'Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence "Ulaşılabilir Olmama" Hakkı' (2016) Özel Sayı İÜHF 733, 744-745.

71 Secunda (n 28) 14; Gregor Thüsing, 'Digitalisierung der Arbeitswelt – Impulse zur rechtlichen Bewältigung der Herausforderung gewandelter Arbeitsformen' (2016) 6(3) Soziales Recht 87, 88 <www.jstor.org> Erişim Tarihi: 01.03.2023; Alice Dobrinou, 'Teleworking and the Blurred Boundary between the Employee's Private and Professional Life' (2021) Conf Int'l Dr 202, 204; Alpagut (n 70) 321; Ulaş Baysal, 'İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması' (2018) (40) Sicil İş Hukuku Dergisi 65, 73; Doğan (n 50) 277-279; Ugan Çatalkaya (n 70) 745; İşçinin çalışma süreleri dışında daima ulaşılabilir olması, işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığı bakımından zararlı sonuçlar doğurabilmekte, çeşitli bedensel rahatsızlıklara sebep olabilmekte, ayrıca güvenlik sorunlarına da sebep olabilmektedir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmada çalışanların %40'ından fazlası iş dışında araç kullanırken işle iletişim halinde kaldıklarını belirtmişlerdir. Secunda (n 28) 14.

72 Thüsing (n 71) 88.

73 Uta Schuchart, 'Ständige Erreichbarkeit-Arbeitszeit light vs. Recht auf Unerreichbarkeit' (2016) (8-9) AuR 341, 341 <www.jstor.org> Erişim Tarihi: 01.03.2023.; Thüsing (n 71) 87; Dobrinou (n 71) 206; İşçinin ulaşılama hakkı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut (n 70) 317 vd.; Ugan Çatalkaya (n 70) 733 vd.

50'den fazla işçisi olan işyerleri, sendika ile işçinin ulaşılamama hakkı konusunda pazarlık yapmak; pazarlığın başarısız olması halinde işçinin dinlenme süreleri, aile ve özel yaşamı, tatil dönemleri göz önüne alınarak işçinin çalışma saatleri dışında ulaşılmama hakkını öngören iç politikalar oluşturmakla yükümlü kılınmıştır⁷⁴.

Alman hukukunda ise işçinin ulaşılamama hakkına ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak öğretide işçinin çalışma saatleri dışında ulaşılamama hakkının ("*ständige Erreichbarkeit*") bulunduğu, özellikle dinlenme süreleri içerisinde bu hakkın işverence temin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁵. İşverenlerce de yaygın olarak işçinin ulaşılamama hakkını ve dinlenme sürelerini güvence altına alan düzenlemelere gidildiği görülmektedir⁷⁶.

Alman hukukunda işçiden dinlenme süresi içerisinde bir işin yerine getirilmesinin talep edilmesi halinde işin ifası için geçirilen sürenin çalışma süresinden sayılması ve ücrete hak kazandırması gerektiği ifade edilmektedir. Bu halde dinlenme süresi Çalışma Süreleri Kanunu uyarınca kesintisiz en az 11 saat olması gerektiğinden (Arbeitszeitgesetz 2. Bölüm, m. 5), ulaşılamama hakkının ihlali nedeniyle dinlenme süresinin kesintiye uğradığı ve yeniden başlaması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷. Hatta öğretide kendi inisiyatifıyla dahi olsa işçinin dinlenme sürelerinin işle ilgili bir faaliyet nedeniyle kesintiye uğraması durumunda aynı sonucun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁸. Zira işçinin sürekli ulaşılabilir olma konusundaki iradesi çoğunlukla işle ilgili bir motivasyondan ya da ulaşılabilir olmadığı takdirde işini kaybedeceği baskısından kaynaklanmaktadır⁷⁹. Çalışma Süreleri Kanunu işçileri koruyucu bir yasa olduğundan, işçinin daima ulaşılabilir olma hususundaki rızasına da geçerlik tanınmamalıdır.

Avrupa Birliği hukukunda da konu tartışılmaktadır. 2021 yılında Avrupa Parlamentosu tarafından yayımlanan raporda, çalışanların bağlantıyı kesme hakkı tanımlanmış, söz konusu sorunu doğrudan düzenleyen bir Avrupa Birliği düzenlemesinin bulunmadığı, ancak çalışanların çalışma saatleri dışında ulaşılabilir olmalarının önlenmesi amacıyla bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca uzaktan çalışanların çalışma koşulları, çalışma saatleri ve dinlenme sürelerine ilişkin de hükümler getirilmesi gerektiği kabul edilmiştir⁸⁰.

74 Söz konusu hüküm 2017 yılında ulaşılamama hakkına ilişkin düzenlemeleri de içeren kanunun (El Komhri Kanunu) 55. maddesiyle ile Fransız İş Kanunu'nda (Code du Travail, L2242-17) düzenlenmiştir. Bilgi için bkz. Secunda (n 28) 27-28.

75 Krause (n 70) 1005; Oetker (n 70) 819; Kohte (n 67) 406; Almanya'da yapılan araştırmalarda çalışanların işyerinde çalışan üstleri tarafından daima ulaşılabilir ("*ständige Erreichbarkeit*") olmalarının beklendiği, iş dışındaki serbest zamanlarında iş görme edimini ifa etmelerinin gerekebildiği genel olarak tespit edilmektedir. Örneğin bu yönde yapılan bir araştırmada, katılımcıların yüzde 40'ı iş saatleri dışında daima ulaşılabilir olduklarını ifade ederken, iş dışında ulaşılabilir olmadığını ifade eden katılımcıların oranı yalnızca yüzde 10 olarak belirlenmiştir. Thüsing (n 71) 88.

76 Secunda (n 28) 29-30; Thüsing (n 71) 98; İşverenlerin çeşitli düzenlemeler ve uygulamalar ile işçinin ulaşılamama hakkını sağlamaya çalıştığı görülmektedir. Örneğin, çalışma saatleri dışında e-posta alımı ve gönderiminin kısıtlanması ya da engellenmesi, çalışma saatleri dışında gelen tüm e-postaların "ofis dışı mesaj" olarak geri gönderilmesi gibi uygulamalara başvurulmaktadır. Örnekler için bkz. Alpagut (n 70) 334-335; Akın (n 70) 277; Baycık, Doğan, Dulay Yangın ve Yay (n 2) 1706.

77 Krause (n 70) 1005; Schuchart (n 73) 342; Oetker (n 70) 818; Däubler (n 17) 18; Wiebauer (n 59) 1433.

78 Schuchart (n 73) 342; Oetker (n 70) 818; Wiebauer (n 59) 1433.

79 Schuchart (n 73) 342.

80 <<https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/right-to-disconnect>> Erişim

2. Tele Çalışmaya Uygulanması

İşçinin bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanarak iş görme edimini yerine getirmekle yükümlü olduğu iş ilişkileri başta olmak üzere, türü ne olursa olsun her iş ilişkisinde işçinin daima ulaşılabilir olması işçilerin sağlığı, özel yaşamı ve kişilik hakları açısından tehdit oluşturmaktadır. Tele çalışmada işçi edimini işyeri dışında bilgi ve iletişim araçları ile yerine getirdiğinden, işçinin dinlenme süreleri içerisinde akıllı telefon, e-posta vb. araçlarla işveren, çalışma arkadaşları ya da müşteriler gibi kişilerle bağlantı halinde kalması, görüşmeler yapması, yanıt vermesi, verilen görevleri yerine getirmesi gibi işçinin dinlenme hakkının ihlali ve özel yaşama müdahale sonucunu doğuran uygulamalar daha sık gözlenmektedir⁸¹. İşçinin dinlenme süreleri içerisinde daima ulaşılabilir olması, çalışma ile dinlenme süreleri arasındaki sınırı bulanıklaştırmakta, iş ile özel hayat dengesinin bozulmasına sebep olmaktadır⁸².

Tele çalışan işçinin dinlenme hakkının temin edilmesi ve özel yaşamının korunması amacıyla, işçiye dinlenme süreleri içerisinde ulaşılamaması önem taşıyor ve işverenin bunu sağlamak üzere işçiyi koruma borcu çerçevesinde gerekli önlemleri alması gerekir⁸³. İşçiye ulaşılabilecek saatlerin belirlenmesi ve bu saatler dışında erişimin engellenmesi çözüm oluşturabilir. Bireysel ya da toplu iş sözleşmelerinde işçinin “bağlantıyı kesme hakkı”na yer verilmesi de, çalışma saatleri dışında işçinin dinlenme hakkının temin edilmesi bakımından yarar sağlayacaktır. İşçiye ulaşılabilecek saatlerin belirlenmesi her zaman dinlenme süreleri ile birebir örtüşmeyip, farklı şekilde de kararlaştırılabilir. Ancak işçinin ulaşılabilir olduğu sürelerin dinlenme sürelerini de kapsaması halinde, işçinin dinlenme hakkının güvence altına alındığı söylenemeyecektir⁸⁴. İşçinin her an ulaşılabilir olma konusunda rızasının alınması ise hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacaktır⁸⁵.

İşçinin dinlenme süreleri içerisinde ulaşılabilir olması halinde bu sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağı belirlenmelidir. Zira çalışma süresinin tespiti, işçinin dinlenme hakkının sağlanıp sağlanmadığının yanı sıra işverenin ücret ödeme borcunun belirlenebilmesi açısından da gereklidir⁸⁶. Kural olarak dinlenme süreleri içinde iletişim araçları vasıtasıyla işçiden doğrudan iş görme edimini

Tarihi: 20.03.2023.

81 Alpagut (n 70) 324; Baycık, Doğan, Dulay Yangın ve Yay (n 2) 1706.

82 Thüsing (n 71) 88; Tuncay (n 17) 46; Alpagut (n 70) 324-325; Aydınöz (n 6) 186; Baysal (n 71) 73; Ugan Çatalkaya (n 70) 733; Baycık, Doğan, Dulay Yangın ve Yay (n 2) 1706; Wiebauer (n 59) 1430; Dobrinou (n 71) 204-205.

83 Krause (n 70) 1005-1006; Oetker (n 70) 819; Wiebauer (n 59) 1435; İşçinin taşınabilir kişisel iletişim cihazlarının ulaşılabilirliğine ilişkin olarak, çalışma süreleri bakımından hak ve yükümlülüklerle ilişkin sınırların taraflar arasında olabildiğince ayrıntılı ve açık bir biçimde düzenlenmesi yararlı olacaktır. Baysal (n 71) 73.

84 Oetker (n 70) 819; Fransız hukukunda ulaşılabilir saatlerin hukuki niteliği hakkında Fransız Temyiz Mahkemesi 1999 tarihinde verdiği bir kararda işçinin eylemli olarak çalışmadığı ve fakat işverence erişilebilir olmakla yükümlü tutulduğu bu sürenin hukuken ne çalışma ne de dinlenme süresinden sayıldığına karar vermiştir. Karara göre çağrı dönemi olarak ifade edilen bu süreler, işçinin eylemli çalışması olmasını içermese de, iş yükümlülüğü ile bağlantısını tamamen koparmasına izin vermediğinden dinlenme süresi olarak nitelendirilemez. Böylece kararda bu süreler çalışma süresinden sayılmasa da, dinlenme süresi olarak da kabul edilmediğinden işçiye, bu sürelerin de haricinde asgari dinlenme süresinin verilmesi gerektiği ortaya koyulmuştur. Söz konusu karar ve işçinin çağrı almak üzere beklediği sürelerin dinlenme süresinden sayılmayacağı hususunda diğer karar örnekleri için bkz. Aydınöz (n 6) 189-190.

85 Ugan Çatalkaya (n 70) 749-750; Alpagut (n 70) 327.

86 Alpagut (n 70) 328.

ifa etmesinin istenmesi halinde, çalışma süresinden sayılması ve fazla çalışmaya hak kazandırması gerekir⁸⁷. Acil, beklenmeyen veya olağanüstü hallerin ortaya çıkması durumunda, belirlenen saatler dışında işçiye başvurulması söz konusu olabilir. Bu hallerde de çalışma süreleri dışında işçiden beklenen çalışmanın çalışma süresinden sayılması ve fazla çalışma olarak nitelendirilmesi gerekir⁸⁸.

Burada işçinin dinlenme süreleri içerisinde ulaşılabilir olması dolayısıyla iş görme edimini yerine getirmeye devam etmesi ile işçiye yalnızca soru sorulması, kısa bir görüşme yapılması gibi durumlar ayırt edilmelidir. Alman hukuku öğretisinde dinlenme sürelerinde işçiye iletişim araçları ile ulaşılması sebebiyle yaşanan küçük ve “zararsız” nitelikte kesintilerin, çalışma süresinden sayılmaması ve dinlenme sürelerinin yeniden başlamasına sebep olmaması gerektiği belirtilmektedir⁸⁹. En az 9 saatlik bir dinlenme süresi sağlanması, işçinin dinlenme süresini kesintiye uğratan işlerin en çok 15'er dakika sürmesi, aylık ya da yıllık belirli sayıda, istisnai durumlar bakımından böyle bir kesintinin mümkün olması koşullarıyla kısa süreli ulaşılabilirliğin dinlenme sürelerini kesintiye uğratmaması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁰.

Kanaatimizde de işçiden kısa bir soruya yanıt vermesi gibi fazla vakit ayırmayı gerektirmeyecek işlerin istenmesi halinde bu durum işçinin çalışma süresinden sayılmasını gerektirmez, ancak bunun ölçüsü ve sınırlandırılması güçlük arz edebilir. İşçiye çalışma süresi dışında yöneltilen soru ve isteklerin ulaşılamama hakkının ihlali olup olmadığı meselesi, yalnızca işçiden istenen şeyin çalışma süresine dahil olup olmadığı kıstasıyla çözümlenemez. Nitekim, biri işçinin özel ve aile yaşamına dair menfaatlerini korurken, diğeri öncelikle işçinin ücretle ilişkili haklarını koruma amacına hizmet etmektedir. Bu nedenle, içinde bulunduğumuz iletişim toplumunun olağan koşulları ile iş ilişkisinin gereklilikleri bir arada gözetildiğinde, çalışma süresinden sayılmayacak derece kısa olsa dahi, işçinin zihnen işten uzaklaşmasına engel olacak süreklilik ve yoğunluğa ulaşan her türlü etkileşimin/erişim talebinin özel yaşama saygı bağlamında dinlenme hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmalıdır.

SONUÇ

Son yıllarda uzaktan çalışmaya ilişkin İş Kanunu'nda ve Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinde düzenlemeler yapılmış olmakla beraber, işçinin dinlenme hakkını koruyucu nitelikte herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Özellikle çalışanların günlük çalışma süresi içerisinde ara vermeksizin çalışmaları, yıllık izin, hafta tatili gibi dinlenme sürelerinde iş görme edimini uzaktan ifaya devam etmek durumunda kalmaları, her zaman erişilebilir olma baskısı, hastalık halinde işçiden uzakta/

87 ibid 331.

88 Aydınöz (n 6) 188.

89 Schuchart (n 73) 342; Däubler (n 17) 18; Wiebauer (n 59) 1433; Kollmer (n 30) 476.

90 Bu hususta bkz. Krause (n 70) 1005; Oetker (n 70) 818; Däubler (n 17) 18-19; Wiebauer (n 59) 1434; Krause'ye göre, dinlenme sürelerinde ulaşılamama hakkında yaşanan bu tür küçük kesintiler bakımından kesin bir ayırım yapılmadığından, yasa yeterli temel sağlamamaktadır. ibid 1005; Yine öğretilerde dinlenme sürelerinde yaşanacak e-mail okuma gibi küçük kesintilerin çalışma süresinden sayılmasının gerekmeceği, ancak bunun günlük çalışma süresi içinde ya da dinlenme tatil günlerinde günlük 15-30 dakikayı geçmeyecek çalışmalar için geçerli olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Kollmer (n 30) 476.

evde çalışmasının beklenmesi gibi uygulamalar işçinin dinlenme hakkını ihlal etmekte, işçinin sağlığı açısından olumsuz etkide bulunmakta ve ayrıca iş-özel yaşam dengesini bozmaktadır.

İş Kanunu'nun dinlenme hakkını güvence altına alan düzenlemeleri tele çalışan işçiler bakımından da geçerlidir. Ancak tele çalışma modelinde ortaya çıkan bazı sorunlara çözüm oluşturmakta yetersiz kalmaktadır. Uzaktan çalışmaya ilişkin yasal düzenlemelerin işçinin iş-özel yaşam dengesini koruyucu ve dinlenme sürelerini güvence altına alacak şekilde düzenlenmesi, işçinin ara dinlenmesi ve hafta tatili başta olmak üzere dinlenme sürelerine uyulması hususunda işverene yükümlülük getirilmesi gereklidir. Özellikle tele çalışan işçilerin çoğu zaman klasik anlamda iş ilişkisi ile çalışan işçilere göre daha uzun saatlerle çalışmakta olması sebebiyle, işçinin gün içerisinde İş Kanunu'nda öngörülen asgari ara dinlenmesi sürelerinde çalışmamasının temin edilmesi, hafta tatili ve diğer tatillerde çalışma yaptırılmamasının ve işçiye yıllık izinde bulunduğu sürelerde ulaşılmamasının sağlanması önem taşımaktadır. Bunu sağlamak amacıyla işverene sözü edilen sınırlamalara uyulmasını temin eden ve denetimi mümkün kılan sistemleri geliştirme yükümlülüğünün getirilmesi yararlı olacaktır. İş mevzuatında işverene çalışma ve dinlenme sürelerine uyulup uyulmadığının denetlenmesine ilişkin bir yükümlülük getirilmemiş olması eksikliklerdir. İşverene bu yönde yükümlülük getirilmesiyle, işçiler tarafından dinlenme sürelerine uyulup uyulmadığının denetlenmesi, böylece işçilere dinlenme hakkının tam olarak sağlanıp sağlanmadığının tespiti mümkün olabilecektir.

İşçinin daima ulaşılabilir olması ya da işverence işçiden daima erişilebilir olmasının beklenmesi de tele çalışan işçinin dinlenme hakkının temini bakımından ortaya çıkan önemli sorunlardan biridir. Her an ulaşılabilir olmak işçi üzerinde strese yol açmakta ve işçinin işten uzaklaşarak, dinlenme sürelerini etkili olarak kullanmasına engel olmaktadır. Dinlenme süreleri içerisinde işçiden ulaşılabilir olmasının beklenmemesi ve işverence bunun önlenmesi amacıyla gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir. Sözleşme hükümleri ile bu hakkın güvence altına alınması ve işyerinde işçiye belirli saat aralıklarında ulaşılamaması için iletişim sistemleri üzerinden gerekli düzenlemelerin yapılması faydalı olacaktır. İş saatleri dışında işçiden ulaşılabilir olmasının beklendiği işçiye açıkça bildirilmiş olmasa da işçi üzerinde daima ulaşılabilir olmasının bekleneceği baskısı da yaratılmamalıdır. Zira dinlenme süreleri içerisinde işçinin kendisine ulaşılmasına izin verip vermediği ve dinlenme sürelerinde iş görmesi halinde bunun hangi hallerde işçinin gönüllülüğü ile gerçekleştirildiğinin tespiti güçtür.

KAYNAKÇA

- Akın L, 'Türk Çalışma Yaşamında Pandemi Sürecinde Uzaktan/Evden Çalışma ve Olası Sonuçları' (Legal 2021) Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı 261-300.
- Alp M, 'Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)' (2011) Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan 795-854.
- Alpagut G, 'Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik' (2021) Prof. Dr. Turhan Esener 3. İş Hukuku Uluslararası Kongresi 317-338.
- Aydınöz G, 'İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2014).
- Baycık G, Doğan S, Dulay Yangın D ve Yay O, 'COVİD 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler' (2021) (3) Çalışma ve Toplum Dergisi 1683-1727.

- Baysal U, 'İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması' (2018) (40) Sicil İş Hukuku Dergisi 65-75.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, 'Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme' (2020) Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu <<http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12154/1222>> Erişim Tarihi: 21.01.2023.
- Civan O.E, 'İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)' (2010) (26) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 525-573.
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 35. Baskı, Beta 2022).
- Däubler W, 'Digitalisierung und Arbeitsrecht' (2016) Soziales Recht 2-44 <www.jstor.org> Erişim Tarihi: 22.02.2023.
- Dobrinou A, 'Teleworking and the Blurred Boundary between the Employee's Private and Professional Life' (2021) Conf Int'l Dr 202-208 (Hein Online).
- Doğan S, *İş Hukukunda İşçinin İş ve Aile Yaşamı Uyumunun Sağlanması* (Seçkin 2022).
- Doğan S, 'İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi' (2020) 26(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1179-1202.
- Dulay D, *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma* (Turhan Kitabevi 2016).
- Dulay Yangın D, '6715 Sayılı Yasa'nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi' (2016) (36) Sicil İş Hukuku Dergisi 148-171.
- Dulay Yangın D, 'Bilgi ve İletişim Teknolojilerinde Yaşanan Gelişimin İş Hukuku Üzerindeki Etkileri: Tele Çalışmaya İlişkin Tespit ve Öneriler', (2018) İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III (Oniki Levha) 221-260.
- Ekonomi M, 'Ara Dinlenmesine İlişkin İş Kanunu'nda Öngörülen Süreler ve Yargıtay Kararı' (2014) 11(42) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 19-40.
- Ergünes Emrağ S, '4857 Sayılı İş Kanunu'nun Değişik 14. Maddesi Işığında Tele Çalışma' (2016) 13(51) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1413-1444.
- Eyrenci Ö ve Bakırcı K, *Dünyada ve Türkiye'de Evde Çalışma ve Eve İş Verme* (İstanbul Ticaret Odası 2000).
- Eyrenci Ö, Taşkent S ve Ulucan D, *Bireysel İş Hukuku* (9. Baskı, Beta 2019).
- Göktaş S, 'İşçinin Günlük Dinlenme Hakkı ve Yargıtay Uygulaması' (2012) 7(28) Sicil İş Hukuku Dergisi 42-56.
- Güzel A, 'Fabrika'dan İnternete İşçi Kavramı ve Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme' (1997) 4(2) Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 83-126.
- Hekimler, 'Türk ve Alman İş Hukukunda Home Office Düzenlemeleri: Covid-19 Pandemi Döneminde Karşılaştırmalı Hukuk Boyutunda Genel Bir Değerlendirme' (Legal 2021) Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı 215-259.
- Kandemir M, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma* (Legal Yayınevi 2011).
- Kandemir M, 'Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri' (2014) 72(2) İÜHF 143-166.
- Krause R, 'Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf' (2016) NZA 1004-1007 (Beck Online).
- Kohte W, 'Arbeitszeitschutz – ein System kontrollierter und begrenzter Flexibilität' (2019) 67(10) AuR 402-406 <www.jstor.org> Erişim: 22.02.2023.
- Kollmer N, 'Das Recht der Tele – und Mobilen Arbeit im Lichte des Arbeitsschutzes 4.0' (2023) NJW 473-480 (Beck Online).

- Mollamahmutoglu, H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (Güncellenmiş 5. Baskı, Lykeion 2021).
- Oetker H, 'Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf' (2016) (17) JZ 817-824 <www.jstor.org> Erişim Tarihi: 01.03.2023.
- Özdemir E, 'Uzaktan Çalışma Yönetmeliği Karşısında Tele-Çalışma' (2021) 35(3) Çimento İşveren Dergisi 8-41.
- Schöllmann I, 'Mobile Working, Telearbeit, Desksharing' (2019) NZA-Beilage 81-86. (Beck Online).
- Schuchart U, 'Ständige Erreichbarkeit – Arbeitszeit light vs. Recht auf Unerreichbarkeit' (2016) (8-9) AuR 341-343 <www.jstor.org> Erişim Tarihi: 01.03.2023.
- Secunda P.M, 'The Employee Right To Disconnect', (2019) (9) Notre Dame J Int'l Comp L 1-39 (Hein Online).
- Süzec S, *İş Hukuku* (Yenilenmiş 21. Baskı, Beta 2021).
- Şahin Emir A, 'İcap Nöbetinde Geçen Sürenin Çalışma Süresinden Sayılması-Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi' (2022) (1) 329-348.
- Tuaç Yılmaz P, 'Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Evde Çalışma' (2020) (43) Sicil İş Hukuku Dergisi, 254-273.
- Thüsing G, 'Digitalisierung der Arbeitswelt – Impulse zur rechtlichen Bewältigung der Herausforderung gewandelter Arbeitsformen' (2016) 6(3) Soziales Recht 87-108 <www.jstor.org> Erişim Tarihi: 01.03.2023.
- Tulukçu B, *İş Hukukunda Dinlenme Hakkı* (Adalet 2012).
- Tunca M.E, 'İşçinin Dinlenme Hakkı' (Doktora Tez, Dokuz Eylül Üniversitesi 2013).
- Tuncay C, 'Pandemi Gölgesinde Evden Çalışma' (2021) 18(69) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 23-52.
- Ugan Çatalkaya D, 'Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence "Ulaşılabilir Olmama" Hakkı' (2016) Özel Sayı İÜHF 733-751.
- Voigt P, 'Homeoffice≠Mobile Arbeit' (2018) (10) AuR, <www.jstor.org>, Erişim: 24.01.2023.
- Wank R, 'Telearbeit' (1999) NZA, 225-235 (Beck Online).
- Wiebauer B, 'Arbeitsschutz und Digitalisierung' (2016) NZA 1430-1436 (Beck Online).
- Wiese G, 'Personale Aspekte und Überwachung der häuslichen Telearbeit' (2009) RdA 344-353 (Beck Online).
- Yiğit E, 'Türk Hukukunda ve Alman Hukukunda Uzaktan Çalışmanın Temel Esasları' (2021) 3(2) TAÜHFD, 135-154.

Ölüme Bağlı Tasarruf Yoluyla Vakıf Kurma

Establishment of Foundation Through Testamentary Disposition

Efe Can YILDIRIR* 

ÖZ

Hem kişiler hukuku hem de miras hukukunu ilgilendirmesi sebebiyle ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurma hem kuramsal yönüyle hem de uygulamaya etkisi bakımından oldukça önem taşımaktadır. Bu makale ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfa ilişkin çeşitli sorunları özellikle de TMK m. 526'nın işlevi ve uygulama alanı, mirasbırakanın ölümünden tescile kadar geçen dönemde ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın hukuki durumu, bu ölüme bağlı tasarrufun maddi içeriği ve çeşitli görünüm biçimleri, vakfetme iradesinin miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil edilerek açıklanmasının mümkün olup olmadığı, vakfetme iradesinin geri alınmasına dair sorunlar ve bu ölüme bağlı tasarrufun geçersizliği ile tenkisinin sonuçlarını hem öğretilerdeki çeşitli görüşler hem de yargı uygulaması bağlamında detaylı bir şekilde irdelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vakıf, Ölüme bağlı tasarruf, Miras sözleşmesi, Geri alma, Geçersizlik, Tenkis.

ABSTRACT

Since it concerns both the law of persons and the law of inheritance, the establishment of a foundation through testamentary disposition is of great importance both in terms of its theoretical aspects and its impact on practice. In this article, we aim to examine in detail various problems related to the foundation through testamentary disposition especially the function and application area of Art. 526 TCC, the legal status of the testamentary foundation during the period from the deceased's death until the registration, the material content of this testamentary disposition and its various forms, whether it is possible to disclose the will of endowment by including it in the binding content of the contract of succession, the problems regarding the revocation of the will of endowment, and the consequences of the nullity and reduction of this testamentary disposition, both in the context of in the doctrine and judicial practice.

Keywords: Foundation, Testamentary disposition, Contract of succession, Revocation, Nullity, Reduction.

* Arş. Gör. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID NO: 0000-0002-8287-542X.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Efe Can YILDIRIR

E-posta/E-mail: efecan@istanbul.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.05.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 15.06.2023

I. ÇALIŞMANIN AMACI

Kişiler hukuku ile miras hukukunu birlikte ilgilendirmesi sebebiyle ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurma hem kuramsal yönüyle hem de uygulamaya etkisi bakımından oldukça önem taşımaktadır. Bu makale, Türk Medenî Kanunu'nun birden fazla kitabını ilgilendiren bu kavrama dair tartışmalı durumları hem öğretilerdeki çeşitli görüşler hem de yargı uygulaması bağlamında detaylı bir şekilde irdelemeyi amaçlamaktadır.

II. TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN 526. MADDESİNİN KONUSU VE İŞLEVİ

Vakıflara ilişkin genel hükümler, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun "Kişiler Hukuku" kitabının "Tüzel Kişiler" isimli ikinci kısmının üçüncü bölümünde düzenlenmektedir. Bu hükümlerden TMK m 101 / f. 1'de vakıf şu şekilde tanımlanmaktadır:

"Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır."

Vakıf kurma iradesi, sağlararası bir işlemle ortaya konabileceği gibi ölüme bağlı tasarrufla da açıklanabilir. Nitekim TMK m. 102 / f. 1 şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Vakıf kurma iradesi, resmî senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır."

Kanun koyucu bu genel düzenlemeye ilaveten ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurmaya ilişkin "G. Vakıf" kenar başlığını taşıyan TMK m. 526'da şu şekilde bir düzenlemeye yer vermiştir:

"Mirasbırakan, terekesinin tasarruf edilebilir kısmının tamamını veya bir bölümünü özgülemek suretiyle vakıf kurabilir."

Vakıf, ancak kanun hükümlerine uyulmak koşuluyla tüzel kişilik kazanır."

Bu hükmün ilk fıkrasından hareketle ölümünden sonra vakıf kurulması arzusundaki bir kişinin bu iradesini ortaya koyan bir hukuki işlemde bulunarak, TMK m. 505'te sayılan mirasçılardan saklı paylarını da gözetmek suretiyle, terekesinin tasarruf edilebilir kısmının bir bölümünü veya tamamını vakfedebileceği söylenebilecektir. Esasen vakfın ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulabileceğini belirten TMK m. 102 / f. 1 ve mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde malvarlığında tasarrufla bulunabileceğine dair TMK m. 514 / f. 1'in sistematik yorumuyla da ulaşılabilecek bu hukuki sonucun kanunda ayrıca düzenlenmiş olmasının gerekliliği doktrinde haklı olarak tartışılmaktadır¹.

1 Ölüme bağlı tasarruf yoluyla dahi olsa vakfın kurulacağına TMK m. 102'de düzenlendiğini ve tasarruf nisabı ile sınırlandırılmış ölüme bağlı tasarrufla bulunma yetkisinin ise TMK m. 526'da tekrara gerek olmaksızın zaten TMK m. 514'ten kaynaklandığını belirten Harold Grüninger, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*, Herausgeber: Thomas Geiser / Stephan Wolf (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019) Art 493 N 1. TMK m. 516 / f. 1'de bu maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun terekenin tasarruf edilebilir kısmı çerçevesinde gerçekleşebileceğinin ayrıca belirtilmesine gerek olmadığı yönünde Hans Rainer Künzle, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht*, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexander Jungo (3. Auflage, Schultess Juristische Medien AG 2016) Art 493 N 2.

Kanaatimizce de anılan düzenlemenin bazı genel ilkelerin tekrarından ibaret ilk fıkrası somut bir ihtiyaca yeni bir çözüm getirmemektedir.

TMK m. 526'da yer verilen düzenlemelerin gerekliliği sorunu sadece ilk fıkrayla sınırlı değildir. Nitekim vakfın tüzel kişilik kazanmasına ilişkin TMK m. 101-105 hükümlerine atıfta bulunan TMK m. 526 / f. 2 kaleme alınmasaydı da ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın mevcudiyeti bakımından anılan hükümler uygulama alanı bulacaktı².

Yukarıdaki değerlendirmelerden hareketle açıklayıcı işlevi haiz olduğu sonucuna ulaşılan TMK m. 526'nın kuramsal işlevinin esasen mirasbırakanın ölümü anında vakfın henüz tüzel kişilik kazanmamış olmasının böyle bir hukuki işleme engel olup olmayacağına dair endişeleri³ bir kere daha gidermek⁴ olduğu kanaatindeyiz⁵.

III. TMK M. 526'NIN UYGULAMA ALANI

TMK. m. 526'nın uygulama alanı, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm doğuracak şekilde bir vakfın kurulmasını arzu ettiği durumdan ibarettir. Bir vakfın bu kanun hükmü kapsamında değerlendirilebilmesi için vakfedenin, kurulmasını ölüme bağlı tasarrufla öngördüğü bu tüzel kişiye

- 2 Vakfın kanun hükümlerine uygun olmak zorunda olduğunun kendiliğinden anlaşılabilir olduğunu belirten Peter Weimar, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzliche Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB*, Herausgeber: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Stämpfli Verlag AG 2009) Art 493 N 1; Peter Breitschmid, Paul Eitel, Roland Fankhauser, Thomas Geiser und Alexandra Jungo, *Erbrecht* (3. Auflage, Schulthess 2016) 88. TMK m. 526/ f. 2'de ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın tüzel kişilik kazanmasıyla ilgili özel bir düzenlemenin öngörülmediğini belirterek aynı yönde Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi* (TMK m. 495-574), *Cilt-I* (On İki Levha 2018) M 526 N 742.
- 3 TMK m. 526'nın varlığının bu endişeyi önleyici işlevini vurgulayan Arnold Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben* (Art. 457-536) (Dritte Auflage, Schulthess & Co AG 1959) Art 493 N 1.
- 4 İsviçre medeni hukuku üzerinde önemli etkileri bulunan Alman medeni hukukunda ise bu endişelerin aşıldığı görülmektedir. Nitekim Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) miras hukukuna ilişkin hükümleri arasında vakıf kurma maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufuna yer verilmemiştir. Son anılan kanunda ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurulmasına ilişkin düzenlemeler "Genel Hükümler" isimli birinci kitabın "Kişiler" birinci bölümünün "Tüzel Kişiler" olarak isimlendirilmiş ikinci başlığının ikinci altbaşlığı olan "Vakıflar" a dair hükümler arasında yer almaktadır.
- 5 TMK m. 526'nın mirasbırakanın tasarruf nisabına ilişkin düzenlemeler ile bağlı olduğu ve ayrıca vakfın tüzel kişiliğinin mirasın açıldığı anda bulunmamasının kazandırma açısından bir engel teşkil etmediği hususlarını vurgulamaktan başka bir amacının bulunmadığını belirten Peter Tuor, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, I. Abteilung, Die Erben, Artikel 457-536 ZGB* (Verlag Stämpfli & CIE 1964) Art 493 N 1; Paul-Henri Steinauer, *Le droit des successions* (2^e édition, Stämpfli Editions 2015) N 578; Fiorenzo Cotti, *Commentaire du droit des successions* (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDRF), Editeurs: Antoine Eigenmann et Nicolas Rouiller (Stämpfli Verlag AG 2012) Art 493 N 4; Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku* (Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin 2021) N 998; hükmün anılan tereddütleri kaldırmayı amaçladığını belirten bu bağlamda da TMK m. 526'nın gerek atanmış mirasçı gerek vasiyet alacaklısı olmak için mirasbırakanın ölümünde sağ bulunmak şartının istisnası olduğunu vurgulayan Ahmet İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis)* (Sevinç Matbaası 1968) 115. TMK m. 526'nın TMK m. 101 vd.'ndan öte herhangi bir düzenleme getirmediğini ve kişilerin mülk edinme özgürlüğü ile ölüme bağlı tasarrufla bulunma özgürlüğünün aynı zamanda vakıf kurma özgürlüğü anlamına geldiğini belirterek daha genel bir tespitte bulunan Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Jungo (n 2) 88 N 42. Bununla birlikte TMK m. 526'nın, ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın tasarrufla bulunan tarafından aynı anda (diğer bir ifadeyle aynı işleme) atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olarak ele alınmasına yönelik pratik bir anlamının olduğu görüşünde Grüniger (n 1) Art 493 N 1.

malvarlığı özgülmesini kendi terekesi çerçevesinde düzenlemiş olması gerekmektedir⁶. Bundan hareketle mirasbırakanın mevcut vakıf lehine yaptığı ölüme bağlı tasarruf⁷; mirasbırakanın üçüncü kişinin ölüme bağlı tasarrufla kurulmasını öngördüğü vakıf lehine düzenlediği ölüme bağlı tasarruf⁸; mirasbırakanın sağlararası işlemle kurduğu vakıf lehine bir üçüncü kişi tarafından yapılan ölüme bağlı tasarruf⁹; mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufla kurulmasını öngördüğü vakıf lehine üçüncü kişinin düzenlemiş olduğu ölüme bağlı tasarruf¹⁰ TMK. m. 526'nın uygulama alanı dışında kalmaktadır.

Tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa belli bir amaç için yapılan kazandırmalar da esasen TMK m. 577 / f. 2'ye tabi olup TMK m. 526'ya ilgilendirmemektedir¹¹. Nitekim bu kazandırmaları o topluluk içindeki kişiler, TMK m. 577 / f. 2, c. 1 uyarınca kural olarak, mirasbırakan tarafından belirlenen amacı gerçekleştirme kaydıyla birlikte edinirler. Bu olasılıkta bir vakfın mevcudiyeti söz konusu olmadığından ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfa ilişkin TMK m. 526 doğal olarak uygulama alanı bulamayacaktır. Amacın bu yolla gerçekleştirilmesine olanak bulunmadığı ve bundan dolayı da ilgili ölüme bağlı tasarrufun TMK m. 577 / f. 2, c. 2 gereği vakıf kurma sayıldığı durumda da bu tüzel kişilik kanun gereği kurulduğundan yine TMK m. 526'nın uygulanması söz konusu olmayacaktır.

IV. ÖLÜME BAĞLI TASARRUF YOLUYLA KURULAN VAKFIN TESCİL ÖNCESİ HUKUKİ DURUMU

Ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakfın mirasbırakanın ölümünden tescile kadar geçen dönemde kendisine özgülünen malvarlığı ve bundan doğan ürünler üzerinde hak sahipliği meselesine ilişkin hangi hukuki kurgunun benimseneceği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

- 6 Margareta Baddeley, *Commentaire Romand, Code civil II, Art. 457-977 CC Art 1-61 Tit. fin CC*, Editeurs: Pascal Pischonnaz / Bénédicte Foëx / Denis Piotet (Helbing Lichtenhahn 2016) Art 493 N 17; Steinauer (n 5) N 576b; Cotti (n 5) Art 493 N 5. Bu bağlamda mirasbırakanın vakıf kurma iradesini sağlararası bir işlemle açıkladığı ancak tescilden önce öldüğü durumda ölüme bağlı bir vakıftan bahsedilemez. Bu yönde Alexandra Zeiter, *Die Erb Stiftung* (Universitätsverlag 2001) N 190.
- 7 Tuor (n 5) Art 493 N 11; İşeri (n 5) 114-115; Hüseyin Hatemi, *Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi* (Fakülteler Matbaası 1968) 181; Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku* (Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Bası, Filiz Kitabevi 1987) 285; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku* (Filiz Kitabevi 2022) N 771; Zeiter (n 6) N 191; Grüninger (n 1) Art 493 N 1a; Philipp Studhalter, *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB Kommentar*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag 2016) Art 493 N 6; Steinauer (n 5) N 576b; Künzle (n 1) Art 493 N 11; anılan durumda mevcut bir hak süjesi lehine yapılmış olağan karşılıksız kazandırmanın söz konusu olduğunu belirterek Escher (n 3) Art 493, N 10. Ölüme bağlı tasarruf lehtar mevcut vakıf henüz tescil edilmiş olsa da ilgili hukuki işlemin TMK m. 526 kapsamında değerlendirilemeyeceğine vurgu yapan Baddeley (n 6) Art 493 N 34; anılan durumda TMK m. 583'ün uygulama alanı bulacağı ve lehtar vakıf tüzel kişilik kazanana kadar yasal mirasçılardan önmirasçı veya ön vasiyet alacaklısı olacağı hususunda Mehmet Serkan Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu* (On İki Levha 2011) 164-165 dn 419.
- 8 Grüninger (n 1) Art 493 N 1a; Steinauer (n 5) N 576b; Ergüne (n 7) 165 dn 420.
- 9 Studhalter (n 7) Art 493 N 6; Künzle (n 1) Art 493 N 11.
- 10 Tuor (n 5) Art 493 N 12; Baddeley (n 6) Art 493 N 34; benzer Dural ve Öz (n 7) N 772. Bu durumda ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın kazandırmayı iktisabı için üçüncü kişinin ölümü anında mevcut olması gerektiğini de belirterek Escher (n 3) Art 493 N 10; vakfın mirasa ehil olabilmesi hususunda TMK m. 581 vd. ve TMK m. 583'ün uygulama alanı bulacağı hususunda bkz. Tuor (n 5) Art 493 N 12.
- 11 Baddeley (n 6) Art 493 N 34; Cotti (n 5) Art 493, N 5. Bu görüşte olmakla birlikte ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın tüzel kişilik kazanma anına kadar ona özgülünen malvarlığına uygulanması gereken hükümlere dair tartışmaların TMK m. 577 / f. 2, c. 2 şartları dahilinde mevcut sayılacak vakfa da uygulanacağı yönünde Tuor (n 5) Art 493, N 15.

“*Vakıf, ancak kanun hükümlerine uyulmak koşuluyla tüzel kişilik kazanır.*” şeklinde düzenlenmiş TMK. m. 526 / f. 2’den hareket eden bir görüş, vakfın TMK m. 104 / f. 1’e göre “*yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil*” ile tüzel kişilik kazanacağını savunmaktadır¹². Tescilin kurucu niteliğini benimseyerek doktrinde çoğunluğu oluşturan bu yazarlar arasında vakfın hangi andan itibaren tereke üzerinde hak sahibi olacağı hususunda ise görüş ayrılığı mevcuttur. Bu bağlamda savunulan iki görüşten biri vakfın mirasbırakanın ölümü ile tesciline kadar geçen dönemdeki hukukî durumunu ceninin mirasçılığı ile eş tutmaktadır¹³. Bu bağlamda bu görüşün vardığı ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın koşula bağlı olarak¹⁴ tereke üzerinde hak sahibi olabileceği sonucuna dayanak teşkil eden TMK m. 582 şu şekilde düzenlenmiştir:

“*Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur.*

“*Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz.*”¹⁵

- 12 Bu yönde Escher (n 3) Art 493 N 7; Tuor (n 5) Art 493 N 2, 10; Künzle (n 1) Art 493 N 6; Paul Piotet, *Traité de droit privé suisse, Droit successoral* (Editions Universitaires Fribourg 1975) 112; mirasbırakanın ölümüyle birlikte malvarlığı üzerindeki hak sahipliğinin sona ereceği bu bağlamda da terekenin sahihsiz kalamayacağını vurgulayarak Weimar (n 2) Art 493 N 17; bu görüşün diğerlerine nazaran basit olduğunu vurgulayarak Baddeley (n 6) Art 493 N 21; kanunun sistemine en uygun olarak değerlendirdiği bu görüşün neden olabileceği zayıflıkların ortadan kaldırılması için *de lege feranda* ölüme bağlı tasarrufu açan makam tarafından mirasbırakanın iradesine hürmet edilmesine özen göstermekle yükümlü ve denetlenmesi ile sorumluluğu bakımından vasiyeti yerine getirme görevlisine ilişkin hükümlerin uygulandığı bir resmi memurun görevlendirilmesini de öneren Parisima Vez, *Commentaire romand Code civil I, Art. 1-359 CC*, Editeurs: Pascal Pischonnaz / Bénédicte Foëx (Helbing Lichtenhahn Verlag 2010) Art 81 N 44.
- 13 Escher (n 3) Art 493 N 7; Tuor (n 5) Art 493 N 10; İşeri (n 5) 115; Kocayusufoğlu (n 7) 286; Rona Serozan ve Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin 2022) §4 N 181; Weimar (n 2) Art 493 N 18; Çabri (n 2) M 526 N 744; Künzle (n 1) Art 493 N 6; Baddeley (n 6) Art 493 N 21; Sanem Aksoy Dursun, ‘Ölüme Bağlı Tasarrufla Vakıf Kurulmasına İlişkin Özellikler’ iç Saibe Oktay Özdemir, Azra Arkan Serim, Atilla Altop (edr), *Prof. Dr. Sermet Akman’a Armağan* (Filiz Kitabevi 2020) 33; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Genişletilmiş 12. Baskı, Yetkin 2022) 150; TMK m. 526’nın TMK m. 105’e göre özel hüküm olduğunu belirterek Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (5. Baskı, Yetkin 2023) N 548; bu görüşü benimsediği izlenimini veren Dural ve Öz (n 7) N 778. Gelecekte kurulacak vakfın ceninden farklı olarak bir hukuki kişiliğinin bulunmadığını ileri sürerek bu benzerliğin kurulmasına karşı çıkan Piotet (n 12) 112, dn 3. Doktrinde Zeiter bu görüşü eleştirmektedir. Yazarın yönelttiği çeşitli eleştirilerin özünde ise bu görüş tarafından savunulan kurgunun hem kuramsal hem de uygulama anlamında çeşitli zorluklar yaratacağı bulunmaktadır. Yazar, saklı paylı mirasçılara vakfa özgülmesi öngörülen malvarlığı değerlerinin birincil halefi olarak nitelendiren bu kuram savunucularının vakfi tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte geçmişe etkili olarak mirasbırakanın külli halefi kılarak yasal mirasçılarının – hiç bu sıfatı kazanmamışlar gibi – bütün haklarını kaybetmeleri sonucunu meşru gördükleri ve önerdikleri kurgunun mirasbırakanın ölümüyle tescil arasındaki dönemde hem yasal mirasçılarının hem de kurulmasıyla onların mirasçılığını tamamen veya kısmen dışlayacak vakfın aynı anda külli halef olmaları gibi kanun koyucunun muradını yansıtmayan bir duruma yol açtığı görüşündedir. Bunun için bkz. Zeiter (n 6) N 825-826.
- 14 Bu koşul bozucu olarak nitelendiren Weimar (n 2) Art 493 N 18; koşulun geciktirici olduğu görüşünde Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982) 412; Kocayusufoğlu (n 7) 286. Bir görüş de ceninin ana rahminde doğrudan doğruya mirası iktisap ettiğini fakat iktisabın devamının kanuni şartının sağ olarak doğması olduğunu savunmaktadır. Bu görüş için bkz. İşeri (n 5) 115.
- 15 Bu görüş uyarınca ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulması öngörülen vakfın vasiyet alacaklısı olarak tayin edildiği ihtimalde ise vakfın hukuki durumu vasiyet alacaklısı cenininki ile özdeştir. Nitekim TMK m. 581 / f. 1 uyarınca “*vasiyet alacaklısı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır.*” Bu bağlamda da ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın vasiyet alacaklısı sıfatını kazanması, mirasa ehliyet için mirasbırakanın ölümü anında sağ olma koşulunu belirten TMK m. 580 / f. 1’e istisna getirerek ceninin mirasa koşula bağlı şekilde ehil olduğunu düzenleyen TMK m. 582’ye tabi olacaktır. Benzer Kocayusufoğlu (n 7) 288.

Tescilin kurucu etkisine üstünlük tanıyan yazarlardan bir kısmı ise ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın hukukî konumunu esasen TMK m. 583 uyarınca “*ileride doğan çocuk*” ile eşdeğer görmekte¹⁶ bu bağlamda da bu ölüme bağlı tasarrufun yasal mirasçılarının önmirasçı sayıldığı bir art mirasçı atama¹⁷ (kurucu ikame) içerdiğini savunmaktadır. Bu savın dayanak noktası TMK m. 583 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“*Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye artmirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir.*

Mirasbırakan tarafından önmirasçı atanmamışsa, yasal mirasçı, önmirasçı sayılır”.

Mirasbırakanın ölümünden kurucu tescilin gerçekleştirileceği ana kadar ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfa özgülenen malvarlığı değerlerinin yasal mirasçılar tarafından kazanılacağını savunan bu görüşün İsviçre’deki savunucuları, tüzel kişilik kazanmasıyla vakfın kendisine özgülenen malvarlığı değerlerini kanunun öngördüğü özel bir faraziye¹⁸ dayalı olarak mirasın açıldığı andan itibaren hüküm ifade etmek üzere iktisap edeceğini ileri sürmektedir¹⁹. Kurucu ikame görüşünü Türk hukukunda savunan yazarlar ise İsviçre hukukundakilerden farklı olarak vakfın tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte kendisine özgülenen malvarlığı değerlerini özel bir faraziye dayanarak mirasın açıldığı andan itibaren hüküm ifade etmek üzere iktisap edeceğine dair bir tespit bulunmamaktadır²⁰.

16 Bu bağlamda vakfın kurulmasını çocuğun doğumuna değil de ana rahmine düşmesine benzeten Piotet (n 12) 112 dn 3.

17 Vakfa vasiyet yoluyla malvarlığı özgülediği durumda terekenin sahipsiz kalması gibi sorun ortaya çıkmadığını bu bağlamda da terekenin mirasbırakanın ölüm anıyla mirasçılara geçtiğini ve vasiyet konusunun intikalinin de lehdar vakfın kurulmasıyla gerçekleşeceğini belirten ibid 112. Kurucu ikame görüşü bakımından kanaatimizce vakfa malvarlığının mirasçı atama veya vasiyet yoluyla özgülenmesi arasında bir fark yoktur. Nitelikli ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın vasiyet alacaklısı olarak tayin edildiği durumda da vakfın mirasbırakanın yasal mirasçıları vakfın tescil anına kadar ona vasiyet yoluyla özgülenen malvarlığı değerlerini mirasçı sıfatıyla [kurucu ikamede yasal mirasçıların ilk vasiyet alacaklısı sıfatını reddeden Kocayusufoğlu (n 7) 527] elde edecektir.

18 Esasen ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfa malvarlığı özgülemek için yapılan mirasçı atanmanın artmirasçılıkla eşdeğer görülmesi durumunda vakfın kendisine özgülenen malvarlığı değerlerini tüzel kişilik kazandığı andaki (geçiş anındaki) haliyle iktisap etmesi gerekmektedir. Artmirasçının mirası, açıldığı andaki değil, geçiş anındaki haliyle kazanacağı yönünde Damla Gürpınar, *Artmirasçı Atama* (Turhan Kitabevi 2018) 199. Bu durum karşısında ilk olarak Piotet tarafından savunulan bu görüş ise TMK m. 526’da kanun koyucunun, bu sonucu bir hukukî faraziyeyle bertaraf ederek, vakfın kendisine özgülenen malları tüzel kişilik kazandığında mirasın açılma anındaki haliyle iktisap etmesini sağladığını iddia etmektedir. Bu yönde açıkça Piotet (n 12) 112. *Weimar* ise bu görüşü çeşitli açılardan eleştirmektedir. Yazara göre anılan görüş mirasbırakanın iradesine uygun değildir. Yazar, mirasbırakanın vakfın mirasçı atama yoluyla kurulmasını öngörerek yasal mirasçılara önmirasçıların yükümlülüklerinin yüklenmesinin söz konusu olmadığını ve mirasın vakfa intikalinin de – ne olduğu belli olmayan bir hukukî kurgunun varlığının kabulüyle dahi – geçmişe etkili olarak hüküm doğuramayacağını ileri sürmektedir. Bunun için bkz. *Weimar* (n 2) Art 493 N 18. *Zeiter* ise, bu görüşün de – en azından kuramsal olarak – aynı malvarlığı değerleri açısından çift halefiyet sonucu doğuracağını belirtmektedir. Bunun için bkz. *Zeiter* (n 6) N 833. Kurucu ikame görüşünü yasal mirasçılara intifa hakkı sahiplerinin avantajlarını sağlayan dolambaçlı ve vakıf açısından sakıncalı bir yol olarak nitelendiren Serozan ve Engin (n 13) § 4, N 181.

19 Piotet (n 12) 112; Steinauer (n 5) N 579a; Grüniger (n 1) Art 493 N 4.

20 M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Filiz 1995) 160. Kurucu ikame görüşünü kanuni dayanağı itibariyle daha tercih edilebilir bulan Doğan’ın, kurucu ikameye dair açıklamalarında fevkalade ikamede güvenceye dair TMK m. 523’ün kıyasen uygulanacağını belirtmesi ve İsviçre’deki yazarların benimsediği geçmişe yönelik etki yaratan bir kanuni faraziyeden bahsetmemesi kurucu ikame görüşü bağlamında vakfın mirası açıldığı andaki değil tüzel kişilik kazandığı haliyle iktisap edeceğini benimsediği izlenimini yaratmaktadır. Bunun için bkz. Murat Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı* (Legal 2000) 110.

Doktrinde savunulan diğ er bir gör üş ise, ölüme bağı tasarruf yoluyla vakıf kurulmasına ilişkin TMK m. 526'nın tüzel kişilerin hak ehliyetini kazanma şartlarını konu edinen TMK m. 47'ye²¹ göre özel nitelikli olduğunu iddia etmekte ve ilgili vakfın tüzel kişiliğini mirasbırakanın ölümüyle birlikte kazanacağını bu bağlamda da TMK m. 104 /f. 1'e göre yapılacak olan tescilin de açıklayıcı nitelik taşıyacağını ileri sürmektedir²². Böylelikle hem tüzel kişinin hak ehliyetini kazanma anının ne zaman gerçekleşeceği belirsiz bir işlem yerine açıkça tespit edilebilir ölüm olgusuna göre belirlenmesi hem de vakfın kendi varlığı ile ilgili miras hukukuna ilişkin davalara başka herhangi bir şart aranmaksızın taraf olabilmesi sağlanmış olacaktır.

Kanaatimizce tescilden önce ölüme bağı tasarruf yoluyla kurulan vakfın kendisine özgülenen malvarlığı ve bundan doğ an ürünler üzerindeki hak sahipliğı meselesine ilişkin değerlendirmede bulunmadan önce doktrindeki görüşleri irdelemek gerekmektedir.

İsviçre doktrininde yakın dönemde taraftar bulmakla birlikte hukukumuzda savunulmayan ölüme bağı tasarruf yoluyla kurulan vakfın mirasbırakanın ölümüyle tüzel kişilik kazanacağına bu bağlamda da tescilin açıklayıcı nitelik taşıdığına dair görüş "vakıf, ancak kanun hükümlerine uyulmak koşuluyla tüzel kişilik kazanır" şeklinde düzenlenmiş TMK m. 526 / f. 2'ye aykırıdır²³. Anılan düzenleme, belirli amaca özgülenmiş olan bağımsız mal topluluklarının kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanacağını belirten TMK m. 47'den ayrılan değı bilakis ona atıfta bulunan bir içeriğe sahip olup ölüme bağı tasarruf yoluyla kurulan vakıf ile sağı lararası işleme dayanan vakıf arasında tüzel kişiliğ in kazanılması açısından farklılık gözetilmeyeceğini ortaya koymaktadır. Buna ilaveten belirtmek gerekir ki, İsviçre hukukunda 01.01.2016'da yürürlüğe giren kanun değı şikliğıne²⁴ kadar mevcut olan ve bu görüşü meşrulaştırmak için bir dönem dayanak gösterilen aile ve kilise vakıfları gibi bazı vakıfların tescil edilmeksizin mirasın açılmasıyla tüzel kişilik kazanabilmesi durumu 4721 sayılı

21 TMK m. 47 şu şekilde kaleme alınmıştır: "Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar." Vakıflar açısından bu düzenlemede ve kanaatimizce vakıf kurma maddi anlamda ölüme bağı tasarrufunu konu edinen TMK m. 526/ f. 2'de de atıfta bulunulan tüzel kişilik kazanma şartlarına ilişkin düzenleme "...Vakıf, yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil ile tüzel kişilik kazanır..." şeklinde kaleme alınmış TMK m. 102/ f. 1, c. 2'dir.

22 Vakfın tescil yapılmaması bozucu şartına bağı olarak mirasbırakanın ölümü anında hak ehliyeti kazandığını da belirterek Hans Michael Riemer, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 3. Abteilung, Die Juristische Personen, Dritter Teilband, Die Stiftungen Art. 80-89c ZGB* (2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie 2020) Art 81 N 73. Bu görüşteki Zeiter, TMK m. 526'nın TMK m. 47'ye nazaran özel hüküm kabul edilerek vakfın mirasbırakanın ölümü anında hak ehliyeti kazanmasını kabul eden görüşün menfaatlerin (bu ölüme bağı tasarrufa karşı açılan iptal davasında taraf olabilmesi gibi) verimli bir şekilde uygulanması sonucunu doğ urduğu, tescil edilmeksizin tüzel kişilik kazanan aile ve kilise vakıfları ile birlikte diğ er vakıfların eşit şekilde ele alınmasını sağladığı ve vakıf kurma ölüme bağı tasarrufunun geri alınmazlığı ile uyum içinde olduğu için üstün tutulması gerektiğı görüşündedir. Bunun için Zeiter (n 6) N 839. Bu görüşü yeterli hukuki temeli bulunmadığını belirterek eleştiren Vez (n 12) Art 81 N 43. Ölüme bağı tasarruf yoluyla vakıf kurmayı sadece bir ölüme bağı tasarruf çeşidi olarak düzenlemekle yetinerek vakıfların kişiliklerini hangi andan itibaren kazanacaklarına dair hiçbir hüküm içermeyen TMK m. 526'ya dayanarak tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin başlangıcına dair genel nitelikteki TMK m. 47'nin ve onun atıfta bulunduğu vakıflara ilişkin kişiler hukuku hükümlerinin göz ardı edilmesinin kanunun lafzı ve sistematığıyla uyumlu olmadığını ileri sürerek bu görüşe karşı çıkan Weimar (n 2) Art 493 N 18.

23 Benzer Weimar (n 2) Art 493 N 18.

24 01.01.2016'da yürürlüğe giren 2012'de Gözden Geçirilmiş Mali Eylem Görev Gücü Tavsiyelerinin Uygulanması Kanunu ile İMK m. 52 / f. 2'de değı şiklik yapılmış ve o zamana kadar tescilden muaf tutulan aile vakıfları ile kilise vakıfları için tescil yükümlülüğü getirilmiştir.

Türk Medenî Kanunu'na göre kurulan hiçbir vakıf açısından söz konusu olmadığından bu görüşü savunanların bütün vakıfların eşit ele alınarak tüzel kişilik kazanma anlarının uyumlaştırılmasına dair isteminin²⁵ Türk öğretisi ve uygulamasında (ve kanaatimizce 01.01.2016'dan itibaren İsviçre hukukunda da) bir karşılığı da bulunmamaktadır.

Ölüme bağlı tasarruf ile kurulması öngörülen vakıf ile TMK m. 583 uyarınca ileride doğacak çocuğun durumu arasında benzerlik kurarak vakfa malvarlığı olarak özgülenen kazandırmanın tescile kadar önmirasçı olarak yasal mirasçılara intikal edeceğine dair görüş ise esasen ölüme bağlı tasarrufu düzenleyen mirasbırakanın iradesi ile uyuşmamaktadır. Nitekim, aşağıda da açıklanacağı üzere²⁶, vakıf kurma “tüzel kişiliğin düzenleniş biçimini ilgilendiren (vakıf senedi)” ve “malvarlığı özgülemesine yönelik” bir bütünü oluşturan iki ayrı kısımdan oluşmaktadır. Bu bağlamda ilgili ölüme bağlı tasarrufu düzenleyen mirasbırakan ölümünden sonra tamamen kendi iradesinden doğan bir vakfın kurulmasına dair arzusunu bu tüzel kişiliğin mevcudiyeti için zorunlu unsurlara da yer vererek ortaya koymaktadır. Bu durum kanaatimizce ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın durumunu ne zaman doğacağı belli olmayan bir çocuğun durumundan farklı kılmaktadır²⁷. Mirasbırakanın iradesine aykırı bu benzetmeye bağlanması gereken hukuki sonuçlara dair bazı yazarlarca yapılan tespitlerin hukuki kurgusunda da sorun vardır. Şöyle ki, TMK m. 583 uyarınca kurucu ikamede, artmirasçı atamada olduğu gibi, ileride doğan çocuk mirası geçiş anındaki haliyle iktisap eder. Bununla birlikte ileride doğacak çocuk benzetmesini savunan İsviçreli bazı yazarlar tescil ile vakfın kendisine özgülenen malvarlığı değerlerini mirasın açıldığı andan itibaren hüküm ifade etmek üzere iktisap edeceğini ileri sürmekte bunu da varlığını iddia ettikleri ve kanaatimizce herhangi somut hukuki temeli bulunmayan bir kanuni faraziyeyle dayandırmaktadırlar. Bu görüşü savunan Türk yazarların ise kurucu ikameye böyle aykırı bir hukuki sonuç bağlamadıkları görülmektedir. Bununla birlikte bu durum ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfa ilişkin onların ileride doğacak çocuk üzerinden yaptıkları benzetmenin, yukarıda da belirtildiği üzere, mirasbırakanın iradesine uymadığı sonucunu değiştirmemektedir. Nitekim yinelemek gerekir ki, mirasbırakan bu ölüme bağlı tasarrufla esasen zorunlu unsurlarını da belirterek kendisinin kurguladığı vakfın ölümünde hüküm doğurmasını istemekte olup tescil anına kadar kanuni mirasçılara önmirasçının yükümlülüklerini yükleme arzusunda değildir²⁸.

25 Aile ve kilise vakıflarının tüzel kişilik kazanma anına dair istisnai duruma atıfta bulunarak mirasa ehil olma hususunda da ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfa yapılan kazandırmanın önem taşımaması gerektiğini ve amacı farklı vakıflara farklı zamanlarda tüzel kişilik kazandırmanın hukuk güvenliği ve açıklık ilkesine aykırılık da teşkil edeceğini belirten Zeiter (n 6) N 842-843.

26 Bkz. s. 18-19.

27 Gerek Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzük'te gerek Vakıflar Yönetmeliğinde öngörülen düzenlemeler ile mirasbırakanın bu iradesinin bir an önce gerçekleşmesi için vakfın mümkün mertebe en kısa sürede tescilinin sağlanması amaçlanmaktadır. Vakfın kuruluşuna ilişkin düzenlemeler için bkz. VII. Ölüme Bağlı Tasarruf Yoluyla Kurulan Vakfın Kuruluşunun Tabi Olduğu Düzen.

28 Benzer Weimar (n 2) Art 493 N 18. Alman Medenî Kanunu'nun 2101. paragrafı da anılan olasılıkta mirasbırakanın böyle bir iradesi bulunmadığını hükme bağlamıştır. Şöyle ki, anılan düzenlemenin ilk fıkrasında mirasın açıldığı anda henüz cenin halinde bulunmayan bir kişinin mirasçı atanması durumunda, şüphe varsa, onun artmirasçı olarak atandığının kabulünün gerektiği, onun artmirasçı olmasının mirasbırakanın iradesine uymaması halinde mirasçı atanmanın geçersiz olacağı; ikinci fıkrasında ise aynı durumun ancak mirasın açılmasıyla mevcudiyet kazanacak bir tüzel kişilik açısından da geçerli olduğu ve bu durumun (vakfa vakfedenin ölümüyle birlikte hak ehliyeti tanınması hâlinde vakfın mirasbırakanın kazandırmaları

Kanaatimizce ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın tescil edilinceye kadar geçecek dönemdeki hukuki konumunun cenininkine benzediğini ileri süren görüşe üstünlük tanımak gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere bu ölüme bağlı tasarrufu düzenleyen mirasbırakan ölümünden sonra tamamen kendi iradesinden doğan bir vakfın kurulmasına dair arzusunu bu tüzel kişiliğin mevcudiyeti için zorunlu unsurlara da yer vererek ortaya koymaktadır. Bu durum ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfı ana rahmine düşmüş cenine oldukça benzer kılmaktadır. Vakfı, mirasbırakanın ölümüyle birlikte kendisine özgülenen mallar üzerinde tescil²⁹ geciktirici şartının gerçekleşmesiyle hak sahibi kılan³⁰ ve bu süreçte de haklarının da menfaati gerektirdiği takdirde TMK m. 427 / b. 3 uyarınca yönetim kayyımıyla korunmasını sağlayabilecek³¹ bu kurgu hem mirasbırakanın iradesine daha uymakta hem de vakfın menfaatlerinin korunmasını daha etkin sağlamaktadır. Bu kurgu doktrinde iddia edildiğinin aksine³² ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın mirasçı atanması dışında vasiyet alacaklısı tayin edildiği durumda da geçerliliğini korur³³. Bu bağlamda vasiyet alacaklısı olarak tayin edilen vakıf tescil edildiği anda mirasbırakanın ölümüne kadar geriye yürüyerek vasiyete konu menfaatin sağlanmasına yönelik alacak hakkını iktisap edecektir.

V. VAKIF KURMA ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUNUN MADDİ İÇERİĞİ

A. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFTA YER ALACAK UNSURLAR

1. Genel Olarak

TMK m. 526'nın ikinci fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Vakıf, ancak kanun hükümlerine uyulmak koşuluyla tüzel kişilik kazanır.”

Bu düzenleme uyarınca ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulması öngörülen vakfın tüzel kişilik kazanabilmesi için ilgili hukukî işlemde vakıf kurma için kanunun belirlediği içeriğe yer verilmesi gerekmektedir³⁴. Bu bağlamda vakıf kurma işleminin yazılı hâli olarak tanımlanan vakıf senedinde³⁵

için onun ölümünden önce kurulmuş gibi farzedileceğini belirten) BGB § 84'ü etkilemediği düzenlenmektedir. Kurucu ikame görüşünü eleştirirken BGB§ 2101'e de atıfta bulunan Ergüne (n 7) 169-170.

29 Bundan anlaşılması gereken tescil kararının kesinleşmesidir. Bunun için bkz. s. 38.

30 Nitekim Yargıtay da bu görüştedir. Bunun için bkz. Yargıtay 2 HD, E 2004/5896 K 2004/7564, 09.06.2004 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

31 Bu bağlamda tam ve sağ doğumdan önce menfaatleri kural olarak anne ve babası tarafından korunacağı için cenin bakımından sınırlı bir uygulama alanı bulunan TMK m. 427/ b. 3 uyarınca yönetim kayyımı atanmasına [cenin bakımından bu düzenlemeye dayalı kayyım atanmasının yedek bir önlem olduğunu belirten Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Hukukunda Kayyım* (Vedat Kitapçılık 2006) 97] gerçek kişi niteliği taşımadığından dolayı ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakıf açısından daha çok ihtiyaç duyulabilecektir. Aynı yönde Serozan ve Engin (n 13) § 4 N 182 Nitekim TMK m. 107 ile ilgili değerlendirmesinde vakfın kuruluşundaki eksiklikler tamamlanmaya kadar vakfa özgülenen malvarlığı değerlerinin TMK m. 427 / b. 3 uyarınca atanan kayyım tarafından yönetileceği hususunda Ergüne (n 7) 167 dn 425.

32 Bu iddiayı ileri süren Doğan (n 20) 111.

33 Kocayusfapaşaoğlu (n 7) 288; benzer Dural ve Öz (n 7) N 778.

34 Ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasının bunu gerektirdiği yönünde Grüninger (n 1) Art 493 N 2.

35 Tufan Ögüz, *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları* (Beşir 2007) 30; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi

yer alması gereken unsurları belirten ve bu içeriği ile aynı zamanda – vakıf senedinin bir biçimi olarak da nitelendirilen³⁶ – vakıf kurma arzusunu içeren şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufa da uygulanan TMK m. 106³⁷ şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Vakıf senedinde vakfın adı, amacı, bu amaca özgülenen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yeri gösterilir.”

Bu düzenlemede sayılan unsurların, eksikliklerinin ortaya çıkaracağı hukukî sonuçlar dikkate alındığında, eşit önemde olmadığı görülecektir. Nitekim bazılarının eksikliği vakıf kurma işleminin geçersizliğine neden olur iken diğerlerine senette yer verilmemesi senedin tamamlattırılması sonucunu doğuracaktır. Bu hususta yol gösterici nitelik taşıyan TMK m. 107 / f. 1 ve f. 2 şu şekilde düzenlenmiştir:

“Vakıf senedinde vakfın amacı ile bu amaca özgülenen mal ve haklar yeterince belirlenmiş ise, diğer noksanlıklar vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmez.

Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemeye tamamlattırılabilirdiği gibi; kuruluştan sonra da denetim makamının başvurusu üzerine, olanak varsa vakfedenin görüşü alınarak vakfın yerleşim yeri mahkemesince tamamlattırılır.”

Bu düzenlemeden hareketle vakıf kurma maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufunun hüküm doğurabilmesi için ilgili hukuki işlemde vakıf kurma iradesinin, amacın ve bu amaca özgülenen mal ve hakların mutlaka yeterince belirlenmiş olması gerekmektedir³⁸. Bu esaslı unsurlardan birinin eksikliği durumunda ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulması öngörülen vakfın tescili talebi reddedilecektir. Bu bağlamda vakfın tüzel kişilik kazanamamasının doğuracağı hukukî sonuçlar eksik olan esaslı unsura göre değişkenlik gösterecektir.

2. Esaslı Unsurlar

a. Vakıf Kurma (Vakfetme) İradesi

İster sağlararası ister ölüme bağlı olsun geçerli bir vakıf kurma işlemi için malvarlığı değerleri özgülenirken yeni bir tüzel kişilik kurma amacıyla hareket edilmesi gerekmektedir³⁹. Ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurmak isteyen mirabırakanın arzusu irade teorisi çerçevesinde

ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 21. Bası, Filiz Kitabevi 2022) N 1356; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku* (Yirmiüçüncü Baskı, Filiz Kitabevi 2022) N 1547; Sanem Aksoy Dursun, *Vakfın Örgütlenmesi ve İşleyişi* (On İki Levha 2021) 178; Pakize Ezgi Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması ve Değiştirilmesi* (On İki Levha 2022) 59.

36 Bu nitelendirme için bkz. Özsunay (n 14) 398-399.

37 Hatemi (n 7) 217; Öğüz (n 35) 31; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1358; Dural ve Öğüz (n 35) N 1547; benzer Cotti (n 5) Art 493, N 3.

38 Bu unsurları esaslı unsur olarak nitelendirerek Grüninger (n 1) Art 493 N 2a; nitelendirmede bulunmaksızın benzer Baddeley (n 6) Art 493 N 11; Weimar (n 2) Art 493 N 10.

39 Vakfetme iradesini bu işlemin “zorunlu ön koşulu” olarak nitelendirerek Zeiter (n 6) N 519-520. “Vakıf” ifadesi yerine düzenlendiği dönemde yürürlükteki mevzuatta da kullanılan “tesis” kelimesine ölüme bağlı tasarrufta yer verilmiş olmasının vakfedenin vakıf kurma iradesini açıkça ortaya koyduğunu vurgulayan Yargıtay 18 HD, E 2014/12712 K 2014/15899, 10.11.2014 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

yorumlanacaktır. Mirasbırakanın vakıf kurma iradesi bulunmaksızın terekesinin tamamını veya bir kısmını bir amaca yönelik özgülemesi durumunda doğacak hukukî sonuçların tespiti açısından çeşitli olasılıkların incelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, mirasbırakanın ayrı bir tüzel kişilik oluşturmak istemeksizin bir gerçek veya tüzel kişiye belirli ve sürekli bir amaçla kullanmaları için⁴⁰ malvarlığı özgülediği olasılıkta yüklemeli bir ölüme bağlı tasarrufun varlığından bahsedilebilecektir⁴¹.

Özgüleme tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa yapılmışsa buna bağlanacak hukukî sonuç açısından ise TMK m. 577 / f. 2 hükmü uygulama alanı bulacaktır⁴². Anılan düzenleme şu şekildedir:

“Tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa belli bir amaç için yapılan kazandırmaları, o topluluk içindeki kişiler, mirasbırakan tarafından belirlenen bu amacı gerçekleştirme kaydıyla birlikte edinmiş olurlar; amacın bu yolla gerçekleştirilmesine olanak yoksa, yapılan kazandırma vakıf kurma sayılır.”

Kazandırmanın yapıldığı kişi topluluğunun çok geniş olmayıp kimlerden oluştuğu tayin edilebilir⁴³ ve mirasbırakanın arzuladığı amacın da ayrıca herhangi bir örgütlenmeye ihtiyaç duyulmaksızın gerçekleşebilir olduğu durumda⁴⁴ ilgili topluluk üyelerinden her biri yüklemeli bir ölüme bağlı tasarrufun⁴⁵ lehtar⁴⁶ konumunu kazanır. Bununla birlikte kişi topluluğunun geniş olması veya özellikle amacın sürekliliği yüzünden bu kazandırmayla arzu edilen gaye ancak bir örgütlenmeyle gerçekleşebilecek ise bu malvarlığı özgülemesi vakıf kurma olarak hüküm ifade edecektir⁴⁷. Bu

40 Bir gerçek veya tüzel kişiye belirli bir amaç ile kullanılmasına dair bir yüklemeye yüklenmeksizin bir malvarlığı değerine ilişkin talep hakkı kazandırılması durumunda ise sadece vasiyetten söz edilebilecektir. Nitekim Yargıtay 6 HD, E 1974/3559 K 1974/3755, 16.09.1974 tarihli kararından: “... *Mezkûr bölgede, vakfın esaslı bir unsuru olan devamlı bir gaye belirtilmemiştir. Aksine, evdeki hissem satılarak bedelinin caminin onarım, mefruşat ve bakımına sarfedilmesini vasiyet ediyorum denmekle bir defa için yapılması arzulanan hukuki muameleye işaret edilmiş ve vakıf kavramına uygun bir tahsisde yapılmamıştır. Keza satış bedelinin devamlılık arzedecek şekilde zikredilen hususa tahsis edildiğine dair de bir irade beyan olunmamıştır. İşbu belge bir vakıf kurulmasından ziyade, tasarrufu yapan kişinin ölümünden sonra yapılmasını arzu ettiği hususları belirten hukuki bir muameleyi vasiyet etmesinden ibarettir...*” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

41 Bu durumu “*bağimli vakıf*” kavramı kapsamında açıklayan Riemer (n 22) ST N 548, 567; Zeiter (n 6) N 186; tüzel kişi yaratma gayesinin bulunmadığı bu işlemin vakıf kurma işlemi kadar güven verici olmadığını da vurgulayarak Hatemi (n 7) 267-269; “*inançlı vakıf*” kavramı dahilinde ele alan Özsunay (n 14) 364-365; bu kavramlardan herhangi birini benimsemeden Akbulut (n 35) 23. Belirli bir amaca yönelik malvarlığı özgülemenin (bağımsız) vakıf kurma iradesi taşıyıp taşımadığı meselesi ilgili ölüme bağlı tasarrufun asliye mahkemesi tarafından yorumu sonucunda belirlenecektir. Bu yönde İşeri (n 5) 101-102.

42 Benzer Baddeley (n 6) Art 493 N 11.

43 Bu kıstasa vurguda bulunan Kocayusufpaşaoğlu (n 7) 530; Christoph Wildisen, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB*, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016) Art 539 N 4; Stephanie Hrubesch-Millauer, *Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, (4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2021) Art 539, N 7.

44 Ters anlamından benzer Dural ve Öz (n 7) N 1511.

45 Bu tasarrufun yüklemeye içerdiğine yönelik Escher (n 3) Art 539 N 5; Tuor (n 5) Art 539 N 7.

46 Bu ölüme bağlı tasarruftan lehtarlara sadece yüklemeye yüklendiğinin değil aynı zamanda onların mirasçı veya vasiyet alacaklısı olarak atandığının da arzu edildiğinin anlaşılması gerektiğini vurgulayan Steinauer (n 5) N 928b.

47 Bu bağlamda vakfın kurulmasında etken olarak amacın sürekliliğine ağırlık veren Kocayusufpaşaoğlu (n 7) 530; Wildisen (n 43) Art 539 N 5; Hrubesch-Millauer (n 43) Art 539 N 8. Kişi topluluğunun genişliğini sebep olarak öne çıkaran Dural ve Öz (n 7) N 1511; İbid N 928d.

hukuki sonuç TMK m. 577/ f. 2'de *favor testamenti*'nin bir görünümü olarak tahvilin öngörülmesinin gereğidir⁴⁸.

Tüzel kişilik oluşturma iradesi bulunmaksızın belirli bir amaca malvarlığı özgülendiği duruma yönelik ele alınması gereken son olasılık ise ilgili ölüme bağlı tasarrufun irade sakatlığı ile yapıldığı ihtimâldir. Bu durumda ilgili ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin TMK m. 504 ile TMK m. 557 / b. 2 uygulama alanı bulacaktır⁴⁹.

b. Amacın Belirli, Sürekli ve Geçerli Olması

Geçerli bir vakıf kurma işleminden bahsedebilmek için TMK m. 101 uyarınca kazandırma konusu malvarlığı değerlerinin özgülendiği amacın belirli, sürekli ve geçerli olması gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ilgili ölüme bağlı tasarrufun en azından yorumu yoluyla mirasbırakanın koyduğu hedef şüpheye mahal vermeksizin tespit edilebilmelidir⁵⁰. Şayet amaçtan vakıftan yararlanacak lehtarların⁵¹, bu yeni tüzel kişiliğin edimlerinin, gerekli araçlarının ve örgütlenmesinin anlaşılabilmesi durumunda belirliliğin gerçekleşmediği kabul edilmelidir⁵². Esasen hukuk güvenliğinin bir gereği olan amacın belirliliğinin⁵³ sağlanmadığı durumda ölüme bağlı tasarruf yoluyla geçerli bir şekilde vakıf kurulmasından bahsedilemeyeceğinde şüphe bulunmamaktadır⁵⁴. Nitekim vakfın kurulmasına ilişkin hukuki işlemin yorumlanmasından malvarlığının özgülendiği gaye somut bir şekilde tespit edilemiyorsa⁵⁵, anılan olasılık amacın hiç bulunmaması ile eş değer olduğundan⁵⁶ bu içerikte bir ölüme bağlı tasarrufun kanunun öngördüğü emredici bir hukuk kaidesini ihlal ettiği ve bu bağlamda da TMK m. 557/b. 3 uyarınca hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir⁵⁷.

48 Gaspard Couchepin/Laurent Maire, *Stämpflis Handkommentar, Commentaire du droit des successions (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR)*, Editeurs: Antoine Eigenmann, Nicolas Rouiller (Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012, Art 539, N 10 ve dn 20.

49 Zeiter (n 6) N 527.

50 Benzer Ögüz (n 35) 32-33; Dural ve Ögüz (n 35) N 1580; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1336; Aksoy Dursun (n 35) 22; Akbulut (n 35) 74. Faaliyetleri bakımından vakıf organlarına somut dayanak noktası sunmayan (örneğin yardımseverlik, iyilik vb. için) genel ve soyut amaç tanımlarının geçersiz olduğuna yönelik Riemer (n 22) Art 80 N 55. Amacın belirli olmasının vakfın tek bir amaçla kurulması anlamına gelmediğini belirten Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Yenilenmiş Onsekizinci Bası, Beta 2022) 678; bu bağlamda birden fazla amacın aynı anda birlikte bulunmasının öngörülebileceği gibi birbirini ardına gerçekleşecek şekilde de belirlenmesinin mümkün olduğunu belirten İşeri (n 5) 36; Özsunay (n 14) 388.

51 Vakıftan yararlanacak olanların amacın bir kısmını oluşturdukları ve bunların açık veya zımnen belirlenmesinin vakıf faaliyetlerinin somutlaştırılması anlamına geldiği hususunda Riemer (n 22) Art 80 N 52.

52 Ters anlamından benzer Baddeley (n 6) Art 493 N 14.

53 Aksoy Dursun (n 35) 21. Amaca yönelik faaliyetlerin vakfın kuruluş senesinde açık, net ve kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde birer birer gösterilmesi gerektiğine yönelik bkz. Yargıtay 18 HD, E 2002/2494, K 2002/5023, 30.04.2002 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

54 Bu tespitle sınırlı olarak aynı yönde Zeiter (n 6) N 562.

55 İşlemin ayakta tutulması ilkesine atfen öncelikle amacın vakıf senedinin yorumu yoluyla somutlaştırılmaya çalışılmasına vurguda bulunan Akbulut (n 35) 75-76; Aksoy Dursun (n 35) 23; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1336.

56 İşeri (n 5) 35.

57 Ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin hukuka aykırı olması durumuna bağlanması gereken hukuki sonuçlara ilişkin tartışma için bkz s. 52-53.

Vakıf kurma işleminin amacının belirli olmamasına bağlı geçersizlik hâlinde özgüleme konusu malvarlığı değerlerinin akibetinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde yeterince tartışılmadığını düşündüğümüz bu meseleye dair bir görüş anılan olasılıkta belirli olmasa da bir amaca malvarlığı özgülemesi söz konusu olduğu için denetim makamının TMK m. 577/ f. 2 kapsamında bir vakfın kurulması mı yoksa özgülemeye konu edilen malvarlığı değerlerinin önceden kurulmuş bir tüzel kişiliğe tahsis edilmesi mi gerektiğini inceleyeceğini ileri sürmektedir⁵⁸. Bu görüşün hem meseleyi TMK m. 577 kapsamında ele almaya çalışması hem de bu değerlendirme açısından denetim makamını yetkili kılması kanaatimizce isabetli değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, amacın belirli olmadığı bir olasılıkta TMK m. 577 / f. 2'nin uygulanabilirliğinin savunulması bu hükmün metnine ve amacına aykırıdır. Nitekim metni yukarıda verilmiş olan TMK m. 577 / f. 2 açıkça belirli bir amaç için yapılan kazandırmaları konu edinmektedir. Bu nedenle amacın belirli olmadığı bir duruma TMK m. 577 / f. 2'nin uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Buna ilaveten anılan olasılığa dair denetim makamına kanunda tanınmamış bir inceleme yetkisinin bahşedilmeye çalışılması da isabetten uzaktır⁵⁹. Bu duruma vakıf kurma işleminin geçersizliğine ilişkin sonuçlar uygulanmalıdır⁶⁰.

Ölüme bağlı bir vakfın geçerli şekilde kurulabilmesi için belirli olması gereken amaç aynı zamanda sürekli nitelik de taşımalıdır. Esasen mirasbırakanın belirlediği hedefin gerçekleşmesi için yürütülmesi gereken faaliyetlere dair bulunması gereken bu özellikten⁶¹ anlaşılması gereken zaman içerisinde devamlılıktır⁶². Vakfın tüzel kişi olmasından dolayı amacın taşınması gereken bu niteliğin⁶³ yokluğu, vakfın tüzel kişilik kazanmasını engelleyecektir.

Belirlilik ve devamlılık dışında amacın taşınması gereken diğer bir özellik ise geçerliliğidir. Türk Medenî Kanunu'nda vakıf amacının geçerliliği açısından uyulması gereken, biri bu kanuna göre kurulmuş vakıfların tamamını diğeri ise sadece aile vakıflarını ilgilendiren, açık iki sınırlayıcı düzenleme öngörülmüştür⁶⁴. Bunlardan tüm yeni vakıfları ilgilendiren TMK m. 102/ f. 4 şu şekilde düzenlenmiştir:

58 Zeiter (n 6) N 562.

59 Anılan olasılığın TMK m. 107/ f. 3 uyarınca denetim makamına ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakıflara ilişkin verilen özel yetki kapsamında değerlendirilmesi de mümkün değildir. Nitekim – aşağıda açıklanacağı üzere – ilgili hüküm, tescili istenen vakfa ölüme bağlı tasarrufla özgülenen mal ve hakların amacın gerçekleşmesine yeterli olmadığı olasılığa ilişkindir. Bu düzenlemenin uygulama alanı, lafzına uygun şekilde, vakfın amacının kanuna uygun olarak belirli bir şekilde tanımlandığı ancak özgülenen malvarlığı değerlerinin onu gerçekleştirmeye yeterli olmadığı olasılıkla sınırlı ele alınmalıdır.

60 Bkz. IX. Vakıf Kurma Ölüme Bağlı Tasarrufunun Geçersizliğine Dair Esaslar

61 Bu faaliyet sonucunda gerçekleştirilecek amacın süreklilik arz etmesine gerek olmadığını da belirterek Ögüz (n 35) 3; Aksoy Dursun (n 35) 23; amacın özgülenen malvarlığının bir süre vakfın bünyesinde kalmasını gerektirecek içerikte olması gerektiğini vurgulayan Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1340.

62 Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1340; ebedi olmasına gerek olmayan amacın geçici nitelik de taşınması gerektiğini belirten Özsunay (n 14) 389.

63 Hatemi (n 7) 301.

64 Türk Medenî Kanunu dışında başka kanunlarda da vakıf amacına sınırlamalar getirilmiş olabilir. Buna örnek olarak 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu'nun 19. maddesinin birinci fıkrasının b bendinin 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 67. maddesi ile değiştirilmeden önceki hali verilebilir. Anılan değişiklikten önce ilgili düzenleme uyarınca vakıflar ve bunlar tarafından kurulan veya bunların doğrudan veya dolaylı ortak oldukları tüzel kişilere yayın lisansı verilemeyeceğinden vakıfların bu amaçla kurulması yasaktı. Bununla birlikte 6745 sayılı

“Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz.”

Bu düzenlemeye göre yeni kurulan vakfın amacı Cumhuriyet’in Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasa’nın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka⁶⁵, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı⁶⁶ olamayacağı gibi bu tüzel kişilik belirli bir ırk ya da cemaat mensuplarının desteklenmesi amacıyla da kurulamaz⁶⁷. Buna ilaveten TMK m. 5’in atfıyla TBK m. 27’nin kıyasen uygulanması doğrultusunda amacın objektif olarak imkânsız olmaması da gerekmektedir⁶⁸. Geçerlilik değerlendirmesi yapılırken sadece vakfın amacının ilgili ölüme bağlı tasarrufta düzenlenmiş hâline değil aynı zamanda – ve hatta daha çok – buna ulaşılması amacıyla yürütülmesi öngörülen faaliyetlerin içeriğine de dikkat edilmelidir⁶⁹. Bu yaklaşımın benimsenmesi, vakfın amacının geçerliliğine dair kaynak İsviçre Medenî Kanunu’ndan farklı olarak⁷⁰ daha geniş ve içerdiği nitelik kısıtları dolayısıyla daha muğlak şekilde düzenlenmiş TMK m. 102 / f. 4’ün özellikle uygulamada yarattığı sorunların⁷¹ önüne geçilmesine katkı sağlayacaktır.

Kanunun 67. maddesi ile hem bu sınırlama kaldırılmış hem de RTKYHHK m. 19’un d bendine “*Vakıf kurucuları bu Kanunun uygulanması açısından medya hizmet sağlayıcı kuruluş ortağı kabul edilir*” cümlesi eklenmiştir. 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş Yayınları Hakkında Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde 4756 sayılı Kanun ile değişik 29. maddesinin vakıflara ve ortak oldukları şirketlere radyo ve televizyon yayın izni verilmeyeceğine dair ilk fıkrasına dayanarak ilgili konuyu vakıflar açısından yasak amaç olarak nitelendiren Ögüz (n 35) 35.

65 Ahlaktan anlaşılması gerekenin genel ahlak olduğu bu bağlamda da amacın ahlaka aykırı olup olmadığı değerlendirilirken toplum içinde yaşayan makul ve dürüst bireylerin ahlak anlayışının göz önünde tutulması gerektiğini belirten Akbulut (n 35) 80.

66 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin yürürlükte olduğu dönemde “*millî menfaatlere aykırılık*” kavramını çerçevesi belli olmayan bir sınırlama olarak nitelendiren İşeri (n 5) 48; Özsunay (n 14) 390; bu kavramın millî birliğe aykırı olma şeklinde dar yorumlanması gerektiği hususunda Hatemi (n 7) 295-296. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nda muadil düzenlemede millî menfaatlere aykırılık ifadesinin korunup ayrıca millî birliğe aykırılığın da bir geçersizlik sebebi olarak eklenmiş olması dikkat çekicidir.

67 Bu düzenleme esasen tüzel kişilere ilişkin genel hükümlerde yer alan ve “*amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz.*” şeklinde kaleme alınmış TMK m. 47 / f. 2’nin özel bir görünümünü teşkil etmektedir.

68 Özsunay (n 14) 390; Ögüz (n 35) 59. Buna örnek olarak tarihsel olarak kesin bir gerçeğin araştırılması amacının konusunun objektif olarak imkânsız olduğuna hükmedilmiş olan (yayınlanmamış) BGE 5C.140/1998 kararını kaynak göstererek belirten Martin Eisenring, *Kommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen – und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG*, Herausgeber: Peter Breitschmid / Alexandra Jungo (3. Auflage Schultess Juristische Verlag AG, 2016) Art 80 N 6. Bununla birlikte öğretide özgül malvarlığının amacı gerçekleştirmeye yeterli olmadığı durumda da vakfın amacının imkansızlığına dayalı olarak tescilin reddedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu yönde Aksoy Dursun (n 35) 27; Akbulut (n 35) 80-81. Kanaatimizce bu durumda vakıf amacının imkansızlığından ziyade kazandırmanın konusu malvarlığının yetersizliği söz konusudur. Bu tespite katılmakla birlikte anılan olasılıkta TMK m. 107 / f. 3’ün uygulanacağını belirtmek isteriz. Buna ilişkin detaylı açıklama için bkz. s. 16-17.

69 Thomas Aebersold und Rahel Leimer, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2021) Art 80 N 9; ortaklıkların amacı için bu yönde BGE 115 II 404.

70 İsviçre Medenî Kanunu’nda TMK m. 101 / f. 4 benzeri bir düzenleme bulunmamakta olup vakfın amacının geçerliliğine ilişkin sınırlar genel düzenlemelere göre belirlenmektedir. Bu bağlamda amacı hukuka ve ahlaka aykırı olan vakıflar, gayesi hukuka ve ahlaka aykırı kişi birlikleri ve kuruluşların tüzel kişilik kazanamayacağına ilişkin İMK m. 52 / f. 3 uyarınca; amacı imkânsız olan vakıflar ise borçlar kanunun sözleşmelerin kurulmasına, ifasına ve sona ermesine ilişkin genel hükümlerinin diğer medeni hukuka dair ilişkilere uygulanacağına dair İMK m. 7’nin atfıyla içeriği imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğünü düzenleyen İBK m. 20 uyarınca kurulamaz. Benzer Riemer (n 22) Art 80 N 63.

71 TMK m. 102 / f. 4 bu içeriğiyle hem hukuk güvenliğini hem de din ve vicdan ile örgütlenme özgürlükleri gibi temel haklar ve hürriyetleri ihlal edici sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Benzer eleştiri için bkz. Aksoy Dursun (n 35) 27.

Aile vakıflarının amaçlarına özgü getirilen başka bir sınırlama ise TMK m. 372 / f. 2'de şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir malın veya hakkın başkalarına geçmemek üzere aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesi yasaktır. Böyle bir özgülenme, vakıf kurma yoluyla da yapılamaz.”

Önmirasçının mirası devretmekle yükümlü tutulduğu artmirasçıya benzer bir yükümlülüğün yüklenmemesine yönelik TMK m. 521 / f. 2 gibi toplumdaki eşitlik ile rekabet duygusunun ortadan kalkmasına engel olunması ve müreffeh ailelerin altsoylarının da tembellikten korunması amacıyla⁷² getirilen bu düzenleme ile aile vakıflarında amacın bir malın veya hakkın münhasıran altsoydan gelenlere nesiller boyu aktarılmasına neden olacak şekilde belirlenemeyeceği öngörülmektedir. Bu yasağa aykırı amaca sahip bir aile vakfının kurulmasına yönelik arzuyu içeren ölüme bağlı tasarruf TMK m. 557 / b. 3 uyarınca hukuka aykırıdır⁷³.

Amacın son anılan düzenlemelere aykırı olarak belirlenmiş olması vakıf kurma işleminin geçersizliğine neden olacaktır⁷⁴. Buna ilaveten bu geçersiz işlemin TMK m. 577 / f. 2'nin uygulanması veya tahvil yoluyla bağımlı bir vakıf olarak ayakta tutulması mümkün değildir⁷⁵.

c. Özgülenecek Malvarlığı

Yeni bir vakfın geçerli şekilde kurulabilmesi için tüzel kişilik oluşturma iradesi ile belirli ve sürekli amacın bulunması yetmemekte olup ulaşılmak istenen hedefe yönelik yeterli malvarlığının özgülenmesi de gerekmektedir. Vakıf kurma işleminin esaslı içeriğine dahil bu unsura ilişkin TMK m. 101 / f. 2 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir.”

Ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfa ilişkin TMK m. 526'nın ilk fıkrasında da bu esaslı unsura şu şekilde yer verilmiştir:

“ Mirasbırakan, terekesinin tasarruf edilebilir kısmının tamamını veya bir bölümünü özgülemek suretiyle vakıf kurabilir.”

72 Benzer Grüninger (n 1) Art 335 N 14.

73 Denis Piotet, *Commentaire romand Code civil I*, (Helbing & Lichtenhahn 2010) Art 335 N 28. Yargıtay 2 HD, E 2000/2641 K 2000/3627, 27.03.2000 tarihli kararından: “...Vasiyetçi, ölüme bağlı olarak yaptığı tasarrufla aile vakfı kurmuştur. 11.11.1992 tarihli vasiyetnamenin 4. maddesinde; vakfa ortak olanların hisselerini hiçbir suretle ahara veya kendi aralarında birbirlerine satamayacakları gibi ipotek ve temlikte de bulunamayacaklarını, 6. madde de ise, “gayrimenkullerin ve hisse senetlerinin hiçbir şekilde satılamayacağı” şartını koymuştur. Vasiyetçinin bu iradesi Medeni Kanunun 322. maddesindeki, bir malın veya hakkın devir ve ferağ edilmemek üzere bir aileye tahsis edilmesine ve bunların sırf aile fertleri arasında ve soydan soya geçmek suretiyle intikaline dair her türlü tasarruf yasak olup, bu şekildeki tasarrufun vakıf kurma iradesi ile bağdaşmayacağı hükmüne aykırıdır...” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

74 Vakıf kurma işleminin tescilin sebebini oluşturduğunu vurgulayarak Ögüz (n 35) 40. Bu geçersizliğin kesin hükümsüzlük hali mi yoksa iptal sebebi mi olduğuna ilişkin tespitler için bkz. 44-45.

75 Zeiter (n 6) N 608.

Bu düzenlemelerden hareketle miras yoluyla intikal edebilir⁷⁶ ve en azından nesnel olarak belirlenebilir nitelikteki⁷⁷ her türlü malvarlığı değerinin aynı veya gerek doğmuş gerek doğacağı belli gelirinin tamamı ya da bir kısmı ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulması öngörülen vakfa özgülenebilir niteliktedir.

Varlık sebebinin ancak sahip olduğu malvarlığı ile gerçekleştirebilecek vakfa⁷⁸ hiçbir malvarlığı değerinin özgülünmemiş olması halinde tescil talebinin reddedileceğinde şüphe bulunmamaktadır⁷⁹. Şayet ilgili malvarlığı değerleri özgülendiği amacı gerçekleştirmeye yeterli değilse⁸⁰, ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulması öngörülen vakfa özgülünmesi öngörülen mallar ve haklar, vakfedenin başka yönde bir iradesi mevcut olmaması halinde⁸¹, denetim makamının da görüşü doğrultusunda hâkim tarafından benzer amaçlı vakfa özgülünecek⁸²; diğer bir ifadeyle bağımlı vakıf olarak hüküm ifade edecektir⁸³. Nitekim TMK m. 107 / f. 3 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Tescili istenen vakfa ölüme bağlı tasarrufla özgülünen mal ve haklar amacın gerçekleşmesine yeterli değilse; vakfeden aksine bir irade açıklamasında bulunmuş olmadıkça bu mal ve haklar, denetim makamının görüşü alınarak hâkim tarafından benzer amaçlı bir vakfa özgülünür.”

76 Örneğin TMK m. 797 / f. 1 uyarınca miras yoluyla intikal edemediği için kişi kendisi lehine tanınmış intifa hakkını ölüme bağlı tasarrufla kurmayı arzuladığı vakfa özgüleyemez.

77 Örneğin bütün tereke ile kalan mallar arasındaki farkın nesnel olarak belirlenebilir olduğu durumda mirasbırakanın saklı paylar ve diğer bütün vasiyetler ve bağışlamalar yerine getirdikten sonra kalan tereke mallarını kurmak istediği ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfa özgüleyebileceğine ilişkin Riemer (n 22) Art 80, N 32.

78 Zeiter (n 6) N 609.

79 Benzer Riemer (n 22) Art 80 N 31; Aksoy Dursun (n 35) 41.

80 Vakfın yerleşim yeri mahkemesi tarafından yapılacak bu değerlendirme [Öğüz (n 35) 54] ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulması öngörülen vakıflar açısından daha büyük titizlik gerektirir. Nitekim hayatın doğal akışına göre olayların birçoğunda ilgili hukuki işlem ölümden önemli bir süre önce düzenlenmektedir. Aradaki süreçte ölüme bağlı tasarrufla vakfa özgülüneceği öngörülmüş malvarlığı değerleri değer kaybetmiş olabileceği gibi mirasbırakanın malvarlığından çıkmış da olabilir. Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki, özgülünen malvarlığının amacın gerçekleşmesi için yeterliliği kistası açısından kural olarak öncelikle vakfın tescil anındaki durumuna bakmalı ve bu malvarlığı değerleri vakfın faaliyete geçmesine yeterli ise ve bunun sonucunda elde edilecek gelirin amacın gerçekleşmesini sağlayabileceği öngörülyorsa yeterlilik kistasının sağlandığı kabul edilmelidir. Bu kistasa dair daha detaylı değerlendirme için bkz. Doğan (n 20) 80.

81 Yargıtay 2 HD, E 2001/5921 K 2001/7312, 10.05.2001 tarihli kararından: “... Vasiyetçi (gayesinin) amacının söz konusu kurslardan istifade edilenlere destek sağlamak olduğu açıktır. Gayenin oluşmasında sorumlu kamu kuruluşunun kimliği önem taşımaz. O halde yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde olaya yaklaşmak bu gayenin gerçekleşmesi için tahsisin bir vakıf kurmaya elverişli olmadığı anlaşılrsa dahi mükelleftyet biçiminde kabulü ile murisin gayesini ve son arzularını ayakta tutmak gerekirken olaya uygun düşmeyen düşüncelerle de vasiyetnamenin iptali doğru bulunmamıştır...” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

82 Malvarlığının amacı gerçekleştirmeye yeterli olmaması bir başlangıçtaki imkânsızlık hali teşkil etmektedir. Bu düzenleme hem esasen konusu imkânsız olan vakıfların tüzel kişilik kazanamayacağını teyit etmekte hem de ortaya çıkan geçersiz vakıf kurma işlemini, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufla farklı bir irade açıklamamışsa, tahvil yoluyla kanun gereği bağımlı vakfa dönüştürerek ayakta tutmaktadır. Benzer Doğan (n 20) 83. Bu düzenlemenin konusu malvarlığının amacı gerçekleştirmeye yetersiz olma durumu ile sınırlı olup diğer bir geçersizlik sebebi olan ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakfın yasak amaç gütmesi TMK m. 107 / f. 3’ün uygulama alanı dışında kalır. Karş. Aksoy Dursun (n 13) 38.

83 Aynı yönde Yargıtay 2 HD, E 1978/2699 K 1978/4341, 30.05.1978 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Anılan kararda bağımlı vakfın da kurulmasının mümkün olmadığı durumda ölüme bağlı tasarrufun geçersiz hale geleceği belirtilmektedir (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Bu tespit TMK m. 107 / f. 3’ün bir tahvil düzenlemesi olduğuna ilişkin tespitimizi doğrulamaktadır.

Bu düzenleme uyarınca mahkemenin tahsise hükmetmesi durumunda vakfedenin mirasçıları ilgili malvarlığı değerlerinin mülkiyetini belirlenen vakfa devir borcu altına girecektir⁸⁴.

Vakıf kurma iradesinin bulunduğu ancak belirli ve sürekli amacı gerçekleştirmeye yönelik yeterli malvarlığının özgülmediği olasılıkta kazandırmada bulunulmak istenen bir kişi topluluğu bulunmadığından TMK m. 577/ f. 2'nin uygulanması mümkün değildir⁸⁵.

3. Esaslı Olmayan Unsurlar

Geçerli bir ölüme bağlı vakıf kurma işlemi için mirasbırakanın esaslı unsurları bizzat belirlediği ve geçerlilik şartlarına da uygun düzenlediği bir ölüme bağlı tasarrufun varlığı yeterlidir. Bu bağlamda vakıf senedinde yer alması gereken diğer unsurların (ad, örgütlenme, yönetim şekli⁸⁶, yerleşim yeri) veya ihtiyari unsurların (örneğin sona erme sebeplerinin) belirlenmesi vasiyeti yerine getirme görevlisine⁸⁷ veya bir üçüncü kişiye⁸⁸ bırakılabileceği gibi bu unsurların hiç düzenlenmemiş olması da vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmez. Nitekim TMK m. 107 / f. 1 şu şekilde düzenlenmiştir:

“Vakıf senedinde vakfın amacı ile bu amaca özgülünen mal ve haklar yeterince belirlenmiş ise, diğer noksanlıklar vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmez.”

Bu eksikliklerin varlığına bağlanan hukuki sonuç ise TMK m. 107 / f. 2'de şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemece tamamlattırılabilirliği gibi; kuruluştan sonra da denetim makamının başvurusu üzerine, olanak varsa vakfedenin görüşü alınarak vakfın yerleşim yeri mahkemesince tamamlattırılır.”

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda sadece vakıf senedinin zorunlu içeriğini düzenlemiş olduğu olasılıkta mevcut noksanlıkların nasıl tamamlattırılacağı uygulama açısından önem taşımaktadır. Bu meselenin çeşitli olasılıklar incelenerek ele alınması gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, mirasbırakan tarafından herhangi bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmamışsa noksanlıkları tamamlattırma yetkisinin TMK m. 107 / f. 2 uyarınca vakfın yerleşim yeri mahkemesine ait olduğu hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte mirasbırakanın bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atamış olduğu olasılıkta mahkemenin bu yetkisinin devam edip etmediği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre vasiyeti yerine getirme görevlisine mirasbırakan tarafından eksik unsurların tamamlanması hususunda bir yetki verilmemişse eksikliklerin tamamlattırılması yetkisi yine münhasıran vakıf yerleşim yeri mahkemesine ait olacaktır⁸⁹. Bununla birlikte bir

84 Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1309.

85 Karş Zeiter (n 6) N 627. Yazar bu tespitini yeterli malvarlığının bulunmamasına dayandırmaktadır.

86 Ölüme bağlı tasarrufta mirasbırakan tarafından belirlenen vakfın amaç ve örgütlenme biçimi, zorunluluk doğmadıkça kural olarak vakıf organlarınca değiştirilip genişletilemeyeceği yönünde Yargıtay 18 HD, E 2014/9216, K 2015/5471, 07.04.2015 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

87 Grüninger (n 1) Art 493 N 2a.

88 Bunu belirleme yetkisinin bir başkasına da verilebileceği şeklinde yorumlanmaya müsait Weimar (n 2) Art 493, N 11.

89 Eksiklikleri tamamlattırma yetkisinin denetim makamında olduğu İsviçre hukukunda anılan olasılıkta denetim makamının yetkisinin muhafaza edileceği hususunda İbid Art 493 N 11.

başka görüş ise vasiyeti yerine getirme görevlisine bu yönde bir yetki verilmemiş olsa dahi görevi ve kanun gereği bu eksiklikleri tamamlamada yetkili mahkemeye nazaran önceliği bulunduğunu savunmaktadır⁹⁰. Kanaatimizce son anılan görüş TMK m. 107 / f. 2 ile daha uyumludur. Nitekim TMK m. 107 / f. 2'de sağlararası işleme dayalı olarak kurulmuş vakıflarla ilgili olarak belirtilmiş olsa da “olanak varsa vakfedenin görüşü alınarak” tamamlattırmanın gerçekleşeceği belirtilmektedir. İşlevinin TMK m. 552 / f. 1'de de belirtildiği gibi mirasbırakanın son arzularının gerçekleşmesi için gerekli bütün işlemleri yapmak olduğu ve bunun gerçekleşmesi bağlamında tereke üzerinde yönetim ve tasarruf yetkisini de haiz olduğu dikkate alındığında vakfın kurulmasına yönelik hukuki işlemdeki esaslı olmayan unsurlara dair noksanlıklar tamamlanırken ayrıca bir yetkilendirmeye gerek olmaksızın vasiyeti yerine getirme görevlisinin görüşü alınmalıdır.

B. ÖLÜME BAĞLI TASARRUF YOLUYLA KURULAN VAKFIN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

1. Ölüme Bağlı Tasarruf Yoluyla Vakıf Kurma İşleminin Kısımları Üzerinden Genel Değerlendirme

Vakıf kurma ölüme bağlı tasarrufu, esas itibarıyla mirasbırakanın belirlediği amaca terekesinin tamamını veya bir kısmını ya da belirli bir malvarlığı değerini tahsis arzusunu içerir⁹¹. Mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm doğuracak bu hukuki işlem bağlamında vakfın görünüm biçimlerinin sağlıklı anlaşılabilmesi vakıf kurma işleminin mahiyeti dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme ile mümkündür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, vakıf kurma – gerek sağlararası işlem gerek ölüme bağlı tasarruf ile gerçekleşmiş olsun – biri “tüzel kişiliğin düzenleniş biçimini ilgilendiren (vakıf senedi)” diğeri “malvarlığı özgülemesine yönelik” olmak üzere birbirine bağlı iki kısımdan oluşmaktadır⁹². Vakfın

90 İsviçre hukukunda Grüniger (n 1) Art 493 N 2a.

91 Benzer Weimar (n 2) Art 493 N 12.

92 Ölüme bağlı vakıf kurma işleminin birbirinden ayrı iki hukuki işlemden mi oluştuğu yoksa bölünmeyen nitelikte mi olduğu hususu – varılan sonuç kanaatimizce sadece kuramsal açıdan önem taşımakla birlikte – öğretilerde tartışmalıdır. Doktrindeki azınlık görüşüne göre ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurulmasında vakfın mirasçı atanmasından veya vasiyet alacaklısı olarak tayin edilmesinden bahsedilemeyecek olup mal tahsisi ayrı bir hukuki işlem değil tüzel kişilik yaratılmasının temel unsurudur. Bunun için bkz. Oğuzman (n 20) 158-159. Ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakfın mirasbırakanın borçlarından sorumluluğunu ona özgülenen malvarlığı değerleriyle sınırlandırılan TMK m. 105/ f. 3'ün ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın mirasçı atanabileceğini de örtülü olarak kabul ettiğini isabetli olarak tespit ederek bu görüşü kanun koyucunun benimsediğini belirten Ergüne (n 7) 165 dn 421. TMK m. 526'nın ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın tasarrufta bulunan tarafından aynı anda (diğer bir ifadeyle aynı işlemle) atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olarak ele alınması şeklinde pratik bir anlamının olduğu görüşünde olan Grüniger (n 1) Art 493 N 1. Doktrindeki diğer görüşler ise ölüme bağlı vakıf kurma işleminin iki ayrı kısımdan oluştuğunu kabul etmekle birlikte biri diğerine tabi olmayan bu iki kısım arasındaki ilişkinin belirlenmesinde görüş farklılığı söz konusudur. Bir görüşe göre vakıf kurma işlemi, vakfın kurulması ve malvarlığının özgülenmesi olmak üzere iki ayrı hukuki işlemden oluşmaktadır. Örneğin *Steinauer*'in, miras hukukuna ilişkin genel eserinde ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurma kavramını ele alırken seçtiği üst ve alt başlıklardan bu görüşte olduğu söylenebilecektir. Nitekim ilgili eserin “*bir vakfın kurulması ve buna mal özgülenmesi*” üst başlığını taşıyan 20. bölümünde yazarın yer verdiği iki alt başlıktan ilki “*ölüme bağlı tasarruf yoluyla bir vakfın kurulması*” diğeri ise “*mirasbırakan tarafından kurulan vakfa mal özgülenmesi*”dir. Bunun için bkz. *Steinauer* (n 5) § 20. Vakfın “*sürekli bir amaca özgülenen malvarlığı*” biçimindeki tanımından hareket eden ve son anılan görüşü ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın ölümden önce böylece de mirasın intikal ettiği anda henüz mevcut olmamasına rağmen mirasçı veya vasiyet alacaklısı olarak belirlenip belirlenemeyeceğine ilişkin sonu gelmeyen tartışmalara neden olmakla itham eden başka bir görüş ise vakıf kurmanın tek bir hukuki işlemden oluştuğunu

“tüzel kişiliğin düzenleniş biçimini ilgilendiren kısmı (vakıf senedi)” esasen bir tüzel kişilik kurulmasına yönelik iken “malvarlığı özgülenmesine yönelik” kısmı ise vakfedenin kendi malvarlığı değerlerini bu tüzel kişiliğe sağlaması ile ilgilidir⁹³. Bu ayırım esasen bir vakıf kurma işleminin sağlararası mı yoksa ölüme bağlı mı olduğu hususunda da yol göstericidir. Nitekim bir vakıf kurma işleminin niteliğinin tayininde belirleyici olan unsur kanaatimizce malvarlığı özgülenmenin sağlararası bir işleme mi yoksa ölüme bağlı tasarrufa mı dayandığıdır. Nitekim TMK m. 526 / f. 1 de bu görüşü destekler içerikte özgülenen malvarlığının niteliğine vurguda bulunarak şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Mirasbırakan, *terekesinin tasarruf edilebilir kısmının tamamını veya bir bölümünü özgülemek suretiyle* vakıf kurabilir.”

Bununla birlikte vurgulamak gerekir ki, bu tespit vakıf kurmanın sadece malvarlığı özgülenmesi kısmının ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olduğu ve tüzel kişiliğin düzenleniş biçiminin bu vasfı bulunmadığı dolayısıyla da bu hukuki işlemin miras hukuku bağlamında kanun koyucunun öngördüğü geçerlilik şartlarına tabi olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim bu maddi anlamda tasarrufun bir anlam ifade edebilmesi için – diğer ölüme bağlı tasarruf yoluyla malvarlığı özgülemelerinde olduğu gibi – bu malvarlığı özgülenmesinin konusunu neyin teşkil ettiği kadar bu özgülenmenin kime yapıldığının da belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mirasbırakan bu hukuki işleminde öncelikle sağlığında mevcut olmayan bir vakfın da kurulmasına dair arzusunu ortaya koyarak esasen özgülenmenin kime yapılacağını da belirlemiş olmaktadır⁹⁴.

Esasen içeriğe ilişkin bu ayırım öğretide vakfın mutlaka tek bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufta mı düzenlenmesi gerektiği yoksa bu iki unsura farklı vasiyetname veya miras sözleşmelerinde yer verilip verilemeyeceği tartışmasını da doğurmuştur. Doktrindeki bir görüşe göre vakıf kurma tasarrufu mutlaka tek bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufta düzenlenmelidir⁹⁵. Hâkim görüş ise,

savunmaktadır. Bu yönde Weimar (n 2) Art 493 N 10. Bununla birlikte kanaatimizce daha isabetli olan yaklaşım ise vakıf kurma işleminin yeknesak niteliğini kabul etmekle birlikte farklı unsur ve kavramlardan oluştuğunu ileri sürmektedir. Bu bağlamda TMK m. 526 açısından vakıf kurma açısından kuruluş işlemi ve ölüme bağlı tasarruf yoluyla malvarlığı özgülenmenin ayrılması gerektiğini ancak bu iki zorunlu unsurun bir bütünü oluşturduğunu savunan Escher (n 3) Art 493, N 1; İşeri (n 5) 22; Kocayusufpaşaoğlu (n 7) 285; Aksoy Dursun (n 13) 22; tek bir işlem olan vakıf kurmanın çeşitli kavramsal farklı unsurdan (maddi temelin sağlanması, amaç belirleme, örgüt oluşturma) oluştuğu görüşünde Tuor (n 5) Art 493 N 2; tek bir işlem olan vakıf kurma işleminin tüzel kişiliğin, malvarlığı özgülenmesinin ve vakıf örgütlenmesinin sağlanması olmak üzere üç unsurdan oluştuğunu belirten Studhalter (n 7) Art 493 N 2.

93 Rainer Hüttemann ve Peter Rawert, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 80-89* (Neubearbeitung 2017, De Gruyter 2017) § 83 Rn 3. Birgit Weittemeyer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProStG, AGG* (9. Auflage, C H Beck 2021) § 83, Rn 2.

94 Hüttemann und Rawert (n 93) § 83 Rn 3.

95 Bu görüşü savunan Zeiter bu hukuki işlemi içeren şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun bölünemeyeceğine ilişkin savını üç temel sebebe dayandırmaktadır. Bu sebeplerden ilki, TMK m. 101 uyarınca vakfın tüzel kişilik kazanabilmesi için amacının, malvarlığının ve özgülenmenin belirlenmesi gerektiği ve kazandırmanın ancak bu diğer esaslı unsurlarla vakıf kurma işleminin parçasını oluşturabileceğidir. İkincisi ise sağlararası işlemle kurulandan farklı olarak sonradan vakfeden tarafından malvarlığı eklemenin mümkün olmadığı ve ancak mirasbırakanın ölümü halinde kurulacak bu vakfın malvarlığının ölüm anında amaca yeterli olması gerekliliğidir. Üçüncüsü ise kanun koyucunun tek bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf ile gerçekleştirme imkânı tanıdığı vakıf kurma işlemini var olduğu iddia edilen unsurlara bölerek farklı vasiyetnameler ya da miras sözleşmelerine konu etmenin, genel hükümlerde zaten düzenlenen vakfın ölüme bağlı tasarruf ile kurulabilme imkanına TMK m. 526da tekrar yer veren kanun koyucunun güttüğü amaca uymayacağıdır. Bunun için bkz. Zeiter (n 6) N 416-419.

bu hukuki işlemin birden fazla şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufa konu edilmesinde bir sakınca görmemektedir. Bu bağlamda örneğin mirasbırakan ilk vasiyetnamede özgülenecek malvarlığı miktarını belirleyip vakfın amacına ve örgütlenmesine dair düzenlemeleri sonraki bir ölüme bağlı tasarrufa bırakabilir ya da ilk vasiyetnamede vakfın amacını ve örgütlenmesini düzenleyip sonraki ölüme bağlı tasarruflarda özgülenecek malvarlığı değerlerini belirtebilir⁹⁶. Mirasbırakanın ölümünden sonra vakıf kurulmasına ilişkin iradesini birden fazla belgede belirtmesi durumunda iki ayrı hukuki işlem değil; yukarıda da belirtildiği üzere bir bütün teşkil eden vakıf kurma işleminin tek başına hüküm ifade etmeyecek unsurlarının ayrı şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflarda düzenlenmesi söz konusudur⁹⁷. Kanaatimizce son anılan görüş daha isabetlidir. Nitekim bu unsurların mirasın intikali anında etkilerini doğuracağı dikkate alındığında vakıf kurma işleminin birliği ilkesi ihlâl edilmemiş olacak⁹⁸ bu bağlamda da mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisi bu vakıf kurma işleminin bünyesine uymayan katı bir şekli yaklaşımdan korunmuş olacaktır.

Malvarlığının tahsisi bakımından bu hukukî işlemin maddi içeriği ilgili malvarlıksal değerlerin kurulması öngörülen vakfa hangi maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf yoluyla özgüleneceğine göre değişecektir⁹⁹. Bu bağlamda bu ölüme bağlı tasarruf uyarınca malvarlığı değerlerinin özgülenmesi mirasçı atama, vasiyet veya ikameli tasarruflar (yedek mirasçı veya önmirasçı-art mirasçı atama, yedek vasiyet alacaklısı veya ön vasiyet alacaklısı-art vasiyet alacaklısı alt vasiyet alacaklısı atama) şeklinde gerçekleştirilebilir¹⁰⁰.

2. Ölüme Bağlı Tasarruf Yoluyla Kurulan Vakfın Mirasçı Atanması

a. Hukuki Konumu

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulmasını öngördüğü vakfa terekesinin tamamını veya bir oranını malvarlığı olarak özgülediği durumda, lehtarı ilgili vakıf olan bir mirasçı atama söz konusudur¹⁰¹. Vakfın mirasçı atama yoluyla kurulduğu bu olasılığa örnek olarak “*terekemin tasarruf edilebilir kısmının tamamını yukarıda kurulması öngörülen vakfa özgülüyorum*”¹⁰² veya “*terekemin tasarruf edilebilir kısmının 1/3’ünü yukarıda kurulması öngörülen vakfa özgülüyorum*” şeklinde düzenlenmiş ölüme bağlı tasarruflar verilebilir. Nitekim mirasçı atama ölüme bağlı tasarrufunu düzenleyen TMK m. 516 şu şekilde kaleme alınmıştır:

96 Tuor (n 5) Art 493 N 2; Steinauer (n 5) N 576a, Baddeley (n 6) Art 493 N 8; benzer İşeri (n 5) 22.

97 Bu yönde Weimar (n 2) Art 493 N 10.

98 Escher (n 3) Art 493 N 4.

99 Malvarlığı TMK m. 515-525 arasında düzenlenen ölüme bağlı tasarruflardan hangisi tercih edilerek özgülenirse özgülenin ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurma işleminin “tüzel kişiliğin düzenleniş biçimine ilişkin kısmı” sabit kalacaktır. Benzer şekilde TMK m. 515-525 arasında düzenlenen tasarruf çeşitlerinin TMK m. 526’nın paralel durumları-diğer bir ifadeyle vakfın özel kuruluş şekilleri – olarak değerlendirilmemesi gerektiğini; bunların vakfa malvarlığı özgülenmesine ilişkin çeşitli yollar olduğu hakkında Riemer (n 22) Art 81 N 41. Bu yaklaşıma karşı çıkararak TMK m. 526’nın vakıf kurma tasarrufunu sağladığı kazandırma yönünde diğer maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflarla karıştırmamanın daha iyi olacağı görüşünde Hatemi (n 7) 182.

100 Grüninger (n 1) Art 493 N 6; Baddeley (n 6) Art 493 N 7.

101 Zeiter (n 6) N 637; Weimar (n 2) Art 493, N 12.

102 Benzer örnek için Steinauer (n 5) N 579.

“Mirasbırakan, mirasının tamamı veya belli bir oranı için bir veya birden çok kişiyi mirasçı atayabilir.

Bir kişinin, mirasın tamamını veya belli bir oranını almasını içeren her tasarruf, mirasçı atanması sayılır.”

Mirasçı ataması yoluyla kurulan vakıf tescil edilmekle birlikte mirasbırakanın ölümüne kadar geriye yürüyerek terekeyi külli halef sıfatıyla elde edecektir¹⁰³. Bu bağlamda TMK m. 105 / f. 1 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Özgülenen malların mülkiyeti ile haklar, tüzel kişiliğin kazanılmasıyla vakfa geçer.”

Mirasçı ataması yoluyla kurulan vakfın tescil ile kazandığı miras payı ilgili hukuki işlemin içeriğine göre mirasbırakanın mirasının tamamına veya bir oranına tekabül edecektir.

Mirasbırakan terekesinin tamamını ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulmasını öngördüğü vakfa özgülense, bu hukuki işlem iptal edilmediği veya tenkisine karar verilmediği müddetçe düzenlendiği gibi hüküm doğuracak¹⁰⁴ ve vakıf mirası bir bütün olarak iktisap edecektir.

Mirasbırakanın terekesinin bir kısmını ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulmasını öngördüğü vakfa özgülemesi duruma ilişkin ise iki olasılığın ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki mirasbırakanın atanmış başka bir mirasçısının, eşinin, yasal mirasçı niteliğini taşıyan bir kan hısmının ve evlatlığının mevcut olmadığı durumdur. Anılan olasılıkta üzerinde tasarrufta bulunulmamış tereke kısmı açısından Devlet yasal mirasçı sıfatını kazanacaktır. Bu durumda vakıf ile Devlet bir miras ortaklığı oluşturmak suretiyle külli halef sıfatıyla mirası bir bütün olarak iktisap edecektir¹⁰⁵. Diğeri ise mirasbırakanın başka atanmış mirasçılarının ve/veya – Devlet dışında – kanuni mirasçılarının bulunduğu durumdur. Bu durumda vakıf diğer mirasçılarla birlikte bir miras ortaklığı oluşturarak külli halef sıfatıyla mirası bir bütün olarak iktisap edecek olup miras payı bu ölüme bağlı tasarruf iptal edilmediği veya tenkisine karar verilmediği müddetçe, hukuki işlemde belirlenmiş orana tekabül edecektir.

Yukarıdaki hangi olasılık gerçekleşirse gerçekleşsin mirasçı atama yoluyla kurulan vakıf, Devlet dışındaki kanuni mirasçı ve atanmış mirasçılardan farklı olarak, borçlardan sadece kendisine intikal eden miras payı ile sınırlı olarak sorumlu olacaktır¹⁰⁶. Nitekim TMK m. 105 / f. 3 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakfın mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu, özgülenen mal ve haklarla sınırlıdır.”

103 Benzer Serozan ve Engin (n 13) §4 N 180; Karş Weimar (n 2) Art 493 N 23.

104 Mirasçı atama açısından benzer değerlendirme Caner Taşatan, ‘Türk Medeni Kanunu’na Göre Mirasçı Atama’ (2019) 10 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 40, 42; sadece tenkis davası üzerinden tespitite bulunan Emine Aslı Küçükaydın, ‘Mirasçı Atama’ (2017) LXXV (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 431, 433 dn 8.

105 Devlet’in mirasçılığı ile atanmış mirasçı arasındaki ilişki için bkz. İpek Sağlam, ‘Devletin Yasal Mirasçılığı’ (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2473, 2481-2482.

106 Önemle vurgulamak gerekir ki, “Devlet, deftere yazılan borçlardan sadece miras yoluyla edindiği değerler ölçüsünde sorumludur” şeklinde kaleme alınmış TMK m. 631 / f. 2 de dikkate alındığında, miras ortaklığının mirasbırakanın yasal mirasçılarının sadece Devlet ve tek atanmış mirasçı olarak ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulmuş vakıftan oluşması durumunda mirasçılardan mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

Mirasbırakan, mirasçı atamak suretiyle kurduğu vakfa yükleme veya vasiyet borcu yükleyebileceği gibi bu müstakbel tüzel kişiyi vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak¹⁰⁷ da atayabilir¹⁰⁸.

Mirasçı atama yoluyla kurulmuş ve tescil edilmiş vakıf, kendi mevcudiyetini düzenlemeyen ve hükümsüz kılınmasında menfaatinin bulunduğunu her ölüme bağlı tasarrufun iptalini TMK m. 557 vd. hükümleri uyarınca dava edebilecektir¹⁰⁹. Buna ilaveten vakfın henüz tescil edilmediği dönemde, hükümsüz kılınmasında menfaatinin bulunduğu ölüme bağlı tasarrufların iptali davasının onun adına açılmasının mümkün olup olmadığı meselesi de önem taşımaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın mirasbırakanın ölümüyle vakfın tescili arasındaki dönemde hukuki durumu cenininkine benzemektedir. Cenin hak ehliyetini sağ ve tam doğmak geciktirici koşuluyla ana rahmine düştüğü anda elde eder. Bundan hareketle vakfın henüz hak ehliyetini kazanmadığı dönemde taraf ehliyetinin bulunmaması gerekir. Anılan hukuki sonucun kabulü, onun tescilini engelleyen ve hükümsüz kılınabilir bir ölüme bağlı tasarrufun varlığında dahi vakfın dava açamaması gibi menfaatini zedeleyici sonuçlar doğurabilir. Kanaatimizce anılan olasılıkta henüz tescil edilmemiş vakfa menfaati gerektirdiği için TMK m. 427 / b. 3'ün kıyasen uygulanmasıyla yönetim kayyımı atanmalı böylelikle de TMK m. 557 vd. hükümleri uyarınca vakıf adına ilgili ölüme bağlı tasarrufun iptali davasının açılmasına olanak tanınmalıdır¹¹⁰.

Mirasbırakanın ölümü ile tescili arasındaki dönemde, yukarıda kabul edildiği üzere, ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın hukuki durumu cenininkine benzediği için mirasçılar arasında mirasçı atama yoluyla kurulan vakfın bulunması durumunda TMK m. 643 / f. 1'in kıyasen uygulanması ve tescil gerçekleştirilinceye kadar mirasın paylaşılmasının ertelenmesi gerekecektir. Tescil edildikten sonra ise mirasçı olarak atanmış vakfın, başka bir mirasçının da varlığı halinde¹¹¹, paylaşım davası açma yetkisi bulunmaktadır¹¹². Tescil edilmiş vakfın ise yazılı şekilde kurulan miras paylaşım sözleşmesine taraf olmasında da hiçbir beis yoktur¹¹³.

107 Mirasbırakan tarafından doğrudan tayin edilen vakıf yönetim organının bile göreve başlaması belirli bir zaman alırken vakfın kendisini TMK m. 550 / f. 3 uyarınca kabul için bildirim tarihinden itibaren on beş günlük süre verilen bir görev ile yetkili kılmanın mirasın paylaşılmasını geciktireceğini isabetli olarak belirten Zeiter (n 6) N 1031.

108 Riemeer (n 22) Art 81 N 50. Ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfa yükleme tahmil edilebileceği ile sınırlı değerlendirmede bulunan Ergüne (n 7) 166.

109 Karş Zeiter (n 6) N 1042.

110 Ceninin sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren taraf ehliyetine sahip olacağını belirterek bu görüşü zımnen dahi olsa destekleyen Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (Legal Yayınevi 2016) 158.

111 Başka bir mirasçı bulunmadığı bir olasılıkta mirasın paylaşılmasından bahsedilemeyecektir. Bu bağlamda geçerli bir ölüme bağlı tasarrufa dayalı olarak tek mirasçının vakıf olduğu durumda en sık ortaya çıkabilecek uyumsuzluklar tereke değerlerinin tescil edilmiş vakfa devrinin sağlanmasına ilişkin olanlardır. Uygulamada bu davaların kime yöneltileceği meselesi önem taşır. Örneğin Yargıtay başka bir mirasçının mevcut olmadığına anlaşıldığı ve vasiyeti yerine getirme görevlisinin bulunduğu bir olayda TMK m. 105 / f. 1 uyarınca tescil ile birlikte vakfa mülkiyeti geçen taşınmazlara dair tapu iptal ve tescil davasında pasif dava husumeti yönünde davanın Vakıflar İdaresi ile vasiyeti yerine getirme görevlisine yöneltilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bunun için bkz. Yargıtay HGK, E 2003/2-304 K 2003/290, 16.04.2003. Karara konu ölüme bağlı tasarrufta bütün miras özgülenerek vakıf kurulması öngörülmesine rağmen meselenin vakfın vasiyet alacaklısı olarak tayin edilmiş gibi ele alınması isabetli olmamıştır.

112 Riemeer (n 22) Art 81 N 50; Zeiter (n 6) N 1050.

113 Elden paylaşım yoluyla yapılan miras paylaşım sözleşmesine tescil edilmiş vakfın taraf olmasına ise doktrindeki bir görüş, bu yolla yapılacak paylaşım sonucunda vakfa devredilecek malvarlığı değerlerinin öngörülen amacın gerçekleşmesi açısından yeterli ve daha da önemlisi uygun olup olmayacağına dair tereddüde dayanarak karşı çıkmaktadır. Bunun için bkz. Zeiter (n 6) N 1035.

Mirasçı atanmak suretiyle kurulan vakfın TMK m. 506 uyarınca saklı paylı mirasçı niteliği taşımadığından tenkis davası açma yetkisi ise bulunmamaktadır.

b. Mirasçı Atama Yoluyla Kurulan Vakfın Mirası Kazanması

Hem tüzel kişiliğin kurulması ve ona malvarlığı özgülenmesi tek bir hukukî işlem oluşturduğundan (bu bağlamda birlikte hüküm ifade edeceklerinden veya hükümden düşeceklerinden) ¹¹⁴ hem de mirasbırakanın bu ölüme bağlı tasarrufta bulunmasının altında yatan amaç ile uyumsuzluk yaratacağından ¹¹⁵ mirasçı atama suretiyle kurulmuş vakıf mirası reddedemez¹¹⁶. Aksi yönde bir kabul herhangi bir malvarlığı özgülenmeksizin vakıf kurulması gibi bu tüzel kişiliğin mahiyetine aykırı bir durumu ortaya çıkaracak¹¹⁷; ayrıca kişiye sıkı surette bağlı bir hak olan ölüme bağlı tasarruftan dönme hakkının vakfedenin ölmesine rağmen varlığını sürdürmesi gibi miras hukukunun temel ilkeleriyle çelişen sonuçlar yaratacaktır¹¹⁸.

Mirası reddetme hakkı bulunmayan ölüme bağlı tasarrufla kurulmuş vakfın İsviçre doktrininde terekenin resmi defterinin tutulmasını veya resmi tasfiyesini ise isteyebileceği kabul edilmektedir¹¹⁹. Bu görüşün Türk hukuku açısından sağlıklı değerlendirilmesi her iki hukuki imkânın ayrı ayrı ele alınmasıyla mümkündür.

Terekede yer alan aktiflerin ve pasiflerin belirlenmesiyle vakfın sahip olduğu miras payının amacın gerçekleşmesi için yeterli bir değere ulaşıp ulaşmayacağına tespitini¹²⁰ ve mirasçıların mirasbırakanın borçlarından sorumluluğunu miktar olarak sınırlama işlevini haiz resmi defter tutma hukuki imkânına vakfın tescil edilmiş ya da olmasının¹²¹ başvurulmasında bir beis yoktur.

114 Bu sebebi vurgulayan Tuor (n 5) Art 493 N 6; Kocayusufpaşaoğlu (n 7) 287; Baddeley (n 6) Art 493 N 32; Studhalter (n 7) Art 493 N 4.

115 Cotti (n 5) Art 493 N 5 dn 24; Steinauer (n 5) N 579 dn 12; vakfedenin iradesine saygı gösterilmesi gerektiğini vurgulayan Piotet (n 12) 112; bu bağlamda vakfa kendi mevcudiyetine ilişkin olarak bir tasarruf yetkisi tanınmadığını belirten Zeiter (n 6) N 985.

116 Weimar (n 2) Art 493 N 23; Çabri (n 2) M 526 N 745; Antalya ve Sağlam (n 5) N 1004; sadece vakfın mirası reddedemeyeceğini söylemekle yetinen Grüniger (n 1) Art 493 N 6; Künzle (n 1) Art 493 N 9. Ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın mirasçı atanmasının kabul edilmesi halinde tereke payı için atanan kayyım aracılığıyla mirası reddedebileceğine karşı çıkmayan Hatemi (n 7) 183.

117 Escher (n 3) Art 493 N 6; reddin vakfın kendi varlığını inkâr anlamına geleceğini belirten Doğan (n 20) 144. Benzer görüş belirtmekle birlikte ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın, kendisine özgülenen malvarlığı değerleri (başlangıçtaki malvarlığı) varlık fazlası teşkil ediyorsa, mirası reddedemeyeceğini belirten Riemer (n 22) Art 81 N 48. Eğer terekenin borca batık olduğu açıkça belli veya resmen tespit edilmişse veya vakfa özgülenen malvarlığı değerleri amacı karşılamaya yetmiyorsa zaten vakıf tüzel kişilik kazanamayacağından son anılan yazarın vakfın red hakkının mevcudiyetini bağladığı şart bir önem taşımayacaktır. Bu durumda başlangıçtaki imkansızlıktan bahsedilebileceğini belirten Zeiter (n 6) N 987.

118 Grüniger (n 1) Art 493 N 7.

119 Tuor (n 5) Art 493 N 6; Escher (n 3) Art 493 N 6; Zeiter (n 6) N 971 1003; Weimar (n 2) Art 493 N 23; Studhalter (n 7) Art 493 N 4; Künzle (n 1) Art 493 N 9; İbid Art 493 N 7; Cotti (n 5) Art 493 N 5; Steinauer (n 5) N 579 dn 12.

120 Benzer Riemer (n 22) Art 81 N 48. Terekenin pasifinin aktifinden fazla olduğu durumlarda vakfın resmi defter tutma talebinde bulunmasına bir engel bulunmadığını belirten Dural ve Öz (n 7) N 780.

121 Anılan olasılıkta henüz tescil edilmemiş vakfa TMK m. 427 / b. 3'ün kıyasen uygulanmasıyla yönetim kayyımını atanmalı bölüylelikle de bu hukuki imkana başvurma imkânı tanınmalıdır. Nitekim henüz tescil edilmemiş de olsa vakfın mirasın kazanılması bakımından terekedeki borç miktarını öğrenmekte menfaati vardır.

Bununla birlikte defter tutma sonucunda TMK m. 627 uyarınca her bir mirasçıya tanınan haklardan – mirasın reddi hakkı gibi – vakfın varlığını tehlikeye atan sonuçlar doğurabilecek kayıtsız şartsız kabul hakkının mirasçı ataması yoluyla kurulan vakıftan esirgenmesi gerekir¹²².

Başvurulması halinde mirasçıların mirasbırakanın borçlarından şahsen sorumlu olmayacakları ve alacaklıların alacaklarını sadece tereke mallarından karşılayabileceği resmi tasfiye talebinde mirasçı ataması yoluyla kurulan vakfın bulunabilmesinin gerekliliği ise kanaatimizce şüphelidir. Nitekim malvarlığı mirasçı ataması yoluyla özümlenen vakfın zaten miras payı dışında herhangi bir malvarlığı bulunmamaktadır¹²³. Bundan hareketle resmi tasfiyenin mirasçılara sağladığı tereke borçlarından kişisel malvarlığı değerleriyle sorumlu olmamalarına dair faydanın vakıf açısından mevcut olmadığı kanaatindeyiz¹²⁴. Bu çekinceler tescil edilerek tüzel kişilik kazanan vakfın bu hakkı kullanabileceğine dair kuramsal gerçeği değiştirmemektedir¹²⁵.

Mirasçı olarak atanmak suretiyle kurulan vakıf, terekeye ilişkin koruma önlemlerine başvurabilecek olup¹²⁶ miras sebebiyle istihkak davasında taraf ehliyetini haiz olacaktır¹²⁷.

c. Vakfın Artmirasçı veya Önmirasçı Olarak Atanmasına Bağlanan Özel Sonuçlar

Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulmasını öngördüğü vakfı artmirasçı olarak da atayabilir. Bu durumda vakfın artmirasçı atanması suretiyle kurulması söz konusudur.

Anılan durumda ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulması öngörülen vakfa özümlenen malvarlığının miras açıldıktan sonra ancak geçiş anından önceki dönemdeki niteliğinin saptanması önemlidir. Bilindiği üzere, kişinin ölümünden önce muhtemel mirasçılarının mirası elde etmeye yönelik – kanun koyucu tarafından yeterli derecede korunan – bir beklentisi değil sadece bir alelade ümidi mevcuttur¹²⁸. Bu noktada konumuz açısından ilk önemli husus, art mirasçıların miras açıldıktan sonra ancak geçiş anından önceki dönemde muhtemel (ön) mirasçı gibi bir alelade ümide mi yoksa mirasçı olmaya yönelik – kanun koyucu tarafından yeterince korunan – bir beklentiye mi sahip

122 Böylelikle vakfın resmi defterin tutulmasından sonra sadece deftere göre kabul hakkı bulunduğu sonucu çıkmaktadır. Bu yönde Zeiter (n 6) N 995. Vurgulamak gerekir ki, deftere göre kabul durumunda vakıf deftere yazılı olan borçlardan TMK m. 105 / f. 3 uyarınca sadece kendisine özümlenen mal ve haklarla sınırlı olarak sorumlu olacaktır.

123 Ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakfın bu özel durumu ayrıca TMK m. 105/ f. 3'te şu şekilde vurgulanmıştır: “Ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakfın mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu, özümlenen mal ve haklarla sınırlıdır.”

124 Karş Zeiter (n 6) N 1002-1003.

125 Vakfa bu hakkı çekincesiz tanıyan Doğan (n 20) 144. Tescil edilmiş vakfın bu hakka başvurmaya kuramsal engel olmasa da anılan fayda yokluğu kanaatimizce henüz tescil edilmediği dönemde vakfa bir kayyım atanarak bu hukuki imkana başvurulmasını sağlamasını engeller.

126 Bu bağlamda mirasçı olarak atama ile kurulan vakıf özel nitelikli koruma önlemleri olan terekenin defterinin tutulmasını, terekenin mühürlenmesini, terekenin resmen yönetilmesini, mirasçıların saptanmasını, vasiyetnamelerin veya miras sözleşmelerinin açılmasını talep edebilecek ayrıca mirasçılık belgesi başvurusunda bulunabilecektir. Benzer Zeiter (n 6) N 1020-1025 ve N 1030; Riemer (n 22) Art 81 N 50. Anılan olasılıkta henüz tescil edilmemiş vakfa TMK m. 427 / b. 3'ün kıyasen uygulanmasıyla yönetim kayyımı atanmalı böylelikle de bu hukuki imkana başvurma imkânı tanınmalıdır.

127 Riemer (n 22) Art 81 N 50; Zeiter (n 6) N 1049

128 Atanmış ve kanuni mirasçıların bir beklentisinin mevcut olmadığını vurgulayarak Halûk N. Nomer, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları* (Beta 2002) 130-132; bunu “çıplak bir umut, sıradan bir beklenti” olarak nitelendiren Serozan ve Engin, (n 13) § 1 N 52.

olduklarıdır. Doktrinde bir görüş, artmirasçının mirasın açılması anında mirasa ehil olup olmayacağı hususunda haklı beklentisinin yeterince güçlü olmadığından, bu beklentinin ne kendi mirasçalarına intikalini sağlayabildiği ne de üzerinde tasarrufta bulunabildiğinden ve önmirasçının tasarruf işlemlerine karşı kanunda yeterli güvence sağlanmadığından hareketle artmirasçının mirasbırakanın ölümünden sonra ancak mirasın kendisine geçiş anından önceki dönemdeki bir beklentiye (yazarın ifadesiyle “bekleme hakkı”) haiz olmadığı görüşündedir¹²⁹. Kanaatimizce daha isabetli diğer bir görüş ise art mirasçının hukukî durumunu, muhtemel (ön) mirasçıdan farklı olarak, somut bir şekilde terekede yer alan malvarlığı değerlerini de kapsayan ve sağlararası işlemlerde şarta bağlı hakkın sahibini koruyan hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla güvence altına alınmış bir beklenti olarak nitelendirmektedir¹³⁰. Bu bağlamda artmirasçı atanması suretiyle kurulması durumunda vakfın da mirasbırakanın ölümünden sonra ancak mirasın kendisine geçiş anından önceki dönemde – kanun koyucu tarafından yeterince korunan – bir beklentiye sahip olduğu görüşündeyiz.

Önmirasçının ölümüyle veya ölüme bağlı tasarrufta belirlenmiş (bir vadenin gelmesi veya bir koşulun gerçekleşmesi) başka bir geçiş anıyla birlikte mirası kazanacak olan vakıf mirasbırakanın külli halefi konumundadır¹³¹. Vakfın mirasın kendisine henüz geçmediği dönemde malvarlığı, yukarıda da belirtildiği üzere, önmirasçıya karşı sahip olduğu mirası iktisaba yönelik beklentiden ibarettir¹³².

Artmirasçı atanmak suretiyle kurulan vakfın ne zaman mevcudiyet kazanacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre bu vakıf mirasbırakanın ölümü anında mevcudiyet kazanacak iken¹³³ diğer bir görüş ise vakfın ancak mirasın kendisine geçtiği anı dikkate almaktadır¹³⁴. Kanaatimizce tescil ancak mirasın vakfa geçiş anında talep edilebilecek olup bu tüzel kişi tescil kararının kesinleşmesiyle birlikte mirasın kendisine geçtiği ana kadar geriye yürüyerek terekeyi elde edecektir. Nitekim TMK m. 105/ f. 3 uyarınca öngülenen malların mülkiyeti ile hakların geçiş anı tüzel kişiliğin kazanıldığı, diğer bir ifadeyle vakfın tescil kararının kesinleştiği, andır. Henüz mirasın artmirasçı ölümüne bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfa geçmediği bir anda tescil talebinde bulunulması, tescile karar verilmesi durumunda henüz geçiş anı gelmemiş mirasın TMK m. 105/ f. 3 uyarınca vakfa intikal etmesi gibi mirasbırakanın fevkalade ikameye dair iradesine tamamen aykırı bir sonucun doğmasına neden olur. Bu yüzden miras geçmeden yapılacak tescil talepleri reddedilmelidir.

Vakfın önmirasçı olarak atanmak suretiyle kurulmasının mümkün olup olmadığı meselesine ise şüphe ile yaklaşmak gerekir. Nitekim anılan olasılıkta ölüme bağlı tasarrufta geçiş anı belirlenmişse ilgili koşulun gerçekleşmesi veya vadenin gelmesi ile; buna dair bir düzenleme yoksa yorumla saptanacak sürenin sonunda¹³⁵ miras, diğer bir ifadeyle vakfeden mirasbırakan tarafından öngülenen malvarlığı,

129 Gürpınar (n 18) 171-173.

130 Nomer (n 128) 137.

131 Baddeley (n 6) Art 493, N 7.

132 Karş. Riemer (n 22) Art 81 N 52; Zeiter (n 6) N 644.

133 Riemer (n 22) Art 81 N 52; Grüninger (n 1) Art 493 N 6; Weimar (n 2) Art 493 N 13. Yazarın bu savının temelinde, ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın hak ehliyetini mirasbırakanın ölümüyle birlikte tescil bozucu şartına bağlı olarak derhal kazanacağına ilişkin görüşü bulunmaktadır.

134 Escher (n 3) Art 493 N 5.

135 Belirtmek gerekir ki, önmirasçı vakıf gerçek kişi olmadığından geçiş anının tasarrufta öngörülmemesi durumunda

artmirasçıya intikal eder. Yeterli malvarlığı değerinin belirli ve sürekli bir amaca özgülenmesine dayanan vakfın mahiyetine aykırılık oluşturabilecek böyle bir tasarruf¹³⁶ uygulamada da vakıf kurma hakkının özellikle diğer mirasçılardan alacaklılarından geçici olarak mal kaçırılmasını sağlamak amacıyla kötüye kullanılıp kullanılmadığı tartışmasına neden olabilecektir¹³⁷. Bununla birlikte bazı istisnai durumlarda yukarıda anılan sakıncaların gerçekleşmemesi de mümkündür. Örneğin vakfın öngörülebilir ömrüne tekabül eden mirasın artmirasçıya geçmesi için hesap edilen süre bu tüzel kişiye ilişkin süreklilik şartını karşılıyor ise¹³⁸ veya vakfın amacı bu sınırlı sürede gerçekleşebilir nitelikte¹³⁹ ise yahut mirasın artmirasçıya geçiş anından sonra vakfa kalacak malvarlığı değerleri sürekli amacın gerçekleşmesine yetecek miktarda ise¹⁴⁰ vakfın önmirasçı olarak atanmasında bir sakınca bulunmamaktadır¹⁴¹.

d. Vakfın Yedek Mirasçı Olarak Atanmasına Bağlanan Özel Sonuçlar

Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf yoluyla kurulmasını öngördüğü vakfı yedek mirasçı ataması durumunda, asıl mirasçının mirasçılık sıfatını kazanmasına engel durum gerçekleşmedikçe vakıf malvarlığını haiz olmayacaktır¹⁴². Bu hukuki sonuç yedek mirasçının artmirasçınıninkinden farklı olarak ikame gerçekleşmeden önce malvarlıksal değeri haiz bir hukuki konumunun bulunmamasıyla açıklanmaktadır¹⁴³.

Mirasbırakanın ölümüyle birlikte ikame olgusunun aynı anda gerçekleştiği durumlarda (asıl mirasçının mirastan yoksunluğu veya mirasbırakandan önce ölmüş olması gibi) yedek mirasçı atanmak suretiyle kurulan vakıf tescil ile birlikte mirasbırakanın ölümü anına kadar geriye yürüyerek mirası iktisap edecektir. Şayet mirasbırakanın ölümüyle ikame olgusunun gerçekleşmesi arasında bir süre varsa (asıl mirasçının mirası reddetmesinde olduğu gibi) bu dönemde henüz tescil edilmemiş vakfın malvarlığı kanunen belirli bir güvence altında olan beklentiden¹⁴⁴ ibaret olacaktır.

mirasın önmirasçının ölüm anında artmirasçıya geçeceğine dair TMK m. 522/ f. 1 uygulanamayacaktır. Doktrinde Zeiter süreyle sınırlanmamış bir yüklemenin de bulunduğu bir olayda İsviçre Federal Mahkemesinin TMK m. 521'in iki nesli içerecek bir zaman dilimine (50-70 yıl) izin vermiş olduğunu (BGE 87 II 355 vd.) vurgulamakta – o somut dava konusuna dair – sürenin yaklaşık elli yıl olarak saptanması gerektiğini belirtmektedir. Bunun için bkz. Zeiter (n 6) N 648.

136 Benzer İbid N 645.

137 Riemer (n 22) Art 81 N 53.

138 Weitemeyer (n 94) § 83 Rn 11.

139 Artmirasçının geçiş anından önce ölmesi ve mirasın da önmirasçı olarak atama suretiyle kurulan vakfa kalması durumunda amacın sınırlı sürede gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı bir önemi kalmayacaktır.

140 Hüttemann und Rawert (n 93) § 83 Rn 10; Wolfgang Hau, Roman Poseck und Wolfram Backert, *Bürgerliches Gesetzbuch §§ 1-480 Kommentar* (5. Auflage C H Beck 2023) § 83, Rn 4.

141 Şayet vakfın artmirasçıya devirden sonra yeterli malvarlığı kalmazsa vakıf kendiliğinden sona erecektir. Benzer İşeri (n 5) 116.

142 Hau, Poseck und Backert (n 140) § 83 Rn 4.

143 Weitemeyer (n 94) § 83, Rn 11; Hüttemann und Rawert, (n 93) § 83 Rn 12.

144 Mirasın açılmasından sonra ikame olgusunun gerçekleşmesinden önce yedek mirasçının hukuki durumunun belirli bir güvence altında olduğu hususunda Baki İlkay Engin, *Yedek Mirasçılık, Yedek Mirasçı Atama-Yedek Vasiyet Alacaklısı Tayini* (İstanbul 2003) 135.

İkame olgusu gerçekleştiği takdirde vakıf tescil ile birlikte mirasbırakanın ölümü anına kadar geriye yürüyerek mirasın açılmasıyla kazanmış gibi miras payı üzerinde hak sahibi olacaktır¹⁴⁵.

3. Ölüme Bağlı Tasarruf Yoluyla Kurulan Vakfın Vasiyet Alacaklısı Olarak Tayin Edilmesi

a. Hukuki Konumu

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulmasını öngördüğü vakfa mirasçı atama olmaksızın sadece bir malvarlığı menfaatinin özgülenmesi durumunda lehtari ilgili vakıf olan bir vasiyet söz konusudur¹⁴⁶. Vakfın vasiyet alacaklısı olarak tayin edilmesi suretiyle kurulduğu bu duruma örnek olarak “50.000.000 TL’yi yukarıda kurulması öngörülen vakfa özgüliyorum” verilebilir¹⁴⁷. Anılan durumda vakfın malvarlığı, ifa gerçekleşinceye kadar, vasiyet yükümlüsüne karşı haiz olduğu ve ilgili menfaatin sağlanmasına yönelik mirasbırakanın ölümüyle doğmuş olacak hakkından ibarettir¹⁴⁸. Bununla birlikte vasiyet edilen malvarlığı menfaatinin mirasbırakanın ölümü anında terekede bulunmaması durumunda TMK m. 517 / f. 3 uyarınca bu ölüme bağlı tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanlar, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça (diğer bir ifadeyle bir tedarik vasiyeti söz konusu değil ise), borçtan kurtulacakları için vakıf tescil edilmeyecektir¹⁴⁹.

Mirasbırakanın ölümü ile tescil arasında geçen dönemdeki hukuki konumu cenininkine benzer olan vakıf vasiyet alacağını tüzel kişilik kazandığı anda mirasbırakanın ölümü anına kadar geriye yürüyerek iktisap eder. Nitekim TMK m. 105 / f. 1 uyarınca özgülenen haklar tüzel kişilik kazanmasıyla vakfa geçer¹⁵⁰.

Vakıf, alacağını TMK m. 600 uyarınca mirasbırakan tarafından özel olarak belirlenmiş vasiyet borçlusu¹⁵¹ varsa ona; yoksa ama vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmışsa TMK m. 552/ f. 2, b. 4 uyarınca ona; o da yoksa yasal veya atanmış mirasçılara karşı ileri sürebilecektir.

145 İkame olgusu gerçekleştiğinde yedek tayin edilen kişinin mirasın açıldığı tarihten itibaren mirasçı sıfatını kazanacağı hususunda bkz. Engin (n 144) 134.

146 Zeiter (n 6) N 649; Weimar (n 2) Art 493 N 12.

147 Benzer örnek için Steinauer (n 5) N 579.

148 Escher (n 3) Art 493 N 8; Tuor (n 5) Art 493 N 8; Serozan ve Engin (n 13) § 4 N 180; Riemer (n 22) Art 81 N 54; Kocayusufpaşaoğlu (n 7) 287; Zeiter (n 6) N 658; bu kişisel talep hakkını “*alacak benzeri*” olarak nitelendiren Weimar (n 2) Art 493 N 12.

149 Riemer (n 22) Art 81 N 54. Vakfın kurulmaması sonucundan bahsetmese de vasiyet alacaklısı olarak tayin edilen vakfa malvarlığı olarak özgülenmesi öngörülen taşınmazın ilgili ölüme bağlı tasarruftan sonra kamulaştırılması halinde mülkiyetin idareye geçeceği ve ilgili malvarlığı değerine ilişkin vakıf adına tapu kaydı oluşturulmasının bu hukuki sonucu değiştirmeyeceği yönünde Yargıtay 5 HD, E 2010/17304 K 2011/5990, 05.04.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

150 Kocayusufpaşaoğlu (n 7) 288. Bununla birlikte bazı yazarlar, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin yürürlüğü döneminde (TMK m. 105/ f. 1 ile aynı içeriği haiz) TKM m. 74/f. 6’da vakfın tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte sadece malların mülkiyetinin değil ayrıca “haklar”ın da intikal edeceği belirtilmesine rağmen vasiyet alacaklısı olarak tayin edilmek suretiyle kurulan vakfın vasiyet konusunun mülkiyetini tescil anında mirasbırakanın ölümüne kadar geriye yürüyerek kazandığını ileri sürmekte idiler. Onlara göre anılan hüküm vasiyet olunan malların iktisabına ilişkin miras hukukunda benimsenen düzene istisna getirmekte idi. Katılmadığımız bu görüş için bkz. İşeri (n 5) 119; Özsunay (n 14) 412.

151 Anılan düzenlemede vasiyet alacaklısının başvurabileceği kişiler sayılırken ilk sırada “*vasiyeti yerine getirme görevlisi*”ne yer verilmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi yanlış anlaşılmaya müsaittir. Şöyle ki, anılan düzenlemenin mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’ndeki karşılığı TKM m. 541’de de benzer bir sıralamaya yer verilmiş olmakla birlikte ilk başvurulacak kişi “*vasiyeti ifa ile mükellef olan*” şeklinde ifade edilmiş olup 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’daki madde

Ölüme bağlı tasarrufta vakfın alt vasiyet alacaklısı olarak belirlenmesi de mümkündür. Anılan durumda ifa talebinin muhatabı, asıl vasiyet alacaklısı olacaktır. Asıl vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesi halinde ise, TMK m. 519 / f. 2 uyarınca alt vasiyet alacaklısı vakıf ifa talebini bu reddeden yararlananlara karşı ileri sürebilecektir¹⁵².

Vasiyetin konusunu teşkil eden mal mirasbırakanın ölümüyle öncelikle vasiyet borçlusunun malvarlığına gireceğinden vasiyet alacaklısının hakları hem tereke alacaklıları hem de vasiyet borçlusunun alacaklılarından sonra gelecektir¹⁵³.

Vasiyet alacaklısı olarak belirlenmiş olan vakıf, bazı alt vasiyetleri yerine getirmekle yükümlü kılınmışsa ve lehdarı olduğu kazandırmanın tenkise tabi tutulmuşsa – mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça – vasiyet borçlarının da aynı oranda tenkis edilmesini TMK m. 563 / f. 2 uyarınca isteyebilir¹⁵⁴. Benzer şekilde ilgili vakıf TMK m. 519 / f. 1 uyarınca elde ettiği kazandırmayı aşan (alt) vasiyetlerin de tenkisini talep edebilecektir¹⁵⁵.

Vasiyet alacaklısı tayin edilmek suretiyle kurulan vakıf miras sebebiyle istihkak davası açamayacağı gibi mirasın paylaşılması davası açma yetkisini de haiz değildir¹⁵⁶.

b. Vasiyet Alacaklısı Olarak Tayin Edilen Vakfın Vasiyet Reddi Sorunu

Her ne kadar teknik anlamda bir red hakkı niteliği taşımasa da¹⁵⁷ TMK m. 616'da vasiyet alacaklısına vasiyeti ret hakkı tanınmıştır. Mirasçı olarak atanmış vakfın red hakkının yokluğuna ilişkin ileri sürülen gerekçelere dayalı olarak vasiyet alacaklısı olarak tayin edilmek suretiyle kurulan vakfın lehtar olduğu malvarlığı menfaatini reddetmesi mümkün değildir¹⁵⁸.

c. Ölüme Bağlı Tasarruf Yoluyla Kurulan Vakfın Art Vasiyet Alacaklısı Tayin Edilmesi Durumuna Bağlı Özel Sonuçlar

Mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulmasını öngördüğü vakfı art vasiyet alacaklısı olarak da atayabilir. Anılan olasılıkta mirasbırakanın ölümü anında kurulan vakfın malvarlığı, henüz kendisine ifa edilmediği dönemde, (ön) vasiyet alacaklısına karşı sahip olduğu vasiyet konusu

gerekçesinde de mülga hükümde hiçbir değişikliğin yapılmadığı belirtilmiştir. Bundan hareketle esasen kullanılan “vasiyeti yerine görevlisi” ifadesinin mirasbırakanın özel olarak atamış olduğu vasiyet borçlusu olarak anlaşılması yerinde olacaktır. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevleri arasında TMK m. 552 / f. 2, b. 4'te vasiyetlerin yerine getirilmesine açıkça yer verilmesini de bu tespiti temellendirmek için dayanak göstererek aynı yönde Dural ve Öz (n 7) N 692.

152 Escher (n 3) Art 493 N 8; İşeri (n 5) 118.

153 İşeri (n 5) 119. Sadece mirasbırakanın alacakları ile vasiyet alacağının ilişkisi üzerinden değerlendirmede bulunan Doğan (n 20) 144.

154 Benzer tespit için bkz. Zeiter (n 6) N 1147, 1149.

155 Benzer tespit için bkz. ibid N 1146, 1149.

156 ibid N 1152-1154.

157 İlhan Helvacı, *Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi* (1. Baskıdan Tıpkı 2. Baskı, Filiz 2014) 204.

158 Tuor (n 5) Art 493 N 8; Riemer (n 22) Art 81 N 54; Grüniger (n 1) Art 493 N 7; benzer Cotti (n 5) Art 493 N 5.

menfaatin sağlanmasına ilişkin beklentiden¹⁵⁹ ibarettir¹⁶⁰. Vakıf ölümüne bağlı tasarrufta özgülenmesi öngörülen talep hakkını tescil edildiği anda geçiş anına kadar geriye yürüyerek kazanacak ve önmirasçının vasiyeti ifasıyla malvarlığı değerini iktisap edecektir¹⁶¹.

Vakfın ön vasiyet alacaklısı olarak belirlenmesinin mümkün olup olmadığı meselesine ise şüphe ile yaklaşmak gerekir. Nitekim anılan olasılıkta ölümüne bağlı tasarrufta öngörülen koşulun gerçekleşmesi veya vadenin gelmesi ile vakıf vakfeden mirasbırakan tarafından özgülenen ilgili malvarlığı değerlerini art vasiyet alacaklısına devretmek yükümlülüğü altına girecektir. Yeterli malvarlığı değerinin belirli ve sürekli bir amaca özgülenmesine dayanan vakfın mahiyetine aykırılık oluşturabilecek böyle bir tasarruf, uygulamada da vakıf kurma hakkının özellikle diğer mirasçılarının alacaklılarından geçici olarak mal kaçırlmasını sağlamak amacıyla kötüye kullanılıp kullanılmadığı tartışmasına neden olabilecektir¹⁶². Menfaat durumları benzer olduğundan bu konuda vakfın artmırasçı olarak atanması suretiyle kurulmasına dair yaptığımız tespitlere atıf yapmakla yetiniyoruz.

4. Vakfın Yükleme Ölümüne Bağlı Tasarrufuyla Kurulması

Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufunda vakfı kurup – daha açık ifadesiyle bütün zorunlu unsurlarını kendisi belirleyerek vakfın kurulmasına dair iradesini açıklayıp – mirasçı atadığı veya vasiyet alacaklısı olarak tayin ettiği kişilerin de¹⁶³ en azından nesnel olarak belirlenebilir kapsamda bazı malvarlığı değerlerini bu uğurda özgülemelerini öngördüğü durumda vakfın yükleme ölümüne bağlı tasarrufu yoluyla kurulduğundan bahsedilebilecektir¹⁶⁴. Anılan hukuki kurgunun özelliği mirasbırakanın düzenlediği ölümüne bağlı tasarrufta vakfın kurulmasına ilişkin bütün zorunlu unsurları belirlemesine rağmen vakfın malvarlığının özgülenmesinin yükleme tahmil edilen mirasçı veya vasiyet alacaklısının ifası ile gerçekleşecek olmasıdır¹⁶⁵. Bu bağlamda yükleme yerine getirilmedikçe vakıf kendisine özgülenen malvarlığı değerleri (başlangıçtaki malvarlığı) üzerinde tasarruf yetkisini haiz olmayacaktır¹⁶⁶.

159 Art vasiyet alacaklısının ön vasiyet alacaklısına karşı hukuken korunmaya layık beklentisi olduğu yönünde Nomer (n 129) 141-142.

160 Riemer (n 22) Art 81 N 55; Beklenti yerine sadece talep ifadesini kullanan Weimar (n 2) Art 493, N 13.

161 Weimar (n 2) Art 493 N 13. Kuramsal olarak mümkün olduğunda şüphe bulunmasa da özellikle (ön) vasiyet alacaklısının devir yükümlülüğü doğduğunda elinde kalanı vermekle yükümlü olması vakfın malvarlığının tamamen (ön) vasiyet alacaklısının tutumuna bağlı kılınması sonucunu doğuracağından uygulamada böyle bir tasarrufa izin verilmemesi gerektiğini belirten Zeiter (n 6) N 656. Yazarın “uygulamaya yönelik” bu uyarıyı ölümüne bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın artmırasçı atandığı olasılık için yapmaması çelişkilidir.

162 Riemer (n 22) Art 81 N 55.

163 Yükleme yükümlüsünün belirlenmemiş olduğu durumda miras ortaklığının yükümlü olacağına ilişkin Zeiter (n 6) N 680.

164 Riemer (n 22) Art 81 N 44; benzer Kocayusufpaşaoğlu (n 7) 288; Zeiter (n 6) N 667. Bununla birlikte doktrinde bir görüşe göre mirasbırakanın mirasçı veya vasiyet alacaklısına kendilerine bırakılan tereke mallarıyla amacını kendi belirlediği vakıf kurma yüklemesi tahmil etmesi durumu TMK m. 526'nın kapsamının dışındadır. Anılan görüşün savunucusu Weimar, bu durumda yüklemeden malvarlığına ilişkin haklar ve talepler doğmayacağına ve anılan kurguda belirli bir amaç için herhangi bir malvarlığı özgülemesi bulunmadığına dayanarak bir mirasçı veya vasiyet alacaklısına vakıf kurma yüklemesinin yüklenmesiyle bağımsız bir vakfın kurulamayacağını savunmaktadır. Bunun için bkz. Weimar (n 2) Art 493 N 14.

165 Tuor (n 5) Art 493, N 13.

166 Zeiter (n 6) N 661.

Yükleme yoluyla kurulan vakıf açısından belirleyici olan bu ölüme bağlı tasarrufun vakfın zorunlu unsurlarını içerecek şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Şayet mirasbırakan sadece mirasçı veya vasiyet alacaklısına vakıf kurma yüklemesi tahmil ediyorsa bu durumda kurulacak vakıf sağlararası işleme dayanacaktır¹⁶⁷.

Doktrinde mirasçılar veya vasiyet alacaklılar tarafından özgülenmeleri yükleme yoluyla öngörülen malvarlığı değerlerinin mirasbırakanın terekkesinden elde edilmiş olmasına gerek olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfa yükleme yoluyla özgülenmesi öngörülen malvarlığı değerlerinin yükümlü mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından terekeden elde edilmesi gerekmektedir¹⁶⁸. Doktrindeki bir başka görüş ise yüklemenin konusunun terekeden elde edilecek malvarlığı değerleriyle sınırlandırılmaması gerektiğini ve mirasbırakanın sağlığında yükümlüye vakfa özgülenmesi yüklemesiyle bağışlanmış olduğu malvarlığı değerinin de bu ölüme bağlı tasarrufun konusunu oluşturabileceğini savunmaktadır¹⁶⁹. Kanaatimizce ikinci görüşün savunduğu olasılıkta da ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulması öngörülen vakfa malvarlığı özgülenmesi esasen mirasbırakan tarafından gerçekleştirildiğinden ilgili malvarlığı değerinin mutlaka terekeden elde edilmiş olmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz.

Yükleme tasarrufuyla kurulan ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın yüklemenin yerine getirilmesini doğrudan talep hakkı bulunmadığı kabul edilmektedir. Bu durumda vakfın yönetim organı olarak belirlenmiş olan kişiler, Vakıflar Genel Müdürlüğü, (henüz tescil edilmemiş ise) TMK m. 427 / b. 3 uyarınca yönetim kayyımı¹⁷⁰, vasiyeti yerine getirme görevlisi, terekeyi yönetmekle görevlendirilen kimse veya mirasçılar talepte bulunabilecektir¹⁷¹.

VI. VAKIF KURMA İRADESİNİN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLA AÇIKLANMASINDA UYULMASI GEREKEN ŞEKİL

Bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak vakıf kurmayı düzenleyen TMK m. 526'ya ilaveten TMK m. 102 / f. 1, c. 1'de bu tüzel kişiyi oluşturma iradesinin ölüme bağlı tasarruf ile de açıklanabileceği şu şekilde düzenlenmiştir:

167 Hau, Poseck und Backert (n 140) § 83 Rn 6; Hüttemann und Rawert (n 93) § 83, Rn 14; Ergüne (n 7) 166; benzer Antalya ve Sağlam (n 5) N 999.

168 Özgülenecek değerlerin tereke değeri olması gerektiğini vurgulayarak anılan durumun sadece tüzel kişiliğin kurulmasının mirasbırakan tarafından üstlenildiği ve malvarlığı özgülenmesinin ise yükleme yükümlülerine bırakıldığı şeklinde yorumlanmaması gerektiğini nitekim bu hukuki kurguda vakfa malvarlığı özgülenmesinin mirasbırakan tarafından önceden yapıldığını belirten Riemer (n 22) Art 81 N 44. Yükleme ölüme bağlı tasarrufuyla mirasçı veya vasiyet alacaklısına herhangi bir yükleme değil kendilerine intikal eden malvarlığıyla ve onun özel bir amaçla kullanılmasıyla ilgili yüklemelerin tahmil edilemeyeceği yönünde BGE 94 II 93.

169 Zeiter (n 6) N 677. BGE 94 II 93 kararında yüksek mahkemenin savunduğu görüşün sürdürülemeyeceğini ve yüklemenin konusunun elde edilen malvarlığı değerinin belirli bir amaçla kullanılmasıyla sınırlandırılmayacağını belirterek ve TMK m. 517/ f. 3'te düzenlenen tedarik vasiyetine ilişkin düzenlemeyi de kıyasen uygulayarak terekede yer almayan bir malvarlığı değerinin üçüncü kişiye devrine dair yüklemenin ölüme bağlı tasarruf olarak geçerli olduğuna hükmeden BGE 101 II 28-30.

170 Escher (n 3) Art 493, N 8.

171 Karş. Zeiter (n 6) N 1177-1180. Yazar, mirasbırakanın ölümüyle birlikte vakfın tüzel kişilik kazanacağını benimsediğinden ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın da yüklemenin yerine getirilmesini talep edebileceğini ileri sürmektedir.

“*Vakıf kurma iradesi, resmî senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır.*”

Bir kişinin ölümünden sonra vakıf kurulmasına ilişkin iradesini açıklarken uyması gereken biçime yönelik esaslar şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kanuni düzenlemelere göre belirlenecektir.

Mirasbırakanın ölümünden sonra vakıf kurulmasına ilişkin iradesini resmi vasiyetname (TMK m. 532-537), el yazılı vasiyetname (TMK m. 538) veya sözlü vasiyetname (TMK m. 539-541) şeklinde açıklayabileceğinde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır¹⁷².

Vakıf kurma iradesinin TMK m. 545 / f. 1 uyarınca resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gereken miras sözleşmesinde ve özellikle de bağlayıcı içeriğine dahil olarak açıklanmasının mümkün olup olmadığını ise – bu meseleye dair uygulamaların, yasama organlarının ve öğretilerin yaklaşım tarzlarına dair gelişim sürecinin arz ettiği özellikleri daha açık bir şekilde ortaya koymak amacıyla – İsviçre hukuku ve Türk hukuku açısından ayrı ayrı ele almakta yarar vardır.

A. İSVİÇRE HUKUKUNDA

Vakıf kurma iradesinin miras sözleşmesinde ve özellikle de bağlayıcı içeriğine dahil olarak açıklanıp açıklanamayacağı meselesine ilişkin değerlendirmede bulunurken İsviçre Medenî Kanunu'nun vakıflara ilişkin hükümlerinin değiştirilmesine yönelik 01.01.2006 tarihinde yürürlüğe giren 08.10.2004 tarihli Federal Kanun değişikliği dikkate alınmalıdır. Nitekim bu değişiklik, İsviçre Federal Mahkemesi'nin zaman içerisinde değişen uygulaması ve öğreti görüşleri bakımından belirleyicidir.

1. 01.01.2006 Tarihinde Yürürlüğe Giren Kanun Değişikliğinden Önceki Dönem

01.01.2006 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliğinden önce “*Şekil*” kenar başlıklı İMK m. 81'nin Almanca metni şu şekilde kalemde alınmıştır:

“*Kuruluş, resmi senet şeklinde veya vasiyetname yoluyla gerçekleşir.*”¹⁷³

Anılan dönemde İsviçre Federal Mahkemesi, İMK m. 81'in metnine dayanarak, ölümünden sonra vakıf kurulmasına ilişkin iradenin miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil edilerek açıklanamayacağı görüşünde idi¹⁷⁴. Doktrindeki hâkim görüş de vakıf kurma iradesinin miras

172 Escher (n 3) Art 493 N 5; Tuor (n 5) Art 493 N 4; Hatemi (n 7) 216; Teoman Akünel, *Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler* (2. Bası, Beta 1995) 129; Riemer (n 22) Art 81 N 39; Mario M. Pedrazzini ve Niklaus Oberholzer, *Grundriss des Personenrechts* (Dritte, überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli & Cie AG 1989) 249; Dural ve Öz (n 7) N 775; İbid N 308; Ögüz (n 35) 21; Çabri (n 2) M 526 N 742; Baddeley (n 6) Art 493 N 6; Künzle (n 1) Art 493, N 4; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 314-315; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 50) 680; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1348; Dural ve Ögüz (n 35) N 1541; Aksoy Dursun (n 35) 64.

173 Bu düzenlemenin Fransızca metni ise “*Vakıf, resmi senet veya vasiyetname ile kurulur.*” şeklinde kaleme alınmış idi.

174 İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 96 II 286 kararından: “*c-) İMK (günümüzde İsviçre'deki hukuk dili gibi kesinlikle vasiyetnameden, mirasbırakan tarafından tek taraflı eylemle gerçekleştirilen ve mirasbırakanın her zaman serbestçe geri alabileceği ölüme bağlı tasarrufu (İMK m. 509) anlamaktadır. Vasiyetname, tek taraflı düzenleme ve serbestçe geri alınabilir olma ile başka bir kişiyle kurulan ve sadece İMK m. 513/ f. 2 ya da İMK m. 514'teki özel şartlar altında tek*

sözleşmesinde açıklanabileceğini ancak bu şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcı içeriğine dahil olmayacağını – diğer bir ifadeyle mirasbırakan tarafından ölümüne kadar her zaman geri alınabileceğini – savunarak esasen İsviçre Federal Mahkemesi'nin uygulamasını desteklemekte idi¹⁷⁵. Bununla birlikte doktrinde bu karara karşı çıkan¹⁷⁶ ve vakıf kurma iradesinin miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olabileceğini ileri süren yazarlar da bulunmaktaydı¹⁷⁷.

2. 01.01.2006 Tarihinde Yürürlüğe Giren Kanun Değişikliğinden Sonraki Dönem

01.01.2006 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun ile “Şekil” kenar başlıklı İMK m. 81'in Almanca metni şu şekilde değiştirildi:

tarafı olarak ortadan kaldırılabilir ve mahiyetleri itibarıyla bir vakfın kurulması için icabında kullanılabilir miras sözleşmeleri çeşitleri olan İMK m. 494 anlamındaki mirasçı atama ve vasiyet sözleşmesinden açık bir şekilde ayrılır. İMK, 81. maddenin ilk fıkrasında vakfın vasiyetname yoluyla kuruluşunu öngörmesiyle, miras sözleşmesiyle vakıf kurulmasına izin vermemektedir. Daha doğrusu: somut olayda mevcut olmamakla birlikte – gerçekleştirilecek bir olasılık olarak – miras sözleşmesinde yer alan vasiyetname ile vakıf kurulmasına bir engel bulunmasa da İMK m. 81 / f. 1, kanuni terminolojiye göre sahip olduğu anlam uyarınca, bir vakfın miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmiş bir ölüme bağlı tasarrufun akdi hükümleri ile kurulmasına izin vermemektedir.”

Önceki karara atıfta bulunan İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 105 II 257 sayılı kararından: “Öğreti ve yargıya göre miras sözleşmesi şeklinde gerçekleştirilmiş ölüme bağlı tasarruflar, tarafları bağlayan akdi nitelikte hükümlere ilaveten İMK m. 509 uyarınca serbestçe geri alınabilecek vasiyetnameleri de içerebilir. Davalı tarafından zikredilen yargı kararı sadece bir vakfın bir miras sözleşmesinin (her iki tarafı da bağlayıcı) akdi hükümleri ile kurulduğu bir olaya ilişkindir. Sadece bu durumda Federal Mahkeme İMK m. 81/ f. 1'in bir vakıf kurulmasının maddi anlamda bir miras sözleşmesi ile, diğer bir ifadeyle vakfedeni akdi olarak bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarrufla, kurulmasını dışladığını saptamıştır. Federal Mahkeme bir vakfın bir miras sözleşmesinde (serbestçe geri alınabilir) bir vasiyetname ile kurulması hakkındaki diğer duruma ilişkin ise hiçbir karar vermemiştir. En azından gerekçede bunun hakkında o (Federal Mahkeme) İMK m. 81/ f. 1'in – gerçekleştirilecek bir olasılık olarak – bir miras sözleşmesinin içerdiği vasiyetname ile vakıf kurulmasına engel olmadığını ortaya koymuştur. Bununla birlikte Karl Lüthy “bu miras sözleşmesinde gerçekleşen vakıf kurulmasının herhangi bir tarafça iptal edilmesine ilişkin” bir ikame tasarrufta bulunmuştur. Bu durum için o, davalıya terekesinden 500.000 CHF'lik bir vasiyeti vasiyetin ana parasına dokunulmaması ve faizlerin ise belirli bir amaç için kullanılması mükellefiyetiyle birlikte bırakmıştır. Bu düzenleme, her ne kadar miras sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşse de, maddi olarak davalıya belirli bir malın bırakıldığı (serbestçe geri alınabilir) bir ölüme bağlı tasarruf teşkil etmektedir...”

175 Jean Nicolas Druey, *Grundriss des Erbrechts* (Stämpfli Verlag 2002) § 10, Rn 32; Paul Piotet ‘Clause d'un acte successoral prevoyant la constitution d'une fondation et sa dotation' (1980) I *Journal des Tribunaux* 315, 317. İşlemin birliğinden dolayı ne tüzel kişiliğin kurulması ne de malvarlığı övgüleme unsurunun miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olabileceğini ve diğer tarafın kurulması öngörülen vakfa malvarlığı değeri sağlamayı miras sözleşmesiyle taahhüt edebileceğini de belirterek Escher (n 3) Art 493 N 2-3; Tuor (n 5) Art 493, N 3.

176 Her ne kadar doktrinin çoğunluğu görüşünü bu karar üzerinden açıklasa da BGE 96 II 286'dan önce de bu görüşü savunan yazarlar mevcuttu. Bu dönemde vakıf kurma iradesinin miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğinde neden değerlendirilmediğini anlamadığını belirten Charles Knapp, ‘Les clauses conventionnelles et les clauses unilatérales des pactes successoraux’, *zum schweizerischen Erbrecht, Festschrift für Peter Tuor zum 70. Geburtstag* (Polygraphischer 1946) 208.

177 Hiçbir yorum yönteminin mülgâ İMK m. 81'den vakıf kurma iradesinin bağlayıcı içeriğine dahil edildiği miras sözleşmesinin geçersiz olduğu anlamını çıkaramayacağını, benzer kurumlara karşılaştırma sonucunda vakıf kurma işleminin geri alınabilir olmasına dair bir zorunluluğun bulunmadığını, kanun koyucunun açıkça yasaklamadığı bir durumda bağlanma arzusuyla ortaya koyulan vakıf kurma iradesinin korumayı hak ettiğini ve vakıf kurma iradesine bağlayıcı içeriğinde yer verilen miras sözleşmesi geçersiz olmadığı için tahvile de gerek olmadığını belirterek detaylı bir incelemede bulunan Zeiter (n 6) N 494. Mülgâ İMK m. 81'de gerçek bir kanun boşluğu olduğundan hareketle vakıf kurma iradesinin miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olabileceğini ileri süren Hans Michael Riemer, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 3. Abteilung, Die Juristische Personen, Dritter Teilband, Die Stiftungen Art. 80-89^{bis} ZGB* (Verlag Stämpfli & Cie 1981) Art 81 N 46. Düzenlemenin bu kadar sıkı bir şekilde lafzi yorumlanmasını eleştiren Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* (2. Auflage, Stämpfli Verlag 2005) 72, dn 144.

“*Vakıf, resmi senetle veya ölüme bağlı tasarrufla kurulur*”¹⁷⁸

Gerekçesinde İsviçre Federal Mahkemesinin vakıf kurma iradesinin miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğinde açıklanamayacağına yönelik BGE 96 II 286 kararına atıfta bulunan bu değişiklik uyarınca anılan düzenlemedeki “*vasiyetname*” ifadesi “*ölüme bağlı tasarruf*” ile değiştirilmiştir. Böylelikle kanun koyucu ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurma iradesinin miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine de dahil edilebilmesini amaçlamıştır¹⁷⁹.

Bu kanun değişikliğinden sonra yazarların çoğunluğu ilgili değişikliğe atıfta bulunarak mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurma iradesini bağlayıcı şekilde miras sözleşmesiyle de açıklanabileceğini görüş birliği ile kabul etmektedir¹⁸⁰.

B. TÜRK HUKUKUNDA

04.10.1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin “*II. Tesisin şekli*” kenar başlığını taşıyan 74. maddesinin 24.07.1967'ye kadar yürürlükte kalan ilk fıkrasının ilk cümlesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

“*Tesis resmi senetle yahut vasiyet tariki ile vücut bulur.*”

Anılan düzenlemeye 24.07.1967 tarihinde yürürlüğe giren 903 sayılı “Türk Kanunu Medenisinin birinci kitabının ikinci babı üçüncü faslının değiştirilmesi, bu kanuna bazı madde ve fıkraların eklenmesi, bazı vakıfların vergi muafiyetinden faydalandırılması hakkında” kanun’un 1. maddesi ile çeşitli değişiklikler getirilmiştir. Bu bağlamda kenar başlığı “*II. Vakfın şekli*” olarak değiştirilen TKM m. 74'ün yukarıda metni verilen ilgili kısmı şu şekilde yeniden kaleme alınmıştır:

“*Vakıf resmî senetle veya vasiyet yolu*¹⁸¹ *ile kurulur...*”

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun “*II. Kuruluş Şekli*” kenar başlığını taşıyan TMK m. 102. maddesinin vakıf kurma iradesinin açıklanma şekillerini konu edinen ilk fıkrasının ilk cümlesi ise şu şekilde düzenlenmiştir:

“*Vakıf kurma iradesi, resmî senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır.*”

Bu düzenlemede mülga hükümlerden farklı olarak “*vasiyet*” yerine “*ölüme bağlı tasarruf*” kavramının seçilmesiyle getirilen değişiklik, esasen 2006 yürürlük tarihli Federal Kanun ile İMK m. 81/f.

178 Bu düzenlemenin Fransızca metni ise “*vakıf, resmi senet veya ölüme bağlı tasarruf ile kurulur*” şeklinde değiştirildi.

179 Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 23 Oktober 2003, *Parlamentarische Initiative Revision des Stiftungsrechtes*, 8164.

180 Steinauer (n 5) N 577; Weimar (n 2) Art 493 N 8-9. Vez (n 12) Art 81 N 15; Cotti (n 5) Art 493 N 2; Studhalter (n 7) Art 493 N. 3; Künzle (n 1) Art 493 N 4; Baddeley (n 6) Art 493 N 6; Grüniger (n 1) Art 493 N 1; böylelikle İMK m. 468 (TMK m. 503), İMK m. 481 (TMK m. 514), İMK m. 494 (TMK m. 527), İMK m. 499 vd. (TMK m. 532 vd.), İMK m. 513-515 (TMK m. 546-548)'in vakıf kurma işlemi bakımından uygulanabilir hale geldiğini belirten Riemeer (n 22) Art 81, N 57.

181 Bu ifadeden bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf olan “*vasiyetnamenin*” anlaşılması gerektiği hususunda Hatemi (n 7) 214-215.

1, c. 1'de gerçekleştirilen ile örtüşmektedir. Bununla birlikte İsviçre'den farklı olarak vakıf kurma iradesinin miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olup olamayacağını tartışan herhangi bir kararın bulunmadığı Türk hukukunda neden “vasiyetname” yerine miras sözleşmesini de içerecek şekilde anlaşılabilir “ölüme bağlı tasarruf” ifadesinin tercih edildiği herhangi bir kanun koyucu tarafından herhangi bir gerekçeye dayandırılmamıştır.

Türk doktrininde ise, vakfın şekline ilişkin hangi düzenleme yürürlükte olursa olsun, vakıf kurma iradesinin miras sözleşmesinde dahi açıklandığı olasılıkta bu hukuki işlemin tek taraflı içeriğine dahil olacağı, diğer bir ifadeyle mirasbırakan tarafından ölümüne kadar her zaman geri alınabileceği, günümüze kadar hâkim şekilde savunulagelmıştır¹⁸². Bununla birlikte bu maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun miras sözleşmesiyle düzenlemeyeceğini ileri süren yazarlar¹⁸³ olduğu gibi doktrinde vakıf kurma iradesinin miras sözleşmesinde açıklanması halinde bağlayıcı nitelik kazanacağı da savunulmaktadır¹⁸⁴.

Kanaatimizce ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurma iradesinin miras sözleşmesinde açıklanmasında herhangi bir engel yoktur. Bununla birlikte anılan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf, henüz düzenlendiği tarihte var olmayan bir tüzel kişiliğin kurulması ve ona malvarlığı özgülenmesini amaçladığından, bu şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcı içeriği kapsamında değerlendirilemez. Nitekim henüz mevcudiyet kazanmamış ve kaynağını da sadece mirasbırakanın iradesinden alan bir tüzel kişiliğin kurulmasının öngörülmesine dair bir düzenleme mahiyeti itibarıyla bir bağlanma iradesi ile ilişkilendirilemez. Bir an için böyle bir iradenin varlığı kabul edilse dahi bunun muhatabının kim olacağı sorusu ortaya çıkar. Bunun cevabı da en erken mirasbırakanın ölümüyle kendisine özgülenen malvarlığı üzerinde hak sahibi olacak ancak henüz sadece mirasbırakanın son arzularının konusunu teşkil eden müstakbel vakıf olabilir ki kanaatimizce henüz tasavvur aşamasında olan bir olguya böyle bir hukuki konumun izafe edilmesi (ve böylelikle de menfaatlerinin korunmaya çalışılması) mümkün değildir. Bu bağlamda mirasbırakan hayatta iken hangi şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf kapsamında açıklanmış olursa olsun vakıf kurma iradesinden serbestçe dönebilir.

VII. ÖLÜME BAĞLI TASARRUF YOLUYLA KURULAN VAKFIN KURULUŞUNUN TABİ OLDUĞU DÜZEN

Kurulmasına dair irade ister resmi senetle ister ölüme bağlı tasarruf yoluyla açıklanmış olsun vakfın tüzel kişilik kazanabilmesi TMK m. 101-105 hükümlerine uyulmasına bağlıdır¹⁸⁵. Nitekim TMK m. 526 / f. 2 şu şekildedir:

182 İşeri (n 5) 27; ibid 216; Ahmet İşeri, Teoman Akünel, Adnan Tezel ve Feridun Bayrakeri, *Türkiye'de Medeni Kanununa Göre Kurulmuş Vakıflar ve Sorunları* (VKV Yayınları 1975) 32; Akünel (n 172) 129; Özsunay (n 14) 400; Kocayusufoğlu (n 7) 257-258; Dural ve Öz (n 7) N 768; Doğan (n 20) 33; Çabri (n 2) M 526 N 737; Antalya ve Sağlam (n 5) N 1001; Eren ve Yücer Aktürk (n 13) N 547 sadece vakıf kurma ve vasiyeti yerine getirme görevlisi atama gibi yalnızca bağlayıcı olmayan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan oluşan bir miras sözleşmesinin yapılamayacağını ancak bu geçersiz hukuki işlemin tahvil yoluyla resmi vasiyetname olarak ayakta tutulabileceğini de belirterek Dural ve Öz (n 7) N 661-662; vakıf kurma işleminin miras sözleşmesinde yer alması halinde miras sözleşmesinin vasiyetname olarak hüküm ifa edeceğini belirten Ögüz (n 35) 21.

183 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 50) 680; Kılıçoğlu (n 13) 150.

184 Bu yönde Serozan ve Engin, (n 13) § 4 N 14a; Göktürk Uyan, 'Miras Sözleşmesinde İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması' (2007) LXV (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 327, 332.

185 Grüninger (n 1) Art 493 N 2; Baddeley (n 6) Art 493, N 3; Künzle (n 1) Art 493 N 5. Bu hükümlere uyulmadan vakfın tüzel

“Vakıf, ancak kanun hükümlerine uyulmak koşuluyla tüzel kişilik kazanır.”

Vakıf, TMK m. 102 / f. 1, c. 2 uyarınca “yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil ile” tüzel kişilik kazanır¹⁸⁶. Tescil ile yetkili mahkeme son anılan düzenlemede de belirtildiği üzere “(vakfın) yerleşim yeri mahkemesi” iken görevli mahkeme Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzüğü¹⁸⁷ üçüncü maddesinin dördüncü fıkrasının ilk cümlesi uyarınca “asliye hukuk mahkemesi”dir¹⁸⁸.

Ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın tesciline ilişkin mahkemeye başvurunun nasıl gerçekleşebileceği TMK m. 102 / f. 3’ün ilgili kısmında şu şekilde belirlenmiştir:

“Mahkemeye başvurma, ... vakıf ölüme bağlı tasarrufa dayanıyorsa ilgililerin veya vasiyetnameyi açan sulh hâkiminin bildirimine üzerine ya da Vakıflar Genel Müdürlüğüne re’sen yapılır.”¹⁸⁹

Bu düzenlemeye göre ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın tüzel kişilik kazanabilmesi için mahkemeye başvuru ilgililerin veya vasiyetnameyi açan sulh hakiminin bildirimine üzerine ya da Vakıflar Genel Müdürlüğü’nce re’sen yapılacaktır. Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzüğü¹⁸⁷ üçüncü maddesinin üçüncü fıkrasında ise TMK m. 102 / f. 3’te yer verilen “*ilgili*” kavramı ve Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün mahkemeye re’sen başvuru yetkisinin şartları şu şekilde açıklığa kavuşturulmuştur:

“Vasiyet yoluyla kurulan vakıflarda vakfedenin mirasçısı veya vakfeden tarafından mirası resmen idare etmekle görevlendirilmiş kişi tescil talebinde bulunabilir. Vasiyetnamenin açılması tarihinden itibaren üç ay içinde bunlar tarafından tescil talebinde bulunulmamış ise vakfın tescili hususundaki başvuru Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapılır.”

kişilik kazanması mümkün değildir. Nitekim Yargıtay 1 Hukuk Dairesi, E 2014/3824, K 2015/12948, 10.11.2015 tarihli kararından: “... Somut olaya gelince, yukarıda değinilen kararlarda da işaret edildiği üzere kök mirasbırakan Hüseyin Sabri Konuk, 17 Mart 1966 tarihinde yapmış olduğu vasiyetname ile vakıf kurma iradesini ortaya koymuş ise de, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 74. maddesi ile sonradan yürürlüğe giren 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 102. maddesi hükmü gereğince, ilgili sicile tescil edilmek suretiyle tüzel kişilik kazanmış bir vakfın varlığı sözkonusu olmadığından Vakıflar İdaresinin çekişmeye konu yapılan şirketpayları bakımından dava açma hak ve yetkisi bulunmamaktadır....” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

186 Aynı düzenlemeye Vakıflar Yönetmeliği’nin (RG. 27.09.2008, S: 27010) dördüncü maddesinin ikinci cümlesinde de yer verilmiştir.

187 RG. 26.04.2013, S: 28629. Her ne kadar 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 139. maddesinin (b) bendi gereğince tescil ve ilana ilişkin tüzüğe atıfta bulunan TMK m. 104 / f. 3’te yer alan “tüzük” ibaresi “Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik” şeklinde değiştirilmiş olsa da aynı kararnamenin geçici 1. Maddesi uyarınca bu tüzük yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürecektir.

188 Bununla birlikte anılan tüzükte aynı cümlede vakfın tescili hususundaki başvuruların “vakfedenin” yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesine yapılacağı düzenlenmiştir. Yetkili mahkemenin tespitinde kanaatimizce hukuk düzeni piramidi (normlar hiyerarşisi) uyarınca TMK m. 102/ f. 1, c. 2’ye üstünlük tanınması gerekmektedir.

189 Benzer bir düzenlemeye Vakıflar Yönetmeliği’nin altıncı maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde de şu şekilde yer verilmiştir: “Ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakıflarda mahkemeye başvuru, ilgililerin veya sulh hâkiminin bildirimine üzerine ya da Genel Müdürlüğe resen yapılır.”

TMK m. 102/ f. 3'ten daha açık bir şekilde kaleme alınmış¹⁹⁰ bu düzenleme¹⁹¹ uyarınca ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulması öngörülen vakfa ilişkin tescil talebi kural olarak “*vakfedenin*”¹⁹² *mirasçısı*”¹⁹³ veya “*vakfeden tarafından mirası resmen idare etmekle görevlendirilmiş kişi*”¹⁹⁴ tarafından yapılabilir¹⁹⁵. Aynı düzenlemede yetkili diğer bir kişi olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün tescil için mahkemeye re'sen başvuru yetkisi ise vasiyetnamenin açılması tarihinden itibaren üç ay içinde vakfedenin mirasçısı veya vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından tescil talebinde bulunulmamış olması şartına bağlanmıştır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün bu yetkiyi kullanabilmesi ilgili ölüme bağlı tasarruftan haberdar olmasını gerektirir. Anılan gerekliliğin gerçekleşmesi ise Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzüğü'nün üçüncü maddesinin ilk fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir:

- 190 TMK m. 102 / f. 3'ün ölüme bağlı vakıf ile ilgili bölümü ifade zafiyeti içermektedir. Nitekim düzenlemenin ilgili kısmının metnine göre Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün mahkemeye re'sen başvurma yetkisi dışında mahkemeye başvurma ya ilgiliilerin *bildirimi* ya vasiyetnameyi açan sulh hakiminin *bildirimi* üzerine gerçekleşecektir. Bu bağlamda bazı sorular ortaya çıkmaktadır. Örneğin bu bildirim üzerine kim harekete geçecektir? Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün re'sen harekete geçmesi dışında vakfın tescili için mahkemeye başvuru mutlaka bildirim üzerine mi gerçekleşecektir? Bu soruları doğuran TMK m. 102/ f. 3'e nazaran Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzüğü'nün üçüncü maddesinin üçüncü fıkrası kime yöneldiği belli olmayan böyle bir bildirim unsuruna yer vermeksizin kimlerin başvuracağını (vakfedenin mirasçısı veya vakfeden tarafından mirası resmen idare etmekle görevlendirilmiş kişi ve Vakıflar Genel Müdürlüğü) açık bir şekilde düzenlemiştir. Keza tüzük kadar açık kaleme alınmamış yönetmelikte de en azından bildirimde yer verilmemiştir. Her ne kadar tüzükteki düzenleme meselenin mahiyetine daha uygun bir şekilde kaleme alınmış olsa da yasa hükmünün anlam bakımından önemli eksikliğinin bu şekilde giderilmesi hukuk düzeni piramidine (normlar hiyerarşisi) aykırıdır. Son olarak değinmek gerekir ki, kimin başvuru yetkisini haiz olduğu hususunda daha çok tüzük düzenlemesini öne çıkaran doktrinde ise TMK m. 102/ f. 3'teki bildirim kim tarafından kime yapılacağına yönelik bazı tespitlerde bulunulduğu görülmektedir. Bu bağlamda vasiyeti açan sulh mahkemesinin Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne karşı bildirim hakkı olduğuna dair Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1366.
- 191 Mirasbırakanın mirasçısına veya vasiyet alacaklısına vakfın tescilini talep etme yüklemesi tahmil etmesi durumunda bu düzenlemede tescil talebinde bulunabilecek kişi olarak sayılanların yetkilerinin mevcudiyetini koruyacağı yönünde Ergüne (n 7) 168 dn 428.
- 192 Ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakıf mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ifade edeceğinden doğal olarak vakfedenin ölümünden önce tescil talebinde bulunamayacağına dair Yargıtay 6 Hukuk Dairesi, E 1981/1800 K 1981/7956, 11.05.1981 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).
- 193 Gerek mülga Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzükte gerek yürürlükteki Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzükte vasiyet alacaklısının bu talepte bulunabileceği düzenlenmemiştir. Mülga tüzüğün yürürlük döneminde vasiyet alacaklısına, özellikle kendisine vakıf kurma yüklemesi yüklenmiş olması durumunda, böyle bir yetkinin tanınmamış olmasına dair eleştiri için bkz. İşeri, Akünal, Tezel ve Bayrakeri (n 182) 33. Mülga tüzük döneminde yüklemenin ifasını talep edebileceklerin ve vakfın tescili yüklemesi tahmil edilen vasiyet alacaklısının da tescil talebinde bulunabilmesinin kabul edilmesi gerektiğini belirten Doğan (n 20) 120-121.
- 194 “*Vakfeden tarafından mirası resmen idare etmekle görevlendirilmiş kişi*” kavramı vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak anlaşılmalıdır. Bu yönde Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1366; Dural ve Öz (n 7) N 776; Çabri (n 2) M. 526 N 743; Aksoy Dursun (n 35) 67. Mülga Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü'nün yürürlük döneminde yer alan aynı ifadeye yönelik benzer tespit için bkz. İşeri, Akünal, Tezel ve Bayrakeri (n 182) 33; Özsunay (n 14) 407; Doğan (n 20) 119; Ögüz (n 35) 41.
- 195 Vakfedenin mirasçılarında biri veya vakfeden tarafından mirası resmen idare etmekle görevlendirilmiş kişinin ilgililere ilaveten tescil talebinde bulunabileceğini belirterek Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzüğü'nün üçüncü maddesinin üçüncü fıkrasını farklı yorumlayan Aksoy Dursun (n 35) 67. Kanaatimizce TMKHGKV'TİHT m. 3/ f. 3'te “*vakfedenin mirasçısı*” ve “*vakfeden tarafından mirası resmen idare etmekle görevlendirilen kişi*” ifadeleri kullanılarak TMK m. 102 / f. 3'te yer verilen “*ilgili*” ifadesi açıklanmıştır.

“Vasiyet yoluyla kurulan vakıflarda vasiyetnameyi açan sulh hukuk hakimi... , vasiyetnamenin ... bir örneğini yedi gün içinde Vakıflar Genel Müdürlüğüne gönderir.”¹⁹⁶

Yapılan bu başvuru sonucunda TMK m. 102 / f. 4 uyarınca mal ve hakların korunması için gerekli önlemleri re’sen almakla yetkili ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın yerleşim yeri asliye mahkemesi tescil kararı vermeden önce vakfın amacının geçerli olup olmadığı, bunu gerçekleştirmeye yeterli malvarlığı özgülünip özgülünmediği ve re’sen nazara alınabilecek bir geçersizlik sebebinin bulunup bulunmadığı¹⁹⁷ ile sınırlı bir incelemede bulunacaktır¹⁹⁸. Buna dair usul Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzüğü’nün üçüncü maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Mahkeme, evrak üzerinde ve gerekirse vakfedeni ve diğer ilgilileri de dinlemek suretiyle inceleme yaparak vakfın tesciline karar verir.”¹⁹⁹

Bu incelemeye dair Vakıflar Yönetmeliğinin 7. maddesinin ilk fıkrası daha detaylı kaleme alınmıştır. Bu düzenlemeye göre “mahkeme, dosya üzerinde Genel Müdürlüğün görüşünü almak, gerekirse vakfedeni dinlemek²⁰⁰ ve bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle vakfın tesciline karar verir.”

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere ölüme bağlı kurulan vakfa dair tescil talebine yönelik dosya üzerinde değerlendirme yapacak olan mahkeme tescil kararı vermeden önce gerekirse ilgilileri de dinleyecek ve bilirkişi incelemesi de yaptıracaktır. Vakfın tesciline dair başvurunun incelenmesi çekişmesiz yargı işi teşkil ettiğinden mahkemenin değerlendirmesi sonucunda verilen karar kesin hüküm niteliği taşımaz²⁰¹.

196 Benzer şekilde Vakıflar Yönetmeliği’nin altıncı maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi şu şekildedir: “Bu yolla (ölüme bağlı tasarruf yoluyla) kurulan vakıflarda sulh hâkimi vakıf kurulmasına esas belgenin bir örneğini yedi gün içinde Genel Müdürlüğe gönderir.”

197 Buna örnek olarak vakıf kurma iradesinin mirasbırakanın hiç bilgisi olmadan üçüncü kişi tarafından düzenlenmiş sahte bir vasiyetnamede açıklanmış olması veya ilgili hukuki işlemin zihni kayıt veya şaka beyanıyla yapılmış olması verilebilir. Bunlar ve ölüme bağlı tasarrufları kesin hükümsüz veya yok kılan veya kendiliğinden hükümsüz kalmalarına yol açan diğer durumlar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 7) 348-351; Dural ve Öz (n 7) N 989-990, 992-996.

198 Bu sınırlandırmanın temelinde anılan olasılıkta vakıf kurma iradesinin ölüme bağlı tasarruf yoluyla açıklanmış olması bulunmaktadır. Nitekim ölüme bağlı tasarruflar – kesin hükümsüzlüğe veya yokluğa neden olan sebepler dışında – kanunda sayılan ehliyetsizlik, irade sakatlığı, şekle aykırılık durumlarında (ölüme bağlı tasarrufun muhtevasının ahlaka aykırılığı ile ilgili tartışma için bkz. s. 44-45) bir iptal davasına konu edilip de haklarında iptal hükmü alınmadıkça hüküm doğururlar. Bundan hareketle vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesi ilgili ölüme bağlı tasarrufun bir iptal sebebinin barındırdığını tespit etse dahi, ilgili hukuki işlem hakkında bir iptal hükmü mevcut değilse bunu re’sen nazara alarak tescili reddedemez. Benzer Aksoy Dursun (n 35) 69. Sağlararası kurulan vakıf ve ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakıf ayırımı yapmadan mahkemenin inceleyeceği meseleler arasında vakfedenin ehliyeti ve vakıf işleminin şeklini de sayan Özsunay (n 14) 407; benzer Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1368; Dural ve Ögüz (n 35) N 1556.

199 Ölüme bağlı tasarrufların tesciline ilişkin gerek görüldüğünde yapılacak değerlendirmede vakfedenin dinlenmesi mümkün olmadığından hâkim gerekli görürse sadece diğer ilgilileri dinleyebilecektir.

200 Kanaatimizce bu düzenlemede gerekirse dinlenecek olan kişi olarak sadece vakfeden belirtilmiş olsa da bu düzenleme TMKHGKVTİHT m. 3 /f. 4, c. 2’ye uygun olarak diğer ilgilileri de içerir şekilde anlaşılmalıdır.

201 Özsunay (n 14) 408; Ögüz (n 35) 42; Aksoy Dursun (n 35) 69. Bununla birlikte Yargıtay 8 Hukuk Dairesi E 2017/8644, K 2018/16612 T: 2.10.2018 tarihli kararından: “... vakıf hukukundan kaynaklanan uyumsuzlukların niteliği ve mevzuat gereği Genel Müdürlüğünün her zaman ilgili sıfatına sahip olarak uyumsuzluk çıkartabileceği ve mahkemece verilen kararı temyiz etme hakkının bulunduğu gözetildiğinde vakıf davalarının çekişmesiz yargı işi olduğundan söz edilemeyeceğinden; Mahkemece davanın görev yönünden reddi ile görevli asliye hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek davanın reddi doğru görülmemiştir...” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Türk Medeni Kanunu'na Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzüğü'nün beşinci maddesi uyarınca²⁰² mahkeme vakfın tescile veya tescil isteminin reddine ilişkin verdiği kararı ilgili şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufla birlikte Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne resen tebliğ edecektir. TMK m. 103 / f. 1 uyarınca tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde başvuran veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün anılan kararı temyiz yetkisi bulunmaktadır.

Tescil kararı kesinleşen vakıf TMK m. 104 / f. 1 uyarınca öncelikle *yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil edilir*²⁰³. Türk Medeni Kanunu'na Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzüğü'nün üçüncü maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine göre²⁰⁴ mahkeme nezdinde özel surette tutulan sicil defterine kaydedilecek unsurlar "*vakfeden ve vakfın adı, yerleşim yeri, organları, amacı ve bu amaca tahsis edilen mal ve haklar*"dır.

TMK m. 104 / f. 1 uyarınca vakıf, yerleşim yeri mahkemesinin kesinleşen tescil kararına ilişkin yapacağı bildirim üzerine ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğü bünyesinde tutulan merkezi sicile de tescil edilir²⁰⁵. Özellikle vakfın denetlenebilirliğinin sağlanması açısından detaylı bir içeriği haiz olan bu açıklayıcı tescile²⁰⁶ yönelik olarak Türk Medeni Kanunu'na Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzüğü'nün 6. maddesinin birinci fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce tutulacak merkezi sicil defterinde her vakıf için bir sayfa açılır. Bu sayfadaki özel sütunlara vakfedenin ve vakfın adı, yönetim şekli, temsil tarzı, vakfın yerleşim yeri, vakfedilen malların ve hakların nelerden ibaret olduğu, taşınmazların yeri, tapu tarih ve numaraları (pafta, ada, parsel, sıra no), vakfın amacı, şartları, yönetim organları ve bunlarda yapılan değişiklikler ile vakıf senedinin tarih ve numarası, tescile dair kararı veren mahkemenin adı ile kararın tarih ve numarası yazılır."

Anılan sicillere kaydedilen vakıf nihayetinde Resmî Gazete'de ilân olunur. Açıklayıcı nitelik taşıyan ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün başvurusu üzerine yapılacak²⁰⁷ bu ilanın²⁰⁸ içeriği Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzüğü'nün 7. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde²⁰⁹ şu şekilde kaleme alınmıştır:

"İlanda, vakfedenin ve vakfın adı, vakfın yerleşim yeri, tescil kararını veren mahkemenin adı ve tescil kararının tarih ve numarası, özet olarak vakfın amacı, vakfedilen mal ve hakların nelerden ibaret"

202 Aynı içerikteki diğer bir düzenleme için bkz. Vakıflar Yönetmeliği m. 7 / f. 3.

203 Vakfın mahkeme nezdinde tutulan sicile tescil edilebilmesi için buna dair kararın kesinleşmesi gerektiğini belirten düzenleme için bkz. TMKHGKVTİHK m. 3/f. 5.

204 Aynı içerikteki diğer bir düzenleme için bkz. Vakıflar Yönetmeliği m. 7 / f. 4.

205 Aynı içerikteki diğer bir düzenleme için bkz. Vakıflar Yönetmeliği m. 9 / f. 1.

206 Vakıflar Genel Müdürlüğü nezdinde tutulan sicile tescilin işlevi ve niteliği bakımından aynı yönde Hatemi (n 7) 231; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1373; Dural ve Ögüz (n 35) N 1562; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 50) 683; Ögüz (n 35) 43.

207 Bu tespit için ilan için yapılacak harcamaların ilgili vakıftan alınmak üzere Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce ödeneceğine dair tüzük hükmünü gereğe göstererek bulunan Akünal (n 172) 133.

208 İlanın niteliği hakkında benzer Hatemi (n 7) 231; Dural ve Ögüz (n 35) N 1562; Ögüz (n 35) 43; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 50) 683.

209 Vakıflar Yönetmeliği'nin 9. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde Resmî Gazete'deki ilanın içeriği daha sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre "*ilanda; vakfedenin ve vakfın adı, yerleşim yeri, amacı, mal ve haklarının neler olduğu, varsa taşınmazlarının tapu bilgileri, vakfın organları ile kuruluş senedinin tarih ve sayısı, tescil kararının tarih ve sayısı ile hangi mahkemeye verildiği belirtilir*". Hukuk düzeni piramidi (normlar hiyerarşisi)ne göre tüzük yönetmelikten üst sırada olduğundan tüzük düzenlemesine öncelik vermek gerekmektedir.

olduğu, vakfedilen taşınmazların yeri, tapu tarih ve numaraları (pafta, ada, parsel, sıra no), sona erme halinde tasfiyeden artan mal ve hakların devredilmesine dair senette yazılı hüküm ve yönetim organında yer alan kişiler belirtilir .”

VIII. VAKIF KURMA ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUNUN GERİ ALINMASI

Mirasbırakan, belirli şartlar altında, ölüme bağlı tasarrufla açıkladığı vakıf kurma iradesini geri alabilir. Bu durumda ölüme bağlı tasarruf hüküm ifade etmediği için vakfa herhangi bir malvarlığı özgülemesinden de bahsedilemez²¹⁰.

Vakıf kurma iradesini bir vasiyetname ile açıklayan mirasbırakan, ölümünden önce her zaman, bu ölüme bağlı tasarruftan dönebilir²¹¹. Bu bağlamda mirasbırakan, TMK m. 542’de belirtildiği üzere, ilgili hukukî işlemi geri almaya yönelik yeni bir vasiyetname düzenleyebileceği gibi²¹² dönme iradesini TMK m. 543 / f. 1 uyarınca ilgili vasiyetnamesini ortadan kaldırma niyetiyle (*animus revocandi*) yok ederek de ortaya koyabilir²¹³. Anılan yollara ilaveten mirasbırakan TMK m. 544 / f. 1 uyarınca vakıf kurmaya dair ölüme bağlı tasarrufu ortadan kaldırmayan ancak onu kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde de tamamlamayan yeni bir vasiyetname yaparak veya TMK m. 544 / f. 2 uyarınca ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakfın malvarlığının ferden muayyen değerlerin vasiyeti yoluyla özgülediği olasılıkta bunun devrini imkânsız kılacak sağlararası tasarruflarda bulunarak (*ademptio legati*)²¹⁴ da kural olarak ilgili vasiyetnameden dönebilir²¹⁵. Bununla birlikte mirasbırakanın her iki vasiyetnamenin de uygulanmasına (TMK m. 544/f. 1) veya malvarlığından çıkanın yerini alan şeyin karşılığının²¹⁶ verilmesine²¹⁷ yönelik iradesinin varlığı ispat edilirse vasiyetnameden döndüğünden söz edilemeyecektir.

210 Baddeley (n 6) Art 493, N 31. Vakıf kurma maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufunun miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine girip girmeyeceği hususunda tereddütleri olan *Escher*, bu tasarrufun tek taraflı olarak geri alınması durumunda muhatabının yokluğundan dolayı bu miras sözleşmesi ile yapılan kazandırmanın artık hüküm ifade etmeyeceğini tespit etmektedir. Bunun için bkz. *Escher* (n 3) Art 493, N 3.

211 *Escher* (n 3) Art 493 N 9; Özsunay (n 14) 413; *Riemer* (n 22) Art 81 N 69; *Grüniger* (n 1) Art 493 N 8; *Zeiter* (n 6) N 740; *Künzle* (n 1) Art 493 N 8; *Studhalter* (n 7) Art 493 N 5. Yukarıda belirtildiği üzere vakıf kurma iradesi miras sözleşmesiyle açıklansa dahi bu şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun tek taraflı içeriğine dahil olacağından mirasbırakan bu hukuki işlemde de ölmeden önce her zaman vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin hükümler uyarınca dönebilecektir.

212 Sadece bu olasılığı zikreden *İşeri* (n 5) 125; *Baddeley* (n 6) Art 493 N 30; *Dural ve Ögüz* (n 35) N 1551; *Akipek, Akıntürk ve Ateş* (n 50) 687. Bu ölüme bağlı tasarruftan miras sözleşmesiyle de dönülebileceğini belirten *Ayan ve Ayan* (n 172) 319.

213 *Bilge Öztan, Tüzel Kişiler (Ders Notları)* (Turhan Kitabevi 1994) 123; *Doğan* (n 20) 93; *Ögüz* (n 35) 39. Mirasbırakanın ortadan kaldırma iradesi bulunmaksızın vasiyetnamenin yok olduğu durumda ise bu ölüme bağlı tasarrufun içeriği aynen ve tamamen belirlenebilir olduğu müddetçe bu hukuki işleme dayalı olarak vakfın kurulması mümkündür. TMK m. 543’ün ters anlamından ulaşılan bu sonuç için bkz. *Hatemi* (n 7) 255.

214 *Nitekim mirasçı atama veya çeşit vasiyetinde geri alma karinesi uygulanmayacaktır. Bunu vurgulayan Kocayusufpaşaoğlu* (n 7) 237; *Çabri* (n 2) M. 544 N 1066; *Tülay Aydın Ünver Vasiyetnamenin Geri Alınması* (Filiz Kitabevi 2023) 133.

215 *Zeiter* (n 6) N 726-731; *Hatemi* (n 7) 253-254; benzer *Doğan* (n 20) 72; *Ögüz* (n 35) 40. Son anılan yazar esasen belirli mal bırakma için sevk edilen TMK m. 544/ f. 2’nin vakıf kurma tasarrufuna kıyasen uygulanacağı görüşündedir.

216 Vasiyetnameden terekeden çıkan şeyin karşılığının verilmesinin anlaşılması durumunda TMK m. 544 / f. 2’deki karinenin işlemeyeceği yönünde *Kocayusufpaşaoğlu* (n 7) 237; *Çabri* (n 2) M. 544 N 1069.

217 Mirasbırakanın iradesinden malvarlığından çıkan şeyin tedarik edilerek lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulan kişiye verilmesinin anlaşılması durumunda da TMK m. 544 / f. 2 uyarınca vasiyetnamenin geçersiz olmayacağı yönünde *Serozan ve Engin* (n 13) § 4 N 111; *Dural ve Öz* (n 7) N 548. İkamelî vasiyetlerde de TMK m. 544/f. 2’nin uygulama alanı bulunmayacağına ilişkin *Antalya ve Sağlam* (n 5) N 583.

Mirasbırakanın ölümünden sonra TMK m. 542 veya TMK m. 544/ f. 1 uyarınca bu ölüme bağlı tasarrufundan dönmesi sonucunu doğuran bir vasiyetnamesi bulunursa, vakıf tescil edilmiş olsa bile, bu tüzel kişiliği kurma işlemi geçersiz addedilecek²¹⁸ bu bağlamda da tescilin iyileştirici bir işlevi bulunduğundan söz edilemeyecektir²¹⁹. Vakfa özgülenmesi öngörülen malvarlığı değerlerinin devrine ilişkin imkânsızlık yaratan dönme tasarrufu sonucunda tasfiye tüzel kişilere ilişkin genel hükümlerden TMK m. 53 uyarınca²²⁰ gerçekleştirilecek²²¹ olup kalan malların tahsisinde ise 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 27. maddesi²²² uygulama alanı bulacaktır.

Mirasbırakanın vasiyetnameyle düzenlediği vakıf kurma ölüme bağlı tasarrufunu geri alma hakkı ölümüyle sona erecek mirasçılara intikal etmeyecektir²²³.

IX. VAKIF KURMA ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUNUN GEÇERSİZLİĞİNE DAİR ESASLAR

Vakıf kurma ölüme bağlı tasarrufunun geçerli olabilmesi için mirasbırakanın ehil olması, bu hukuki işlemin kanunda öngörülen şekil şartlarına uygun yapılması, herhangi bir irade sakatlığının bulunmaması ve kurulması öngörülen vakfın amacının hukuka ve ahlâka aykırı olmaması gerekmektedir. Anılan şartlardan birine aykırılık geçersizliğe yol açacak olup hangi hükümsüzlük türünün söz konusu olacağı ise ihlâl edilen geçerlilik şartına göre değişiklik gösterecektir. Bu bağlamda geçerlilik şartlarını; ihlâlî vakıf kurma tasarrufunu iptal edilebilir kılanlar ile kesin hükümsüzlüğe neden olanlar şeklinde ikiye ayırmak gerekir.

218 Benzer Baddeley (n 6) Art 493 N 30.

219 BGE 73 II 144 ff. Bu davadaki vakalara değinmekte yarar vardır. Emil Giger-Müller, 6 Eylül 1940 tarihli resmi vasiyetnamesinde amacı Niedergösgen'deki bütün mukimlerin hastalıkları halinde bakılmalarını sağlamak amacıyla devamlı şekilde eğitilmiş bir hemşire tutmak olan kendi adına bir vakıf kurulmasını öngörmüş ve bu gayeyi gerçekleştirmeye uygun malvarlığı değerlerini özgülemiştir. Bununla birlikte 2 Nisan 1941 tarihinde 6 Eylül 1940 tarihli vasiyetnameden ve özellikle ilgili komün lehine kurmayı öngördüğü vakıftan döndüğüne dair el yazılı vasiyetname kaleme almıştır. Giger-Müller'in ölümünden kısa bir süre vakıf tescil edilmiştir. İkinci vasiyetname bulunduktan sonra mirasçılar ilk vasiyetname ve ona dayalı kurulan vakıf kurma işleminin geçersizliğini ileri sürmüşler vakıf ise buna karşı çıkmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilgili vakıf kurma işleminin geçersizliğine ilişkin kararı ise şu şekildedir: "Tescilin anonim şirketlerden (İBK m. 643 / f. 2) farklı olarak vakıflar açısından herhangi bir iyileştirici etki sağlamamasına ve bu nedenle de geçersiz bir kuruluş işlemine dayalı olarak tescil edilen bir vakfın baştan geçersiz olduğu kabul edilmesine rağmen mevcut ve usulüne uygun teşkilatlanmış bir vakfın, kendisini kuran ve malvarlığıyla donatan vasiyetnamenin geçerli olup olmadığı sorusuna ilişkin yargılamadaki taraf ve dava ehliyeti reddedilemez (...) Mirasbırakan, 2 Nisan 1941 tarihli yazısıyla, 6 Eylül 1940 tarihli vasiyetin tamamını değilse de en azından vakıfı ilgili hükümleri geri almıştır... İBK m. 509'a göre, 6 Eylül 1940 tarihli resmi vasiyetnameden, en azından davacıyı (vakfı) ilgilendiren hükümleri, 2 Nisan 1941 tarihli yazı ile geçerli şekilde geri almıştır..."

220 Anılan düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır: "Tüzel kişinin malvarlığının tasfiyesi, kanunda ve kuruluş belgesinde aksine hüküm bulunmadıkça, terekenin resmi tasfiyesine ilişkin hükümlere göre yapılır."

221 Zeiter (n 6) N 754.

222 Anılan düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır: "Sona eren yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar; vakıf senedinde yazılı hükümlere göre, senetlerinde özel bir hüküm bulunmayanlarda ise Genel Müdürlüğün görüşü alınarak mahkeme kararıyla benzer amaçlı bir vakfa; dağıtılan yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar ise Genel Müdürlüğe intikal eder."

223 Şartların mevcudiyeti hâlinde mirasçıların vakfa karşı tenkis veya ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açabileceklerini de belirterek Escher (n 3) Art 493 N 9; Grüniger (n 1) Art 493 N 8; Studhalter (n 7) Art 493 N 5; benzer Riemer (n 22) Art 81 N 70; Zeiter (n 6) N 734; Doğan (n 20) 94; Ögüz (n 35) 40; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1359.

A. VAKIF KURMA ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUNUN İPTALİ

1. İptal Sebepleri

Aşağıda ele alınacak durumlardan birinin mevcut olduğu ölüme bağlı tasarruf, kural olarak TMK m. 557 – m. 559 uyarınca açılacak dava sonucunda iptaline karar verilmedikçe, geçerli bir hukuki işlem olarak hüküm doğuracaktır.

a. Mirasbırakanın Vasiyetname Yapma Ehliyetinin Bulunmaması

Vakıf kurma iradesini vasiyetname yoluyla açıklayanın ayırt etme gücüne sahip ve on beş yaşını doldurmuş olması şarttır²²⁴. Mirasbırakanın vakıf kurma iradesi ölümünden sonra hüküm ifade edeceği bu bağlamda da – vakıf kurmayı yasak işlem olarak sayan TMK m. 449’un korumayı amaçladığı malvarlığını değil de – terekeyi ilgilendireceği için tasarrufta bulunanın sezgin küçük veya kısıtlı olması önem taşımayacak²²⁵ ve anılan kişiler kanuni temsilcilerinin onayına gerek duymaksızın bu ölüme bağlı tasarrufta bulunabilecektir.

Vakıf kurma iradesinin miras sözleşmesi şeklinde açıklanması durumunda ise tasarrufta bulunanın²²⁶ ayırt etme gücüne sahip bir ergin²²⁷ olması ve kısıtlı olmaması gerektiği hâkim olarak savunulmaktadır²²⁸. Bununla birlikte daha isabetli diğer görüşe göre miras sözleşmesinde yer alan vakıf kurmaya dair irade açıklaması bu hukuki işlemin bağlayıcı içeriğine dahil olmadığından²²⁹ bu tasarrufta bulunanın ehil olup olmadığına dair vasiyetname ehliyetine ilişkin şartların aranması yeterlidir²³⁰.

Gerek yaş gerek miras sözleşmesi bakımından kısıtlı olmama meseleleri ölüme bağlı tasarrufla vakıf kurma işlemi açısından herhangi bir özellik arz etmemektedir. Bununla birlikte her iki şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf bakımından ortak olan ayırt etme gücünün varlığının bu işlem açısından tespiti özel olarak ele alınmalıdır. Nitekim mirasbırakanın vakıf kurma gibi bir örgütü de düzenlemeyi öngördüğü çetrefil bir hukuki işlem açısından ayırt etme gücünün varlığına dair

224 İşeri (n 5) 28-29; Hatemi (n 7) 278; Özsunay (n 14) 385; Aküinal (n 172) 127; Ögüz (n 35) 23; Aksoy Dursun (n 35) 64; Dural ve Ögüz (n 35) N 1544; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1355; İpek Yücer, ‘Gerçek Kişilerin Vakıf Kurma Ehliyeti’ iç Süleyman Başterzi (ed) *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C: III* (Beta 2011) 2957, 2971; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 50) 670; Süheyla Kahraman, ‘Ölüme Bağlı Tasarrufla Vakıf Kurma’ iç Saibe Oktay Özdemir ve Abuzer Kendigelen (ed) Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu’nun Anısına Armağan (On İki Levha 2020) 304.

225 Zeiter (n 6) N 257; Barış Demirsatan, ‘Vakıf Tüzel Kişiliği Bakımından Tescilin İyileştirici Etkisi MK M. 103 / II Hükümünün İşlevi’ (2017) LXXV (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 335, 348, dn 53; Eren / Yücer Aktürk (n 13) N 548.

226 Tasarrufta bulunmayan tarafın ehliyeti ise ilgili ölüme bağlı tasarrufun ivazlı olup olmamasına göre genel ehliyet hükümlerine göre belirlenecektir.

227 Erginliğin nasıl kazanıldığının bir önemi yoktur. Bunun için bkz. İşeri (n 5) 31.

228 Özsunay (n 14) 385; Aksoy Dursun (n 35) 64; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) N 1355 dn 394; Yücer (n 224) 2970.

229 Buna dair tespitimiz için bkz. s. 34.

230 Dural ve Ögüz (n 35) N 1545 dn 431; Ögüz (n 35) 23.

yürütülecek araştırmada, belirli mal bırakma gibi basit nitelikteki işlemlere dair yapılabilecek nazaran, daha titiz davranılması gerekmektedir²³¹.

b. İrade Beyanının Sağlıklı Açıklanmamış Olması

Ölüme bağlı tasarrufun hüküm doğurabilmesi için yanılma²³², aldatma, korkutma sonucunda yapılmamış olması gerekmektedir. Aksi takdirde vakıf kurma iradesinin açıklandığı ölüme bağlı tasarruf iptal edilebilir nitelikte olacaktır. Bu bağlamda önem taşıyan TMK m. 504 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Mirasbırakanın yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama etkisi altında yaptığı ölüme bağlı tasarruf geçersizdir. Ancak, mirasbırakan yanıldığını veya aldatıldığını öğrendiği ya da korkutma veya zorlamanın etkisinden kurtulduğu günden başlayarak bir yıl içinde tasarruftan dönmediği takdirde tasarruf geçerli sayılır.

Ölüme bağlı tasarrufta kişinin veya şeyin belirtilmesinde açık yanılma hâlinde mirasbırakanın gerçek arzusu kesin olarak tespit edilebilirse, tasarruf bu arzuya göre düzeltilir.”

İrade sakatlığı ile yapılmış olsun veya olmasın mirasbırakan tarafından vasiyetname her zaman geri alınabildiğinden²³³ bu şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf yoluyla açıklanmış (veya miras sözleşmesiyle açıklanmış olsa da tek taraflı içerik kapsamında değerlendirileceğinden) vakıf kurma iradesinden mirasbırakan TMK m. 504'teki süre şartına bağlı olmaksızın dönebilecektir. Bununla birlikte mirasbırakan bir yıllık hak düşürücü süre geçmesine rağmen vasiyetnameyi geri almadan ölmüşse ilgili hukuki işlem hakkında TMK m. 557 / b. 2 uyarınca iptal davası açılmayacaktır²³⁴. Mirasbırakanın bir yıllık süre dolmadan²³⁵ veya süreyi başlatıcı olguların henüz gerçekleşmeden ölmesi durumunda ise bu ölüme bağlı tasarrufun iptali TMK m. 557 vd. uyarınca dava edilebilecektir²³⁶.

231 Zeiter (n 6) N 223; İşlemin içeriğine göre ayırt etme gücünün belirlenmesine karşı çıkan Andreas Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz* (3. Auflage Helbing&Lichtenhahn, 1999) 89.

232 Vakıf kurma işlemi bakımından uygulamada rastlanabilecek irade sakatlığı halinin münhasıran yanılma olduğu yönünde Hatemi (n 7) 257.

233 Bkz. VIII. Vakıf Kurma Ölüme Bağlı Tasarrufunun Geri Alınması.

234 Aksoy Dursun (n 35) 65.

235 Doğan (n 20) 100. Bununla birlikte doktrinde herhangi bir süreye atıfta bulunmaksızın mirasbırakanın irade sakatlığının etkisinden kurtulup da ölüme bağlı tasarrufu geri almadan ölmesi durumunda TMK m. 559'daki süreler içerisinde bu hukuki işlemin iptalinin dava edilebileceğinin belirtildiği görülmektedir. Anılan tespit için bkz. ibid 65. Bu tespit ile bir yıllık sürenin dolmasından önce ölüme bağlı tasarrufu geri almadan mirasbırakanın öldüğü hal kastediliyorsa bu değerlendirmeye katılmaktayız. Şayet, bu tespit ile TMK m. 504'teki şartlar gerçekleşip de bir yıllık süre dolduktan sonra da mirasbırakanın vasiyetnameden dönmeden ölmesi halinde de vasiyetnamenin iptal davasına konu edilebileceği kastediliyorsa böyle bir çıkarım TMK m. 504 ile uyumsuzdur. Nitekim örneğin mirasbırakan bir yıllık sürenin işleyip bitiminden ve TMK m. 504 uyarınca geçerli sayıldıktan iki yıl sonra irade sakatlığı ile düzenlediği bu ölüme bağlı tasarrufu geri almadan ölürse bu hukuki işlemin iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir. TMK m. 504 ile ilgili genel ama aynı yönde Banu Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi* (Seçkin Yayıncılık 2018) 127-128.

236 Hatemi (n 7) 260.

c. Tasarrufun Kanununun Öngördüğü Şekle Uygun Yapılmamış Olması

Bu aşamada çalışmamızın vakıf kurma ölümüne bağlı tasarrufunun tabi olduğu şekil şartlarına ilişkin bölümüne atıf yapmakla yetiniyoruz²³⁷. Vakfın yerleşim yeri mahkemesi ilgili ölümüne bağlı tasarrufun şekle aykırı yapıldığını tespit etse dahi bu hukuki işlem hakkında iptal kararı bulunmadıkça tescil talebini reddedemeyecek olup bu tescille de vakıf tüzel kişiliği barındırdığı iptal sebebine rağmen kazanacaktır²³⁸.

Anılan eksikliklerden birinin mevcudiyeti durumunda TMK m. 558 / f. 1 uyarınca tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçı²³⁹ veya vasiyet alacaklısı iptal davasını TMK m. 559 uyarınca tasarrufu, iptal sebebini ve kendisinin hak sahibi olduğunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her hâlde vasiyetnamenin varlığında açılma, miras sözleşmesinin mevcudiyetinde ise mirasbırakanın vefatı tarihinden itibaren iyiniyetli davalıya karşı on yıl; iyiniyetli olmayana karşı ise yirmi yıl içerisinde açabilir. Bu süre dahilinde bu dava vakfın tescilinden önce veya sonra açılabilir²⁴⁰. Henüz dava açılmadığı dönemde, iptal edilebilir nitelikteki ölümüne bağlı tasarrufla kurulması öngörülmuş vakfın kendisine özgülenen malvarlığı değerlerini talep etmesi durumunda mirasçılar def'i yoluyla malları devretmekten kaçınabilirler²⁴¹.

2. Ölümüne Bağlı Tasarrufun İptalinin Vakfın İptaliyle İlişkisi

Hakkında iptal davası açılan ölümüne bağlı tasarrufla kurulması öngörülen vakfa dair tescil talebinde bulunulduğunda vakfın yerleşim yeri mahkemesi iptal davasını bekletici mesele yapmalıdır²⁴².

İptaline karar verilen ölümüne bağlı tasarrufla dayalı olarak kurulan vakfın tescili – kararın öncesinde veya sonrasında olmasının bir önemi bulunmaksızın – gerçekleştirilmiş ise TMK m. 103 / f. 2 uyarınca Vakıflar Genel Müdürlüğü veya ölümüne bağlı tasarrufun mahkeme kararıyla hükümsüz kılınmasını sağlamış kişi iptal sebebi teşkil eden bu duruma dayalı olarak vakfın iptali davasını herhangi bir süreye tabi olmaksızın açabilirler²⁴³.

237 Bkz. VI.Vakıf Kurma İradesinin Ölümüne Bağlı Tasarrufla Açıklanmasında Uyulması Gereken Şekil

238 Benzer Doğan (n 20) 115.

239 Doktrinde ölümüne bağlı tasarrufun iptali davasının vakfın tescilinden sonra açılmış olması olasılığına ilişkin olarak iptal sebebini bilerek tescil talebinde bulunanların bu davayı açmasının dürüstlük kuralına aykırı olacağı belirtilmektedir. Bunun için bkz. Hatemi (n 7) 245-246; Aksoy Dursun (n 13) 29.

240 Doktrinde *Hatemi*, vakfın tescilinden sonra açılacak iptal davasının çekişmesiz yargı işi olarak vakıf tüzel kişiliğine yöneltilebilir bir davanın olacağı ileri sürmektedir. Bunun için bkz. Hatemi (n 7) 260.

241 Doğan (n 20) 100; bu def'inin sonuç doğurabilmesi için kabul edilmesini arayan İşeri (n 5) 136-137. Def'inin kullanımı sonuç doğurması için yeterli olup ayrıca karşı tarafın kabul etmesine gerek yoktur. Def'i kavramı hakkında tanım ve sınıflandırmalar için bkz. Hakan Albaş, 'Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def'i', (2012) 18 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 143, 148-149.

242 Hatemi (n 7) 245; Aksoy Dursun (n 13) 29. Yargıtay 8 Hukuk Dairesi E 2017/3053 K 2017/14656 07.11.2017 tarihli kararından: "... Mahkemece, tesciline karar verilen vakfın kurulmasına dair vasiyetname hakkında terditli olarak vasiyetnamenin iptali olmazsa tenkisi için ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/712 Esas sayılı dosyası üzerinden dava açıldığına ve bu davada verilecek kararın eldeki davayı etkileyeceğinden bu davanın sonuçlanmasının beklenmesi ve bekletici mesele sayılması, tarafların iddia ve savunmalarının bundan sonra değerlendirilmesi gerekmektedir. Asli müdahillerin bu yöne dair savunmaları göz önüne alınmaksızın yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir..." (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

243 Demirsatan (n 225) 353.

B. VAKIF KURMA ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUNUN KESİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VEYA YOKLUĞU

Aşağıda ele alınacak durumlardan birinin mevcudiyeti halinde ise vakıf kurma ölüme bağlı tasarrufu istisnai olarak kesin hükümsüz olacak; diğer bir ifadeyle genel kuraldan farklı olarak ilgili sakatlığı içeren hukuki işlemin geçerliliğini yitirmesi için iptal davası açmaya gerek olmayacaktır. Bu sebepleri barındıran ölüme bağlı tasarrufların geçerliliğine dair ihtilaf hâlinde ise ilgili aykırılıkları bulunduran ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğünü tespit için dava açılması mümkündür.

1. Vakfın Amacının Hukuka veya Ahlaka Aykırı ya da İmkânsız Olması:

Ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulması öngörülen vakfın amacının hukuka ve ahlaka aykırı olması durumuna bağlanacak hukuki sonuç açık değildir. Bunun temelinde ise anılan duruma farklı hukuki sonuçlar öngören birden fazla düzenlemenin mevcudiyeti bulunmaktadır.

Bu düzenlemelerden ilki, anılan olasılıkta ölüme bağlı tasarruf yoluyla amacı hukuka veya ahlaka aykırı bir vakfın kurulması arzu edildiği için TMK m. 557 / b. 3'tür. Bu hükme göre tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlâka aykırı ise ilgili hukuki işlemin iptali için dava açılabilir. Bu bağlamda amacı hukuka veya ahlaka aykırı bir vakfın kurulmasını öngören ölüme bağlı tasarruf, hakkında iptal kararı verilmedikçe, hüküm ifade edecektir.

Diğer düzenleme ise kurulması öngörülen vakıf için amaç belirlenirken uyulması gereken sınırları belirleyen TMK m. 101 / f. 4'tür. Anılan düzenleme uyarınca “Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz.” Amacı hukuka veya ahlaka aykırı olan mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağını düzenleyen TMK m. 47 / f. 2'nin bir tekrarıdır ibaret olan bu hükme aykırılığın doğuracağı sonuç ise, vakıf tescil edilmiş olsa dahi, kesin hükümsüzlüktür²⁴⁴.

Kanaatimizce amacı hukuka ve ahlaka aykırı bir vakfın kurulmasının öngörüldüğü ölüme bağlı tasarruf kesin hükümsüzlükle sakattır. Bu görüş birden fazla gerekçeyle desteklenebilir²⁴⁵. Öncelikle bir vakfın amacının geçerliliğine ilişkin sınırları belirleyen TMK m. 101 / f. 4, bütün maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar dikkate alınarak genel bir şekilde düzenlenmiş TMK m. 557 / b. 3'e nazaran özel hükümdür²⁴⁶. Buna ilaveten vurgulamak gerekir ki, anılan kanuni düzenlemeler arasında bir genel-özel hüküm ilişkisi kurmadan da benzer bir hukukî sonuca TMK m. 557 / b. 3'e ilişkin tartışmalar bağlamında da ulaşmak mümkündür. Şöyle ki, doktrinde bir görüş kanaatimizce haklı

244 Vakıflarda amacın hukuka aykırılığına neden olabilecek özel bir durum olan TMK m. 521/ f. 2'ye aykırılık halinde ölüme bağlı tasarrufu iptal edilebilir olarak nitelendiren Yargıtay 2 HD, E 2000/2641 K 2000/3627, 27.03.2000 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Anılan kararda kısmi iptale karar verilmesi yerine kısmi hükümsüzlüğün tespiti daha isabetli olurdu.

245 Benzer Hatemi (n 7) 227-228.

246 Bir temellendirmede bulunmasa da amacı hukuka ve ahlaka aykırı ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın TMK m. 47/ f. 2 ve TMK m. 101 / f. 4 bağlamında tesciline karar verilmemesi gerektiğini belirten Atlı (n 235) 73. Sadece TMK m. 47/ f. 2'ye atıfta bulunmakla yetinerek değerlendirmede bulunmak suretiyle meseleyi miras hukuku bağlamında değerlendirmeden ele alan Zeiter (n 6) N 608.

olarak son anılan düzenlemenin lafzi yorumunun iptal davasının açılmadığı olasılıkta içeriği hukuka ve ahlaka aykırı bir ölüme bağlı tasarrufun hüküm doğurmasına yol açacağını ve bu sonucun hukuk düzeninin temel ilkeleriyle çelişeceğini belirterek iptal ettirilmemiş hukuka veya ahlaka aykırı tasarrufa dayanarak hak iddiasının dürüstlük kuralını ihlal edeceğini ileri sürmektedir²⁴⁷. Vakıf tescil edilmiş olsa dahi amacı hukuka aykırı vakıf tescilin iyileştirici işlevinden yararlanamayacaktır²⁴⁸. Yaptığımız bu tespit vakfın amacının imkansızlığı açısından da geçerlidir.

2. Ölüme Bağlı Tasarrufun Temsil Yasağına Aykırı Düzenlenmiş Olması

Ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkı (gerek iradi gerek kanuni) temsil yasağına tabi kişiye sıkı surette bağlı bir haktır²⁴⁹. Bu bağlamda vakıf kurma ölüme bağlı tasarrufu bu yasağı aykırı şekilde düzenlenmişse, tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce kesin hükümsüzlükle, sakattır²⁵⁰.

3. Geçersizliğe Dair Davalarda Vakfın Taraf Ehliyeti

İsviçre Federal Mahkemesi gerek BGE 73 II 81²⁵¹ gerek BGE 73 II 144²⁵² kararında konusunu oluşturduğu ölüme bağlı tasarrufun geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık sebebi ilgili işlemin kesin hükümsüzlüğüne yol açsa dahi, ilgili ölüme bağlı vakfın pasif husumet ehliyetini haiz olduğunu kabul etmiştir. Nitekim doktrinde de bu hususta günümüzde bir tartışma bulunmamaktadır²⁵³.

X. VAKIF KURMA ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUNUN TENKİSİ

Mirasbırakanın vakıf kurma ölüme bağlı tasarrufunda bulunması suretiyle tasarruf nisabını aşması sonucunda saklı payları ihlal edilmiş olan TMK m. 560/ f. 1 uyarınca mirasçılardan veya TMK m.

247 Bu bağlamda TMK m. 557 / b. 3'te gerçek olmayan kanun boşluğunun mevcut olduğunu haklı olarak ileri süren Kocayusufpaşaoğlu (n 7) 336-337; Dural ve Öz (n 7) N 1014; Çabri (n 2) N 1318; Antalya ve Sağlam (n 5) N 1228. Karşıt görüş için bkz. Atlı (n 235) 72.

248 Demirsatan (n 225) 352.

249 Hatemi (n 7) 217; Demirsatan (n 225) 349. Bu yönüyle vakıf kurma ile ölüme bağlı tasarrufta bulunmanın maddi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlılık açısından benzeşmekte olduğu bu bağlamda da ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurmada her iki işlemin bu ortak özelliği kendisini iki kere gösterdiği yönünde Riemer (n 22) Art 80 N 24.

250 Zeiter (n 6) N 284. Temsil yasağına aykırılığı, *animus testandini* eksikliği teşkil ettiğinden hareketle, yokluk kapsamında değerlendiren Atlı (n 235) 70.

251 Anılan kararda ilgili tespit şu şekilde yapılmıştır: “... Ancak, şeklen var olan ve usulüne uygun olarak düzenlenmiş bir vakfın, daha kesin karar verilmeden hukuken yokmuş gibi ele alınması doğru değildir. Davacı, kararın kendisine bu hakkı verip vermeyeceğini bilemez. Hâkim vakfın geçerli olduğunu onaylarsa, vakıf geçerli olarak kalmaya devam eder. Buna ilaveten, belirli koşullar altında, amaçların yalnızca kısmen hukuka aykırılığın hesaba katılması gerekebilir, bundan dolayı karar vakfın varlığını sürdürdüğü söz konusu koşulların varlığında buna uygun bir amaç sınırlaması getirebilir. Ayrıca vakıf tarafından geçerliliğinin belirlenmesine yönelik açılan bir davaya ilişkin durum düşünülürse, geçerlilik sorununun karara bağlanmasına yönelik yargılamadaki taraf ehliyeti tamamen reddedilemez. Aynı şekilde, tam tersi bir geçersizlik davası durumunda vakıf davalı taraf konumunu haiz olmalıdır...”

252 Anılan kararda ilgili tespit şu şekilde yapılmıştır: “Şeklen mevcut ve usulüne uygun olarak teşkilatlanmış bir vakfın, ticaret siciline kayıtlı anonim şirketten farklı olarak vakfa ilişkin iyileştirici bir etkisi bulunmasa ve bundan dolayı da geçersiz bir kurucu işleme dayalı olarak tescil edilen vakfın kendiliğinden baştan itibaren geçersiz olduğu kabul edilse dahi, kendisini kuran ve bir mal ile donatan vasiyetnamenin geçerli olup olmadığı konusunda sürece taraf ve dava ehliyeti inkâr edilemez...”

253 Riemer (n 22) Art 88/89 N 85.

562'de belirtilen şartlar altında onların alacaklıları ya da iflas idaresinin tenkis davası açma hakkı²⁵⁴ bulunmaktadır²⁵⁵ Birden fazla tasarrufun ihlale neden olması durumunda tenkis yapılırken izlenecek sıranın düzenlendiği TMK m. 570 / f. 2 uyarınca ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakıf en son sırada tenkis edilecektir.

Tescil edilmiş vakfa karşı açılmış tenkis davası sonucunda vakfa kalan malvarlığı değerleri ile amacın gerçekleştirilmesinin imkânsız hale gelmişse vakıf sona erer²⁵⁶.

Henüz tescil edilmemiş olan vakfı düzenleyen ölüme bağlı tasarrufun tenkisi sonucunda kalan malvarlığı değerleri amacın gerçekleşmesine yetersiz hale gelirse TMK m. 107/ f. 3 uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda vakfedenin başka yönde bir iradesi mevcut olmaması halinde ilgili malvarlığı değerleri denetim makamının da görüşü doğrultusunda hâkim tarafından benzer amaçlı vakfa özgülenecektir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Açıklayıcı işlevi haiz olduğu sonucuna ulaşılan TMK m. 526'nın kuramsal işlevinin esasen mirasbırakanın ölümü anında vakfın henüz tüzel kişilik kazanmamış olmasının böyle bir hukuki işleme engel olup olmayacağına dair endişeleri bir kere daha gidermektedir.

Bir vakfın bu kanun hükmü kapsamında değerlendirilebilmesi için vakfedenin, kurulmasını ölüme bağlı tasarrufla öngördüğü bu tüzel kişiye malvarlığı özgülemesini kendi terekesi çerçevesinde düzenlemiş olması gerekmektedir.

Mirasbırakanın ölümüyle tescil arasındaki dönemde ölüme bağlı vakfın hukuki durumunun cenininkine benzediğini ileri süren görüş mirasbırakanın iradesine daha uygun olduğundan, vakfı mirasbırakanın ölümüyle birlikte kendisine özgülenen mallar üzerinde tescil geciktirici şartının gerçekleşmesiyle hak sahibi kıldığından ve bu süreçte de haklarının da menfaati gerektirdiği takdirde TMK m. 427 / b. 3 uyarınca yönetim kayyımıyla korunmasını sağladığından ötürü tercih edilmelidir.

Mirasbırakanın ayrı bir tüzel kişilik oluşturmak istemeksizin bir gerçek veya tüzel kişiye belirli ve sürekli bir amaçla kullanmaları için malvarlığı özgülediği olasılıkta yüklemeli bir ölüme bağlı tasarrufun varlığından bahsedilebilecek şayet özgüleme tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa yapılmışsa buna bağlanacak hukuki sonuç açısından ise TMK m. 577 / f. 2 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Geçerli bir vakıf kurma işleminden bahsedebilmek için TMK m. 101 uyarınca kazandırma konusu malvarlığı değerlerinin özgülendiği amacın belirli, sürekli ve geçerli olması gerekmektedir. Aksi takdirde vakıf kurma işleminin geçersizliğine ilişkin sonuçlar doğacaktır.

254 Esasen tenkis davasına ilişkin hükümlerden doğan bu sonuçları zımnen tekrardan başka bir işlevi bulunmayan TMK m. 108 şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Vakfedenin mirasçıları ve alacaklılarının ... ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümler uyarınca dava hakları saklıdır.*” Benzer niteleme için Demirsatan (n 225) 352.

255 Henüz özgülenen malvarlığının ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakfın zilyetliğine geçirilmemiş olduğu olasılıkta saklı paylı mirasçıların tenkis davası açma hakkı yanında devir talebinde bulunması halinde vakfa karşı süresiz tenkis def'i ileri sürme hakları da bulunmaktadır.

256 Ögüz (n 35) 139; Aksoy Dursun (n 13) 40.

Varlık sebebini ancak sahip olduğu malvarlığı ile gerçekleştirebilecek vakfa hiçbir malvarlığı değerinin özgülenmemiş olması halinde tescil talebinin reddedileceğinde şüphe bulunmamaktadır. Şayet ilgili malvarlığı değerleri özgülendiği amacı gerçekleştirmeye yeterli değilse, ölüme bağı tasarruf yoluyla kurulması öngörülen vakfa özgülenen mallar ve haklar, vakfedenin başka yönde bir iradesi mevcut olmaması halinde, denetim makamının da görüşü doğrultusunda hâkim tarafından benzer amaçlı vakfa özgülenecek; diğeri bir ifadeyle bağımlı vakıf olarak hüküm ifade edecektir.

Vakıf senedinde yer alması gereken diğeri unsurların (ad, örgütlenme, yönetim şekli, yerleşim yeri) veya ihtiyari unsurların (örneğin sona erme sebeplerinin) belirlenmesi vasiyeti yerine getirme görevlisine veya bir üçüncü kişiye bırakılabileceği gibi bu unsurların hiç düzenlenmemiş olması da vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmez. Hiçbir yetkilendirme yapılmamış olsa bile mirasbırakan vasiyeti yerine getirme görevlisi atamışsa esaslı olmayan unsurların TMK m. 107/ f. 2 uyarınca tamamlanması faaliyetinde vasiyeti yerine getirme görevlisinin görüşü alınmalıdır.

Bir vakıf kurma işleminin niteliğinin tayininde belirleyici olan unsur kanaatimizce malvarlığı özgülemenin sağlararası bir işleme mi yoksa ölüme bağı tasarrufa mı dayandığıdır. Malvarlığının tahsisi bakımından bu hukukî işlemin maddi içeriği ilgili malvarlıksal değerlerin kurulması öngörülen vakfa hangi maddi anlamda ölüme bağı tasarruf yoluyla özgülendiğine göre değişecektir.

Vakıf kurma maddi anlamda ölüme bağı tasarrufu, düzenlendiği tarihte henüz var olmayan bir tüzel kişiliğin kurulması ve ona malvarlığı özgülenmesini amaçladığından, vakıf kurma iradesi miras sözleşmesi ile açıklansa dahi bu şekli anlamda ölüme bağı tasarrufun bağılayıcı içeriği kapsamında değerlendirilemez.

Vakıf kurma iradesini bir ölüme bağı tasarrufla açıklayan mirasbırakan, ölümünden önce her zaman, bu ölüme bağı tasarruftan vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin hükümler uyarınca dönebilir.

Mirasbırakanın vasiyetname yapma ehliyetinin bulunmaması, irade beyanının sağlıklı açıklanmamış olması veya tasarrufun kanunun öngördüğü şekle uygun yapılmamış olması durumunda ölüme bağı tasarruf, kural olarak TMK m. 557 – m. 559 uyarınca açılacak dava sonucunda iptaline karar verilmedikçe, geçerli bir hukuki işlem olarak hüküm doğuracaktır.

Vakfın amacının hukuka veya ahlaka aykırı ya da imkânsız olması veya ölüme bağı tasarrufun temsil yasağına aykırı düzenlenmiş olması durumunda ise vakıf kurma ölüme bağı tasarrufu istisnai olarak kesin hükümsüz olacaktır.

Mirasbırakanın vakıf kurma ölüme bağı tasarrufunda bulunması suretiyle tasarruf nisabını aşması sonucunda saklı payları ihlal edilmiş olan TMK m. 560/ f. 1 uyarınca mirasçılarının veya TMK m. 562'de belirtilen şartlar altında onların alacaklıları ya da iflas idaresinin tenkis davası açma hakkı bulunmaktadır. Birden fazla tasarrufun ihlale neden olması durumunda tenkis yapılırken izlenecek sıranın düzenlendiği TMK m. 570 / f. 2 uyarınca ölüme bağı tasarruf yoluyla kurulan vakıf en son sırada tenkis edilecektir.

KAYNAKÇA

- Aebersold T und Leimer R, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2021).
- Akbulut P E, *Vakıf Senedinin Tamamlanması ve Değiştirilmesi* (On İki Levha 2022).
- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Yenilenmiş Onsekizinci Baskı*, Beta 2022).
- Aksoy Dursun, S 'Ölüme Bağlı Tasarrufla Vakıf Kurulmasına İlişkin Özellikler' iç Saibe Oktay Özdemir, Azra Arkan Serim, Atilla Altop (edr), Prof. Dr. Sermet Akman'a Armağan (Filiz Kitabevi 2020)
- Aksoy Dursun S, *Vakfın Örgütlenmesi ve İşleyişi* (On İki Levha 2021).
- Albaş H, 'Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def'i', (2012) 18 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 143, 162.
- Antalya G ve Sağlam İ, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku* (Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin 2021).
- Atlı B, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi* (Seçkin Yayıncılık 2018).
- Ayan M ve Ayan N, *Kişiler Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).
- Baddeley M, *Commentaire Romand, Code civil II, Art. 457-977 CC Art 1-61 Tit. fin CC*, Editeurs: Pascal Pischonnaz / Bénédicte Foëx / Denis Piotet (Helbing Lichtenhahn 2016).
- Breitschmid P, Eitel P, Fankhauser R, Geiser T ve Jungo A, *Erbrecht* (3. Auflage, Schultess 2016).
- Bucher A, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz* (3. Auflage Helbing&Lichtenhahn, 1999).
- Cotti F, *Commentaire du droit des successions (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDRF)*, Editeurs: Antoine Eigenmann et Nicolas Rouiller (Stämpfli Verlag AG 2012).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt-I* (On İki Levha 2018).
- Demirsatan B, 'Vakıf Tüzel Kişiliği Bakımından Tescilin İyileştirici Etkisi MK M. 103 / II Hükümünün İşlevi' (2017) LXXV (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 335, 358.
- Doğan M, *Vakıflarda Mal Varlığı* (Legal 2000).
- Druey J N, *Grundriss des Erbrechts* (Stämpfli Verlag 2002).
- Dural M ve Ögüz T, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku* (Yirmüçüncü Baskı, Filiz Kitabevi 2022).
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku* (Filiz Kitabevi 2022).
- Eisenring M, *Kommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen – und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG*, Herausgeber: Peter Breitschmid / Alexandra Jungo (3. Auflage, Schultess Juristische Verlag AG, 2016).
- Engin B İ, *Yedek Mirasçılık, Yedek Mirasçı Atama-Yedek Vasiyet Alacaklısı Tayini* (İstanbul 2003).
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (5. Baskı, Yetkin 2023).
- Ergüne M S, *Vasiyetnamenin Yorumu* (On İki Levha 2011).
- Escher A, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536)* (Dritte Auflage, Schultess & Co AG 1959).
- Grüninger H, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchlT*, Herausgeber: Thomas Geiser, Stephan Wolf (4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019).
- Gümüş M A, *Türk Medeni Hukukunda Kayımlık* (Vedat Kitapçılık 2006).
- Hatemi H, *Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi* (Fakülteler Matbaası 1968).
- Hau W, Poseck R und Backert W, *Bürgerliches Gesetzbuch §§ 1-480 Kommentar* (5. Auflage C H Beck 2023).

- Helvacı İ, *Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi* (1. Baskıdan Tıpkı 2. Baskı, Filiz 2014).
- Hrubesch-Millauer S, *Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, (4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2021).
- Hüttemann R und Rawert P, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 80-89* (Neubearbeitung 2017, De Gruyter 2017).
- İşeri A, Akünel T, Tezel A ve Bayrakeri F, *Türkiye’de Medeni Kanununa Göre Kurulmuş Vakıflar ve Sorunları* (VKV Yayınları 1975).
- İşeri A, *Türk Medenî Kanununa Göre Vakıf (Tesis)* (Sevinç Matbaası 1968).
- Kahraman S, 'Ölüme Bağlı Tasarrufla Vakıf Kurma' iç Saibe Oktay Özdemir ve Abuzer Kendigelen (ed) Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Fezyioğlu'nun Anısına Armağan (On İki Levha 2020) 293 326.
- Kılıçoğlu A M, *Miras Hukuku* (Genişletilmiş 12. Bası, Yetkin 2022).
- Knapp C, 'Les clauses conventionnelles et les clauses unilatérales des pactes successoraux', *zum schweizerischen Erbrecht, Festschrift für Peter Tuor zum 70. Geburtstag* (Polygraphischer 1946).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Bası, Filiz Kitabevi 1987) .
- Kramer E A, *Juristische Methodenlehre* (2. Auflage, Stämpfli Verlag 2005).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (Legal Yayınevi 2016).
- Küçükaydn E A, 'Mirasçı Atama' (2017) LXXV (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 431, 452.
- Künzle H R, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht*, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexander Jungo (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016).
- Nomer Halük N, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları* (Beta 2002)
- Oğuzman M K, *Miras Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Filiz 1995).
- Öğüz T, *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları* (Beşir 2007).
- Özsunay E, *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982).
- Öztan B, *Tüzel Kişiler (Ders Notları)* (Turhan Kitabevi 1994).
- Pedrazzini M M ve Oberholzer N, *Grundriss des Personenrechts* (Dritte, überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli & Cie AG 1989).
- Piotet D, *Commentaire romand Code civil I*, (Helbing & Lichtenhahn 2010).
- Piotet P, 'Clause d'un acte successoral prevoyant la constitution d'une fondation et sa dotation' (1980) I Journal des Tribunaux 315, 318.
- Piotet P, *Traité de droit privé suisse, Droit successoral* (Editions Universitaires Fribourg 1975).
- Riemer H M, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 3. Abteilung, Die Juristische Personen, Dritter Teilband, Die Stiftungen Art. 80-89c ZGB* (2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie 2020).
- Sağlam İ, 'Devletin Yasal Mirasçılığı' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2473, 2495.
- Steinauer P H, *Le droit des successions* (2^e édition, Stämpfli Editions 2015).
- Studhalter P, *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB Kommentar*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag 2016).

- Taşatan C, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Mirasçı Atama' (2019) 10 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 40, 49.
- Tuor P, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, I. Abteilung, Die Erben, Artikel 457-536 ZGB* (Verlag Stämpfli & CIE 1964).
- Uyan G, 'Miras Sözleşmesinde İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması' (2007) LXV (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 327, 351.
- Ünver T *Vasiyetnamenin Geri Alınması* (Filiz Kitabevi 2023).
- Vez P, *Commentaire romand Code civil I, Art. 1-359 CC*, Editeurs: Pascal Pischonnaz / Bénédict Foëx (Helbing Lichtenhahn Verlag 2010).
- Weimar P, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzliche Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB*, Herausgeber: Heinz Hausheer und Hans Peter Walter (Stämpfli Verlag AG 2009).
- Weitemeyer B, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG* (9. Auflage, C H Beck 2021).
- Wildisen C, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB*, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016).
- Yücer İ 'Gerçek Kişilerin Vakıf Kurma Ehliyeti' iç Süleyman Başterzi (ed) *Prof. Dr. Sarper Süzekè Armağan, C: III* (Beta 2011) 2957, 2976.
- Zeiter A, *Die Erbstiftung* (AISUF-Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Universitätsverlag, Freiburg, 2001).

Dönüştürme Hakkı Çerçevesinde Alıcının Tazminat Talebi*

The Claim of the Buyer for Damages in the Context of Rescission

Ricarda STOPPELHAAR**, Kerem ÖZ***

ÖZ

Satıcı, İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m.208/2 uyarınca ayıplı şeyin teslimi nedeniyle alıcının doğrudan doğruya uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır. Bununla birlikte, “doğrudan doğrualık” kavramının nasıl yorumlanacağı oldukça tartışmalıdır. Satıcının sebep sorumluluğunun kapsamı ile İBK m.208/3’te düzenlenen kusur sorumluluğu meselelerinin inceleneceği bu makalede, satıcının kusur sorumluluğu kapsamındaki diğer zararın alıcının tercihine bağlı olarak olumlu veya olumsuz zarar esaslarına göre hesaplanabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ayıp, Tazminat, Diğer Zarar, Olumsuz Zarar, Olumlu Zarar

ABSTRACT

According to Article 208(2) of the Swiss Code of Obligations (SCO), the seller shall compensate for any damage that is directly caused by the delivery of defective goods. However, there is a significant debate surrounding the precise interpretation of the term “directly”. This article aims to explore the extent of the strict liability (liability without fault) of the seller. It also examines his liability in cases where fault can be established, as outlined in Article 208(3) of the SCO. Ultimately, the article concludes that the “further damage” can be calculated by the buyer who has the option to choose between assessing positive or negative interest as the basis for damages.

Keywords: Defect, Damages, Further Damage, Negative Interest, Positive Interest.

* “Der Schadenersatzanspruch des Käufers im Rahmen der Wandelung” başlıklı Almanca aslı daha önce recht, Ausgabe 3/2019, s.180 ff.de (Stämpfli Verlag) yayımlanan çalışmanın Türkçe’ye çevirilmesi ve yayımlanması hususunda yazar ve yayınevinden gerekli kanunî izinler alınmıştır. Dipnotlar dâhil olmak üzere metnin tamamı mümkün olduğu ölçüde Dergi’nin yazım kurallarına uygun hâle getirilmiş, asıl metinde yer almayan Öz, Anahtar Kelimeler ve Kaynakça kısımları çalışmaya eklenmiştir.

Bu çalışma, yazarın Bern Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde kaleme aldığı yüksek lisans tezinden türetilmiştir. Yazar, danışmanı Prof. Dr. Thomas Koller’e ve çalışmayı detaylı biçimde okuyup eleştirilerini iletği için Prof. Dr. Bruno Huwiler’e teşekkürlerini sunar.

(Für die Übersetzung der Originalfassung des Beitrags mit dem Titel „Der Schadenersatzanspruch des Käufers im Rahmen der Wandelung” erschienen in der Zeitschrift recht, Ausgabe 3/2019, Seite 180 ff., im Stämpfli Verlag (Schweiz) ins Türkische und dessen Publikation wurden die gesetzlich erforderlichen Einwilligungen der Autorin und des Verlages erhalten. Die gesamte Ausarbeitung einschließlich der Fußnoten hat der Übersetzer soweit möglich den Autorenhinweisen und Standards der Zeitschrift angepasst. Überdies wurde das Abstract, die Schlüsselwörter sowie das Literaturverzeichnis zur übersetzten Fassung hinzugefügt, welche in der Originalfassung des Beitrags fehlen, Beiläufig ist es darauf hinzuweisen: Der Beitrag basiert auf der im Rahmen des Masterstudiengangs an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern verfassten Masterarbeit. Der Dank für die Betreuung der Masterarbeit gilt Prof. Dr. Thomas Koller. Ausserdem dankt die Autorin Prof. Dr. Bruno Huwiler für die kritische Lektüre dieses Beitrages.)

** Araştırma Görevlisi. Bern Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Frédéric Krauskopf Kürsüsü, ORCID: 0009-0002-4788-5443.

*** Araştırma Görevlisi. Antalya Bilim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı / Öğrenci, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı, ORCID: 0000-0003-2967-8352.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: ricarda STOPPELHAAR

E-posta/E-mail: ricarda.stoppelhaar@gmx.de

Geliş Tarihi/Received: 01.05.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 16.06.2023

I. GİRİŞ

Alıcı, ayıplı satılanın zarara yol açması hâlinde, dürüst^{6.n.+} satıcının –dönüştürmeyle birlikte– sadece ayıplı malın tesliminin doğrudan yol açtığı zararı tazmin etmesini talep edebilir. Buna karşın, İBK m.208/3'e göre, şayet kendisine kusur yüklenebiliyorsa, satıcının alıcının uğradığı diğer zararı da tazmin etmesi gerekir. Doğrudan zarar konusuna büyük önem atfedilmesine rağmen, öğretide ve yargı kararlarında doğrudan zarar ve diğer zarar kavramları arasında şimdye kadar tutarlı bir ayırım yapılmamıştır¹. Güncel yargı kararlarına bakıldığında, bu belirsizliğin ne gibi şaşırtıcı sonuçlara yola açabileceği görülmektedir. Federal Yüksek Mahkeme, “Papağan Davası” olarak bilinen davada, – bulaşıcı hastalığı olan– altı papağanın dürüst satıcısını, bu hastalığın önce elindeki diğer kuşlara geçmesi ve nihayet bütün hayvanlarının telef olmasına yol açması nedeniyle, (kuş yetiştiriciliğini meslek olarak icra eden) alıcının uğradığı tüm zararı (İki Milyon Frank) tazmin etmeye mahkûm etti². Federal Yüksek Mahkeme'nin meseleye bu şekilde yaklaşması, bizi, alıcının dönüştürme hakkı çerçevesinde ileri süreceği tazminat talebini ayrıntılı olarak incelemeye sevk etmektedir.

II. İBK M.208/2 VE 3 HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN ÖĞRETİDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER VE YARGI KARARLARI

A. DOĞRUDAN ZARAR VE DİĞER ZARAR AYIRIMINDA KULLANILAN ÖLÇÜTLER

Aşağıda, doğrudan zararı diğer zarardan ayırmak için hangi ölçütlerin kullanılması gerektiğine dair öğretide ve yargı kararlarında önerilen hususlar ortaya koyulacaktır. Bu başlık altındaki açıklamaların amacı, öğretide ileri sürülen çeşitli görüşlerin dayandığı temel esasların anlaşılmasıdır. Bu amaç doğrultusunda yalnızca temel esaslar takdim edileceğinden, bu konuya ilişkin görüşlerin hepsine yer verilmeyecektir³. Bununla beraber, açıklamalara geçmeden önce, hem olumsuz hem de olumlu menfaate göre hesaplanan toplam zararın, *damnum emergens* ve *lucrum cessans* kalemlerinden oluşabileceğinin özellikle altını çizmek gerekir⁴. Ayrıca, bütünlük menfaatinin karşılanmasına

^{6.n.+} (Çevirenin Notu) Metnin aslında satıcının belirli bir niteliğini belirtmek için kullanılan “redlich” ve “redlich handelnd” sıfatları, en genel şekliyle kişinin sözüyle davranışlarının birbiriyle örtüşmesi, dürüstlük, güvenilirlik, sadakat vb. olumlu hususları dile getirir. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.duden.de/>. Çalışma özelinde ise, satıcının bu tür olumlu nitelikleri, satıldaki ayıbı bilmemesi ve bu bilgisizliğin kendi ihmaline dayanmaması şeklinde karşımıza çıkar. Nihayet, esasında “redlicher” veya “redlich handelnder Verkäufer” ifadesiyle, satıcıya ayıp konusunda kusur (kast veya ihmali) yüklenemediği belirtilmektedir. Metin içinde ilgili yerlerde bu niteliği haiz satıcıyı, “dürüst satıcı” olarak adlandırmayı tercih ettik. Dolayısıyla, ilave bilgiye yer verilmeyen bölümlerde “dürüst satıcı” ifademizden bunun anlaşılması gerekir.

1 Petra Ginter, *Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Lösungsvorschlag für die geltende Rechtslage und kritische Würdigung* (2005) 59.

2 Tamamı için bkz. BGE 133 III 257.

3 *Zellweger-Gutknecht*, BK m.208/2'nin tamamen farklı biçimde okunup anlamlandırılmasını önermektedir. Yazara göre, BK m.208/2'de, borç kötü değil hiç ifa edilmeseydi meydana gelmeyecek olan her bir zarar kalemini kapsayan “kabz ve kabul zararı” söz konusudur. (Corinne Zellweger-Gutknecht, *Die Gewähr: Risikoverantwortlichkeit, als Anspruchsgrund zwischen Verschuldenshaftung und Gefahrtragung* (2007) N.580.).

4 Peter Gauch, Walter Schlupe and Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II* (10 edn, 2014) N.2092; Niklaus Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht* (1999) N.136, 165 ve oradaki diğer atıflarla birlikte. Alfred Schubiger, *Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff. – OR 97 ff.* (1957) 70 ff.

yönelik talebin tıpkı olumlu zarar talebine eşlik edebileceği gibi olumsuz zarar talebiyle beraber ileri sürülebileceği de vurgulanmalıdır⁵. Bu imkân, olumlu zarar ile olumsuz zarar arasındaki karakteristik ayırımın sadece sözleşme menfaatlerine göre yapılması gerektiği yönündeki genel kabulde çelişmektedir. Bu yüzden, bazı hâllerde sözleşme menfaatlerine ilave olarak nedensellik bağının uzunluğu da zararın sınıflandırılmasında ölçüt olarak kullanılmaktadır⁶. Dolayısıyla, her olayda, öğretide ileri sürülen görüşlerin aşağıdaki kıstaslarla birebir örtüşmesi imkân dâhilinde değildir.

a. Sözleşme Menfaatlerine Göre Ayırım Yapılması

Federal Yüksek Mahkeme'nin önceki dönemlerde verdiği kararlara⁷ göre ve öğretinin hatırı sayılır kısmının savunduğu görüş⁸ uyarınca, İBK m.208/2 hükmü, yalnızca olumsuz zararın *damnus emergens* kalemini düzenler. Federal Yüksek Mahkeme, satılanın tekrar satılamaması sebebiyle mahrum kalınan kazancın –olumlu zararın *lucrum cessans* kaleminin– İBK m.208/3'e göre talep edilebileceği kanaatindedir⁹. Öğretide İBK m.208/2'yi olumsuz zararın fiilî zarar kalemiyle sınırlandıran görüşü savunan yazarların büyük çoğunluğu ise, satıcının kusurlu olması hâlinde alıcının ifa menfaatinin eksiksiz biçimde karşılanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰. Diğer yandan,

- 5 Örneğin bkz. Heinrich Honsell, 'Art. 208 OR' in Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt and Wolfgang Wiegand (eds), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1–529 OR* (6 edn, 2015) N.8; Lüchinger (n 4) N.382; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (7 edn, 2016) N.14.32.
- 6 Örneğin bkz. Max Keller and Kurt Siehr, *Kaufrecht, Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht* (3 edn, 1995) 90 ff. Yazarlar, prensip itibariyle sözleşme menfaatlerine göre ayırım yapmaktadır. Fakat bütünlük menfaatinin zedelenmesi dolayısıyla meydana gelen zararlar, nedensellik zincirinin uzunluğuna bağlı olarak doğrudan zarar veya diğer zarar olarak sınıflandırılmaktadır.
- 7 BGE 79 II 376 E. 3, 380 ff.
- 8 Eugen Bucher, *Obligationenrecht Besonderer Teil* (3 edn, 1988) 105; Pierre Cavin, *Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), Bd. VII/1, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse* (1977) 1 ff., 101; Pierre Engel, *Contrats de droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommé* (2 edn, 2000) 43; Hans Giger, 'Art. 208 OR', *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd VI: Das Obligationenrecht, 2 Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1 Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1 Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art 184–215 OR* (2 edn, 1980) N.34; Keller and Siehr (n 6) 90; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bd. I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184–318 OR* (2012) § 4 N.194; Hugo Oser and Wilhelm Schönenberger, 'Art. 208 OR', *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd V: Das Obligationenrecht, 2 Teil (Halbband): Art 184–418 OR* (2 edn, 1936) N.5; 'Art. 195 OR' N.7; Herbert Schönle and Peter Higi, 'Art. 195 OR', *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Bd V/2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art 192–204 OR* (3 edn, 2005) N.76, 80; Kren Kostkiewicz, 'Art. 208 OR' in Jolanta Kren Kostkiewicz and others (eds), *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* (2016) N.4.
- 9 BGE 79 II 376 E. 3, 381. Federal Yüksek Mahkeme'nin olumsuz zarar kapsamında mahrum kalınan kazancın talep edilip edilemeyeceğine ilişkin kanaati net değildir.
- 10 Giger (n 8) N.44 ff.; Bucher (n 8) 105; Cavin (n 8) 101 ff.; Engel (n 8) 43; Müller, 'Art. 208 OR' in Willi Fischer and Thierry Luterbacher (eds), *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (2016) N.31; Keller and Siehr (n 6) 91; Koller (n 8) § 4 N.198; Kostkiewicz (n 8) N.5. Farklı görüş için bkz. Rolf Furrer, *Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht* (1973) 26, 68; Oser and Schönenberger (n 8) N.6 ve Art. 195 OR, N.8; Schönle and Higi (n 8) 77 ff.

bütünlük menfaatinin zedelenmesi kaynaklı refakat zararları (ayıbı takip eden zararlar)¹¹ ise, baskın görüş uyarınca yalnızca satıcının kusurlu olması hâlinde tazmin edilebilir¹².

B. OLUMSUZ ZARARLA SINIRLAMA

Azınlıkta kalan görüş uyarınca, dönüştürme hakkı kullanıldığında yalnızca olumsuz zararın karşılanması talep edilebilir¹³. Bu görüşün dayanağı, dönüştürme ile İBK m.109'da düzenlenen dönme arasındaki sistematik bağlantıdır¹⁴. Bu nedenle, doğrudan zarar ve diğer zarar, olumsuz zararlarla sınırlıdır¹⁵.

C. NEDENSELLİK BAĞININ YOĞUNLUĞUNA GÖRE AYIRIM YAPILMASI

Federal Yüksek Mahkeme, *Papağan Davası*'nda içtihadını değiştirmiş ve İBK m.208/2 ile 3 hükümleri arasındaki sınırı –öğretideki bir grup yazarın görüşüne uygun olarak¹⁶– nedensellik bağının yoğunluğuna göre yeniden çizmiştir¹⁷. Buna göre, İBK m.208/2 hükmü, ayıplı malın tesliminin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkan zarar kalemlerinin hepsinin tazminine olanak tanır. Fakat, İBK m.208/3 uyarınca tazmin edilebilir zararlar, ilave kısmî sebeplerin birleşmesi sonucunda ortaya çıkar¹⁸. Sonuç olarak, bütünlük menfaatinin zedelenmesi de –Papağan Davası'nda hastalık bulaşan kuşların telef olması sonucunda meydana gelen zararda olduğu gibi– satıcının sebep sorumluluğu kapsamında incelenebilir¹⁹.

11 Bu kavrama getirilen eleştiriler için bkz. III/A/4/b.

12 Müller (n 10) N.35; Koller (n 8) § 4, N.194. Sözleşme menfaatlerini esas alarak ayırım yapılmasını benimsemeyen görüşler için de aynısı geçerlidir. Bu yöndeki görüşler için örneğin bkz. Honsell (n 5) N.9; Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil* (10 edn, 2017) 127 ff.; Bruno Huwiler, 'Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR (aus Anlass des BGE 133 III 257 ff.)' in Heinrich Honsell, Bruno Huwiler and Hermann Schulin (eds), *Liber amicorum Nedim Peter Vogt, Privatrecht als kulturelles Erbe* (2012) N.141 ff., 159 ff. Farklı görüş için bkz. Giger (n 8) N.35 ff.; Keller and Siehr (n 6) 90. *Kiel/Siehr*, refakat zararların sınıflandırılmasında nedensellik zincirinin uzunluğunu esas almaktadır.

13 Furrer (n 10) 68, 26; Jörg Schmid, Hubert Stöckli and Frédéric Krauskopf, *OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* (2 edn, 2016) N.416; Schubiger (n 4) 74; Hubert Stöckli, *Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung | Abwicklung | Störungen* (2008) N.550; Schönle and Higi (n 8) N.73 ff. Eser sözleşmesi hükümleri için bkz. Peter Gauch, *Der Werkvertrag* (5 edn, 2011) N.1875 (çalışmanın tamamlanması ve baskıya verilmesi sırasında bu eserin 6.baskısı henüz yayımlanmamıştı.).

14 Furrer (n 10) 68. Karş. Gauch (n 13) N.1875; Stöckli (n 13) N.546 ff.

15 Karş. örneğin Furrer (n 10) 26 ff., 68. Yazar, olumsuz zarar içerisindeki ayırımı nedensellik zincirinin uzunluğuna göre yapma taraftarıdır.

16 Markus Müller-Chen, 'Art. 208 OR' in Markus Müller-Chen and Claire Huguenin (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art 184–318 OR)* (3 edn, 2016) N.12 ff.; Willi Fischer, *Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute* (1985) 286 ff. Sorumluluk hukuku için bkz. Karl Oftinger and Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil* (5 edn, 1995) § 2 N.26.

17 Kapsamlı gerekçesiyle birlikte bkz. BGE 133 III 257 E.2.5, 266 ff.

18 BGE 133 III 257 E.3.2, 272.

19 BGE 133 III 257 E.3.2, 272.

Nedensellik zincirinin daha kısa veya daha uzun olmasına göre –uygun illiyet bağı içinde²⁰– alt ayırmalar yapılması sonucunda, doğrudan zarar ve diğer zararı tasnif işi salt hâkim takdirine bırakılmaktadır²¹. Öğretinin birçok yazar bu kararı isabetsiz bulmuştur²².

B. DEĞERLENDİRME

Yukarıda takdim edilen görüşleri savunan yazarların tamamı, sebep sorumluluğunun kapsamını kusur sorumluluğuyla kıyaslayarak belirlemeye çalışmaktadır²³. Bazen –kanunun lafzından farklı olarak– doğrudan zarar ve bunun tersi olan dolaylı zarardan bahsedilmek suretiyle bu yaklaşıma açıklık getirilmektedir²⁴. Bu düşünce yapısı, doğal olarak öğretinin çözüm önerilerini de yansıtmaktadır. Örneğin, olumsuz zarar ve olumlu zarar gibi farklı kavramlar üzerinden İBK m.208/2 ve 3 hükümleri arasında sınır çizilmesi önerilmektedir. Ancak bütünlük menfaatinin zedelenmesinden doğan zararların tasnifi söz konusu olduğunda, salt sözleşme menfaatlerine göre ayırım yapılması gerektiği düşüncesi boşa çıkmaktadır²⁵. Bunun yanı sıra, sebep sorumluluğu ile kusur sorumluluğu arasındaki ilişki –tespit edilebildiği kadarıyla– detaylandırılmamaktadır. Fakat sözleşme menfaatlerinin ölçüt olarak kullanılmasını öneren kimi yazarlara göre satıcının kusurlu olması hâlinde İBK m.208/2'deki zarar kalemlerinin İBK m.208/3'teki ifa menfaati kaynaklı taleplerle beraber ileri sürülebileceğinden,²⁶ bu ilişkinin ayrıntılarıyla ortaya koyulması gerekirdi. Zira dikkat edilirse, bu görüşlerin benimsenmesi olumlu ve olumsuz zararın birlikte istenmesi anlamına gelir. Fakat bilindiği üzere buna müsaade edilmemektedir²⁷. Nihayet, nedensellik zincirinin uzunluğuna bakılarak ayırım yapılması fikri de tatmin edicilikten uzaktır. Bunun gerekçelerinden biri, tarihsel ve teleolojik mülhazaların ayırt edici kıstas olarak nedensellik zincirinin²⁸ esas alınmasına ket vurmasıdır. Adı satış sözleşmesinde^{c.n.++} satıcıyı artık hesaplanamayacak rizikolarla makul olmayan

20 Federal Yüksek Mahkeme'nin uygun illiyet bağı meselesini tartışmayı bunun kurulduğunu kabul etmesi, öğretilde, – bence haklı olarak– eleştirilmektedir. (Frédéric Krauskopf in Thomas Koller, Frédéric Krauskopf and Ivo Schwander (eds), *Bundesgerichtsentscheidung zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht* (3 edn, 2015) 493).

21 BGE 133 III 257 E.3.2, 272.

22 Örneğin bkz. Thomas Coendet, 'Schadenszurechnung im Kaufrecht' (2008) recht 15 ff.; Heinrich Honsell, 'Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts BGE 133 III 257 ff.' (2007) recht 154 ff.; Huwiler (n 12) 143 ff.; Alfred Koller, 'Der Papageien-Fall, Ein alternativer Lösungsvorschlag zu BGE 133 III 257' in Alfred Koller (ed), *Leistungsstörungen, Nicht – und Schlechterfüllung von Verträgen* (2008) 1 ff.; Pascal Pichonnaz, 'L'obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO' in Jean-Baptiste Zufferey, Jacques Dubey and Adriano Previtali (eds), *L'Homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi* (2011) 410.

23 Karş. Coendet (n 22) 16. Yazar, iki düşünce tarzına değinmiştir.

24 BGE 133 III 257 E. 2.5.1, 266. Örneğin bkz. Fischer (n 16) 11 ve eserinin başlığı.

25 Bkz. II/A, II/A/1.

26 Karş. Bucher (n 8) 103; Keller and Siehr (n 6) 91. Cavin (n 8) 101. Yazarın konu hakkındaki kanaatinin ne olduğu anlaşılmamaktadır. Müller (n 10) N.29. Yazar, sadece, kusur söz konusu olduğunda “diğer” zarardan da sorumlu olunacağını belirtmektedir.

27 Alfred Koller, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil.* (1985) N.415; Lüchinger (n 4) N.215 ff.

28 Detaylar için bkz. III/A/3, III/A/4.

^{c.n.++}(Çevirenin Notu) Metinde kullanılan “*privater Verkäufer*” ifadesini, “*adı satış sözleşmesindeki satıcı*” olarak çevirmeyi tercih ettik. Buna göre, adı satış sözleşmesiyle (*Privatkauf, Privatverkauf, Kauf von privat*), tüketici işlemi veya ticarî satış niteliğinde olmayan satış sözleşmesi kastedilmiştir.

biçimde karşı karşıya bırakan bu ayırımın hukuk güvenliğini de ciddi mânâda zedelemesi, diğer gerekçedir²⁹.

Çok sayıda çelişki barındırdığından ötürü, öğretideki bu yaklaşımın benimsenmesi isabetli değildir. Dolayısıyla, sebep sorumluluğunun kapsamını kusur sorumluluğuyla kıyaslayarak belirlemek yerine, her iki sorumluluk ayrı ayrı tahkik edilmelidir. Aşağıda, öncelikle satıcının sebep sorumluluğu ele alınacaktır³⁰. Bu bağlamda, doğrudan zarar kavramının nasıl yorumlanması gerektiği meselesi, sebep sorumluluğuna ilişkin açıklamaların odak noktasını oluşturmaktadır³¹. Yapılacak yorumun, sebep sorumluluğunun somut kapsamının belirlenmesine hizmet etmesi gerekir. Bunu takiben, İBK m.208/2'ye göre hükmedilecek tazminatın hangi menfaat dikkate alınarak hesaplanacağı açıklığa kavuşturulmalıdır³². Sonraki adımda, satıcının kusur sorumluluğu kavramının teorik altyapısı irdelenecektir.³³ Bu çerçevede, sorumluluğun kapsamı değil –İBK m.208/3 uyarınca meydana gelecek zararın tamamı tazmin edilebilir–³⁴, tazminatın hangi menfaate göre hesaplanacağı önem arz eder³⁵. Nihayet, her iki sorumluluk arasındaki bağlantı aydınlatılacaktır³⁶.

III. SATICININ SEBEP SORUMLULUĞU (İBK M.208/2)

A. SORUMLULUĞUN KAPSAMININ BELİRLENMESİ (YORUM)

1. Lafzî Yorum

Federal Yüksek Mahkeme, Papağan Davası'nda “doğrudan doğrualık” kavramının gerçek kelime anlamını esas almıştır³⁷. Fakat Mahkeme'nin bu yaklaşımı yeterince doyurucu değildir. “Günlük hayattaki kullanımına göre [...] *doğrudan* ifadesinin mesafe ve fasıla olmaması [anlamına geldiği]”³⁸ doğrudur. Mahkeme'nin kullandığı bu ifadeye göre, ayırım yapılırken nedensellik zincirinin uzunluğu belirleyici olmalıdır. Ancak yine de yapılabilecek yegâne yorum bu değildir.³⁹ Mesela, konu mesafe açısından ele alındığında, doğrudan zararın salt şeye ilişkin zarar olarak anlaşılması da mümkündür⁴⁰. Bununla birlikte, “doğrudan” ifadesinin işlevi, sadece sorumluluğu sınırlamaktan

29 Karş. I.

30 Bkz. III.

31 Bkz. III/A.

32 Bkz. III/B.

33 Bkz. IV.

34 Karş. Müller-Chen (n 16) N.14; Fischer (n 16) 269; Müller (n 10) N.29 ff.

35 Bkz. IV/B.

36 Bkz. IV/C.

37 Karş. BGE 133 III 257 E.2.5.1, 267.

38 BGE 133 III 257 E.2.5.1, 266.

39 Coendet (n 22) 16; Honsell (n 22) 154 ff.

40 Karş. Honsell (n 22) 155,156.

ibaret de olabilir⁴¹. Dolayısıyla, lafzi yorumun bizi burada net bir sonuca götürmeyeceğini görmek gerekir.

2. Sistematik Yorum

Kanun sistematik açıdan incelendiğinde, önem verilmesi gereken husus, doğrudan zarar ile İBK m.208/2'de sayılan yargılama masrafları ve diğer giderler arasındaki bağlantıdır. Federal Yüksek Mahkeme, ayıplı malın tesliminin doğrudan yol açtığı zararı, “yargılama masrafları ve diğer giderlerin iadesine ilaveten borçlanılan” müstakil bir unsur olarak görmektedir⁴².

Kanaatimce, bu düşüncede oldukça önemli bir tutarsızlık vardır. Şöyle ki, İBK m.208/2'nin tam zapt hükümlerine (İBK m.195/1, b.2-4) yollama yapması, her iki düzenlemenin de kanun koyucunun bilinçli tercihi sonucunda ihdas edildiği şeklinde anlaşılabilir⁴³. Kanun koyucu, İBK m.195/1, b.4'te satıcıyı zaptın doğrudan yol açtığı *sair* zararı tazminle yükümlü kılmıştır⁴⁴. Öte yandan, İBK m.208/2'de *sair* zarar ifadesine yer verilmemiştir. Hükümler arasındaki bu uyumsuzluğun sebebi, kanun koyucunun bu maddeyi İBK m.195/1, b.4'ten farklı biçimde vazetme iradesi değildir. Bunun sebebi, daha ziyade İBK (mülga) m.253 hükmü revize edilirken (İBK m.208) yapılan redaksiyon hatasıdır⁴⁵. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, yargılama masrafları ile diğer giderlerin doğrudan zarar kalemleri olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

3. Tarihsel Temeller

a. Mülga Borçlar Kanunu (1881) Hazırlanırken Model Alınan Kanunlar

Mülga Kanun'da ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde alıcının tazminat talebine ilişkin düzenlemenin nasıl meydana geldiğini anlayabilmek için öncelikle Redaksiyon Heyeti nezdinde önem teşkil eden kanunlaştırma hareketleri ve kanun tasarılarındaki hukuki vaziyetin muhakkak takdim edilmesi gerekir. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu (Code Civil français), 1855 tarihli Zürih Özel Hukuk Kanunu (das Zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch) ve 1866 tarihli Dresden Tasarısı Heyet için önem arz eden metinler arasında sayılabilir⁴⁶. Bu bağlamda, iki mesele mühimdir: Birincisi, yukarıda bahsi geçen kanunlaştırma hareketleri kapsamında doğrudan zararın anlam ve öneminin incelenmesi gerekir. İkincisi, bu kanunlaştırma hareketlerinde öngörülen ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca, satıcının sebep sorumluluğu olup olmadığı ve şayet varsa bunun kapsamının ne olduğuna dair sorular cevaplanmalıdır.

41 Karş. Coendet (n 22) 16.

42 BGE 133 III 257 E.2.5.3, 270.

43 Karş. Müller (n 10) Art. 195 OR N.9; Koller (n 8) § 4 N.194; Koller (n 22) 3; Ayrıca Coendet (n 22) 18 not: 27.

44 Furrer (n 10) 26; Koller (n 22) 3; Kostkiewicz (n 8) Art. 195 OR N.6. Açıkça farklı görüşte: Schönle and Higi (n 8) N.62.

45 Bu yönde doyurucu açıklamalar için oradaki diğer atıflarla birlikte bkz. Koller (n 22) 3 ff.

46 *Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurfe, enthaltend Schweizerisches Obligationen – und Handelsrecht vom 27. November 1879*, BBl 1880 I, 149 ff., 166.

İlk mesele bakımından, incelenen kanunlaştırma hareketlerinde doğrudan ve dolaylı zarar arasında sadece sözleşmeye ilişkin genel hükümler açısından fark olduğu söylenebilir⁴⁷. “Doğrudan doğrualık” ifadesi, hem Fransız Medeni Kanunu’nda hem de Zürih Özel Hukuk Kanunu’nda borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluğuna ilişkin genel hükümler çerçevesinde sorumluluğun sınırlandırılmasına hizmet etmektedir⁴⁸. Buna karşın, Dresden Tasarısı’nda ise, malî kayba doğrudan mı yoksa dolaylı olarak mı sebep olduğuna bakılarak çeşitli zarar türleri tanımlanmaktadır⁴⁹.

Fransız Medeni Kanunu’nda, borçlunun sorumluluğu hem hile (FMK –mülga– m.1151)⁵⁰ hem de ihmal söz konusu olduğunda (evleviyetle, FMK –mülga– m.1151) doğrudan zararlarla sınırlıdır. Bu sistemde doğrudan zarar oldukça geniş anlaşılmaktadır ve refakat zararlarını (ayıbı takip eden zararlar) da kolaylıkla kapsayabilir⁵¹. Oysa, Zürih Özel Hukuk Kanunu § 1004 uyarınca, borçlunun sorumluluğu –sadece hafif ihmali söz konusu olduğunda– doğrudan zararlarla sınırlıdır. Doğrudan zararın kapsamı, Fransız Medeni Kanunu’ndan farklı olarak Zürih Özel Hukuk Kanunu’nda daha dardır. *Bluntschli*’ye göre, doğrudan zarar, “borçlanılan şeyin yok olması veya başlı başına yalnızca borçlanılan edimin ifa edilmemesinden doğan zarardır.”⁵²

İkinci mesele bakımından ise, incelenen kanunlaştırma hareketlerinin dürüst satıcı için sebep sorumluluğu öngördüğü söylenebilir⁵³. Ancak bu sorumluluk, sözleşmenin tasfiyesiyle kaçınılmayacak biçimde ilişkilendirilen zararlarla sınırlıdır⁵⁴. Bu husus, FMK m.1646’da kısa ve net biçimde, özellikle ifade edilmiştir. Buna göre, satıcı, satışın yol açtığı masrafları alıcıya ödemek zorundadır (rembourser [...] les frais occasionnés par la vente).

b. 1881 Tarihli Mülga Borçlar Kanunu’ndaki Düzenleme

Kanun koyucu, ifa engellerine ilişkin genel hükümler kısmında (mülga İBK m.116’da) kusurlu sözleşme ihlalden doğan sorumluluğun kapsamı düzenlenmişti⁵⁵. Buna göre, borçlunun sözleşmeye

47 Karş. FMK (mülga) m.1151; ZÖHK § 997, 1004; Dresden Tasarısı m.273, 223 ve 224. Detaylar için bkz. Fischer (n 16) 34 ff., 82.

48 Fischer (n 16) 36, 51, 82. Fransız Medeni Kanunu için bkz. Huwiler (n 12) 150.

49 Fischer (n 16) 66 ff., 82.

50 2016 yılındaki Borçlar Hukuku’na ilişkin kapsamlı revizyon çalışmaları çerçevesinde, FMK (mülga) m.1151 neredeyse olduğu gibi FMK m.1231–4’e aktarılmıştır.

51 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.565. Karş. Robert-Joseph Pothier, “Traité des obligations, N 166 f. in M. Siffrein (ed), *Oeuvres de Pothier, Bd I* (abgedruckt 1821) 189 ff. Yazar, doğrudan zarara örnek olarak, Dig. 19, 1, 13 pr.’den harfiyen aldığı olayı takdim etmektedir. Bu olayda, çiftçinin biri hasta bir hayvan alır. Bu hayvan çiftçinin sürüsündeki diğer hayvanlara hastalık bulaştırır ve nihayet sürünün tamamı telef olur. *Pothier’e* göre satıcının sorumlu tutulması için kusurunun aranması gerektiğine dikkat edilmelidir. Bu nedenle, Federal Yüksek Mahkeme’nin *Papağan Davası’nda Pothier’in* örneğine atıf yapması yerinde değildir. Buna ilişkin eleştiriler için bkz. Pichonnaz (n 22) 407 ff.

52 Johann Caspar Bluntschli, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Bd. III: Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen* (1855) 67.

53 FMK m.1646; ZÖHK § 997 ff., 1401, özellikle 1411, 1414 ve 1421; Dresden Tasarısı m.168 ff., 182 ve 187.

54 FMK m.1646. § 1421’de zapta karşı tekeffül hükümlerine yapılan yollama tam tazminat öngören § 1410’u kapsamadığından, Zürih Özel Hukuk Kanunu’nda da aynı esasın benimsendiği kabul edilmektedir. Farklı görüş için bkz. Fischer (n 16) 58 ff. Dresden Tasarısı’nda ise 168 vd. ile 182. madde hükümlerinden bu sonuca varılmaktadır. DT m.187’de nitelik vaadi söz konusu olduğunda satıcı için kapsamlı sebep sorumluluğu öngörüldüğüne dikkat edilmesi gerekir.

55 Huwiler (n 12) 153. Karş. Schubiger (n 4) 67.

dayanan sorumluluğu, hiç veya gereği gibi ifa etmemenin doğrudan sonucu olarak görülebilecek zararın tazminiyle sınırlıdır (mülga İBK m.116/1). Ağır kusur söz konusu olduğunda, tazminatın kapsamının genişletilmesi de talep edilebilir (mülga İBK m.116/3). Kanun koyucu, bu hükümde Fransız Medeni Kanunu'nun sorumluluk düzeninden (mülga FMK m.1150, 1151) etkilenmiştir⁵⁶. Diğer yandan, mülga Kanun'daki ayıba karşı tekeffül hükümleri, satıcının doğrudan zararlarla sınırlı sebep sorumluluğu (mülga İBK m.253, c.2) etrafında şekillendirilmiştir⁵⁷. Buna göre, kusurlu olması hâlinde, satıcının sorumluluğu diğer zararları da içine alacak biçimde genişler (mülga İBK m.253, c.3 ve 241/2).

Hem sözleşmeye ilişkin genel hükümlerde hem de ayıba karşı tekeffül hükümlerinde doğrudan zarar ile diğer zarar ayırımı yapılmaktadır. Fakat her iki sorumluluk bakımından da bu ayırımın işlevi farklıdır⁵⁸. “Doğrudan doğrualık”, genel hükümlerde sadece sorumluluğu sınırlar⁵⁹. Ayıba karşı tekeffül hükümlerinde ise, sınırlayıcı rolünün yanı sıra sorumluluğun kurulmasına da hizmet etmektedir⁶⁰. Mülga Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, öğretide çoğunluktaki görüş uyarınca, doğrudan zarar ve diğer zarar, nedensellik bağının yoğunluğa göre birbirinden ayrılıyordu⁶¹. “Doğrudan doğrualık” kavramı farklı işlevler yürütecek şekilde tasarlandığından dolayı, mülga İBK m.116'da nedensellik zincirinin uzunluğuna göre yapılan ayırımın ayıba karşı tekeffül hükümleri bakımından da uygulama bulup bulmayacağı meselesi o zamanlar oldukça tartışmalıydı⁶². Aşağıda yapılacak açıklamalarla, 1877 tarihli Tasarı –(E³)⁶³– ve 1879 tarihli Tasarı'nın –(E⁴)⁶⁴– incelenmesiyle ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ortaya çıkış sürecinin anlaşılması amaçlanmaktadır. Bu noktada, aydınlatılması gereken tartışmalı husus şudur: “Doğrudan doğrualık” kavramı, sebep sorumluluğunun mülga Kanun'a dâhil edilmesiyle birlikte mi kanunî düzenlemeye kavuştu, yoksa bu kavramın bahsi geçen tasarılarla hâlihazırda öngörülen satıcının sebep sorumluluğunu sınırlaması mı gerekiyordu?

56 Fischer (n 16) 120 ff., 153; Huwiler (n 12) 153. BGE 133 III 257 E. 2.5.2, 268'de ve *Schneider/Fick*'in eserinde açık kanaat bildirilmemiştir. *Schneider/Fick*, BK (mülga) m.116 için hem FMK (mülga) m.1150 ff.'nin hem de ZÖHK § 997–999'un model alındığını belirtmektedir. (Albert Schneider and Heinrich Fick, *Das Schweizerische Obligationenrecht, samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen*, Bd. I (2 edn, 1896) Art. 116 aOR Vor N.1).

57 Karş. Schneider and Fick (n 56) Art. 253 aOR, N.16 (mefhum-u muhalifinden).

58 Fischer (n 16) 140; Huwiler (n 12) 155, 159.

59 Karş. Jörg Schmid, 'Vertragshaftung und Voraussehbarkeit des Schadens, Schweizerisches Obligationenrecht und Rechtsvergleichung' in Wolfgang Wiegand, Thomas Koller and Hans P. Walter (eds), *Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80 Geburtstag* (2009) 669.

60 Karş. Huwiler (n 12) 159.

61 Diğer atıflarla birlikte Fischer (n 16) 168 ff., 171 ff. Federal Yüksek Mahkeme'nin mülga Borçlar Kanunu dönemindeki uygulaması kimi zaman mahrum kalınan kazancı doğrudan zarar kapsamında değerlendirme yönündeydi (BGE 24 II 62 E. 10, 70 ff.).

62 Huwiler (n 12) 155.

63 *Entwurf 1877, Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes, Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16. bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 7. Oktober 1876*, Bern, 1877.

64 *Entwurf 1879, Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht, (Art. 64 der Bundesverfassung), Entwurf des eidgenöss. Justiz- und Polizeidepartements, bearbeitet auf Grundlage der Berathungen und Beschlüsse einer Kommission*, Bern, Juli 1879.

E³ m.255, c.2'ye göre, satıcı, alıcının ayıplı malın tesliminden dolayı uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır. Ayrıca, E³ m.255, c.3, zapta karşı tekeffül hükümlerine (E³ m.242) yollama yapmaktadır. Satıcı, E³ m.242/1, b.4 uyarınca –yargılama masrafları (b.3) ve diğer giderlerin (b.2) iadesiyle birlikte– zaptın yol açtığı sair zararı da tazmin etmek zorundadır. Buna ilave olarak, E³ m.242/2'de, satıcının kusuru söz konusuysa, zararın kapsamının hâkimin takdirine göre belirleneceği hükmü düzenlenmektedir. *Huwiler*, kusur ifadesine sadece E³ m.242/2'de yer verildiği gerekçesiyle satıcının E³'teki sorumluluğunu nitelikli sebep sorumluluğu olarak görmektedir.⁶⁵ Kanaatimce, bu görüş tatmin edici değildir. Mantıken, E³ m.242/1, b.4'teki *sair zararın*, meydana gelen zararın tamamından yargılama masrafları ve diğer giderler (E³ m.242/1, b.2, 3) düşüldükten sonra kalan zarar olduğu söylenebilir⁶⁶. Bu şekilde düşünüldüğünde, meydana gelen zararın tamamının “sebepl sorumluluğu” kapsamında tazmin edilmesi mümkün olurdu. Fakat bu da E³ m.242/2 hükmüyle çelişirdi. Zira hâkim, zararı satıcının kusuruna bağlı olarak takdir yetkisine göre belirleyebilse bile her hâlükârda E³ m.242/1'e göre tazmin edilebilir zararın fazlasına asla hükmedemezdi⁶⁷. Bu ifadelerden, 1877 tarihli Üçüncü Tasarı'da satıcının sorumluluğunun kusur esasına bağlandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

1879 tarihli Tasarı'da köklü bir değişiklik yapılmıştır⁶⁸. E⁴ m.269/2 uyarınca, satıcı, ayıplı malın tesliminin doğrudan doğruya yol açtığı zararı tazmin etmek zorundadır. Bu maddede zapta karşı tekeffül hükümlerine yollama yapılması, satıcının kusurlu olması hâlinde diğer zararı da tazminle yükümlü olduğu sonucuna çıkar (E⁴ m.269, c.3 ve 257/2). Bu değişiklik Ocak 1879'da Redaksiyon Komisyonu tarafından yapıldı ve hüküm, 1879 tarihli Tasarı'ya bu şekliyle alındı⁶⁹. Aslında, Redaksiyon Komisyonu'na verilen görev, tekeffül hükümlerini ifa engellerine ilişkin genel hükümlere uygun hâle getirmektir. “Doğrudan” zarar ve “diğer” zarar kavramlarının tekeffül hükümlerine dâhil edilmesinin sebebi budur⁷⁰. Fakat E⁴ m.269, mülga İBK m.116'dan farklı olarak sadece doğrudan zarar için sebep sorumluluğu öngörüldüğünün mantık çerçevesinde anlaşılabilmesine imkân tanıyacak biçimde kaleme alındı⁷¹. Bu esaslı değişikliği yapmak Redaksiyon Komisyonu'nun görevi kapsamında değildi. Bu yüzden, kanaatimce, satıcının sebep sorumluluğunun metne dâhil edilmesi redaksiyonel hatadan ibarettir⁷². *Huwiler*'in –kanun koyucunun “doğrudan doğrualık” kavramını metne dâhil ederek dürüst satıcının sorumluluğunu dönemin Pandekt öğretisine dayanarak sınırlamak istediği yönündeki– görüşü,⁷³ isabetli değildir. Zira E³'te satıcının sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu artık kabul edilmektedir⁷⁴.

65 Karş. *Huwiler* (n 12) 155 ff. Farklı görüş için bkz. Fischer (n 16) 102 ff.

66 Fischer (n 16) 104.

67 Karş. Fischer (n 16) 104 ff.

68 *Huwiler* (n 12) 155.

69 Fischer (n 16) 134 ff. ve diğer atıflarla birlikte.

70 Fischer (n 16) 127. Karş. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.563.

71 Fischer (n 16).136. Ayrıca karş. Schneider and Fick (n 56) Art. 253 aOR, N.16 (mefhum-u muhalifinden).

72 Fischer (n 16) 147. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.564. Yazarın hangi görüşte olduğu anlaşılmamaktadır.

73 *Huwiler* (n 12) 155 ff.

74 Bkz. III/B/3/b altında dn: 65'in bağlı olduğu metin.

c. Hükümün 1911 Tarihli Borçlar Kanunu'na Alınması

Mülga Borçlar Kanunu'nun revize edilmesi vesilesiyle, doğrudan zarar ve diğer zarar ayırımı ifa engellerine ilişkin genel hükümlerde kaldırılmıştır. Fakat bu ayırım, satıcının tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerde muhafaza edilmiştir⁷⁵. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre, kanun koyucu böyle yaparak “bu konuda yapılan ayırım bakımından eski dönemden beri bilinen güçlükleri kabullenme arzusunda olduğunu” ifade etmek istemiştir⁷⁶. Bu görüş, isabetli değildir. Çünkü kanun koyucu, mülga Kanun'un revizyonu vesilesiyle, “doğrudan doğrualık” kavramının işlevinin hem genel hükümler hem de tekeffül hükümleri çerçevesinde aynı olduğunu kabul etmiştir⁷⁷. Kanun koyucunun genel hükümlerde doğrudan zarar-diğer zarar ayırımından bilinçli olarak kaçınması, fakat bununla birlikte tekeffül hükümlerinde –herhangi bir gerekçesi olmadan– bu ayırımda ısrarcı olmasının sebebi, kanaatimce, yalnızca redaksiyonel özensizlik olabilir⁷⁸. Nihayet, eğer hükümler arasında zannedildiği gibi gerçekten uyum olsaydı, “doğrudan doğrualık” kavramının tekeffül hükümlerinden kaldırılması gerekirdi.

Özetle, satıcının sebep sorumluluğunun mülga Kanun'a alınmasının döneminin yasama erkinin iradesine uygun düşmediği ifade edilebilir. Esasında, tekeffül hükümleri, satıcının hafif ihmali olduğunda sorumluluğunun doğrudan zararlarla sınırlı kalmasını sağlayacak biçimde genel hükümlere uygun hâle getirilmeye çalışıldı. Fakat nihayetinde, doğrudan zarar için sebep sorumluluğu düzenlemesi yapıldı. Bu düzenlemenin daha sonra değiştirilmeden 1911 tarihli Borçlar Kanunu'na alınması ise redaksiyon hatasıdır. Bu bir hataya dayandığından ötürü de Kanun koyucunun mülga Kanun zamanında öğretide geliştirilen nedensellik zincirinin uzunluğuna dayalı ayırımı muhafaza etmek istediği kabul edilemez.

d. İlave Açıklama: Roma Hukuku'nun Etkisi

Öğretide, Papağan Davası'ndaki hukukî sorunun çözümü için çoğu kez Roma Hukuku'ndan, özellikle, Julian'ın incelediği, satıcının sorumluluğuna ilişkin davadan istifade edilmektedir⁷⁹. Böyle olunca da yukarıda işaret edilen tarihsel bilgi ışığında bu yaklaşımın teorik açıdan isabetli olup olmadığı meselesi gündeme gelmektedir.

75 BGE 133 III 257 E.2.5.2, 269. Koller (n 22) 11.

76 BGE 133 III 257 E.2.5.2, 269.

77 Komisyon üyesi *Honegger*'in tam zapt hâlinde tazminat ödenmesine ilişkin düzenlemenin kaldırılmasına yönelik müracaatında da bu görülmektedir. *Honegger*, gerekçe olarak, tam zaptın hiç ifa etmeme hâli olduğunu ve bu durum için genel hükümlerde hâlihazırda düzenleme yapıldığını ileri sürmüştür. Genel hükümlerde, tazminatın kapsamı borçlunun kusurunun derecesine göre belirlenir. *Honegger*'e göre, tekeffül hükümleri kapsamında başka bir düzenleme yapılması skandaldır. Bkz. *Revision des Schweizerischen Obligationenrechts (1908–1909), Protokolle der Expertenkommission, Sitzungsprotokoll der 9. Sitzung vom 14.10.1908*, 6 ff. Bu yönde ayrıca bkz. Fischer (n 16) 190.

78 Fischer (n 16) 191 ff. *Alfred Koller* bu konuda farklı kanaattedir. Yazara göre, kanun koyucu, genel hükümlerde zararın “öngörülebilirliği” ifadesini kullanmadığından, BK m.208/2'deki “doğrudan doğrualık” ifadesine BK (mülga) m.253'tekinden farklı anlam yüklemiştir. (Koller (n 22) 10 ff.).

79 Örneğin bkz. Coendet (n 22) 15; Huwiler (n 12) 144 ff.; Krauskopf (n 20) 492.

Ulpian'ın naklettiği kararların birinde (D 19,1,13 pr), Julian satıcının sorumluluğu meselesini ele almıştır. Bu olayda, bulaşıcı hastalığı olan bir sürü hayvanının satışı söz konusudur⁸⁰. Bu hastalığın diğer hayvanlarına bulaşması neticesinde alıcının sürüsündeki hayvanların tamamı telef olmuştur⁸¹. Julian'a göre dürüst satıcı, tekeffül sorumluluğu –somut olayda dönüştürme hakkının kullanılması– kapsamında sadece sözleşmenin kurulmasına ve tasfiyesine ilişkin masraflara katlanmak zorundadır⁸². Fakat şayet ayıbbı biliyorsa, sözleşmenin ihlali sonucunda alıcının uğradığı zararın tamamını tazmin etmesi gerekir⁸³.

Bu karardaki maddî vakıalar, *Papağan Davası*'ndaki maddî vakıalarla örtüşmektedir. Her iki olayda da halihazırda enfekte olan bir hayvan temlik edilmiştir⁸⁴. Ancak Julian'ın İBK m.208/2'nin yorumlanması için önerdiği çözüm, bence metodoloji bakımından uygun değildir. Tarihsel yorum yöntemi tatbik edildiğinde, satıcının doğrudan zararlarla sınırlanan sebep sorumluluğunun Kanun'a dâhil edilmesinin sebebinin redaksiyon hatası olduğu görülmektedir⁸⁵. Dönemin kanun koyucusu, satıcının sorumluluğu bakımından –burada savunulan görüş uyarınca– Roma Hukuku'ndaki gibi dikotomi yaratmayı amaçlamamıştır. Bu nedenle, satıcının tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümler hazırlanırken Roma Hukuku modelinin esas alındığına karşı çıkmak istemiyorum⁸⁶. Ancak bununla beraber, asıl hukukî sorunun farklı biçimde çözüme kavuşturulması gerektiği kanaatindeyim. Julian'ın çözümü dönemin kanun koyucusunun amacına uygun düşmez. Dolayısıyla, İBK m.208/2 hem tarihsel hem de teleolojik yoruma konu edilirken bu çözümden faydalanılamaz. Yapılan objektif–teleolojik yorum, dönemin kanun koyucusunun amacının tamamen geri planda bırakılmasına yol açmaz. Fakat bu, Roma Hukuku esasları uyarınca hüküm ihdas etme yönündeki iradesiyle de örtüşmez⁸⁷.

80 Julian, aynı zamanda, yük çekemeyen ve bu yüzden binanın çökmesine sebep olan bir kirişin satılmasını da değerlendirmektedir. –Çözüm aynı.

81 D 19, 1, 13 pr. Bunun için yandaki eserdeki tercümeyle bkz. 'Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Bd. III, Dig. 11–20' in Okko Behrends and Rolf Knütel et al. (eds), (1999).

82 Huwiler (n 12) 144 ff. Öğretide, Julian'ın dürüst satıcının sorumluluğunu öngördü mü, yoksa bu Klasik Sonrası Dönem'e özgü bir gelişme miydi sorusuna verilecek cevap hususunda fikir birliği yoktur. [Karş. Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 2. Abschnitt, *Die nachklassischen Entwicklungen* (2 edn, 1975), 393 not 77]. Ulpian'ın hazırladığı eserin bir pasajında, hâlihazırda Klasik Dönem Roma Hukuku'nda bilinen dürüst satıcının sorumluluğundan bahsedilmektedir. Ulpian, dürüst satıcının hem alıcının yaptığı harcamalardan hem de satış bedelinin faizinden sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeydi (D 21, 1, 29, 2).

83 Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, *Das altrömische, Das vorklassische und klassische Recht* (2 edn, 1971) 557 ff.; Ernst, '§§ 434–445 BGB' in Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert and Reinhard Zimmermann (eds), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd III: Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 433–853, 1 Teilband: vor §§ 433–656* (2013), N.4; Huwiler (n 12) 144 ff.

84 Karş. Coendet (n 22) 15; Huwiler (n 12) 144; Krauskopf (n 20) 492.

85 Bkz. III/A/3/b'nin altında dn: 72'nin bağlı olduğu metin.

86 Honsell (n 12) 115.

87 Metodoloji için bkz. Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* (5 edn, 2016) 161. Karş. Bruno Huwiler, 'Privatrecht und Methode, Bemerkungen aus Anlass des Buches von Ernst A. Kramer über Juristische Methodenlehre' (1999) recht, Studienheft 5 10.

4. Teleolojik Yorum

Aşağıdaki açıklamalar, İBK m.208/2'nin *ratio legis* etrafında yoğunlaşmaktadır. Bu bağlamda, kanun, “kendisinden hareket edilerek [...] amacını ortaya koyacak yöntem kullanılmak suretiyle [yorumlanır].”⁸⁸ Teleolojik yorumda günün şartları göz önünde bulundurulur⁸⁹. İBK m.208/2'de düzenlenen sorumluluğun kapsamı, bu yöntem kullanılarak tespit edilebilir⁹⁰.

A. GENEL ESASLAR

aa. Sinallagmanın İşlevi

Satış sözleşmesi, sinallagmatik sözleşmedir⁹¹. Tarafların ivaza ilişkin karşılıklı menfaatlerinin sözleşme biçiminde somutlaşması, sinallagmanın amacıdır⁹². İvaza ilişkin menfaat, mübadele menfaatinin yanı sıra, tarafların edim ve karşı edim arasında sözleşmeyle belirlenen değer ilişkisinin muhafaza edilmesine yönelik menfaatlerini de kapsar⁹³. *Stöckli*, bunu “değer menfaati” olarak adlandırmaktadır⁹⁴.

Ayıplı malın teslimi tam olarak bu değer menfaatini zedeler. Bu da sözleşmeye dayanan denklik ilişkisinin bozulmasına yol açar⁹⁵. Ayıplı malın teslimi sözleşmeyle düzenlenen mübadele sürecini bozduğundan, *Stöckli*'ye göre burada ifa engellerinin belirli tipik sonuçlarının doğumuna yol açan “mübadele aksaklığı” meydana gelir⁹⁶. Bu noktada, bu aksaklığın ifaya yönelen telafi edici veya sözleşmeyi ortadan kaldıran sonuçlarından bahsedilmesi gerekir⁹⁷.

Tarafların karşılıklı mübadele yükümlülüklerini ve değer menfaatini tasfiye eden dönüştürme; ifa engellerinin sözleşmeyi ortadan kaldıran sonuçlarından biridir⁹⁸. Dönüştürmeyle birlikte, satılan şeyde ayıp sebebiyle ortaya çıkan değer kaybı karşılanır⁹⁹. Bu, öğretide “ayıp zararı” olarak isimlendirilmektedir¹⁰⁰.

88 Örneğin BGE 143 III 600 E. 2.7, 607; BGE 141 III 481 E. 3.2.3, 485; BGE 139 II 173 E. 2.1, 175.

89 Kramer (n 87) 161.

90 Bkz. III/A/4/c.

91 Örneğin bkz. Honsell (n 12) 32; Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3 edn, 2019) N.2339 ff.; Schmid, *Stöckli and Krauskopf* (n 13) N.206.

92 Detaylar için bkz. *Stöckli* (n 13) N.45 ff.

93 Diğer atıflarla birlikte *Stöckli* (n 13) N.48 ff.

94 *Stöckli* (n 13) N.51.

95 Karş. Coendet (n 22) 23; Huwiler (n 12) 157.

96 Detaylar için bkz. *Stöckli* (n 13) N.444 ff., 534 ff.

97 Bkz. *Stöckli* (n 13) N.449 ff.

98 *Stöckli* (n 13) N.452, 535.

99 Karş. Honsell (n 12) 125 ff.; Huguenin (n 91) N.2671; Huwiler (n 87) 8 not: 79.

100 Huguenin (n 91) N.2671; Huwiler (n 87) 8 not: 79.

aaa. Tekeffül Düşüncesi

Ayıba karşı tekeffül, ifanın konusunun niteliği bakımından sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi hâlini düzenleyen özel bir kanunî rejimdir¹⁰¹. Bu tanım, en azından cins satışı olduğunda tartışmaya kapalıdır¹⁰². Aynı şekilde, parça satışında da –modern ve kanaatimce isabetli görüş uyarınca– şeyin niteliği sözleşmenin içeriğine dâhil olduğundan, ferden tayin edilen ayıplı satılanın teslimi, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelir¹⁰³. Ayıba karşı tekeffül hükümlerinde, alıcıya, satıcının kusuru olsun olmasın, kendisini –genel hükümlerdeki imkânlarına nazaran– daha avantajlı konuma getiren birtakım özel haklar bahşedilir¹⁰⁴.

Bu açıklamalar ışığında, ayıba karşı tekeffülün alıcının satılanın ayıpsız olacağına yönelik güvenini koruyan, kusurdan bağımsız bir garanti sorumluluğu olduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁵.

b. Değerlendirme

Alıcı, dönüştürmeyle birlikte, ayıplı malın tesliminin *doğrudan* yol açtığı zararın tazminini talep edebilir¹⁰⁶. Ancak bununla birlikte, Federal Yüksek Mahkeme içtihadı uyarınca, bedel indirimi bakımından bu kural kıyasen tatbik edilemez¹⁰⁷. Satıcının İBK m.208/2’de düzenlenen sorumluluğu, kusurdan bağımsız olması nedeniyle tekeffül hükümlerinin dayandığı garanti esasına uygundur¹⁰⁸. Alıcının satılanın ayıpsız olduğuna yönelik güveni, garanti sorumluluğunun tabiatına uygun düşecek biçimde, sadece dönüştürme hakkıyla korunmaz. Alıcıya buna ilave başka imkânlar da verilmelidir. Dönüştürme hakkının kullanılması satış sözleşmesinin tasfiyesine ve dolayısıyla sözleşme kurulmadan önceki denklik ilişkisinin yeniden tesis edilmesine yol açar¹⁰⁹. Böyle olmakla birlikte, bozulan denklik ilişkisinin ortadan kaldırılması, alıcının sözleşmenin kurulması, tasfiyesi ve ters yüz edilmesiyle bağlantılı olarak yapmak zorunda kaldığı masrafların iadesini sağlayamaz¹¹⁰. Şayet tekeffül hükümlerinde garanti sorumluluğu düzenlendiği ve getirilen sebep sorumluluğunun da

101 Fischer (n 16) 228; Schönle and Higi (n 8) N.3. Farklı görüş için bkz. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.199 ff. Yazara göre, tekeffül, riziko sorumluluğundan doğan bir tür kanunî sorumluluk olarak anlaşılmalıdır. Ayıptan tekeffülün hukuki niteliği hakkındaki açıklamalar için bkz. Ernst (n 83) N.14.

102 Örneğin Katja Bähler, *Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungenrecht* (2005) 28; Giger (n 8) N.14; Keller and Siehr (n 6) 71.

103 Bu görüşü destekleyenler için bkz. örneğin Bähler (n 102) 34 ff.; Fischer (n 16) 215 ff.; Ginter (n 1) 75; Keller and Siehr (n 6) 71 ff.; Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.308. Bu görüşe karşı çıkanlar için bkz. örneğin Bucher (n 8) 68 ff.; Cavin (n 8) 110; Furrer (n 10) 34.

104 Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.309. Diğer atıflarla beraber Fischer (n 16) 234 ff.

105 Örneğin Honsell (n 5) Vorbem. zu Art. 197–210 OR N.1; Müller-Chen (n 16) Art. 197 OR N.2.

106 Birçok atfı yerine bkz. Koller (n 8) § 4 N.199. Yazar, ayrıca, dönüştürmeden bağımsız bir tazminat talebi olduğunu ileri sürmektedir.

107 Esas içtihat BGE 63 II 401 E. 2, 402 ff. Ayrıca örneğin bkz. BGE 107 II 161 E. 7a, 166. Eleştiriler için örneğin bkz. Venturi and Zen-Ruffinen in Luc Thévenoz and Franz Werro (eds), *Commentaire Romand, Code des obligations I, Art 1–529 CO* (2 edn, 2012) N.14; Cavin (n 8) 105; Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.419; Pierre Tercier, Laurent Bieri and Blaise Carron, *Les contrats spéciaux* (5 edn, 2016) N.809.

108 Giger (n 8) N.33. Karş. Schwenzler (n 5) N.22.37.

109 Karş. Coendet (n 22) 23; Huwiler (n 12) 158, 159.

110 Karş. Coendet (n 22) 24. Ayrıca bkz. Huwiler (n 87) 8 not: 79; Huwiler (n 12) 158, 159.

bunun yansması olduğu kabul edilirse, bu masrafların kusurdan bağımsız olarak iade edilebilmesi gerekir. Çünkü bu masraflarla –tıpkı dönüştürme yoluyla sözleşmenin ters yüz edilmesinde olduğu gibi– “malî durumların dengelenmesi”¹¹¹ amaçlanır¹¹². Öğretide, doğrudan zarar yerine kimi zaman “circa rem” zarar ifadesi kullanılmaktadır.¹¹³ Bu, kanaatimce, İBK m.208/2’deki zararların dönüştürülen sözleşmeyle sınırlı olduğu kapsadığı anlamına gelir.

Alıcının başka bir satış sözleşmesi kurduğu, başka bir satış sözleşmesi kurma fırsatını kaçırdığı veya kâr beklentisiyle başka satış sözleşmeleri kurduğundan uğradığı zararlar, hâliyle doğrudan zarar olarak sınıflandırılmaz. Zira bu zararların hiçbiri, dönüştürülen sözleşmeyle ilgili değildir¹¹⁴. Daha açık ifadeyle, alıcının mahrum kaldığı kazanç¹¹⁵ şeklinde veya sorumluluk menfaatinin zedelenmesiyle ortaya çıkan zararlar¹¹⁶ İBK m.208/2 hükmünün kapsamına sokulamaz.

Aynı şekilde, alıcının mutlak hakkının ayıp sebebiyle ihlal edilmesi sonucu olarak ortaya çıkan zararlar, sebep sorumluluğunun dışında kalır¹¹⁷. Çünkü ayıbın mutlak hak ihlaline yol açması hâlinde sözleşmeye dayalı denklik ilişkisi etkilenmez. Burada, aksine, alıcının bütünlük menfaati zedelenir¹¹⁸. Bütünlük menfaati hukukî işleme konu olmayan hukukî değerlerin korunmasıyla ilgili olduğundan,¹¹⁹ bu menfaatin zedelenmesi sonucunda ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi için kusurun aranmaması, İBK m.208/2’nin temelinde yatan düşünceyle bağdaşmaz.

Bence burada terminolojiye açıklık getirilmesi gerekir. Öğretide, alıcının mutlak hak ihlali sonucunda uğradığı zararlar, genellikle “refakat zararı” kavramıyla tanımlanır¹²⁰. Öğretide savunulan bir görüş uyarınca, refakat zararları sebep sorumluluğuna (İBK m.208/2) dâhil değildir; İBK m.208/3’e göre tazmin edilir¹²¹. Fakat bu görüşte terminoloji bakımından karanlık noktalar vardır. Zira refakat zararı, bütünlük menfaatinin zedelenmesi sonucunda meydana gelen zararların yanında kazanç kaybı gibi saf malvarlığı zararlarını da kapsar¹²². Şayet *Gauch*’a hak verirsek, sözleşmenin kurulması için yapılan ve sözleşme sona erdiği için boşa çıkan masraflar (boşuna yapılmış masraflar), refakat zararı olarak sınıflandırılmalıdır¹²³. Böylece, belirli refakat zararları İBK m.208/2 uyarınca sebep

111 Coendet (n 22) 23.

112 Karş. Coendet (n 22) 24.

113 Huwiler (n 87) 8 not: 79.

114 Ayrıca karşı. Huwiler (n 87) 8.

115 Örneğin Cavin (n 8) 101; Engel (n 8) 43. Bunun mahrum kalınan kazancın olumsuz veya olumlu zararlarla ilişkilendirilmesiyle ilgisi yoktur. Mahrum kalınan kazançla ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Lüchinger (n 4) N.151 ff., 292 ff.

116 Honsell (n 5) N.9; Müller (n 10) N.32. Farklı görüş için bkz. Koller (n 22) 7.

117 Bu düşünce, hâkim görüşe uygundur. Bu yönde örneğin Honsell (n 5) N.9; Müller (n 10) N.33 ff.; Honsell (n 12) 127 ff.; Huwiler (n 12) 159 ff.

118 Lüchinger (n 4) N.369. Ayrıca karşı. Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.416.

119 Lüchinger (n 4) N.371.

120 Örneğin Müller-Chen (n 16) N.13; Venturi and Zen-Ruffinen (n 107) N.12; Ginter (n 1) 57 not: 250; Huguenin (n 91) N.2677.

121 Örneğin Honsell (n 5) Art. 208 OR N.9; Koller (n 8) § 4 N.194; Koller (n 22) 7 ff.

122 Bkz. *Gauch* (n 13) N.1869 ff.

123 *Gauch* (n 13) N.1874.

sorumluluğu kapsamında talep edilebilir. Terminoloji bakımından belirsizlik yaratmamak için elimden geldiğince bu kavramı kullanmaktan kaçınacağım¹²⁴.

c. Doğrudan Zararın Somutlaştırılması

Yukarıda belirtildiği üzere, sözleşmenin kurulması, tasfiyesi ve ters yüz edilmesiyle bağlantılı zararlar İBK m.208/2 hükmündeki sorumluluğun kapsamına girer. Aşağıda, bu zararların neler olduğu açıklığa kavuşturulacaktır.

Sistematik yorum sonucunda, yargılama masrafları ve diğer giderlerin doğrudan zararın bir kısmını teşkil ettiği kabul edilmektedir¹²⁵. Diğer giderler, kimse zorunlu tutmadığı hâlde iradî olarak satılan için yapılan harcamalardır¹²⁶. Sigorta masrafları, hayvanların beslenmesi için yapılan harcamalar, depo giderleri¹²⁷ vs. gibi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi hâlinde de yapılması gerekecek¹²⁸ harcamalar bunlara örnek gösterilebilir. Fakat diğer yandan, kanaatimce, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğinde ortaya çıkan giderler de bu duruma örnektir¹²⁹. Hasta bir hayvanın teslim alınması hâlinde veterinerine ödenecek para vb. buna örnek verilebilir. Ayrıca, iyi niyetle yapılan tüm giderlerin iade edilebileceğinin söylenmesi gerekir¹³⁰.

İBK m.208/2'ye göre, yargılama masraflarının da iadesi talep edilebilir. Yargılama masrafları, Federal Yüksek Mahkeme içtihadı uyarınca, alıcı ile alıcının ayıplı malı satıp devrettiği üçüncü kişi arasındaki yargılamayla ilgili masraflardır¹³¹. Mahkeme'ye göre bunun gerekçesi, dönüştürme hakkının kullanıldığı davanın, daha doğru bir ifadeyle alıcı ve satıcı arasındaki üçüncü kişinin taraf olmadığı davanın masraflarının Medeni Usul Kanunu hükümlerine göre paylaştırılmasıdır¹³². Bu içtihat, kanaatimce sorunludur. Zira alıcı ile alıcının ayıplı satılanı satıp devrettiği üçüncü kişi arasındaki tekeffül yargılamasının masraflarının alıcı ve satıcı arasındaki satış sözleşmesinin dönüştürülmesiyle

124 “Ayıp zararı” ve “ayıp takip eden zarar” kavramlarına yönelik eleştiriler için bkz Ernst (n 83) N.20.

125 Bkz. III/A/2.

126 Müller (n 10) N.14; Andreas von Tuhr and Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I* (3 edn, 1979 (Nachdruck 1984)) 199.

127 Karş. Furrer (n 10) 68; Keller and Siehr (n 6) 90; Schubiger (n 4) 67, 68; Schönle and Higi (n 8) N.58.

128 Karş. Lüchinger (n 4) N.173 ff.

129 Karş. Lüchinger (n 4) N.171 ff. Öğretide, bazı yazarlar onarım masraflarını da iade edilmesi gereken harcamalarla nedensellik ilişkisi içinde görmektedir. [Keller and Siehr (n 6) 91; Zellweger-Gutknecht (n 3) N.583]. Ayrıca bu düşünceyi savunan yazarlar, sorumluluğun kapsamının sadece alıcının zaten yapacağı olağan onarımdan mı ibaret olduğu, yoksa satılanın ayıplı olmasından doğan onarım masraflarının da mı buraya sokulması gerektiği konusuna açıklık getirmemiştir. Kanaatimce, ayıp sebebiyle yapılan bazı onarım masrafları da BK m.208/2 kapsamında değerlendirilebilir. Fakat Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesi hükümlerinde alıcı için onarım talebinde bulunma imkânı öngörülmediğinden [örneğin Koller (n 8) § 4 N.125; Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.446 ff.], onarım denemeleri için yapılan masrafların iadesinin kapsamı, onarım masraflarının nihai olarak satıcıya yükletilmesi yönünde genişletilemez. Kanaatimce, sadece ayıbın tespitiyle bağlantılı harcamaların iadesi talep edilebilir. Örneğin bir makinenin arızalanması hâlinde ayıbın sebebi tespit edilinceye kadar tahakkuk eden mühendis masrafları buna örnek olarak düşünülebilir.

130 Müller-Chen (n 16) N.8; Müller (n 10) N.14; Schönle and Higi (n 8) N.59. Farklı görüş için bkz. Honsell (n 5) N.2.

131 BGE 79 II 376 E. 5, 381 ff.

132 Müller (n 10) N.13. Karş. BGE 79 II 376 E. 5, 382.

ilgisi yoktur. Bilakis, alıcı satılanı tekrar sattığı için bu masraflar yapılmıştır¹³³. Burada savunulan fikre göre, bu zararlar tazmin edilemez. Zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması için üstün hak sahibi üçüncü kişinin devreye girmesi aranır. Bu sebeple, zapta karşı tekeffül (İBK m.195/1, b.3) söz konusu olduğunda yargılama masraflarının iadesinin kusura bağlı olmaması mantıklıdır¹³⁴. Ayıplı şeyin teslimi tarzındaki kötü ifadan farklı olarak zapta karşı tekeffül hükümlerinde aranan ilk şart, üçüncü kişinin üstün hak talebidir. Bu fark nedeniyle, dönüştürme hakkına bağlı olarak yargılama masraflarının iadesinin talep edilebilmesi, kanaatimce kötü ifa düzenine aykırıdır.¹³⁵ Bu noktada, İBK m.208/2'nin yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini bir kez daha dile getirelim.

Yargılama masraflarının ve diğer giderlerin yanı sıra, satıcı "sair"¹³⁶ doğrudan zararları da tazmin etmek zorundadır. Sözleşmenin kurulması ve sona ermesi, daha doğrusu tasfiyesiyle bağlantılı olarak yapılan diğer harcamalar, sair doğrudan zarar niteliğindedir¹³⁷. Öte yandan, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi, yapılması zorunlu olacak harcamalar ile ayıplı malın teslimi nedeniyle yapılması zorunlu olan harcamaları birbirinden ayırmak gerekir¹³⁸. Noter masrafları gibi sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar, navlun ve gümrük masrafları gibi satılanı devralmak için yapılan masraflar ve satış bedelini ödemek için kredi alan alıcının ödediği faiz örneğinde olduğu gibi alıcının kendi ediminin ifası amacıyla yaptığı masraflar, gereği gibi ifa kapsamında zaten zorunlu olacak harcama kalemlerine dâhildir¹³⁹. Örneğin, ayıbın tespiti için yapılan masraflar veya iade edilemeyecekse ayıplı satılanın elden çıkarılmasına ilişkin masraflar, ayıplı malın teslimi nedeniyle yapılması zorunlu olan masraf kalemlerindedir¹⁴⁰. Satılanın geri gönderilmesi için yapılacak nakliye masraflarına da satıcının katlanması gerekir¹⁴¹.

5. Özet: Papağan Davası'nın Çözümü

İlk olarak, alıcının bütünlük menfaatinin zedelenmesinden dolayı satıcının İBK m.208/2'ye göre kusuru olmaksızın sorumlu tutulup tutulmayacağı meselesinin Papağan Davası'nda asıl önem arz eden husus olduğunu hatırlayalım. Federal Yüksek Mahkeme, mülga Kanun döneminde öğretide nedensellik zincirinin uzunluğuna göre yapılan ayırıma dayanarak bu soruya olumlu cevap vermişti¹⁴².

133 Ayrıca karşı. Fischer (n 16) 251.

134 Fischer (n 16) 249, 251. İsviçre Hukuku'nda hak ayıbı, bir tür zapt sorumluluğudur. Böyle olmasaydı, hiç ifa etmeme hâli olarak tasarlanan zapttan sorumlulukta kusur şartı aranırdı (bkz. Wolfgang Ernst, *Rechtsmängelhaftung* (1995) 123 ff.).

135 Ayrıca karşı. Fischer (n 16) 249 ff.

136 Bunun gerekçesi olarak Sistematik Yorum (III/A/2) başlığı altında yazılanlar incelenebilir.

137 Ayrıca karşı. Coendet (n 22) 24.

138 Öğretide, tespit edilebildiği kadarıyla bu ayırım yapılmamıştır. Giderler için de aynısı söylenebilir. Bu ayırımın, kanaatimce, her yönüyle pratik önemi vardır. Zira bunun yapılmasıyla, olumlu ve olumsuz zarar kalemleri net biçimde sınıflandırılır. Karş. Lüchinger (n 4) N.170 ff.

139 Karş. Fischer (n 16) 290. Sözleşme kurmaya yönelik masraflar bakımından farklı görüş için bkz. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.583.

140 Karş. Keller and Siehr (n 6) s.90; Koller (n 22) 7.

141 Netice itibarıyla bu yönde BGE 109 II 26 E. 4a, 32.

142 Karş. BGE 133 III 257 E. 2.5.2, s.268 ff., E. 2.5.4, 271.

Aşağıda detaylandıracağım gerekçelere dayanarak farklı karar verilmesi gerekirdi diye düşünüyorum: Norm tarihsel yorum yöntemiyle incelendiğinde, “doğrudan doğrusalılık” kavramının mülga Kanun’dan mer’i Kanun’un tekeffül hükümlerine –kanun koyucu bu konuda herhangi bir gerekçe ileri sürmeden– dâhil edilmesinin redaksiyon hatasının sonucu olduğu anlaşılmaktadır¹⁴³. Bu yüzden, bunun bir tercihten ibaret olduğu ve kanun koyucunun önceki dönemde nedensellik zincirinin uzunluğuna göre yapılan sınıflandırmaya bağlı kalma yönündeki iradesine uygun düştüğü iddiası, hiçbir şekilde kabul göremez¹⁴⁴. Dolayısıyla, tarihsel yorum burada işe yaramaz. Bunun yerine, hukukî meseleyi somut çözüme kavuşturmak için teleolojik ve sistematik yorum yapılmalıdır. Satıcının sebep sorumluluğu garanti sorumluluğun tekeffül hükümlerindeki yansımaları olduğundan hukukî işleme konu olmayan hukukî değerlerin korunmasına hizmet eden bütünlük menfaatinin zedelenmesi sonucunda ortaya çıkan zararlar sebep sorumluluğu kapsamında tazmin edilemez¹⁴⁵. Kanun’un sistematığına bakıldığında, ulaşılan bu sonucun tutarlı olduğu görülmektedir. Ayrıca yargılama masraflarıyla diğer giderleri de bünyesinde barındıran doğrudan zarar, satılanla, daha doğrusu sözleşmenin ters yüz edilmesiyle yakın ilişki içindedir¹⁴⁶.

6. Zararın Türü

Sebeplilik sorumluluğunun kapsamını tespit ettikten sonra, sıra –İBK m.208/2’deki sorumluluk bakımından– tazminatın hangi menfaat gözetilerek hesaplanacağını belirlenmesine gelir. Buradaki mesele, hesap yaparken olumlu menfaatin mi yoksa olumsuz menfaatin mi dikkate alınacağından ibarettir¹⁴⁷.

A. HÂKİM GÖRÜŞÜ

Öğretideki hâkim görüş, İBK m.208/2’nin sadece olumsuz menfaat kapsamındaki zarar kalemlerini kapsadığını kabul etmektedir¹⁴⁸. Bu görüşün gerekçesi, diğerlerinin yanı sıra, doğrudan zarar ile yargılama masrafları ve diğer giderler arasındaki sistematik bağlantıdır. Yargılama masrafları ve diğer giderler olumsuz zarar kalemi olduğundan, aynıının doğrudan zarar için de geçerli olması gerekir¹⁴⁹.

143 Bkz. III/A/3/c.

144 Farklı görüş için bkz. BGE 133 III 257 E. 2.5.2, 268 ff.

145 Bkz. III/A/4/b.

146 Karş. III/A/2.

147 Borca aykırılıktan doğan zararın hesaplanması hakkında bkz. Max Keller, *Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse* (1948) 258 ff., 18 ff.

148 Giger (n 8) N.35 ve Art. 195 OR, N.34; Bucher (n 8) 105; Engel (n 8) 43; Keller and Siehr (n 6) 90; Koller (n 8) § 4 N.194; Koller (n 22) 4 ff.; Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.414 ff.; Schubiger (n 4) 76 ff.; Oser and Schönenberger (n 8) N.5. Karş. Schönle and Higi (n 8) N.76.

149 Koller (n 22) 4.

B. AZINLIK GÖRÜŞÜ

Öğretide kimi yazarlar hâkim görüşü eleştirmektedir¹⁵⁰. Örneğin *Fischer*'in tenkiti şu şekildedir: “Masraf, gider vb. kalemlere ilişkin kanundan doğan iade talebiyle hiçbir şey elde edilemez: Bu talepte hem sözleşme hiç kurulmasaydı meydana gelmeyecek zararlar hem de sözleşme gereği gibi ifa edilseydi uğranılmayacak zararlar yer almaktadır.”¹⁵¹

C. ŞAHSİ KANAATİM

Hâkim görüşe katılmıyorum. Ben, daha ziyade, somut olarak tazmin edilmesi gereken zararın miktarının alıcının tercihine bağlı olarak ya olumsuz ya da olumlu menfaate göre belirlenmesi taraftarıyım¹⁵². Ancak elbette –olumlu ya da olumsuz– zararın tamamı asla tazmin edilmez. Tazminat, bilakis, daima İBK m.208/2'deki zararlar sınırlıdır¹⁵³.

Hâkim görüşü savunan yazarlar İBK m.208/2'de yer alan yargılama masraflarıyla diğer giderlerin sadece olumsuz zarar kalemi olduğunu kabul ederken bu zarar kalemlerinin menfaatler arasında yapılan sınıflandırmaya aykırı olduğu konusunda yanılmaktadır. Bunun iki sebebi var: Bir yandan, şeye ilişkin giderler, örneğin satın alınan hayvanı beslemek için yapılanlar gibi sözleşme gereği gibi ifa edilseydi de yine muhakkak yapılması gereken işlerle ilgili olabilir¹⁵⁴. Diğer yandan, giderler satılan ayıplı olduğu için yapılmış da olabilir¹⁵⁵. Kanaatimce, satın alınan hayvanın hasarın intikali sırasında hâlihazırda enfekte olduğu bir hastalık patlak verirse, ortaya çıkacak veteriner masrafları da bu bağlamda dikkate alınabilir. Bu kalemlerin ilki sadece olumsuz zarar kapsamında tazmin edilebilir. Ancak ikincisi için aynısı söylenemez.

Ayıbın tespiti için yapılan ve satıcının kusurdan bağımsız olarak iade etmesi gereken masraflar bakımından da benzeri düşünülebilir¹⁵⁶. Ayıbın tespiti için –özellikle satılanın devralınmasından bir müddet sonra ortaya çıkan gizli ayıp söz konusu olduğunda– tahakkuk eden masraflar İBK m.201'deki olağan gözden geçirme masraflarıyla örtüşmez¹⁵⁷. Dolayısıyla, ayıbı tespit masrafları da olumsuz zarara dâhil edilemez. Daha doğru ifadeyle, bu masrafların çıkmasının nedeni, satılanın ayıplı olmasıdır. O hâlde, sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı ortaya böyle masraf çıkmayacaktı diyebildiğimiz için bunları ifa menfaati kapsamında olumlu zarar kalemi olarak kabul etmek gerekir¹⁵⁸.

150 Fischer (n 16) 174 ff. Ayrıca karş. Yeşim M. Atamer and Mirjam Eggen, ‘Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht’ (2017) 153 ZBJV 733.

151 Fischer (n 16) 174.

152 Farklı görüş için bkz. Fischer (n 16) 296 ff. Yazar, BK m.208/2'nin sadece olumlu zarar kalemlerini kapsadığını kabul etmektedir.

153 Dönüştürme kapsamında ifa menfaatinin talep edilemeyeceği meselesi için bkz. IV/B/2, IV/B/4.

154 Koller (n 22) 6. Ayrıca karş. Lüchinger (n 4) N.173 ff.

155 Ayrıca karş. Lüchinger (n 4) N.171 ff.

156 Fischer (n 16) 290; Keller and Siehr (n 6) 90; Koller (n 22) 7.

157 Karş. Alfred Koller, *Schweizerisches Werkvertragsrecht* (2015) N.667 ff.

158 Açıkça farklı görüşte: Keller and Siehr (n 6) 90; Koller (n 22) 4 ve 7.

Kanaatimce, yargılama masrafları (İBK m.208/2) için de aynısı söylenebilir. Alıcı ve alıcının satılanı tekrar satıp devrettiği üçüncü kişi arasındaki (ayıba karşı tekeffül sorumluluğu konusundaki) yargılamaya ilişkin masrafların olumsuz zarar kapsamında ele alınmasının sebebi anlaşılılmamaktadır¹⁵⁹. Alıcı, en nihayetinde satılanı satış sözleşmesinin yürürlükte kalacağına güvenerek bir başkasına devretmemiştir. Alıcının güveni satış sözleşmesinin ayakta kalacağına değil, gereği gibi ifasına yöneliktir. Çünkü, yeniden satılacağına bedeli belirlenirken satılanın niteliği önemli olur¹⁶⁰. Şayet satıcı teslim ettiği şey ayıpsız olsaydı, alıcı ve alıcının bunu tekrar satıp devrettiği üçüncü kişi arasında tekeffül yargılamasına mahal verilmeyecek ve dolayısıyla yargılama masraflarından da bahsedilmeyecekti.

Yukarıda verilen örnekler, İBK m.208/2 hükmünde hem olumsuz hem olumlu zarar kalemlerine yer verildiğini kanaatimce net biçimde ortaya koymaktadır. Mülga Kanun'da olumlu ve olumsuz zarar arasında teorik ayırım yapılmadığı göz önünde bulundurulduğunda, bunun böyle olduğu anlaşılmaktadır¹⁶¹. Mülga İBK m.253'ün neredeyse dokunulmadan 1911 tarihli Borçlar Kanunu'na alınması (İBK m.208) nedeniyle, değişen teoriye uyum sağlanmamıştır¹⁶². Olumlu ve olumsuz zarar birlikte talep edilemediğinden, bunlara özgü zarar kalemleri aynı hükümde birbirine karışacak şekilde düzenlenemez¹⁶³. Münferit zarar kaleminin kapsamına bağlı olarak hangi menfaatin karşılanmasının kendisi için daha uygun olacağına karar verme işi, alıcıya bırakılmalıdır.

IV. SATICININ KUSUR SORUMLULUĞU (İBK M.208/3)

A. GENEL ESASLAR

İBK m.208/3 uyarınca, satıcı kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe diğer zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu sorumluluğun kaynağı, sözleşmenin kusurlu ihlalidir. Ayrıca, bu kusur sorumluluğu –İBK m.208/2'den farklı olarak– kapsam bakımından sınırlamaya tâbi değildir. Aksine, doğacak zararın tamamı tazmin edilebilir¹⁶⁴. Alıcının bütünlük menfaatinin zedelenmesi sonucunda ortaya çıkacak zararın¹⁶⁵ yanı sıra, mahrum kalınan kazanç ve alıcının üçüncü kişiye karşı sorumlu olması nedeniyle uğradığı zararlar (sorumluluk zararı) da İBK m.208/3 kapsamında talep edilebilir¹⁶⁶.

159 Karş. Fischer (n 16) 251, 271 not: 1427. Farklı görüş için bkz. Koller (n 22) 4.

160 Ayrıca karş. Stöckli (n 13) N.51.

161 Karş. François Gilliard, 'La sanction de l'inexécution des contrats dans la jurisprudence du Tribunal fédéral' in Hans Peter, Emil W. Stark and Pierre Tercier (eds), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift* (1982) 125. Gilliard'ın düşüncesinin aksine, olumsuz zarar mülga Borçlar Kanunu çıkarılmadan önce de biliniyordu. Fakat sözleşme menfaati meselesi, ilk kez 20. yüzyılın başlarında teorik tartışmalara konu oldu. (BBl 1880 I, s.187).

162 Karş. III/A/3/c. Ayrıca karş. Keller and Siehr (n 6) 62.

163 Koller (n 27) N.415; Lüchinger (n 4) N.215 ff.

164 Örneğin karş. Coendet (n 22) 24, 25; Fischer (n 16) 256 ff.; Huwiler (n 87) 8.

165 Dn: 12'ye bakınız.

166 Dn: 115 ve 116'ya bakınız.

B. SÖZLEŞME MENFAATİNİN BELİRLENMESİ

1. Sorun

Dönüştürme hakkı, hâlihazırda ifa edilmiş edimlerin satış sözleşmesi tasfiye edilirken iadesini gerektirir (İBK m.208/1, 2). Alıcının buna yönelik iradesini açıklamasıyla, dönüştürme hakkının sözleşmeyi sona erdiren etkisi devreye girer. Kanaatimce isabetli olan hâkim görüş uyarınca alıcının dönüştürme iradesini dışa vurmak suretiyle yaptığı, yenilik doğuran hakkın kullanılmasıdır¹⁶⁷. Satıcıya mehil verilmesi, ifa engellerine ilişkin genel hükümlerde düzenlenen dönme hakkından (İBK m.109) farklı olarak dönüştürme hakkını kullanmanın ön şartı değildir. Burada, alıcının tekeffül hükümlerindeki konumunun genel hükümlerdeki hukukî imkânlar göz önünde bulundurulduğunda buna nazaran daha iyi olduğu görülmektedir¹⁶⁸. Öte yandan, dönüştürme hakkı, etkileri bakımından İBK m.109'daki dönme hakkıyla uyum içindedir¹⁶⁹. Bu nedenle, Alman Medeni Kanunu'nun satıcının tekeffül sorumluluğunu düzenleyen hükümlerinde artık "dönüştürme" kavramı yerine Kanun'un geneliyle yeknesak olacak biçimde "dönme" kavramı (Alman Medeni Kanunu § 437, b.2, § 440, § 323, § 326/5) kullanılmaktadır¹⁷⁰.

Dönme kapsamında, alacaklı İBK m.109/2 uyarınca yalnızca sözleşmenin ortadan kaldırılması nedeniyle meydana gelen zararı talep edebilir. 1911 tarihli Borçlar Kanunu'nun revizyonundan beri, Federal Yüksek Mahkeme¹⁷¹, dönmeyle birlikte olumlu zararın tazmininin talep edilemeyeceği kanaatindedir. Öğretideki hâkim görüş¹⁷² de bu yöndedir. İBK m.208/3 hükmünden tazminatın hangi menfaat esas alınarak hesaplanacağı anlaşılmamaktadır. Bu nedenle, öğretide, dönüştürmeyle beraber ifa menfaatinin karşılanmasının talep edilip edilemeyeceği hususunda fikir birliği sağlanamamıştır¹⁷³. Aşağıda, bu hukukî sorun incelenecektir. Bu noktada, İBK m.280/2 bakımından da aynı sorunla karşılaşıldığı belirtilmelidir. Zira burada savunulan görüş uyarınca, sebep sorumluluğu hem olumsuz hem de olumlu zarar kalemlerini kapsar¹⁷⁴. Öğretideki bu görüş ayrılığının bilhassa İBK m.208/3'le ilgili pratik sonuçları olduğundan dolayı, bu meseleyi bu başlık altında ele alacağım.

167 Örneğin Bähler (n 102) 111 ff.; Bucher (n 8) 100; Cavin (n 8) 96 ff.; Müller-Chen (n 16) Art. 205 OR N.3; Engel (n 8) 41; Furrer (n 10) 67; Ginter (n 1) 65; Koller (n 8) § 4 N.124; Schubiger (n 4) 63. Bununla birlikte kurulan anlaşma olduğu yönündeki farklı görüş için bkz. örneğin Keller and Siehr (n 6) 88; Oser and Schönenberger (n 8) Art. 205 OR N.5; Schönle and Higi (n 8) Art. 197 OR N.12.

168 Fischer (n 16) 228 ff.

169 Örneğin Honsell (n 5) N.3; Engel (n 8) 42; Furrer (n 10) 67; Ginter (n 1) 56; Schubiger (n 4) 63.

170 Dönüştürme müessesesi, Alman Borçlar Hukuku Modernizasyonu sırasında dönme hakkının içinde eritilmiştir (bkz. Ernst (n 83) N.23).

171 Esas içtihat için bkz. BGE 61 II 255 E. 2, 236. Bu yöndeki sonraki içtihat için bkz. örneğin BGE 123 III 16 E. 4b, s.22.

172 Wiegand (n 5) N.8; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 4) N.2808; HK-Giger (n 8) Art. 109 OR, N.6 ff.; Huguenin (n 91) N.963; Kostkiewicz (n 8) Art. 109 OR N.4. Farklı görüş için bkz. Rolf H. Weber, 'Art. 109 OR', *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd VI: Obligationenrecht, 1 Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5 Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung Art 97-109 OR* (2000) N.24; Schwenzler (n 5) N.66.34. Diğer atıflarla birlikte Elisabeth Glättli, *Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Eine Übersicht, Würdigung und Kritik der heutigen Regelung* (1998)136 ff.

173 İfa menfaatinin talep edilebileceğini savunan yazarlar için dn: 175'e, aksi görüşü savunan yazarlar için dn: 187'ye bakınız.

174 Bkz. III/B/3.

2. Hâkim Görüş

İsviçre'deki hâkim görüşü, İBK m.208/3'e göre alıcının ifa menfaatinin tamamının karşılanması gerektiği yönündedir¹⁷⁵. Bazı yazarlar bu görüşü hiç gerekçelendirmezken,¹⁷⁶ bazıları ise bu görüşü şuna dayandırmaktadır: “3. fıkraya göre tekeffül sorumluluğunun hukukî sebebi ‘sözleşmenin ortadan kalkması’ değil, aksine sözleşmenin ihlalidir (kötü ifa) ve bu yüzden dönüştürülmüş ifa talebi olarak anlaşılmalıdır.”¹⁷⁷

Nihayet birkaç yazar, alıcıya olumlu zararın tamamı veya olumsuz zararın tamamı arasında seçim yapma imkânı tanıyarak “orta yol” bulmaktadır¹⁷⁸. Bu seçim hakkının teorik altyapısını, tespit edebildiğim kadarıyla, yalnızca *Zellweger-Gutknecht* detaylı biçimde ele almıştır¹⁷⁹. *Zellweger-Gutknecht*'e göre, seçim hakkı özünde iki aşamalı bir yenilik doğuran haktır¹⁸⁰. Yazar, süresi içinde yapılan ayıp ihbarıyla birlikte satış sözleşmesinin ex nunc dönüştürüleceği kanaatindedir¹⁸¹. Zira alıcı, bunu yaptığında ayıbı ihbar ederek aslı edimden vazgeçtiğini bildirmiş olur¹⁸². Bunun ardından alıcı, ikinci hakkı kullanarak –diğer ifadeyle dönüştürmeyle birlikte olumsuz veya olumlu zararın¹⁸³ tazminine veya bedel indirimine yönelik iradesini açıklayarak– satış sözleşmesini tasfiye ilişkisine veya talî ifa^{ç.n.+++} ilişkisine dönüştürür.¹⁸⁴ *Zellweger-Gutknecht*'in gerekçeleri, iki kabule dayanmaktadır: *Zellweger-Gutknecht*, dönüştürmenin satış sözleşmesinin tasfiyesine yol açmayacağını varsayar¹⁸⁵ ve dönmeye birlikte olumlu zararın talep edilmesini reddeder¹⁸⁶. Bu kabulleri, düşüncemi ortaya koyarken ayrıntılı biçimde inceleyeceğim.

175 Giger (n 8) N.45; Bucher (n 8) 105; Cavin (n 8) 101 ff.; Coendet (n 22) 24 ff.; Engel (n 8) 43; Fischer (n 16) 296 ff.; Müller (n 10) N.31; Huwiler (n 87) 8; Keller and Siehr (n 6) 91; Kostkiewicz (n 8) N.5; Schwenzer (n 5) N.66.34; Oser and Schönenberger (n 8) N.6 ve *Art. 195 OR* N.8.

176 Bucher (n 8) 105; Kostkiewicz (n 8) N.5.

177 Müller (n 10) N.31. Karş. Giger (n 8) N.45; Coendet (n 22) 24; Huwiler (n 87) 8. Gerekçelendirmeye yönelik diğer girişimler için bkz. Cavin (n 8) 101 ff.; Engel (n 8) 43; Keller and Siehr (n 6) 91.

178 Bähler (n 102) 134; Koller (n 8) § 4 N.198; Zellweger-Gutknecht (n 3) N.541, 559.

179 Detaylar için bkz. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.541 ff.

180 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.554 ff.

181 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.548, 555.

182 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.548.

183 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.556, 590.

ç.n.+++ (Çevirenin Notu) Metinde geçen “Nacherfüllung” kavramı, daha önce başka tercihlerin yanı sıra “talî ifa”, “talî aynen ifa” şeklinde tercüme edilmiştir. Örneğin sırasıyla bkz. Yeşim M. Atamer, ‘Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?’ (2013) 8 Prof Dr Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 487-509; Michael Jaensch, ‘Alman Hukukunda Tali İfadan Kaçınılması Halinde Tazminat’ (2013) Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü (Çev. Kerem Öz) 191-202; Yeşim M. Atamer and Zahide Altunbaş Sancak, ‘Satım Sözleşmesinde Zapt: Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Günümüz Sorunlarına Ne Ölçüde Cevap Verebiliyor?’, *Prof Dr Türkan Rado Anısına Armağa* (2020); Ece Baş, ‘Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu’ (2013) 8 Prof Dr Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 623-655. Bu çalışmada, cümle yapısı izin verdiği ölçüde “talî ifa”, “aynen ifanın sonradan sağlanacağı talî ifa”, “aynen ifanı sonradan sağlanması” gibi ifadeler kullanmayı tercih ettik

184 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.550 ff., 556.

185 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.541, 552.

186 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.483.

3. Azınlıktaki Görüş

Hâkim görüşün taraftarları, satıcının kusurlu olması hâlinde alıcının ifa menfaatinin tamamına kavuşabileceği öngörmektedir. Buna karşın, azınlıkta kalan görüşün taraftarları, alıcının İBK m.208/3'e göre sadece olumsuz zararının tamamının tazminini talep edebileceğini kabul etmektedir¹⁸⁷. Örneğin, *Gauch* bunu şu şekilde ifade etmektedir: "Olumlu (ifa) menfaat[inin] karşılanmasına yönelik talep, (tıpkı İBK m.109'daki dönme gibi) sözleşmeyle bağlı kalmamayı hedefleyen dönüştürmeyle uyuşmaz."¹⁸⁸

4. Şahsî Fikrim

Yukarıda bahsi geçen ve alıcıya olumlu veya olumsuz zararın tamamının tazmini hususunda seçim hakkı tanıyan "orta yol", benim nazarımda da kabul görmektedir. Fakat bunun teorik gerekçesi hukukî açıdan yeterli değildir. Dönüştürmenin satış sözleşmesinin muhakkak tasfiyesine yol açmayacağını kabul eden görüş¹⁸⁹, bence iki sebepten ötürü benimsenemez.

– İlk olarak, dönüştürme, tabiatıyla çelişen talî ifa fikrine dayandırılmaktadır. Zira dönüştürme, hukukî sonuçları bakımından İBK m.109'daki dönmeyle örtüşmektedir¹⁹⁰. Buna *Zellweger-Gutknecht*'in de itirazı yoktur¹⁹¹. Fakat *Zellweger-Gutknecht*, dönmenin kendiliğinden sözleşmenin tasfiyesine yol açtığını kabul etmektedir¹⁹². Dönüştürmeye açıkça farklı sonuç bağlaması, bu nedenle bana çelişkili geldi. Ayrıca, talî ifa fikrinin kabulü, İBK m.208/2'de satış bedelinin faiziyle beraber geri verilmesine –diğer deyişle alıcının ifa engelenen etkilenmeyen karşı ediminin iadesine– ilişkin hükme de aykırıdır. *Zellweger-Gutknecht*'e göre, alacaklı her ne kadar aynen ifanın sonradan sağlandığı belirli hâllerde kendi ediminin iadesini talep edebilse de bu istisnadır. Alacaklı, ifa görüşüne uygun düşecek biçimde, prensip itibarıyla, kendi edimini yerine getirmekle yükümlüdür¹⁹³.

– İkinci olarak, alıcının seçim hakkı iki aşamalı yenilik doğuran hakla izah edilemez. Zira bu argüman borçlu temerrüdü hükümlerine (İBK m.107 vd.) göre oluşturulduğundan¹⁹⁴ tekeffül hükümleri bakımından aynı şekilde benimsenemez. Yenilik doğuran hakkın ilk aşaması, ayıp ihbarıyla (İBK m.201) –aslı edimi teklif edilen içerikle kabul etmek istemediğine ilişkin beyan– tamamlanır¹⁹⁵. Burada savunulan görüş uyarınca, böyle yapılarak yenilik doğuran hak kavramı oldukça esnetilmektedir. Zira yenilik doğuran hak sahibi,

187 Furrer (n 10) 68; Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.416; Stöckli (n 13) N.550; Schönle and Higi (n 8) N.88. Eser sözleşmesine ilişkin hükümler hakkındaki açıklamalar için bkz. *Gauch* (n 13) N.1875.

188 *Gauch* (n 13) N.1875.

189 *Zellweger-Gutknecht* (n 3) N.541, 552.

190 Dn: 169'a bakınız.

191 *Zellweger-Gutknecht* (n 3) N.438.

192 *Zellweger-Gutknecht* (n 3) N.448.

193 *Zellweger-Gutknecht* (n 3) N.513 ff.

194 Karş. *Zellweger-Gutknecht* (n 3) N.445 ff., 530.

195 *Zellweger-Gutknecht* (n 3) N.548.

tek taraflı irade beyanıyla kurucu, değiştirici veya bozucu olmak kaydıyla muhatap aleyhine hukukî sonuç doğmasını sağlar¹⁹⁶. Alacaklının asli edimden vazgeçmesinden (İBK m.107/2) farklı olarak alıcının süresi içinde yaptığı ayıp ihbarı hukukî ilişkide değişiklik yaratmaz. Yalnızca, muhataba satılanın ayıplı olduğu haberi verilir¹⁹⁷. *Zellweger-Gutknecht*'e göre, yenilik doğuran hakkın ikinci katmanı, dönüştürmenin seçilmesi değil, olumlu veya olumsuz sözleşme menfaatinin karşılanmasının talep edilmesine ilişkin beyandır. Çünkü sözleşme menfaatleri arasında yapılacak tercihle sözleşmenin tasfiye ilişkisine mi yoksa aynen ifanın sonradan sağlanacağı talî ifa ilişkisine mi dönüştürüleceğine karar verilir¹⁹⁸. Sözleşme menfaatleri arasına yapılacak tercihte yenilik doğuran beyan görülemeyeceği ifadesine itiraz edilmesi gerekir. Çünkü alıcı, bu tercihle beraber sadece zararın nasıl hesaplanacağını belirler¹⁹⁹. Dönüştürme beyanı sözleşmeyi tasfiye ilişkisine çevirdiğinden ötürü bu tercih, kanaatimce sözleşmenin akıbetinde değişiklik yapmaz²⁰⁰.

Bu yüzden, dönüştürme hakkının iki katmanlı yenilik doğuran hak olduğu düşüncesi, İBK m.208/3 çerçevesinde seçim hakkının gerekçelendirilmesi için tasarlanan, fakat çok da sağlıklı görünmeyen bir kabuldür. Bu kabul benimsenince de her şeyden önce dönmeyle birlikte olumlu zararın talep edilemeyeceğini öngören sabit fikrin tartışmaya açılmasından kaçınılmaktadır²⁰¹. Fakat bence, bu tartışmayı tam da burada başlatmak lazım:

– Dönmeyle birlikte olumlu zararın talep edilemeyeceğini öngören sabit fikrin, tarihsel sürece bakıldığında İsviçre Hukuku'nda her zaman kabul gördüğü söylenemez²⁰². Örneğin, mülga Borçlar Kanunu'nun genel hükümler bölümünde yer alan borçlu temerrüdüne ilişkin kurallarda alacaklıya yalnızca iki seçenek öngörülmüştür²⁰³: Ya ifade ısrar edebilir (mülga İBK m.121) ya da sözleşmeden dönüp tam tazminat talep edebilir (mülga İBK m.122–125). Burada geçen *zararın tamamının* tazminine yönelik talep, günümüzün anlayışına göre olumlu zarar olarak tasnif edilebilecek zarar kalemlerini de kapsar²⁰⁴. Yirminci asrın başında, dönme ve tazminatın birbirinin alternatifi olduğunu açık biçimde kabul eden Alman Medeni Kanunu'nun²⁰⁵ etkisiyle dönme konusundaki teorik anlayış değişti²⁰⁶. Alman Medeni Kanunu'nu kalem alanların düşüncesi, dönmenin sözleşmeyi *ex tunc* ortadan kaldırdığı ve bu nedenle sözleşmeye dayanan tazminat talebine yer olmadığı

196 Diğer atıflarla birlikte von Tuhr and Peter (n 126) s.23 ff.

197 Ayrıca karş. Honsell (n 5) Art. 201 OR N.1; von Tuhr and Peter (n 126) s.24.

198 Tamamı için bkz. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.590 ff.

199 Glättli (n 172) 24; Lüchinger (n 4) N.103.

200 Bkz. IV/B/4'ün altında dn: 190'ın bağlı olduğu metin.

201 Karş. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.483, 541.

202 Atamer and Eggen (n 150) 750; Glättli (n 172) 131 ff. Bugünkü düzenlemenin tarihsel gelişimi hakkındaki detaylar için bkz. Felix R. Ehrat, *Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR* (1990) N.92 ff.; Glättli (n 172) 116 ff.

203 Glättli (n 172) 133. Karş. Atamer and Eggen (n 150) 751.

204 Karş. BGE 26 II 133. Atamer and Eggen (n 150) 751; Glättli (n 172) 133 ff.

205 Karş. Alman Medeni Kanunu (mülga) § 325 ve 326.

206 Karş. Atamer and Eggen (n 150) 751; Glättli (n 172) 136.

yönündeydi²⁰⁷. Bu görüş, İsviçre Hukuku'nda da karşılık buldu. Böylece, 1911 tarihli Borçlar Kanunu'nun revizyonu sırasında borçlu temerrüdü hükümlerinde alacaklı için üçlü seçim imkânı öngörüldü (İBK m.107/2)²⁰⁸. Alacaklının tazminat talebi, dönme hakkı kullanıldığında –Alman Medeni Kanunu'ndan farklı olarak– olumsuz zararlarla sınırlandırıldı²⁰⁹. Fakat, o dönemde dönmenin nasıl anlamlandırıldığı göz önünde bulundurulduğunda bu çözümün çelişkiler barındırdığına şüphe yoktur. Dönmenin sözleşmeyi ex tunc ortadan kaldırmasına rağmen, o dönemki kanun koyucunun tercihi uyarınca, olumsuz zararlarla sınırlı tazminat talebi –bugün olduğu gibi– sözleşmeye dayanan bir talep olarak tasnif edildi²¹⁰.

İBK m.208/3'e göre tazmin edilecek zararın türüne bağlı olarak burada önem arz eden mesele bakımından, 1908 tarihinde görev yapan Hazırlık Komisyonu'nda komisyon üyesi Oser'e göre satıcının kusurlu olması hâlinde ayrıca olumlu zararı tazmin etmesi gerektiğinin de belirtilmesi gerekir²¹¹. Elimizdeki eserlerde, İBK m.109 uyarınca dönme ve İBK m.208 uyarınca dönüştürme arasında ortaya çıkan sistematik çelişki tespit edebildiğimiz kadarıyla incelenmemiştir.

– Kanaatimce, değişen dönme paradigması hesaba katıldığında dönme ve olumlu zararın birlikte istenemeyeceğini öngören sabit fikrin gerekçeden yoksun olduğu görülmektedir²¹². Dönmenin ex tunc bozucu etki doğurduğu yönündeki görüş, son zamanlarda öğretilerdeki yerini sözleşmeye dayanan ex nunc tasfiye ilişkisine bıraktı²¹³. Dönüştürme bakımından da “dönüştürmenin hâlihazırda ifa edilen satış sözleşmesini ileriye etkili olacak şekilde borçlar hukuku kurallarına tâbi tasfiye ilişkisine çevirdiği (Dönüştürme Teorisi)”²¹⁴ yönündeki kabulün, öğretilerde baskın hâle geldiği söylenebilir²¹⁵. Federal Yüksek Mahkeme,

207 Benno Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse* (1899) 116 (Anm. zu § 369 211); Glättli (n 172) 135.

208 Diğer atıflarla birlikte Glättli (n 172) 136 ff. Karş. Atamer and Eggen (n 150) 751 ff.

209 *Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision des Obligationenrechts (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905), vom 1. Juni 1909*, BBl 1909 III, 736.

210 Bu konudaki eleştiriler için bkz. Elisabeth Glättli, ‘Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt – eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen’ (1997) 93 SJZ 233 ff., 240. Karş. BGE 60 II 27 E. 6, 28 ff.

211 *Revision des Schweizerischen Obligationenrechts (1908–1909), Protokolle der Expertenkommission, Sitzungsprotokoll der 9. Sitzung vom 14.10.1908*, 7.

212 Ayrıntılı bilgi için bkz. Glättli (n 172) 162 ff.; Glättli (n 210) 240 ff. Mevcut hukukî duruma yönelik eleştiri için bkz. Atamer and Eggen (n 150) 755 ff.

213 Örneğin Weber (n 172) N.39 ff.; Wiegand (n 5) N.5; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 4) N.2804 ff.; Giger (n 8) N.3; Kostkiewicz (n 8) Art 109 OR N.2. Farklı görüş için bkz. Ehrat (n 202) N.396 ff.

214 Müller (n 10) N.5.

215 Honsell (n 5) N.3; Bucher (n 8) 98; Müller-Chen (n 16) N.3; Honsell (n 12) ff.; Huguenin (n 91) N.2663 ff.; Kostkiewicz (n 8) N.2; Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.393 ff.; Schwenzer (n 5) N.58.21; Tercier, Bieri and Carron (n 107) N.775.

bu görüşü hem borçlu temerrüdüne bağlanan dönme²¹⁶ hem de dönüştürme –en azından bir *obiter dictum*²¹⁷– bakımından benimsemiştir.

Alacaklının sözleşmeye dayalı tasfiye ilişkisinde olumsuz zarar tutarında tazminat talep edebileceği konusunda tartışma yoktur²¹⁸. Fakat, kanaatimce, burada neden olumlu zarar istenemeyeceği anlaşılmamaktadır. Bence, olumlu zararın talep edilmesi için sözleşmenin gelecekte de ayakta kalması şart değildir²¹⁹. Bu durumda, alıcının kendisine geri verilen ediminin (faiziyle birlikte satış bedeli), elde ettiği faydalar tutarında elbette olumlu zarardan mahsup edilmesi gerekir²²⁰. Bunun dışında, İBK m.208/3'ün lafzına bakıldığında, olumlu zarar buraya kolaylıkla dâhil edilebilir. Son olarak, Alman Borçlar Hukuku Reformu sırasında dönme ve tazminatın bir araya gelemeyeceğine ilişkin sabit fikrin terk edildiği belirtilmelidir²²¹. Alm. MK § 325'e göre, dönme ve tazminat talebi artık aynı anda ileri sürülebilmektedir.

Yukarıda, İBK m.208/3'ün olumsuz veya olumlu zarar arasında alıcıya seçim hakkı tanıdığından bahsedildi. Bu seçme hakkının teorik dayanağı, değişen dönüştürme paradigmasına ve dönme ile olumlu zararın birbirinin sadece alternatifi olabileceğini öngören sabit fikrin terk edilmesine kadar uzanır.

C. İBK M.208/2 HÜKMÜYLE İLİŞKİSİ

Şimdiye kadar, satıcının hem sebep sorumluluğu hem de kusur sorumluluğu bakımından her birinin kapsamı ve zararın niteliği belirlendi. Artık burada her iki sorumluluğun birbiriyle ilişkisi açıklığa kavuşturulabilir. Bu tartışma, İBK m.208/3'ün lafzından çıkmaktadır. İBK m.208/3'teki “*diğer zarar*” kavramı, satıcının kusurlu olması hâlinde doğrudan zarara ek olarak bunun dışında kalan (*diğer*) zararın tazmin edilmesi gerektiğini anımsatmaktadır²²². Bu, evvela, İBK m.208/2'deki zarar kalemlerin İBK m.208/3'tekilerle birlikte öngörülme-yen biçimde yığılmasına müsaade ederdi. Bu düşünce, zapta karşı tekeffül hükümlerindeki paralel normda daha açık biçimde vücut bulmaktadır. İBK m.195/2'nin lafzı uyarınca satıcı, “kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmediği sürece, diğer zararı *da* [bunu yazar italik yapmıştır] tazmin etmekle” yükümlüdür.

216 Esas içtihat için bkz. BGE 114 II 152 E. 2c.aa, 156 ff. Bu yöndeki sonraki içtihat için örneğin bkz. BGE 126 III 119 E. 3c, s.122.

217 BGer 4C.60/2002 vom 16. Mai 2002, E. 1.3.

218 Karş. Glättli (n 172) 164 ff. Ayrıca örneğin Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 4) N.2806 ff.; Kostkiewicz (n 8) Art. 109 OR N.2, 4.

219 Glättli (n 210) 241. Karş. Atamer and Eggen (n 150) 755 ff.; Bähler (n 102) 131; Glättli (n 172) 166 ff.

220 Bähler (n 102) 130; Glättli (n 210) 242.

221 Atamer and Eggen (n 150) 757 ff.

222 Karş. ayrıca Fischer (n 16) 268 ff.

Öğretide, bu mesele şimdiye kadar –tespit edilebildiği kadarıyla– detaylı olarak incelenmemiştir²²³. Birkaç yazar, doğrudan zarar ve diğer zarara ilişkin taleplerin yığılacağını varsaymaktadır²²⁴. Diğer yazarlar bu konuda net görüş bildirmemektedir²²⁵. Fakat teorik çelişkilerin önüne geçilmesi için bu meselenin derhâl çözülmesi icap eder. Çünkü olumlu ve olumsuz zararın hesaplanması, karşılıklı olarak birbirini dışlayan iki hipoteze dayanır²²⁶. Olumlu zarar hesaplanırken sözleşmenin tam ve doğru ifa edildiği varsayılır²²⁷. Buna karşın, olumsuz zarar hesaplanırken alıcının satıcıyla sözleşme ilişkisine hiç girmemiş olduğu hâl esas alınır²²⁸. İBK m.208/2 ve 3 arasında sözleşme menfaatlerine göre ayırım yapılmasını öngören görüşün taraftarları, İBK m.208/3'teki doğrudan zarar kalemlerinin tazmin edilebilir nitelikte olduğunu ileri sürerse,²²⁹ bu her iki zararın izin verilmeyen tarzda birlikte talep edilmesine yol açar.

Eğer İBK m.208/2 ve 3'le ilgili olarak elinizdeki çalışmada geliştirilen teorik konsept benimsenirse, farklı bir tablo ortaya çıkar: Hem olumsuz zarar hem de olumlu zarar kalemleri, doğrudan zarar semsiyesi altında –bence– toplanabilir²³⁰. Bu nedenle, önemli olan, alıcının İBK m.208/3 çerçevesinde hangi zararın tazminini talep edeceği hususundaki tercihidir. Eğer olumlu zararın tazminini talep etmeyi tercih ederse, aynı anda sözleşme kurma masraflarının²³¹ iadesini isteyemez. Aksi takdirde, her iki zarar türünün birlikte talep edilmesi söz konusu olurdu. Fakat bu, teorik açıdan uygun görülmemektedir. Tam tersi olduğunda da aynısı geçerlidir. Eğer alıcı olumsuz zararın giderilmesini talep ederse, aynı anda örneğin ayıbın tespiti için yaptığı masrafların iadesini isteyemez. Ancak bu ifadenin doğru olması için, bu masrafların İBK m.201'deki muayene masraflarıyla örtüşmemesi gerekir²³².

Özetle, doğrudan zararın ve diğer zararın tazminine yönelik taleplerin –İBK m.208/3'ün lafzına aykırı olarak– öngörülme-yen biçimde yığılacağını kabul edilmemesi gerektiği söylenmelidir. Daha ziyade, her iki menfaatin karşılıklı olarak birbirini dışladığına ilişkin sabit fikrin katı biçimde gözetilmesi gerekir.

V. SONUÇ

Dürüst satıcının sorumluluğu, İBK m.208/2 uyarınca doğrudan zararlarla sınırlıdır. “Doğrudan doğrusyalık” kavramı, on yıllardan beri pek çok belirsizlikle ve ayırımı ilişkin güçlüklerle iç içedir. Kanun koyucu, bu belirsizlikler ve güçlükler nedeniyle normu revize etmelidir. Burada savunulan

223 “Doğrudan” ve “diğer” zararın yığılması sorununa yalnızca *Fischer* doğrudan değinmiştir (Fischer (n 16) 268 ff.).

224 Bucher (n 8) 103; Müller-Chen (n 16) N.14; Keller and Siehr (n 6) 91; Koller (n 8) § 4 N.198.

225 Cavin (n 8) 101 ff.; Müller (n 10) N.29, 31; Honsell (n 12) 125 ff.

226 Koller (n 27) N.415; Lüchinger (n 4) N.215 ff.

227 Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 4) N.2898; Koller (n 27) N.415.

228 Örneğin Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 4) N.2899; Koller (n 27) N.415.

229 Bu yönde örneğin Bucher (n 8) 103, 105; Keller and Siehr (n 6) 91.

230 Bkz. III/B/3.

231 Karş. III/A/4/c'nin altında dn: 137'nin bağlı olduğu metin.

232 Ayıbın tespiti için yapılan masraflar için bkz. III/B/3'ün altında dn: 156'nın bağlı olduğu metin.

görüş, sebep sorumluluğunun kapsamının alıcının sözleşmenin kurulması, tasfiyesi ve satış sözleşmesinin dönüştürülmesiyle bağlantılı olarak uğradığı zararlarla sınırlandırılması yönündedir. Alıcının bütünlük menfaatinin zedelenmesi neticesinde ortaya çıkan zararlar, sebep sorumluluğunun kapsamına girmez. Sorumluluğun kapsamının belirlenmesindeki sorunla hangi zararın tazmin edileceği sorununun birbirinden ayrılması gerekir. Doğrudan zarar, hem olumsuz hem de olumlu zarar kalemlerini kapsadığından alıcının tercihine göre ya olumlu sözleşme menfaati ya da olumsuz sözleşme menfaatine göre hesaplanabilir. Satıcının kusurlu olması hâlinde, İBK m.208/3'e göre, meydana gelen tüm zararın prensip olarak tazmin edilmesi gerekir. Bu hükümde öngörülen zarar, yine alıcının tercihine göre olumlu veya olumsuz menfaat esaslarına göre hesaplanabilir. Olumlu ve olumsuz zarar birlikte talep edilemeyeceğinden, burada yalnızca İBK m.208/3'e göre tercih edilen menfaate özgü doğrudan zarar kalemleri tazmin edilebilir.

KAYNAKÇA

- Atamer YM and Eggen M, , Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht' (2017) 153 ZBJV.
- Bähler K, *Das Verhältnis von Sachgewährleistung – und allgemeinem Leistungsstörungenrecht* (2005).
- Bluntschli JC, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Bd. III: Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen* (1855).
- Bucher E, *Obligationenrecht Besonderer Teil* (3 edn, 1988).
- Cavin P, *Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), Bd. VII/1, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse* (1977).
- Coendet T, 'Schadenszurechnung im Kaufrecht' (2008) recht.
- Ehret FR, *Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR* (1990).
- Engel P, *Contrats de droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommé* (2 edn, 2000).
- Ernst W, *Rechtsmängelhaftung* (1995).
- Ernst, §§ 434–445 BGB' in Schmoeckel M, Rückert J and Zimmermann R (eds), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd III: Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 433–853, 1 Teilband: vor §§ 433–656* (2013).
- Fischer W, *Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute* (1985).
- Furrer R, *Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht* (1973).
- Gauch P, *Der Werkvertrag* (5 edn, 2011).
- Gauch P, Schlupe W and Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II* (10 edn, 2014).
- Giger H, 'Art. 208 OR', *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd VI: Das Obligationenrecht, 2 Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1 Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1 Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art 184–215 OR* (2 edn, 1980).
- Gilliard F, 'La sanction de l'inexécution des contrats dans la jurisprudence du Tribunal fédéral' in Peter H, Stark EW and Tercier P (eds), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift* (1982).
- Ginter P, *Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Lösungsvorschlag für die geltende Rechtslage und kritische Würdigung* (2005).

- Glättli E, *Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Eine Übersicht, Würdigung und Kritik der heutigen Regelung* (1998).
- Glättli E, ‚Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt – eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen‘ (1997) 93 SJZ.
- Honsell H, ‚Art. 208 OR‘ in Honsell H, Vogt NP and Wiegand W (eds), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1–529 OR* (6 edn, 2015).
- Honsell H, ‚Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts BGE 133 III 257 ff.‘ (2007) recht.
- Honsell H, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil* (10 edn, 2017).
- Huguenin C, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3 edn, 2019).
- Huwiler B, ‚Privatrecht und Methode, Bemerkungen aus Anlass des Buches von Ernst A. Kramer über Juristische Methodenlehre‘ (1999) recht, Studienheft 5.
- Huwiler B, ‚Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR (aus Anlass des BGE 133 III 257 ff.)‘ in Honsell H, Huwiler B and Schulin H (eds), *Liber amicorum Nedim Peter Vogt, Privatrecht als kulturelles Erbe* (2012).
- Kaser M, *Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, Das altrömische, Das vorklassische und klassische Recht* (2 edn, 1971).
- Kaser M, *Das Römische Privatrecht, 2. Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen* (2 edn, 1975).
- Keller M and Siehr K, *Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht* (3 edn, 1995).
- Keller M, *Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse* (1948).
- Koller A, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil.* (1985).
- Koller A, ‚Der Papageien-Fall, Ein alternativer Lösungsvorschlag zu BGE 133 III 257‘ in Koller A (ed), *Leistungsstörungen, Nicht – und Schlechterfüllung von Verträgen* (2008).
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bd. I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184–318 OR* (2012).
- Koller A, *Schweizerisches Werkvertragsrecht* (2015).
- Kostkiewicz K, ‚Art. 208 OR‘ in Kostkiewicz JK and others (eds), *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* (2016).
- Kramer EA, *Juristische Methodenlehre* (5 edn, 2016).
- Krauskopf F in Koller T, Krauskopf F and Schwander I (eds), *Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht* (3 edn, 2015).
- Lüchinger N, *Schadenersatz im Vertragsrecht* (1999).
- Mugdan B, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse* (1899).
- Müller, ‚Art. 208 OR‘ in Fischer W and Luterbacher T (eds), *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (2016).
- Müller-Chen M, ‚Art. 208 OR‘ in Müller-Chen M and Huguenin C (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art 184–318 OR)* (3 edn, 2016).
- Oftinger K and Stark EW, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil* (5 edn, 1995).
- Oser H and Schönenberger W, ‚Art. 208 OR‘, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd V: Das Obligationenrecht, 2 Teil (Halbband): Art 184–418 OR* (2 edn, 1936).

- Pichonnaz P, 'L'obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO' in Zufferey J-B, Dubey J and Previtali A (eds), *L'Homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi* (2011).
- Pothier R-J, 'Traité des obligations, N 166 f.' in Siffrein M (ed), *Oeuvres de Pothier, Bd I* (abgedruckt 1821).
- Schmid J, Stöckli H and Krauskopf F, *OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* (2 edn, 2016).
- Schmid J, 'Vertragshaftung und Voraussehbarkeit des Schadens, Schweizerisches Obligationenrecht und Rechtsvergleichung' in Wiegand W, Koller T and Walter HP (eds), *Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80 Geburtstag* (2009).
- Schneider A and Fick H, *Das Schweizerische Obligationenrecht, samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, Bd. I* (2 edn, 1896).
- Schönle H and Higi P, 'Art. 195 OR', *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Bd V/2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art 192–204 OR* (3 edn, 2005).
- Schubiger A, *Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff. – OR 97 ff.* (1957).
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (7 edn, 2016).
- Stöckli H, *Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung | Abwicklung | Störungen* (2008).
- Tercier P, Bieri L and Carron B, *Les contrats spéciaux* (5 edn, 2016).
- Tuhr Av and Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I* (3 edn, 1979 (Nachdruck 1984)).
- Venturi and Zen-Ruffinen in Thévenoz L and Werro F (eds), *Commentaire Romand, Code des obligations I, Art 1–529 CO* (2 edn, 2012).
- Weber RH, 'Art. 109 OR', *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd VI: Obligationenrecht, 1 Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5 Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung Art 97–109 OR* (2000)
- Zellweger-Gutknecht C, *Die Gewähr: Risikoverantwortlichkeit, als Anspruchsgrund zwischen Verschuldenshaftung und Gefahrtragung* (2007).

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesinde Borçlu Dışında Bir (Üçüncü) Kişinin Rehin Veren Sıfatı ve Rehin Verene İlişkin Bazı Özel Durumlar*

The Pledgor Status of a (Third) Party Other Than the Debtor in the Contract of Pledge of Movable Pledge in Commercial Transactions and Some Special Situations Regarding the Pledgor

Duygu H. ARDA BAĞÇE* 

ÖZ

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ve ilgili ikincil mevzuatta, rehin sözleşmesi tarafları bakımından sınırlamalar yapılarak, kapalı bir sistem oluşturulma yoluna gidilmiştir. Rehin veren her ne kadar kural olarak borçlu kişi olsa da borçlu dışındaki (üçüncü) kişilerin de rehin veren olarak taraf sıfatını kazanabilecek olması beraberinde bazı soruları da akla getirmiştir. Çalışmamızda, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun amacından da yola çıkılarak, borçlu ve özellikle borçlu dışında bir başkasının rehin verebilirliği incelenecektir. Bu çerçevede, borçlu dışında üçüncü bir kişinin hangi hallerde "rehin veren" sıfatı kazanabileceği ve ilgili mevzuata göre rehin sözleşmesi tarafları bakımından getirilen sınırlamaların rehin veren üçüncü kişiye uygulanabilirliği üzerinde durularak, özel durumlara yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Taşınır rehni, ticari işlemlerde taşınır rehni, rehin sözleşmesi, rehin sözleşmesi tarafları, borçlu dışında bir (üçüncü) kişi.

ABSTRACT

Law No. 6750 on Pledge of Movable Pledges in Commercial Transactions and the related secondary legislation have attempted to create a closed system by limiting the parties to the pledge agreement. Although the pledgor is, as a rule, the debtor, the fact that (third) parties other than the debtor may also become a party to the pledge agreement raises some questions. In our study, based on the purpose of the Law on Pledge of Movable Pledges in Commercial Transactions, the debtor and especially the pledge of a third party other than the debtor will be analyzed. Within this framework, the conditions under which a third party other than the debtor may become a "pledgor" and the applicability of the limitations imposed on the parties to the pledge agreement according to the relevant legislation to the third party pledgor will be emphasized and special cases will be discussed.

Keywords: Movable pledge, movable pledge in commercial transactions, pledge agreement, parties to the pledge agreement, a (third) party other than the debtor.

* Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı nezdinde savunulacak olan "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sicili" başlıklı doktora tezinden türetilmiştir

* Öğr.Gör., İstanbul Rumeli Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü/Adalet Programı, ORCID: 0000-0003-0695-4908 / Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Lisansüstü Öğrencisi).

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Duygu H. ARDA BAĞÇE

E-posta/E-mail: dhidayet.ardabagce@rumeli.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.05.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 23.06.2023

GİRİŞ

Tacir ve esnaflar, ticari hayatlarındaki devamlılığı sağlamak amacıyla kimi zaman krediye ihtiyaç duymakta ve arzulanan krediye ulaşabilmeleri bakımından çeşitli teminat araçlarına sahip olmaları gerekmektedir. Hukuk sistemimizdeki teminat araçları, şahsi ve aynı teminat olarak gruplandırılmaktadır. Rehni, bu gruplandırmalar içinde aynı teminatlar kapsamında değerlendirilir¹. Taşınırın rehninde, rehni sözleşmesine konu taşınırın teslim şartına bağlanması halinde, rehni veren rehni konusu varlığı kullanamayacak ve ödeme güçlüğü ile karşılaşabilecektir. Oysa ki, rehne konu taşınır rehni alacaklıya teslim edilmediği takdirde, rehni taşıyıcı kullanılabilir ve rehni verenin faaliyetleri sekteye uğramayacak ve borç ödenebilecektir. Ticari işlemlerde taşınır rehni, özellikle bu amaca hizmet etmesi bakımından 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK) ile teslimsiz taşınır rehni temelli olarak düzenlenmiştir. TİTRK'nin yürürlük amacı, teslimsiz taşınır rehni hakkının güvence fonksiyonunun yaygınlaştırılmasıdır². Kanun'un rehni sözleşmesinin taraflarına etkisi bakımından ise, tacir ve esnafın faaliyet alanı ve hareket kabiliyetini oldukça genişlettiği söylenebilir³. TİTRK'nin gerekçesinde özellikle değinilmiş olmamakla birlikte, TİTRK'nin, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu ("UNCITRAL" – the United Nations Commission on International Trade Law) tarafından hazırlanan UNCITRAL Teminatlı İşlemler Hakkında Model Kanun'dan (UNCITRAL Model Law on Secured Transactions)⁴ esinlendiği söylenebilir. Bununla birlikte yine belirtmek gerekir ki; TİTRK, Model Kanun'un doğrudan bir çevirisi değildir⁵. Çalışmamızın konusunu teşkil eden "rehni sözleşmesinin tarafları" bakımından Model Kanun'u ele aldığımızda ise, rehni sözleşmesinin tarafları bakımından herhangi bir sınırlamanın yapılmadığını anlamaktayız.

Ticari işlemlerde taşınır rehni'nin kuruluşu, TMK'nin benimsediği ana kural olan teslim şartlı taşınır rehni kurallarından (TMK m. 939/1) farklı olup, teslimsiz taşınır rehni'nin öngörmesi açısından istisnai niteliktedir. Rehni sözleşmesinin kuruluşu, ticari işlemlerde taşınır rehni sicili "TARES" ne tescile bağlanmış ve aleniyet işlevi yüklenmiştir (TİTRK m. 4/1). Bir başka ifadeyle, Rehni Taşınır Sicili, kamuya açıklık sağlayacak araç olarak görülmekte ve teslim şartlı rehindeki "zilyetliğin geçirilmesi" nin yerini "sicil" kurumu almaktadır. Kamuya açıklığın sağlanması yolu olan sicile tescil, taşınır

1 Lale Sirmen, Eşya Hukuku (6. Bası, Yetkin 2017) 575; Faruk Acar, Rehni Hukuku Dersleri, (2. Bası, Vedat 2017) 7; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, (8. Bası, On İki Levha 2020) 316.

2 TİTRK m.1; "Bu Kanunun amacı; teslimsiz taşınır rehni hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırın kapsamının genişletilmesi, taşınır rehni aleniyetin sağlanması ile rehni paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır."

3 Esra Hamamcıoğlu ve Argun Karamanlıoğlu, "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İlişkin Bazı Tespitler", (2016), 13 (2), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 100; O Gökhan Antalya ve Faruk Acar, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, (2. Bası, Aristo 2017) 2; Zühtü Aytaç, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kapsamında Taraflar", "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'nin Düzenleniş Biçimi, Niteliği, Rehne Hakim Olan İlkeler", iç Prof. Dr. Lale Sirmen ve Doç. Dr. A. Barış Özbilen (edr), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Yetkin 2018), 85-114; Mehmet Serkan Ergüne, Hukukumuzda Taşınır Rehni'nin Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehni'nin Kuruluşu, (2. Bası, Filiz 2020) 88.

4 Model Kanun tam metni için <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf> accessed 03 March 2023.

5 Hamamcıoğlu ve Karamanlıoğlu, (n 3) 98.

rehninin kurulması ve varlığının devamı için zorunludur⁶. Rehin sözleşmesinin kuruluşunun, Rehinli Taşınır Sicili'ne tesciline tabi olması, tescilin kurucu işlev taşıdığını da göstermektedir.

Ticari işlemlerde taşınır rehni kuruluşu için, zorunlu rehin sözleşmesine yönelik, konumuz ile ilgili olan bazı hususlara değinerek ilerlemeyi yerinde bulmaktayız. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, rehin sözleşmesi teminat ilişkisinin tarafları arasında akdedilmektedir. Alacaklı ve borçlu arasındaki temel borç ilişkisi ile teminat ilişkisi ise birbirinden farklıdır. Şöyle ki; rehin sözleşmesi rehin hakkını kurmaya yönelik bir işlem olup, temel borç ilişkisi ise, rehinle güvence altına alınmak istenen alacağın veya borcun doğmasına kaynaklık eden işlemdir⁷. Rehin sözleşmesi özellikle, rehinle teminat altına alınan alacağın kaynağına ve temel borç ilişkisinin taraflarına odaklanmamaktadır. Zira, “borçlu” ve “rehin veren” sıfatları da birbirine eş olarak kullanılmamaktadır. Bu nedenle bir kişinin başkasının borcuna güvence teşkil etmek üzere kendi malvarlığı değerini rehin konusu yapması mümkündür. Borçlu dışındaki bir üçüncü kişinin rehin veren olarak taraf sıfatını kazanması çeşitli yollarla olabilir. Temsil, ölüm halinde mirasçı sıfatının kazanılması, rehne konu varlığın edinilmesi bu tür durumlara örnek verilebilir. Borcun üstlenilmesi, halefiyet, birleşme, toplu ya da paylı rehin gibi kurumlar da taraflar üzerinde yaratacağı etki bakımından incelenmesi gereken diğer hususlar arasında yer almaktadır. Bahsi geçen hallerde, taraflar bakımından mevzuatta belirtilen sınırlamalara uyulmasının gerekip gerekmediği, taraf sıfatında değişiklik yaratıp yaratmayacağı çalışmamızda ele alınacaktır. Belirtmemiz gerekir ki incelememizin temel konusunu “rehin veren” tarafı oluşturduğundan, rehin alacaklısının değişmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmeyecektir.

Ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesi; rehin veren ile alacaklı arasında yapılmaktadır. TİTRK⁸ ve ikincil mevzuat (Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği⁹, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik¹⁰, Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik¹¹) rehin sözleşmesinin taraflarına ve tarafların kimler olabileceğine ilişkin sınırlamalara yer vermiş, belirli bir çerçeveye çizmiştir. Bununla birlikte, borçlu dışında bir üçüncü kişinin de rehin veren sıfatını haiz olup olamayacağı, mevzuatta yer alan taraf sıfatını kazanabilecek kişilerden birinin olması zorunluluğunun bulunup bulunmadığı sorularını beraberinde getirmektedir. Çalışmamızda konuya ilişkin sorulara cevap bulunmaya çalışılarak ilerlenecek, ilgili tespit ve değerlendirmelere yer verilecektir. Rehin sözleşmesine taraf olabilecek kişilerin kimler olabileceği konusu ayrı ayrı çeşitli çalışmalarda ele alınmış olduğundan, bu konuya ayrıntılarıyla değinmeyeceğimizi belirtmek isteriz. Çalışmamızda rehin sözleşmesinin tarafı olarak; “rehin veren” kavramı genel hatlarıyla incelenecek ve rehin verenin “borçlu” veya “borçlu dışında bir üçüncü kişi” olması hususları incelenecektir.

6 Nomer ve Ergüne, (n 1) 393.

7 Antalya ve Acar, (n 3) 16.

8 Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, Kanun Numarası: 6750, Kabul Tarihi: 20.10.2016, RG 28.10.2016/29871.

9 Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği, RG 31.12.2016/29935.

10 Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik RG 31.12.2016/29935.

11 Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik, RG 31.12.2016/29935.

I. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ SÖZLEŞMESİNE TARAF OLABİLECEK KİŞİLERİN ULUSAL VE ULUSLARARASI MEVZUAT AÇISINDAN İNCELENMESİ

A. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARININ ULUSAL MEVZUAT AÇISINDAN ELE ALINMASI

1. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Taraflar

Rehin sözleşmesi, rehin veren ve alacaklı arasında imzalanarak ve rehin hakkı tesis eden sözleşmeyi ifade etmektedir (TİTRK m.2/1.i). Rehin sözleşmesi tarafları, TİTRK m. 3/1'de; “Kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler arasında, tacir ve/veya esnaflar arasında, yapılır” olarak ifade edilmektedir¹². Kanun hükmünden anlaşılacağı üzere, rehin sözleşmesine taraf olabilecekler bakımından belirli bir çerçeve çizilerek, “sınırlı sayı ilkesi” benimsenmiştir. Dolayısıyla, kanunda ifade edilen kişiler

dışındakilerin rehin sözleşmesinin tarafı olabilmesi mümkün değildir¹³. Görüldüğü üzere, rehin sözleşmesinin kimler arasında kurulmasının arzu edildiği kanunkoyucunun iradesi ile özellikle belirtilmiş olmakla birlikte, kimlerin rehin alacaklısı, kimlerin rehin veren sıfatını haiz olabileceği sorunu net bir şekilde çözüme bağlanmayarak, bu sorunun çözümü Yönetmeliğe bırakılmıştır¹⁴. Yine de Kanunda bahsi geçen düzenlemeyi taraflar bakımından şu şekilde ifade edebiliriz; rehinli

12 Şebnem Akipek Öcal, “Taşınır Rehni Sözleşmeleri ve Sözleşmelerde Şekil”, (2017), 5 (1), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 88-90; Reha Poroy, Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, (Vedat, 2019) 64-65; Aytaç, (n 3) 76; Oruç Hami Şener, Ticari İşletme Hukuku (Seçkin 2020) 28; Hükümde yer alan ve/veya bağlaçları Göle ve Aydoğan tarafından eleştirilmekte, hükmün “tacirlerin ve esnafların kendi aralarında veya birbirleriyle” şeklinde bir düzenleme ile yer almasının daha isabetli olacağını ileri sürmektedir; Celal Göle ve Gökhan Aydoğan, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, (2017), 33 (1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 14. Yazarların görüşüne katılıyor ve var olan şekilde kullanılan bağlaçların anlamını yitirdiğini düşünüyoruz.

13 Antalya ve Acar (n 3) 18-19; Lale Sirmen, ”Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Düzenleniş Biçimi, Niteliği, Rehne Hakim Olan İlkeler”, iç Prof. Dr. Lale Sirmen ve Doç. Dr. A. Barış Özbilen (edr), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Yetkin 2018), 30; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, (6. Bası, On Vedat, 2019) 195.

14 Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan, 2019, (n 13) 195-196.

alacaklı kredi kuruluşu¹⁵ ile rehin veren tacir¹⁶, esnaf¹⁷, çiftçi¹⁸, üretici örgütü¹⁹, serbest meslek erbabı²⁰ ya da rehinli alacaklı tacir ile rehin veren esnaf ya da tacir veyahut rehinli alacaklı esnaf ile rehin veren tacir ya da esnaf arasında rehin sözleşmesi yapılabilmektedir²¹. Bahsi geçen kişiler arasında yer almayan birinin rehin sözleşmesine taraf olması durumunda, rehin sözleşmesinin

- 15 TİTRK m. 2/1. e'ye göre; "Kredi kuruluşu: 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren bankalar ve finansal kuruluşlar, 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca faaliyet gösteren finansal kuruluşlar ile kredi ve kefalet sağlayan kamu veya özel kurum ve kuruluşları ifade eder."; Hükümden anlaşıldığı üzere, 5411 sayılı ve 6361 sayılı Kanunlara atıf yapılmıştır. Bankacılık Kanunu ve FKFFŞK'de de ilgili tanımlar bulunmaktadır. Finansal kiralama şirketleri, faktöring şirketleri ve finansman şirketlerine Kanun içerisinde yer verilmesi, öğretide TİRK döneminde görüş ayrılığı bulunan hususları da ortadan kaldırmış ve TİTRK kapsamında rehin tesisine imkan tanımıştır; TİRK dönemiyle ilgili konuya yönelik görüşler için bkz; Ali Erten, Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, (Bankacılık Enstitüsü 2001) 22-23; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, (4. Bası, On İki Levha 2015) 230; Emin Çamurcu, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesinin Tarafları", (2017), 21 (3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 203-204.
- 16 TİTRK m. 2/1. ğ'ye göre; "Tacir; 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre tacir kabul edilen kişiyi ifade eder" ; Tacirlerle ilgili; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, (26. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2020) 127-142; Ali Bozer ve Celal Göle, Ticari İşletme Hukuku, (6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2020) 79-101; Kanunda tacir ve esnafın ilgili sicillerine tesciline yönelik doğrudan bir hüküm olmamakla birlikte, TİTRK m. 4/6. a'da Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) numarasının, rehin sözleşmesinin zorunlu unsurları arasında yer alması, tacirler için tescilin gereklilik olduğu sonucuna varmamızı sağlamaktadır; Başak Şit İmamoğlu, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 14; Aytaç (n 3) 97; Bozer ve Göle (n 16) 58, Aksi yönde; Çamurcu (n 15) 211; Kemal Şenocak, Zafer Kahraman, İdil Tuncer Kazancı ve Bahar Öcal Apaydın, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, (Yetkin 2019) 110; Çiğdem Yatağan Özkan, "Ticari İşletme Rehni Yeni Sorunlar: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu", Erhan Temel ve Çiğdem Kırcı (edr.), Türk ve Alman Özel Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, (2020) 218; Görüldüğü üzere tüzel kişi tacirler de, ticari işletmesini borçlu lehine rehin vermek isteyebilir. Rehin verecek üçüncü kişi, tüzel kişi tacir ise, TMK m. 48 hükmü istisnalar dışında, haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilir. Dolayısıyla esas sözleşmelerinde, üçüncü kişiler lehine rehin verilebilirliğe ilişkin bir hüküm olmasa da rehin verebilecektir; Arkan, Ticari İşletme 2020 (n 16) 53-54.
- 17 TİTRK m. 2/1. c' ye göre, "Esnaf: 7/6/2005 tarihli ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununa göre faaliyet gösteren esnaf ve sanatkarı ifade eder."; Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasında farklılık gözetilmeyerek, tacirler bakımından tescil ile ilgili bahsettiğimiz hususların esnaflar için de geçerli olacağını ifade edebiliriz. TİTRK m. 5/2'nin de bu görüşü desteklediği kanaatindeyiz. Hükme göre; "...Ticari işletme ve esnaf işletmesi rehinleri ticaret veya esnaf siciline bildirilir..."; Aynı yönde; Aytaç (n 3) 98; Aksi görüşte; Şenocak, Kahraman, Kazancı Tuncer ve Öcal Apaydın (n 16) 113-114; Ecrin Baydak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, (On İki Levha 2018) 72; Mevzuatta açık bir düzenleme olmamasına rağmen, rehin sözleşmesi yapacak olan esnafın, Esnaf ve Sanatkar Sicil'ne kaydının zorunlu olması gerektiğine ilişkin Çamurcu (n 15) 220-221.
- 18 TİTRK m. 2/1. b'ye göre, "Çiftçi; 8/4/2006 tarihli ve 5488 sayılı Tarım Kanununa göre faaliyet gösteren çiftçiyi ifade eder."; Çiftçi Kayıt Sistemi'ne kayıt, çiftçi sıfatının kazanılması için bir lüzumlu olmamakla beraber, rehin veren sıfatının elde edilmesi için gereklidir; Antalya ve Acar (n 3) 26; Çamurcu (n 15) 223; Şenocak, Kahraman, Kazancı Tuncer ve Öcal Apaydın (n 16) 114.
- 19 TİTRK m. 2/1. l'ye göre, "Üretici Örgütü; Üretici ve yetiştiricilerin ilgili kanunlara dayanarak kurdukları tarımsal amaçlı kooperatif ve birlikleri" ifade eder."
- 20 TİTRK m. 2/1. j'ye göre, Serbest Meslek Erbabı; "31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa göre tanımlanan serbest meslek erbabını ifade eder."; Serbest meslek mensup kapsamının geniş tutulması ve hiçbir koşula tabi tutulmaması eleştiri konusu olmuştur; Aytaç (n 3) 110.
- 21 Ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesine taraf olabilecek kişiler yönünde; Arif Duran, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesi Taraflarının Hak ve Yükümlülükleri", (2016), 4 (2), Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 104-107; Antalya ve Acar (n 3) 16-32; Aytaç (n 3) 85-114; Fırat Bayezit, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi ve Hükümleri (On İki Levha 2019) 142-146; Şenocak, Kahraman, Kazancı Tuncer ve Öcal Apaydın (n 16) 106-118; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, (23. Bası, Filiz 2021) 1147.

geçerliliği hakkında açık bir ifade bulunmamakla birlikte, kanaatimizce yokluk yaptırımına tabi olması yerindedir²².

2. İkincil Mevzuat Açısından Taraflar

Taraf sıfatını kazanabilecek kişilerin daha belirgin hale getirilmesinin TRKY m. 10/1 ile sağlandığını söyleyebiliriz. Buna göre; geçerli bir rehin hakkının kurulabilmesi için rehin alacaklısı; kredi kuruluşları, tacir, esnaf, rehin veren; tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı olabilir. Rehin sözleşmesinin tarafları, TRKY m. 10/3'te daha açık ve net bir ifadeyle şu şekilde belirlenmektedir; rehin alacaklısı bir kredi kuruluşu ise rehin veren tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabından herhangi biri olabilir. Rehin alacaklısı tacir ise rehin veren bir tacir veya esnaf; rehin alacaklısı esnaf ise rehin veren bir tacir veya esnaf olabilir.

Sonuç olarak, TRKY'de de, TİTRK'de olduğu gibi, sözleşmenin tarafları bakımından sınırlama getirilmiş, rehin hakkının kimler arasındaki bir sözleşmeyle tesis edilebileceği özel olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte belirtmemiz gerekir ki, TİTRK taraflar açısından kapsamı biraz daha geniş bir tanımla ele alırken, TRKY taraf kapsamını daha da sınırlandırarak açık ve net bir şekilde belirlemiştir. Bir başka ifadeyle, TİTRK m. 3 genel olarak taraflara yer verirken, TRKY m. 10; taraf sıfatlarını rehin alan ve rehin veren olmak üzere ikiye ayırmakta ve daha ayrıntılı ve tarafları açıklayıcı bir düzenlemeye vererek sınır çizmektedir²³.

B. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARININ ULUSALARARASI MEVZUAT AÇISINDAN ELE ALINMASI

TİTRK'de doğrudan bir atıf olmamakla birlikte, UNCITRAL Teminatlı İşlemler Hakkında Model Kanun'dan²⁴ esinlendiği ve dolayısıyla Mehaz Kanun niteliğinde sayılabileceği kabul edilmektedir. UNCITRAL Teminatlı İşlemler Hakkında Model Kanun'un oluşturulması aşamasında ise, UNCITRAL Teminatlı İşlemler Hakkında Yasama Kılavuzu'nun²⁵ yol gösterici olduğu söylenebilir. Yasama Kılavuzu'nun, Model Kanun'dan ayrı tutulmasını sağlayan en önemli husus, Kılavuz'un, doğrudan hukuki bir bağlayıcılığının olmaması (soft law) niteliğinden ileri gelmektedir. Bununla birlikte, Kılavuz'daki hükümlerin, UNCITRAL Model Kanun üzerindeki etkisi, Kılavuz'daki hususlara da değinmemizi gerekli kılmaktadır. Yasama Kılavuzu, günümüzde finansal erişimde taraflara kolaylık sağlanması için, rehin veren ve rehinli alacaklısı sıfatları bakımından herhangi bir sınırlamaya yer verilmemesi, hatta tüketiciler dahil gerçek ve tüzel kişilerin sistem içerisinde aktif

22 TİTRK'ye göre geçerli bir rehin sözleşmesi olmadığı gerekçesiyle hükümsüz sayılmasının gerekeceği yönünde; Bayezit, (n 21) 116.

23 Aytaç, (n 3) 90; TRKY m. 10 düzenlemesi ile, Yönetmelik'te, Kanun'da olmayan sınırlamalar yapıldığı yönünde; Göle ve Aydoğan, (n 12), 13, Aytaç (n 3), 90; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan, 2019, (n 13) dn 63.

24 <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf>accessed 03 March 2023.

25 <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670_ebook-guide_09-04_10english.pdf>, accessed 03 March 2023.

olarak yer almasının önemine dikkat çekerek, düzenlemelerin bu hususların göz önüne alınarak yapılmasını tavsiye etmektedir²⁶.

UNCITRAL Model Kanun’nu sözleşmenin tarafları bakımından ele aldığımızda; “Tanımlar” başlığında yer alan m. 2.(h)’de; borçlunun güvence altına alınan yükümlülükle ilgili bir edimin ifası veya ödeme borcu bulunan kişi olduğu ve borçlu ile rehin verenin aynı kişi olmasının gerekmediği belirtilmiştir²⁷. Yine UNCITRAL Model Kanun m. 2 (o)’da; teminat veren kişinin kendi borcu veya başkasını borcu için güvence verebileceği belirtilmiştir²⁸. Dolayısıyla bu açıdan, TİTRK’nin de Model Kanun ile arasında benzerlik olduğu ifade edilebilir.

C. İLGİLİ MEVZUATTA YER ALAN TARAFLARA YÖNELİK DÜZENLEMELERİN YORUMU

1971 yılından 2016 tarihine kadar yürürlükte olan TİRK’in artık uygulamadaki ihtiyaçlara cevap vermemesi, özellikle TİRK sözleşmenin tarafları açısından dar ve kısıtlayıcı düzenlemelerin yer alması yeni bir Kanun düzenlemesini beraberinde getirmiştir. TİRK ve TİTRK’yi taraflar açısından karşılaştırdığımızda; TİTRK’nin, TİRK’e göre, çok daha geniş bir yelpazeye sahip olduğunu söyleyebiliriz. Geniş kapsamlı bir yapıya sahip olmasının, Kanun’un amacından da ileri geldiği düşünülebilir. Zira TİTRK m.1’de de Kanun’un amacı, teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırarak, finansman erişiminin kolaylaştırılması olarak ifade edilmiştir²⁹. Sonuç olarak; TİTRK’nin taraflar için oluşturduğu geniş çerçevenin, finansmana erişim kolaylığı ve ticari ilişkilerin gelişip güçlenmesini de hedeflediği söylenebilir. UNCITRAL Model Kanun açısından rehin sözleşmesi taraflarına baktığımızda ise; TİTRK’de yer alan düzenlemeden daha geniş bir yelpazenin bulunduğunu ve tüketicilerin de dahil edildiğini ifade edebiliriz. Model Kanun’da TİTRK ve TRKY’de belirtildiği gibi özel olarak tarafların sınırlandırılması yoluna gidilmemiş ve sınırlı sayı ilkesine bağlı bir yapı oluşturulmamıştır³⁰.

26 Kılavuz I-N.10, 11; Recommendation 2 (b); II – N. 35-37; <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670_ebook-guide_09-04-10english.pdf, > accessed 03 March 2023.

27 <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf> accessed 03 March 2023.

28 <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf.> accessed 03 March 2023; Spiros Bazinas, “The UNCITRAL Draft Legislative Guide on Secured Transactions”, (2005), 10 (1-2), Uniform Law Review, 141–154.

29 TİTRK’nin gerekçesinde, küçük ve orta ölçekteki işletmelerin (KOBİ), ülke ekonomisine sağlayacağı katkı ve karşılıkları zorlukların aşılmasına yönelik düzenlemeler yer almakta, KOBİ’lerin finansman sağlamalarında kolaylık sağlama amacına yapılan vurgu dikkat çekmektedir; Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Tasarısı (1/753) ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu (Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayısı 418) <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss418.pdf>> erişim tarihi: 12.02.2023; TİTRK’nin gerekçesinde her ne kadar KOBİ’lere vurgu yapılmış olsa da, kanun amacından da yola çıkarak, taraflara baktığımızda, KOBİ’lerin ötesinde çok daha geniş bir düzenlemenin bulunduğu ve finansman erişiminin kolaylaştırılması için taraf kapsamında sınırlı bir düzenleme yapıldığını söyleyebiliriz.

30 Yasama Kılavuzu’nda da taraflar açısından herhangi bir sınırlandırma getirilmesinin gerekmediği belirtilmiştir; UNCITRAL Yasama Kılavuzu, Bölüm I, s. 33, pr. 10.

TİTRK'nin geniş kapsamlı düzenlemesi beraberinde bazı endişeleri de getirebilir. Tüm esnaf ve tacirlere Rehinli Taşınır Sicili'ne tescil ile rehin alacaklısı olabilme imkanının sağlanması, uygulamada muvazaalı hatır rehinlerinin kurulmasına da yol açabilecek sakıncaları da içerisinde barındırmakta³¹ ve işlemlerin güvenilir ve itibar sahibi kişiler arasında yapılmıyor olabileceği ihtimali ve işlemlerde özel bir nitelik aranmaması, borçlu tacir ya da esnafın sömürülmesine de yol açabilecektir³². Kanun düzenlemesi yapılırken, krediye erişilebilirlik ve ödeme kolaylığı üzerinde durulduğu ve güvenilir teminat, alacaklıların korunması gibi hususların göz ardı edildiği söylenebilir³³.

Sonuç olarak; Kanun'un taraflara genel hatlarıyla yer verdiğini, Yönetmeliğin ise tarafları Kanun çerçevesinde genişlettiğini söyleyebiliriz. Ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesi taraflarına ilişkin düzenlemeler doğrultusunda, önerileri ve eleştirilerimizi ise şu şekilde belirtebiliriz; örneğin hem rehin alacaklısı hem de rehin veren tarafı olarak yer alabilecek olan esnafın ekonomik yeterliliğe sahip olup olmayacağı hususu endişe yaratan sorunlardan biri olabilecektir. Zira ekonomik yeterliliği tartışmalı olan bir esnafın ya da ödeme gücü dikkate alınmaksızın herhangi bir tacirin rehin sözleşmesinin tarafı olarak yer alması ekonomik hayatın olağan akışına da aykırı kabul edilebilir. Ödeme kabiliyeti şüpheli olan kişilerin rehin sözleşmesi tarafı olarak yer alması, ticari hayatın akışını ve ödemeler dengesini bozan sonuçlara da neden olabilir. Bu nedenle rehin kurulmasında kolaylık sağlanması amacıyla düzenlenen hususlarda, ticari hayattaki dengenin bozulmaması amacıyla alınacak tedbirlerin ve bu yöndeki mevzuat düzenlemelerinin önemi göz ardı edilmemelidir.

II. TİCARİ İŞLEMELERDE TAŞINIR REHİN SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA REHİN VEREN

A. GENEL BAKIŞ

Rehin veren genellikle rehin ile güvence altına alınan alacağın borçlusudur³⁴. Bununla birlikte, borçlu olmayan bir üçüncü kişinin de rehin veren sıfatını taşıması ve borçlu ile rehin verenin birbirinden farklı kişiler olması mümkündür. Rehin veren, RTSY m. 4/1. h, TRKY m. 4/1, TRVY m. 4.1. g'de;

31 Göle ve Aydoğan, (n 12) 17; Bozer ve Göle (n 16) 57; Kayıklık, Hatır Rehinlerinin, rehin sözleşmesinin muvazaası sebebiyle geçersizliği ileri sürülerek, İcra İflas Kanunu m. 279/1 kapsamında koruma söz konusu olabileceğini belirtmektedir; Abdurrahman Kayıklık, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun "Ticari İşlem" Kistası ve Taraf Bakımından Uygulama Alanı, (2021), 23 (2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1526.

32 Sabih Arkan, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Ticari İşletme Rehni", iç Prof. Dr. Lale Sirmen ve Doç. Dr. A. Barış Özbilen (edr), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Yetkin 2018) 146; Aytaç (n 3) 88; Ergüne (n 3) 76; Tefecilik ile ilgili öğretilerde çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte, mevzuatta da bir takım önlemlerin alınmaya çalışıldığına rastlamaktayız. TİTRK m. 16/2'de, taşınır rehnelerle devamlı olarak ödünç para verme işi yapan kişinin TCK m. 241 hükmüne göre cezalandırılacağı düzenlenmiştir; Hamamcıoğlu ve Karamanlioğlu (n 3) 118; Şit İmamoğlu, ceza yaptırımının caydırıcılığının çok fazla olmadığını düşünmektedir Şit İmamoğlu (n 16) 15, aynı yönde; Yatağan Özkan (n 16) 221-222; Kayıklık, TİTRK m. 5/2'den hareketle, münferit taşınır varlıkların borcu karşılaması halinde, işletmenin tümü üzerinde rehin kurulamayacağına ve rehin hakkı ile rehin sözleşmesinin Rehinli Taşınır Sicili'ne kayıtlı olacağına dikkat çekerek, bu durumun kayıt dışı olma ve tefecilik ihtimalini azaltacağına dikkat çekmektedir; Kayıklık, (n 31) 1525.

33 Şit İmamoğlu, (n 16) 7; Aytaç, (n 3) 88.

34 Aslı Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, (On İki Levha 2014) 14; Sirmen, Taşınır Rehni, (n 13) 30; Ülgen, Helvacı, Kendingelen, Kaya ve Nomer Ertan, 2019, (n 13) 205.

“Mevcut veya müstakbel bir borca güvence teşkil etmek amacıyla taşınır varlığını rehin gösteren borçlu veya üçüncü kişiyi” ifade eder şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla ikincil mevzuatta da rehin verenin borçlu dışında bir üçüncü kişi olabileceği sonucuna ilgili hükümler yoluyla da varılacaktır. Rehlin verenin borçlu olmaması durumunda, üçüncü bir kişi rehin veren sıfatı ile rehin tesis etme borcu altına girmektedir. Bu durumda rehin sözleşmesinin tarafları rehin alan ve rehin veren olacağından, borçlu bu ilişkiye taraf değildir. Bu bakımdan ele aldığımızda taraflardan birinin “rehin veren” olarak tanımlanmış olması, rehin sözleşmesi bakımından borçlu ve üçüncü kişi ayrımını da ortadan kaldırmış olacaktır.

Borçlu olmayan üçüncü kişinin rehin sözleşmesine taraf olmasının kaynağı farklı hukuki sebeplerden kaynaklanabilir. Bu sebep, vekalet ve bağışlama gibi sözleşmelerin ifasına yönelik olabileceği gibi, teminat altına alınan borcun borçlusuna ile yapılan üçüncü kişi yararına sözleşmenin ifasına ilişkin de olabilir. Bir başka deyişle, rehin sözleşmesine temel teşkil eden işlemin hukuki dayanağı bakımından mutlak ve tek bir sebep bulunmamaktadır. Makaracı Başak’a göre; borçlu ile rehin veren üçüncü kişi arasında özel bir ilişki bulunması halinde, borçluya rücu bu ilişki çerçevesinde gerçekleşecek olup, bu sözleşme vekalet sözleşmesi ise, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler, vekaletsiz iş görme ise, borçlunun rehin verilmesine daha sonra icazet vermesi halinde TBK m. 531 gereği yine vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır³⁵.

Rehin verenin rehne konu taşınır üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmasının gerekli olup olmadığı açısından incelemede bulunduğumuzda ise şunları söylemek mümkündür; rehin verenin rehne konu mal veya hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması sözleşmenin geçerliliği için zorunlu değildir³⁶. Rehlin verenin tasarruf yetkisine sahip olmamasına rağmen, sözleşmeye taraf olduğu takdirde rehin sözleşmesi yine de geçerli olacaktır³⁷. Bu işlem nitelik olarak, borçlandırıcı işlem özelliği taşıdığından, sözleşmenin geçerliliğine etkili olmayacak ancak borcun ifası anında rehin verenin hala tasarruf yetkisini kazanmaması halinde, borç ifa edilemeyecektir. Sübjektif imkansızlık olarak nitelendireceğimiz bu durumda, rehin veren, borcun ifa edilmemesinden sorumlu olacak ve rehin alacaklının zararını gidermesi gerekecektir³⁸.

Rehin sözleşmesi tarafları, sözleşmeye koyulması yasak kayıtlardan olmamak üzere, Kanun’da belirtilen zorunlu hususlara yer vermek ve şekil şartlarına uymak kaydıyla, diledikleri kayıtların yer aldığı bir rehin sözleşmesi düzenleyebilirler. Rehlin sözleşmesi içeriğine ilişkin kayıtların alacaklı ve borçlunun ilişkisinden kaynaklı olması gerekli değildir. Kuşkusuz ki aynı haklara ilişkin emredici hususlar rehin sözleşmesi için de sınır teşkil etmektedir. Bu duruma aykırı yapılacak sözleşmeler kesin hükümsüz sayılacaktır (TBK m. 27/1)³⁹. Borçlu dışında bir üçüncü kişinin rehin veren

35 Makaracı Başak (n 34) 22-23.

36 ibid (n 34) 14.

37 ibid (n 34) 14.

38 M Turgut Öz, Borçlar Genel Hukuku, C.1 (Vedat, 2015) 89; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (22. Bası, Yetkin 2017) 1063-1065; O Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,3 (2. Bası, Seçkin 2019) 298.

39 Makaracı Başak, (n 34) 126; Antalya ve Acar (n 3) 127.

sıfatına sahip olması halinde, sözleşmenin tarafı borçlu olmayacak ve dolayısıyla rehin sözleşmesine koyulacak kayıtlar bakımından etkisi olmayacağı gibi, bilmesi dahi gerekmeyecektir⁴⁰.

B. ÖZEL DURUMLAR

1. TİTRK'ye Göre “Kiracının” Rehin Veren Sıfatının İncelenmesi

TİTRK'de rehin sözleşmesinin tarafı olabilecekler arasında “kiracı” açıkça belirtilmemekle birlikte, kiracının rehin veren sıfatı taşınmasına kanuni bir engel yoktur. Kiracılık sıfatının, kiracıya kira konusu şeyi kullanma ve/veya ondan hasılat elde etme yoluyla yararlanma imkanı verdiğini söyleyebiliriz⁴¹. Dolayısıyla kiracının işletme üzerinde sınırlı aynı kurma yetkisi olmadığından, işletmenin tümü üzerinde rehin kurulabilmesi de mümkün değildir⁴². Bir başka deyişle, işletme ya da işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan varlıkların mutlaka ticari işletme malikine ait olması gerekmemekle birlikte, işletme kiracısının başkasına ait varlıkları rehnetmesi ve rehin sözleşmesinde göstermesi olanağı bulunmamaktadır⁴³.

Son olarak, işletme kiracısının ticari işletmenin tümü üzerinde rehin kurması mümkün olmasa da, TİTRK'nin, rehne konu olabilecek varlıkları belirttiği m.5/1.g-ğ'ye göre; kira gelirleri, kiracılık hakkı ve kendisine ait taşınır varlıkları rehin verebileceğini söyleyebiliriz⁴⁴.

40 Dieter Zobl, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, Zweite Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Fünfte Teil : Das Fahrnispfand, (1996), Art 884 No 943-950; Makaracı Başak (n 34) 21; Rehin sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin kayıtlar hakkında; Antalya ve Acar, (n 3) 127-133; TİTRK m.2/1 (i)'ye göre; ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesi, rehin hakkının tesis edilmesi amacıyla rehin veren ile alacaklı arasında imzalanmakta ve sözleşmenin TARESE tescili ile üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmektedir. Rehin sözleşmesinde bulunması zorunlu hususlar ise TİTRK m. 4(6)'da yer almaktadır.

41 Antalya ve Acar (n 3) 27.

42 Şit İmamoğlu (n 15) 16; Arkan, Ticari İşletme 2020, (n 16) 52.

43 Seza Reisoğlu, “Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme”, (2003) 47, Bankacılar Dergisi 5; Özel hukukta bulunan temel kurallardan “Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet” yani “hiç kimse sahip olduğundan fazlasını devredemez” kuralı da açıklamalarımızı destekler niteliktedir; Antalya ve Acar (n 3) 27; Burada akla gelebilecek sorulardan biri, işletmede yer alan bir varlığın, örneğin hammaddenin işlenmesi ya da yeni bir ürün elde edilmesi halinde rehni nasıl etkileyeceği olabilir. Bu durumda, hammadde varlığını yitirecek, birleşme veya karışma durumu ile karşı karşıya kalılabilecektir. 7099 sayılı “Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 29 ve 30. maddeleri ile 6750 sayılı TİTRK'nin karışma ve birleşmeye ilişkin m. 7 ve m. 11/3 hükümlerindeki düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik”in karışma ve birleşmeye ilişkin hükümleri halen yürürlüktedir. İlgili Yönetmelik m. 15/1; Rehinli taşınır varlığın işlendiği, başka bir varlık ile birleştiği veya karıştığı öğrenildiği an rehin alacaklısı TRVY hükümleri gereği yeni varlığın değeri ile işleme, karışma ve birleşme oranlarının tespit edilmesi gerekliliğinden bahseder, tespit rehni birleşme ya da karışma sonrası hangi değerler oranında devam ettiğinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. TİTRK m. 7/2 ise; “Bir üretim sürecinin, kullandığı taşınır varlıklarla birlikte rehnedilmesi halinde rehin, üretim sürecinde ve sonucunda gerçekleşecek olan alacak üzerinde aynı oranda ve sırada kendiliğinden tesis edilmiş sayılır” şeklinde düzenlemeye yer vermektedir.

44 Aksoy'a göre, kiracılık hakkının ticari işletmeden bağımsız olarak paraya çevrilebilir olmaması eleştiri konusudur; Mehmet Ali Aksoy, “Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'nin Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi”, (2018), 76 (1) 75.

2. TİTRK'ye Göre “Şubelerin” Rehin Veren Sifatının İncelenmesi

TİTRK düzenlemesi kapsamında, şubelerin rehin veren sıfatına sahip olması ve rehin sözleşmesinin tarafı olması mümkündür. Şubelerin rehin veren sıfatına sahip olması halinde, şubede bulunan taşınır varlıklar rehne konu oluşturabilir. Zira TİTRK'ye göre, ticari işletmenin bir bütün olarak rehne konu olması şart değildir ve taşınır varlıklardan biri veya birden fazlası için rehin kurma imkanı bulunmaktadır. Bu durumda TİTRK m. 5/1'de belirtilen taşınır varlıkların rehne konu olması mümkün olacaktır.

TİRK döneminde de tartışma konusu olan, şubelerin rehin sözleşmesine taraf olup olmayacağına ilişkin hakim görüş, şubelerin özel bir temsil yetkisi olmadığından, rehin kuramayacakları yönündedir⁴⁵. Başka bir ifadeyle, şubelerin ticari işletme üzerinde rehin tesisi, temsil sorunu olarak görülmektedir.

3. TİTRK'ye Göre “İşletenin/Malikin” Rehin Veren Sifatının İncelenmesi

Mülga TİRK döneminde, rehin sözleşmesini kurabilecek kişiler arasında, ticari işletmenin maliki olma şartı aranmıştı⁴⁶. Bu şart hem esnaf ve hem de sanayi işletmeleri bakımından kabul edilebilir ve her iki tür işletme için de malik sıfatına sahip olmak önem taşımaktadır. TTK m. 12/1'e göre; bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimse tacir sıfatını elde edebilecek olsa da, TİRK düzenlemesi esas alındığında malik sıfatını taşımayan bir kişi için rehin vermek sorunlu hale gelmektedir⁴⁷. Bu durumu dikkate alan kanunkoyucu TİTRK'de özellikle “malik” kavramına yer vermemiştir. TİTRK'de, “malik” şeklinde bir ifadeye rastlanmamakta, tacir ve esnaf şeklinde sıfatlar yer almaktadır⁴⁸. Zira tacir sıfatının kazanılması için ticari işletmenin maliki olması şartı aranmamaktadır. Sonuç olarak; TİTRK'ye göre, malik olma şartı aranmaksızın, tacir ya da esnaf sıfatını taşıyan kişiler taraf sıfatını haiz olabilecektir.

C. TİTRK'YE GÖRE BORÇLU DIŞINDA BİR (ÜÇÜNCÜ) KİŞİNİN REHİN VEREN SIFATI

TİTRK m. 5/9; “Üçüncü kişiler, bu Kanun kapsamında borçlu lehine teslimsiz taşınır rehni kurabilir” hükmüne TRKY m. 10/5'te de benzer şekilde, “Herhangi bir kimse, ikinci fıkrada sayılan kişiler lehine 11 inci maddede sayılan taşınırlarından birini veya birkaçını rehin olarak gösterebilir” şeklinde bir

45 Antalya ve Acar (n 3) 27.

46 TİRK m. 2/1; “Ticari işletme rehni sözleşmesi, tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiliği haiz müesseseler ve kooperatifler ile ticari işletmenin maliki bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılır.”

47 Şeref Ertaş, “Ticari İşletme Rehni”, (2005), 7 (Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağan, 45; Antalya ve Acar (n 3) 26-27; Şeref Ertaş “Tescilli Taşınır Rehinleri”, (2019), 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi (Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan), 1170.

48 Antalya ve Acar (n 3) 26-27.

düzenleme getirmektedir⁴⁹. Rehin sözleşmesinde, “rehin veren” sözleşme ile teminat altına alınmak istenen alacağı borçlusunu olabileceği gibi, borçtan sorumlu olmayan bir üçüncü kişi de olabilir⁵⁰.

Bir başkasının borcu için rehin veren üçüncü kişi bakımından, TİTRK’de yer alan taraf sınırlamalarının uygulanıp uygulanmayacağı cevaplandırılması gereken önemli bir sorudur. Öğretide tartışma konusu olan bu soru ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır⁵¹. Kanaatimizce, kanun maddesinde belirtilen sınırlama, üçüncü kişileri de kapsamalıdır. Bir başka ifadeyle, rehnalanın kredi kuruluşu olması halinde başka bir kişinin borcu için güvence tesisinde bulunacak kişi, tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü ya da serbest meslek erbabı olmalıdır. Rehnalanın kredi kuruluşu dışında tacir veya esnaf olması halinde ise, başkasının borcu için güvence verecek kişinin tacir ya da esnaf olması gerekecektir. Zira, rehin sözleşmesinin taraflarının kimler olabileceği Kanun’da açıkça belirtilmiştir. Mevzuat düzenlemeleri ışığında tarafların sınırlı sayı ilkesine tabi olduğunu kabul etmemiz gerektiğinden, ilgili hükümlerde sayılanların dışındaki kişiler arasında rehin sözleşmesi tesis edilmemelidir ve dolayısıyla da rehin hakkı kurulamamış sayılmalıdır⁵². Bu durumun borçlu dışında, rehin veren kişi tarafından da kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

D. REHİN VERENİN BORÇLU DIŞINDA BİR (ÜÇÜNCÜ) KİŞİ OLMASI HALİNDE “BORÇLUNUN DURUMUNUN” MEVZUATTA YER ALAN TARAF SINIRLAMALARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

TİRK döneminde, tacir olmayan bir üçüncü kişinin borcu için tacirin işletmesini rehin verip veremeyeceği öğretide tartışılmıştır. Tacir ya da esnafın işletmesini bir başkasının borcu için rehin

49 TRKY m. 10/5’te; Herhangi bir kişinin, tacir ya da esnaf sayılan kişiler için rehin verebileceğinden bahsedilmesinin uygun olmadığı yönünde; Şit İmamoğlu (n 16) 18-19; Arkan, Ticari İşletme 2020, (n 16) 53. Yazarların görüşünün haklı olduğunu, ifadenin kavram karmaşasına sebebiyet verebileceğini ve yoruma açık bir duruma sebep olduğunu belirtmek isteriz.

50 Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, (Yetkin 2020) 171-172; Şener, (n 12) 31; Öze göre, borçludan başkasının rehin verebileceği TMK’de yer alan bir husus olduğu için, ticari işlemlerde taşınır rehni ile ilgili mevzuatta yer alması tekrar niteliği taşımaktadır; Turgut ÖZ, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, (2017), 16 (2-3), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 159; Mülga TİRK döneminde, ticari işletmenin sahibinin kendi borcu için işletmesi üzerinde rehin hakkı kurabileceği gibi, üçüncü kişinin borcu için de rehin tesisinde bulunabileceği kabul edilmekteydi; Arkan S, Ticari İşletme Hukuku, (16. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2015) 51; TİRK döneminde, Teoman tarafından bu yorum eleştirilmiş, üçüncü kişinin borcunun güvencesi için tacirin ticari işletmesini rehnedemeyeceği ileri sürülmüştür; Ömer Teoman, “Tacir Ticari İşletmesini Üçüncü Bir Kişinin Borcunun Güvencesi Olarak Rehnedebilir mi?”, iç: Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, (Vedat 2007) 82-87; TİTRK ile mevzuat içinde açık düzenleme yapıldığından bu tür yorumların yapılmasına mahal kalmamıştır.

51 Borçlu dışında bir üçüncü kişinin rehin veren olarak bulunması halinde, TİTRK m.3/1’de yer alan sınırlamalara, üçüncü kişinin de tabi olması hakkında bkz; Şit İmamoğlu (n 16) 19; Duran (n 21) 106-107; Aytaç (n 3) 106; Baydak (n 17) 80; Burcu Karakuş Erbaş, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni ve Rehin Alacaklısının Korunması, (Seçkin 2018) 92; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan, 2019 (n 13) 206; Bahar Oral, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, (Adalet 2019) 106; Şenocak, Kahraman, Kazancı Tuncer ve Öcal Apaydın (n 16) 116-117; Alper Uyumaz ve Cemil Mehmet Türk, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Düşünceler”, (2017), 25 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı), (2019) 1428-1429; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, (n 20) 1147; Bayezit, (n 21) 145-146; Antalya ve Acar (n 3) 32-33; Ergüne (n 3) 75-76 dn. 37; Arkan, Ticari İşletme 2020 (n 16) 53; Yatağan Özkan, (n 16) 220; Aksi görüşte; Sefer Oğuz, “Ticari İşlemlerde Teslimsiz Tescilli Taşınır Rehni, (2017), 100, Bankacılar Dergisi, 10; Sirmen, Taşınır Rehni, (n 13) 30; Kayıklık (n 31) 1530.

52 Bozer ve Göle (n 16) 56.

verebileceği kabul edilerek, kişilerin rehin verebileceği varlıklar üzerinde diledikleri gibi tasarruf etme hakkının olduğu, üçüncü kişi ile borçlu arasındaki ilişkinin rehin bakımından bir önemi olmadığı ve borçlunun kendisinin ya da üçüncü kişinin rehin vermesinin, borçlunun kişisel sorumluluğunda bir değişiklik yaratmadığı ileri sürülmekle birlikte, tacirin tacir olmayan borçlunun borcu için, ticari işletmesini rehin veremeyeceği de azınlık görüşü olarak savunulmuştur⁵³. Dolayısıyla, TİRK dönemindeki hakim görüşün de kanaatimizi destekler yönde olduğu söylenebilir. Kaldı ki TİRK döneminde bile bu tür bir yorum yapılıyorsa, TİTRK döneminde Kanun'un ilgili hükümlerinden ve amacından da yola çıkılarak, bu sonuca evleviyetle ulaşılabacağı kabul edilmelidir.

Temel borç ilişkisinden bağımsız bir başka kişinin rehin veren olarak yer alması halinde lehine rehin verilen borçlunun TİTRK m.3'te belirtilen kişilerden biri olup olmamasının gerekliliği de öğretilde tartışılmıştır⁵⁴. Kanaatimizce, borçlunun rehin sözleşmesi tarafı olmaması ve TİTRK'deki sınırlamanın tarafları esas almasından dolayı borçlu için uygulanmaması yerinde olacaktır.

III. TİTRK'YE GÖRE REHİN VERENİN VEYA İŞLEM YAPANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİ OLABİLECEĞİ BAZI DURUMLAR

A. REHİN VEREN SIFATINI HAİZ KİŞİLERDEN BİRİNİN ÖLÜMÜ

Rehin veren kişinin TİTRK'de belirtilen kişilerden olması her zaman mümkün değildir. Örneğin; TİTRK'de rehin veren sıfatını haiz kişilerden birinin ölümü halinde, rehin veren sıfatı mirasçılara geçecektir. Bu durumda rehin hakkının son bulması beklenemez ve mirasçılar Kanun'da bahsi geçen kişilerden olmasa dahi rehin veren sıfatını kazanabilir. Taraf değişikliğinin meydana geldiği bu durumda, rehin sözleşmesi kurulduğu esnada tarafların tabi oldukları sınırlamalara uyulduğu takdirde herhangi bir sorun oluşmayacaktır. Zira kanaatimizce tarafların rehin veren ve rehinli alacaklı olarak değerlendirmelerinde getirilen sınırlamalar, rehinin kuruluşuna ilişkindir⁵⁵. Mirasçı her ne kadar rehin veren sıfatını elde etmiş olsa da, Kanun'da belirtilen taraf sınırlaması şartlarını sağlaması beklenmeyecektir.

53 Öğretideki görüşler için; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan, 2015 (n 15) 233.

54 Borçlu dışında bir kişinin rehin vermesi durumunda borçlunun TİTRK m. 3'te sayılan kişilerden biri olmasının gerekmediği yönünde; Antalya ve Acar (n 3) 44-45; Şenocak, Kahraman, Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 16) 116-117; Ergüne (n 3) 75-76 dn. 37; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, (n 50) 171-172; Aksi yönde; Sirmen, Taşınır Rehni, (n 13) 30; Aytaç (n 3) 105-106; Bayezit (n 21) 142, Kayıklık, (n 31) 1528.

55 Mülga Kanun döneminde de, taraflara yönelik yapılacak değerlendirmelerin hangi ana göre yapılacağı tartışma konusu olmuş, çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Taraflara yönelik değerlendirmelerin yalnızca rehin kurulma anına göre yapılmaması gerektiği ileri sürüldüğü gibi; Alpay Antmen, Ticari İşletme Rehni (Yetkin 2001) 76; rehinin kuruluş aşamasının esas alınmasının gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktaydı; Sabih Arkan, Ticari İşletme 2015, (n 50) 50.

B. ÜÇÜNCÜ BİR KİŞİYE REHİN KURULMASI YÖNÜNDE TEMSİL YETKİSİ VERİLMESİ

Günümüzde tacirler faaliyetlerini sürdürürken yardımcılarına ihtiyaç duyarlar ve bu nedenle faaliyetlerini çeşitli temsilciler vasıtasıyla yaparlar. Temsil türleri çeşitli şekillerde gruplandırılabilir. Kanuni temsil-iradi temsil, adi temsil-ticari temsil, dolaylı temsil-doğrudan temsil, yetkili temsil-yetkisiz temsil bu ayrımlardan bazılarıdır⁵⁶. Temsil yetkisinin her tür hukuki işlemin yapılması için verilmesi durumunda, “genel temsil yetkisi”, belirli bir ya da birkaç işlemin yapılması için verilmesi durumunda ise, “özel temsil yetkisinden” bahsedilmiş olacaktır. TBK m. 504/3'e göre, vekilin özel yetkisi olmadıkça rehin tesisinde bulunamayacağı sonucuna varılmaktadır. Temsil yetkisinin verilmesi kural olarak şekle bağlı olmamakla birlikte, genellikle hizmet ya da vekalet sözleşmesi kaynaklı olduğu kabul edilebilir⁵⁷. Rehin tesisini için verilecek olan yetkinin dayanağının ise vekalet sözleşmesi olduğu düşünülebilir⁵⁸. Temsilcinin rehin sözleşmesi tarafı olarak yer alması bakımından, temsil türlerinden, “doğrudan temsilin” öncelikle dikkate alınmasının doğru olacağı kanaatindeyiz⁵⁹. Doğrudan temsil, bu yetkiye sahip olan kişinin, başka bir kişinin adına ve hesabına, işlem yapabilmesi durumudur⁶⁰. Bu durumda yapılan hukuki işlemde doğan hak ve borçlar başka bir işleme gerek olmaksızın temsil olunan adına ve hesabına doğacaktır⁶¹.

Temsil ilişkisinde, borçlu, alacaklı kişiye karşı kendisi rehin tesis etme borcu altına girmeyip, üçüncü bir kişiye rehin tesis etmesi konusunda yetki vermektedir. Bu durumda sözleşme üçüncü kişi ile alacaklı arasında akdedilmekle birlikte, hak ve borçlar rehin verene ait olmaktadır. Üçüncü kişi durumundaki temsilcinin kendi borcu için alacaklıya güvence verip veremeyeceği daha açık bir ifadeyle temsil olunana ait bir ticari işletme üzerinde temsilcinin rehin tesis edip edemeyeceği akla gelebilecek sorular arasındadır. Bu durumda temsilcinin, kendi borcu için alacaklıya güvence sağlamaya yönelik yetkiye sahip olduğu özel olarak belirtilmedikçe, rehin kurma konusunda temsilcinin yetkisinin olmayacağı ifade edilebilir⁶².

56 O Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1.1, (2. Bası, Seçkin 2019) 582.

57 TBK m. 42/1; “... taraflar arasındaki hizmet, vekalet veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklıdır.”; Şener Akyol, Türk Medeni Hukukunda Temsil, (Vedat 2009) 157-160.

58 Bilgehan Çetiner, Taşınmaz Teminatı, (Filiz 2015) 53; Temsilcinin üçüncü bir kişinin borcu için, temsil olunan kişiye ait bir işletme üzerinde rehin hakkı kurabilmesi için vekaletnamede açık bir yetkinin olması gerekli görülmelidir; Çetiner, (n 58) 58.

59 Doğrudan temsil ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz; Murat İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, (On İki Levha 2009) 7 vd.

60 İnceoğlu, (n 59), 46-50; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (25. Bası, Beta 2014) 150-151; Eren, (n 38) 447; Antalya, C. V. 1.1, (n 56) 590; Haluk Nami Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Bası, Beta 2018) 134-135; Andreas Furrer, Markus Chen-Muller ve Bilgehan Çetiner, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (2. Bası, On İki Levha 2022) 269.

61 Reisoğlu, Borçlar Genel (n 60) 150-151; Eren, (n 38) 447; Antalya C. V. 1.1 (n 56) 590; Nomer (n 60) 134-135.

62 Çetiner, (n 58) 58; Tüzel kişinin organları ise, temsilci olmayıp, adına hareket ettikleri tüzel kişinin parçası olan ve kanunla belirlenen organlardır. Örneğin anonim şirketlerde temsil bakımından, rehin verme işleminin, işletmenin konusu dışında kaldığını düşündüğümüzde dahi, temsile yetkili kişiler, rehlin tesisine ilişkin bir işlem yaptığında, TTK m. 371/2 dışında anonim şirketi bağlayıcı olacaktır; Tüzel kişi organının temsilci olarak tanımlanması mümkün değildir. Zira organın irade beyanı zaten tüzel kişinin irade beyanı sayılmaktadır. TMK m. 50'ye göre; tüzel kişilerin iradelerini organları açıklamaktadır; Eren (n 38) 449; Nomer (n 60) 138; Furrer, Chen Muller ve Çetiner (n 60) 272; Bununla birlikte uygulamada bu ayrım önemli bir fark yaratmayıp, tüzel kişinin temsilinden bahsedilmektedir; Nomer (n 60) 138; Arkan,

Ticari işletmeye atanacak temsilcilerin; ticari temsilci ve ticari vekil olduğunu söyleyebiliriz. Ticari temsilci, ticari işletme sahibinin ticari işletmenin yönetilmesi ve işletilmesine yönelik işlemlerinde, işletme unvanını kullanarak, ticari işletme sahibini temsil etmek üzere atanmaktadır⁶³. Ticari temsilci, en geniş yetkili tacir yardımcısı olmakla birlikte, ticari işletmenin taşınmazlarını devredebilmesi ya da aynı hak ile sınırlandırabilmesi açıkça yetkili kılınmadıkça mümkün değildir (TBK m. 548/2). Dolayısıyla ticari temsilcinin ticari işletme üzerinde rehin tesisi için açık yetki gerekmektedir⁶⁴. Ticari işletmenin malvarlığına dahil sayılan taşınır varlıklar bakımından konuyu ele aldığımızda ise, kanaatimizce rehne konu varlıkların ticari işletme bakımından önemi dikkate alınmalıdır. Bir başka deyişle ticari temsilcinin münferit taşınır varlıklar üzerinde rehin kurma yetkisinin olduğu her koşulda kabul edilmemelidir⁶⁵. Örneğin; taşınır varlığın rehni ticari işletmenin akıbeti bakımından ağır sonuçlara neden olabilir. Somutlaştırmak gerekirse; rehne konu teşkil edecek taşınır varlık, ticari işletmenin üretimde kullandığı tek makine olabilir ve makinenin rehni halinde, ticari işletmenin ekonomik varlığını sürdürmesi mümkün dahi olmayabilir.

Ticari vekil ise, ticari temsilci yetkisi verilmeksizin, işletmenin yönetimi ve bazı işlerin yapılmasını sağlamak üzere, olağan işlerin görülmesi amacıyla yetkilendirilen kişi olup, ticari temsilciye göre ticari vekilin görev ve yetki kapsamı oldukça sınırlıdır⁶⁶. Ticari işletme rehni açısından baktığımızda, ticari temsilci için dahi özel yetkiyi aradığımız bu durumda ticari vekilin ticari işletmeyi rehnetmesi evleviyetle mümkün olmayacaktır⁶⁷.

C. REHİN KONUSU TAŞINIR VARLIĞIN EDİNİLMESİ

TİTRK'ye göre, taşınır mal üzerinde rehin tesis edilmiş olması, rehin verenin rehin konusu üzerindeki tasarrufunu engellemektedir. Dolayısıyla, rehne konu varlık bir başka kişi tarafından edinilebilecektir. Bununla birlikte, rehne konu varlığın devri halinde, tescile ihtiyaç duyulacaktır. Rehin konusu taşınır varlığın devrine ilişkin mevzuat düzenlemeleri, TİTRK m. 12/6 ve RTSY m. 22/3'te yer almaktadır. Sicile tescil, mevzuatta bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.

Ticari İşletme 2020 (n 16) 54. Kolektif ve komandit şirketlerde ise rehin hakkı kurulması olağanüstü iş kapsamında değerlendirilerek oy birliği şartı aranmıştır.

63 Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (23. Bası Turhan 2019) 605; Bozer ve Göle (n 16) 30; TBK m. 547/1'de, ticaret unvanını kullanacağı ve "ticari işletme sahibi" tarafından atanacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte TTK'nin m. 12 vd. hükümlerine bakıldığında, ticari işletme sahibinin tacir olmamasının gerekmediğine de rastlarız. Ticari işletme sahibinin tacir olmaması halinde, ticaret unvanı kullanımının nasıl olacağı konusunda, "ticari işletme sahibi" ifadesinin, gereken hallerde, "ticari işletme işleten kişi" olarak düşünülmesi önerilebilir; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan, Ticari İşletme 2015 (n 15) 731, dn. 7; Bozer ve Göle (n 16) 132.

64 Mülga TİTRK döneminde de ticari temsilci özel olarak yetkilendirilmedikçe ticari işletme üzerinde rehin kurulamayacağı yönündeki görüşler; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan, 2015, (n 15) 232; Arkan (n 50) 51.

65 Taşınır varlığın rehninin işletme için ağır sonuçlar doğurmayacak olması halinde mümkün olduğu yönünde; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan, Ticari İşletme 2019, (n 13) 207.

66 Bozer ve Göle, (n 16) 137-139.

67 Ticari vekilin yapacağı işlemlerde, özel yetkinin gerekip gerekmediği konusunda, ticari vekilin temsil olunan adına yapacağı işlemler bakımından, olağan iş kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyecek olması önemlidir. Rehin tesisi olağan iş akışı ve ticari faaliyet gereği olarak ele alınabilirse, ticari vekilin de taşınır varlıklar üzerinde rehin tesisinde bulunabileceği kabul edilebilir ancak bu tür bir yoruma gidilmesi çok da kolay olmayacaktır.

Rehne konu taşınır varlığın edinilmesi halinde kuşkusuz ki devralan mevzuatta belirtilen taraf sıfatını taşıyacak kişiler kapsamında yer almayabilir⁶⁸. Daha önce de belirttiğimiz üzere, rehin veren kişi mevzuatta belirtilen sıfatlardan birini taşımalıdır ancak rehin veren sıfatına ilişkin değerlendirmenin, rehlin kuruluş anına göre yapılması gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, rehne konu taşınır varlığı edinen kişi, mevzuatta sayılan kişilerden biri olmasa da devre engel bir durum teşkil etmemelidir.

IV. TİTRK KAPSAMINDA TARAFLARA VE ÖZELLİKLE REHİN VERENE İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLARIN ELE ALINMASI

A. BORCUN ÜSTLENİLMESİ DURUMUNUN ETKİSİNİN İNCELENMESİ

Borcun üstlenilmesi, borç ilişkisinden doğan borcun, üçüncü bir kişiye geçirilmesidir⁶⁹. Borç ilişkisinin pasif süjesi olan borçlu değişmektedir⁷⁰. Borcun üstlenilmesi halinde, borç hali hazırdaki durumu ile borcu üstlenen kişiye geçecektir. Borçlunun kişiliğine bağlı olan haller dışında, alacaklının alacağına bağlı hakları korunacaktır⁷¹. Alacak için doğan bir faiz, cezai şart ya da tazminat borçlu konumuna gelen yeni kişiye de ileri sürülebilecektir⁷². Teminatlar bakımından önemli olan husus ise, verilen teminatın niteliğidir. Şöyle ki; borçlu tarafından verilen taşınmaz rehni gibi teminatlar devam ederken, üçüncü kişinin verdiği rehin ya da kefilin sorumluluğunun akıbeti, borcun üstlenilmesine yazılı olarak gösterilecek rızaya bağlı olarak sürmektedir (TBK m. 198/2)⁷³. Üçüncü kişilerin verdiği rehlin rızaya bağlı olmasının gerekçesi ise, üçüncü kişilerin teminat verirken, borçlunun ödeme gücünü göz önüne almalarından kaynaklanmaktadır. Borçlunun değişmesi durumunda, borcu üstlenen borçlunun ödeme gücü, üçüncü kişi açısından aynı sonucu doğurmayabilir. Bir başka deyişle, üçüncü kişi, rehin verirken borçlunun ödeme gücünü, ifa kabiliyetini, kişisel yeteneklerini ve güvenilirliğini dikkate alarak teminat sağlamış olabilir ve borçlunun değişimi halinde bu hususlar değişiklik gösterebilir. Bu nedenledir ki, borcun üstlenilmesi halinde, rıza olmaksızın teminatın devam etmesi düşünülemez. Borcun üstlenilmesi bakımından verilen rıza, yazılılık geçerlilik şekline bağlanmıştır⁷⁴. Üçüncü kişinin rızasının bulunmaması halinde, alacaklı teminat amacıyla kendisine verilen rehne konu varlığı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olacak ve rehin hakkı sona erecektir.

68 Şit İmamoğlu, (n 16) 20; Göle ve Aydoğan, (n 12), 15; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan, Ticari İşletme 2019, (n 13) 206.

69 Reisoğlu, Borçlar Genel (n 60) 476-480; Nomer (n 60) 500-503; Furrer, Chen Muller ve Çetiner (n 60) 788-794.

70 Eren, (n 38) 1271.

71 Reisoğlu, Borçlar Genel (n 60) 478-479; Eren, (n 38) 1279-1280; Nomer, (n 60) 502; Furrer, Chen Muller ve Çetiner, (n 60) 793.

72 Von Tuhr Andreas ve Escher Arnold, Allgemeiner Teil Des Schweizerischen Obligationrechts, Bd. II, (1974), 392 vd; Eren (n 38) 1279; Furrer, Chen Muller ve Çetiner, (n 60) 793.

73 Reisoğlu, Borçlar Genel (n 60) 479; Eren (n 38) 1279; Nomer, (n 60) 502; Furrer, Chen Muller ve Çetiner, (n 60) 793.

74 Eugen Bucher, Berner Kommentar, Bd.I Einleitung und Personenrecht, 1. Teilband; Die natürlichen Personen (Art. 11-26 ZGB), (1976) 586; Eren, (n 38) 579; Eski Borçlar Kanunu döneminde verilecek rızanın şekline ilişkin Kanunda yer alan bir ifade olmadığından açıklık bulunmamaktaydı.

Belirtmemiz gerekir ki, her türlü teminat üçüncü kişinin rızasına tabi değildir. İnşaatçı ipoteği gibi kanundan doğan rehin hakları, üçüncü kişinin rızası aranmaksızın devam etmektedir⁷⁵.

B. HALEFİYET DURUMUNUN ETKİSİNİN İNCELENMESİ

Halefiyet, üçüncü bir kişinin borçlunun edimini, alacaklıya ifa etmek yoluyla, tatmin ettiği ölçüde alacaklının yerine geçmesi, borç ilişkisinden doğan asli ve fer'i hakların halefi olması durumudur⁷⁶. TBK m. 127/1'e göre; alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir aynı hakkı bulunduğu takdirde alacaklının haklarına halef olur. Bu durumda üçüncü kişinin ifada bulunma gibi yükümlülüğü olmamakla birlikte, kendi yararını düşünerek, rehne konu olan varlığın satışına engel olarak, rehinden kurtarma amacı taşıdığı düşünülebilir⁷⁷. Borcu ifa eden üçüncü kişi, alacaklının yerine geçerek, borçlunun alacaklısı konumuna gelecek ve rehin alacaklısına halef olacaktır.

TİTRK bakımından değerlendirdiğimizde, TİTRK m. 3'te belirtilen kişiler arasında yer almayan bir borçlu için, TİTRK m. 3'te yer alan kişilerden birinin rehin vermesi durumunda, TİTRK m. 18'de TMK'nin taşınmaz rehni hükümlerine yollama yaptığından, TMK m. 884 ve 914 hükümlerinin uygulanması ile halefiyete bağlı şekilde, malik lehine rehin hakkının devam edeceği de kabul edilebilecek ve TMK'nin ilgili hükümleri olan m. 884, 914 çerçevesinde de borçlu rehin ilişkisi içinde yer alacaktır⁷⁸.

C. BORCUN SONA ERME HALLERİNDEN BİRİ OLAN BİRLEŞME DURUMUNUN ETKİSİNİN İNCELENMESİ

Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi, kişinin aynı borcun hem alacaklısı hem de borçlusu olması halidir⁷⁹. Birleşme borcun sona erme hallerinden olup, bu durumda borç ve borca bağlı kefalet, rehin gibi haklar sona ermektedir⁸⁰. Üçüncü kişi için, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, alacak üzerindeki mevcut rehni etkilemez ve rehin devam eder⁸¹. Alacak üzerindeki rehin hakkının kazanılması da alacaklı ve borçlu sıfatı birleşmesine neden olmaz⁸².

75 Bedia Güleş, Türk Hukukunda Yapı İpoteği, (Yetkin 2018) 45 vd; Furrer, Chen Muller ve Çetiner, (n 60) 793.

76 Bucher, (n 74) 575; Von Tuhr ve Escher (n 72) 28, Eren, (n 38) 957; Antalya, C. V. 1.3, (n 38) 59.

77 Eren, (n 38) 959.

78 O Gökhan Antalya ve Faruk Acar, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni (3. Bası, Aristo 2020) 44-45; TİTRK döneminde, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda taşınır rehni hükümlerine yollama yapıldığından, rehne konu olabilecek varlıklar üzerinde kurulan rehinler bakımından da aynı açıklamaların geçerli olacağına ilişkin bir düzenleme olmadığından, "hiç kimse mülkiyet hakkı sahibi olduğu nesne üzerinde diğer bir aynı hakka sahip olamaz" (konsolidation) kuralının uygulama alanı bulacağı ve üçüncü kişinin rehin vermesi halinde rehin hakkının sona ereceği kabul edilebilirdi; Antalya ve Acar, (n 3) 31.

79 Öz, Borçlar Genel, (n 38) 547; Reisoğlu, Borçlar Genel, (n 60) 409; Eren, (n 38) 297, Von Tuhr ve Escher (n 72) 186; Nomer (n 60) 430; Furrer, Chen Muller ve Çetiner (n 60) 739.

80 Öz, Borçlar Genel, (n 38) 547; Reisoğlu, Borçlar Genel, (n 60) 409; Nomer (n 60) 430-431; Furrer, Chen Muller ve Çetiner (n 60) 739.

81 Von Tuhr ve Escher (n 72) 186, 188 vd; Reisoğlu, Borçlar Genel, (n 60) 409; Nomer (n 60) 430-431; 739.

82 Eren, (n 38) 1299.

TBK m. 135 /III, taşınmaz rehnini istisna olarak öngörmüştür. Bu durumda akla gelen ise, TİTRK'nin TMK'nin taşınmaz rehnine yaptığı yollama olduğu ve bu kapsamda ticari işlemlerde taşınır rehni kanununa göre tesis edilecek rehin hakları için de istisna teşkil edip etmeyeceğidir. Gayrimenkul rehninin saklı tutulan hükümleri, Medeni Kanun'un ipotekli borç senedine ve irat senedine yönelik TMK m. 918 ve TMK m. 919 hükümleridir. Dolayısıyla, birleşmeye ilişkin hükümlere yönelik olarak ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından bir istisna olduğu sonucuna ulaşılamayacaktır. Ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından bir istisna öngörülmemesinin bu yönde yapılacak yorumu kuvvetlendirdiği kanaatindeyiz. Örneğin, TTK'nin ilgili hükümlerinde gemi ipoteği bakımından birleşmeye ilişkin düzenlemelere yer verildiğine rastlıyoruz. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesinin alacağın ödenmesi hükmünde olduğu (TTK m. 1044/2), gemi ipoteği ile mülkiyetin aynı kişide birleşmesi ile ipoteğin düşeceği; borçlu, gemi malikinden başka bir kişi olduğu veya alacak üzerinde bir rehin veya intifa hakkı bulunduğu takdirde ipoteğin devam edeceği, gemi malikinin alacaklı sıfatı ile geminin paraya çevrilmesini isteyebileceği ve faiz alacakları için geminin teminat oluşturmayacağı (TTK m. 1045) özel olarak düzenlenmiştir.

D. TOPLU REHİN VE PAYLI REHİN DURUMUNUN ETKİSİNİN İNCELENMESİ

TİTRK m. 5/6, rehin hakkının bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen varlıklardan biri veya birden fazlası üzerinde kurulabileceğini düzenlemektedir. Toplu rehin (müteselsil rehin/kollektif rehin/müşterek rehin/ortak rehin) olarak adlandırabileceğimiz, birden çok taşınır üzerinde güvence bölünmeksizin rehin verilmesi durumu TİTRK'de özel olarak düzenlenmemiştir. Bu halde TMK m. 855/1 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla çözüme gidilmesi beklenir. Zira TİTRK m. 18; “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, 4721 sayılı Kanunun taşınmaz rehnine ilişkin hükümleri uygulanır” şeklindedir⁸³. Bu nedenle taşınırlar bakımından toplu rehne ilişkin yapacağımız açıklamalar hakkında, taşınmazlara ilişkin ilgili hüküm ve açıklamalardan faydalanmak gerekir. Buna göre; güvence verilen aynı borç olmalı, taşınırlar aynı şahsa ya da müteselsil borçlulara ait olmalı ve taraflarda rehin kurma iradesi bulunmalıdır⁸⁴.

TİTRK m. 4/1'de belirtildiği üzere, rehin hakkı rehin sözleşmesinin Sicil'e tescili ile doğacaktır. Toplu rehni kurulması şartları bulunduğu takdirde, Rehinli Taşınır Sicili'ne tescil ile rehin tesis edilecektir.

83 TMK m. 855/1; “Birden çok taşınmazın aynı borç için rehnedilmesi, taşınmazların aynı malike veya borçtan müteselsilen sorumlu olan maliklere ait olmalarına bağlıdır” hükmü kapsamında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz; Çetiner (n 58) 99-205; Tolga Özer, Taşınmazların Birlikte Rehni (Aynı Alacağı Teminat Altına Almak İçin Birden Fazla Taşınmaz Rehni), (Filiz 2015), 14 vd; Tülay Aydın-Ünver, “Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Toplu Rehin Kurulması”, iç Tufan Öğüz ve Baki İlkay Engin (edr), Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. I, Eşya Hukuku, 20 Ekim 2016, (On İki Levha 2017) 85-102; Fahri Erdem Kaşak ve İpek Güvenç, “Taşınmazların Birlikte Rehni (TMK m. 855)”, (2019), 23 (1), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61-92; Faruk Acar, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, (2. Bası, Vedat 2017) 250-261; Bahar Öcal Apaydın, “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Aynı Alacağı Teminat Teşkil Etmek Üzere Birden Çok Taşınırın Rehin Hakkına Konu Olması”, (2020), 11 (1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 277-278; Nomer ve Ergüne, (n 2), 341-344; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 21) 1035-1038.

84 Özer, (n 83) 28-29; Acar, Rehin Hukuku, (n 1) 54; Taraf iradeleri açık ya da örtülü şekilde, toplu rehin kurulması yönünde olmadıkça, paylı rehin kurulmasını istedikleri kabul edilmelidir; Çetiner, (n 58) 204; Toplu rehin kurma iradelerinin açık şekilde ortaya koyulmasının gerekliliği öğretide tartışmalıdır. Kanaatimizce iradenin açık bir şekilde ortaya konulması gerekmemelidir; Çetiner, (n 58) 204; Aydın Ünver, (n 83) 95; Acar, Belirlilik (n 83) 253.

Şartların bulunmaması halinde ise yapılan rehin sözleşmesi geçersiz sayılmalıdır. TİTRK m. 4/6.b'ye göre; borcun konusu, borcun miktarı, borcun miktarı belirli değilse rehnin ne miktar için güvence teşkil ettiği, ödenecek para cinsi ve rehnin azami miktarı rehin sözleşmesinde belirtilmelidir. Hükümde de görüldüğü üzere, taşınır varlığın değerinin ne olduğu rehin işlemi esnasında aranmamakta ve toplu rehin halinde başlangıçta bir değer tespiti yapılması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Zira ne TİTRK ne de TRVY hükümlerinde ilgili bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Birden fazla taşınır varlık üzerinde rehin aynı borç için güvence teşkil edecek olup, sözleşmede teminat kapsamına ilişkin bir belirleme yapılabilir ya da belirleme yapılmamışsa, taşınır varlıkların tamamı, alacağın tümünü teminat altına alır ve borcun tamamı ödenmediği sürece, birden çok taşınır üzerinde rehin varlığını sürdürür⁸⁵.

Toplu rehinde hakim görüş; birden fazla taşınır üzerinde tek rehin hakkı kurulduğu yönündedir⁸⁶. Bununla birlikte aynı malike ait taşınırların toplu rehni açısından, aynı borç için birden fazla taşınır rehnedilirken, müteselsil borçlulara ait taşınırların toplu rehinde, her borçlu kendi borcu için taşınırı rehnetmekte ve dolayısıyla da birbirinden farklı alacaklar güvence altına alınmakta ve rehin hakkı kurulan taşınırlar da farklı olmaktadır⁸⁷. Bu açıklamalar doğrultusunda tek bir alacak hakkının varlığından bahsetmek ise oldukça güç olacaktır. Toplu rehinde birden çok taşınır rehni kurulmuş kabul edilmesi kanaatimizce daha yerinde olacaktır⁸⁸.

Toplu rehin bakımından, rehin sözleşmesi taraflarına baktığımızda, rehin veren tarafın rehin yükü kurulacak varlıklara sahip olan birden fazla kişi, rehin alacaklısının ise, belirli ve tek bir kişi olması beklenir. Birden fazla kişinin rehin alacaklısı olarak kabulü, bu kişilerin tamamının tek bir kişi olarak görülmesi halinde mümkün olacaktır⁸⁹. Teminat yükü bölünmeksizin rehin hakkı tesisinde, TİTRK m. 3'te belirtilen taraflara ilişkin sınırlamaların toplu rehin bakımından da uygulanması gerektiğini söyleyebiliriz. Rehne konu taşınır varlıklar aynı kişi ya da farklı kişilere ait olması da bu durumu değiştirmemelidir. Müteselsil borçlular olduğu takdirde, her bir borçlu taraf sıfatıyla rehin sözleşmesinde yer almalıdır⁹⁰. Teminat altına alınan alacağın borçlusunu dışındaki bir üçüncü kişinin, rehin veren sıfatıyla rehin sözleşmesine taraf olması da mümkün olacaktır⁹¹.

Toplu rehin kurulmasına imkan sağlayan durumlardan birisi bulunsa dahi, taraflar toplu rehin yerine teminat yükünü taşınırlar arasında paylaştırarak rehin hakkı kurulabilecektir⁹². Paylı rehinde,

85 Saibe Oktay Özdemir, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Üzerinde Rehin Hakkı Kurulabilecek Ticari İşletmeler Dışındaki Taşınır Varlıklar", iç Prof. Dr. Lale Sirmen ve Doç. Dr. A. Barış Özbilen (edr), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Yetkin 2018) 83.

86 Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, Sınırlı Aynı Haklar, (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1983) 291; Erden Kuntalp, "Aynı Alacak İçin Birden Çok Taşınmazın Rehni", (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 1998), (Yiğit Okur'a Armağan) 270-271; İlhan Helvacı, "Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı", (On İki Levha 2008) 213; Sirmen, Eşya Hukuku (n 1) 587.

87 Nomer ve Ergüne, (n 1) 342.

88 Acar, Rehin Hukuku (n 1) 54; Acar, Belirlilik (n 83) 251 vd; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 21) 1036.

89 Özer, (n 83) 34.

90 Öcal Apaydın, (n 83) 277.

91 Kaşak ve Güvenç, (n 83) 69.

92 Nomer ve Ergüne, (n 2) 342-343; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, (n 21) 1035-1038.

birden çok taşınır üzerinde kurulan tek bir rehin hakkı vardır ve rehin yükü taşınır arasında paylaştırılmaktadır⁹³. Hem paylı rehin hem de toplu rehinde, rehlin paraya çevrilmesi talebi, taşınırın tamamı üzerinde yapılacaktır. (TMK m. 873/3'e kıyasen), Toplu rehinde hangi taşınırın paraya çevrileceği hususunda bir kural öngörülmemiştir. Menfaatlerin göz önüne alınarak, bedeli en yüksek olan taşınır ile başlanması yerine, rehinli taşınır arasında değere göre yapılacak paylaşım yerinde olabilir⁹⁴.

SONUÇ

TİTRK, teslimsiz taşınır rehni hakkının güvence kullanımının yaygınlaştırılması ve finansal erişimin kolaylaştırılması amacıyla yola çıkmıştır. Bu amaçlar doğrultusunda, rehin sözleşmesine taraf olacak kişiler bakımından da değişiklik yapılarak, TİTRK'e göre daha geniş bir çerçeve çizilmiştir. Tarafların genişletilmesi yoluyla ticari ilişkilerin geliştirilip güçlenmesinin hedeflendiği söylenebilir. Bununla birlikte geniş bir taraf listesine sahip olan Kanun'un, hatır rehni, tefecilik, tarafların ödeme kabiliyetine ilişkin riskin ticari hayattaki ödemeler dengesini etkileyebilecek olması ihtimallerine yönelik endişelere tam olarak cevap veremediği söylenebilir. Bahsettiğimiz hususlar çerçevesinde mevzuat düzenlemeleri yoluyla tedbirlerin artırılması bu bakımdan önem arz etmektedir.

Ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesi tarafları, hem ulusal mevzuat olarak Kanun ve Yönetmelik içerisinde hem de uluslararası mevzuat bakımından mehzaz nitelikteki UNCITRAL Model Kanun'da yer bulmuştur. Kapsam olarak ise, TİTRK'de yer alan taraflara yönelik sınırlı sayı ilkesine tabi düzenlemenin, ikincil mevzuatta daha ayrıntılı hale getirildiğini söyleyebiliriz. Şöyle ki; TİTRK m. 4'te rehin sözleşmesi taraflarına genel olarak yer verilirken, TRKY m. 10'da rehin alacaklısı ve rehin veren sıfatını kazanarak, rehin sözleşmesine taraf olabilecek kişiler özellikle düzenlenmiştir. UNCITRAL Model Kanun'da ise, ulusal mevzuatta yer aldığı gibi bir sınırlandırmaya yer verilmemekte ve taraflar bakımından geniş bir yelpaze bulunmaktadır. Çalışmamızda özellikle ele aldığımız borçlu dışında bir (üçüncü) kişinin rehin vermesi bahsi ise gerek ulusal gerekse uluslararası mevzuatta hemen hemen aynı düzenlemelerle paralellik göstermektedir.

Rehin sözleşmesi, rehin hakkını tesis etmek amacıyla rehin veren ile alacaklı arasında imzalanarak kurulmaktadır. Üçüncü kişilerin taşınır rehni ile ilgili hususlar hakkında bilgi sahibi olmaları ise TARES vasıtasıyla sağlanmaktadır. Rehin sözleşmesi taraflarından olan rehin veren, kural olarak borçlu kişi olmakla birlikte, borçlu ile rehin verenin aynı kişi olmadığı durumlara da rastlanabilmektedir. Borçlu ve rehin verenin aynı kişi olmaması, temel borç ilişkisi ile teminat ilişkisinin farklı olabilmesi ihtimalinden ileri gelmektedir. Bahsi geçen husus beraberinde, mevzuatta

93 Çetiner, (n 58) 205; TMK m. 855/2; "Aynı alacak için birden çok taşınmazın rehnedildiği diğer hâllerde, her taşınmazın alacağın ne miktarı için güvence oluşturduğu rehin kurulurken belirtilir".

94 Kuntalp, (n 86) 290 vd; Nomer ve Ergüne (n 2) 343-344; Öcal Apaydın, teminat yükü bölünmek suretiyle kurulan rehinde, teminat yükünün ne şekilde bölüneceği taraflarca kararlaştırılmadıysa, sicil yetkilisinin bu eksikliğin giderilmesini taraflardan talep etmesi gerektiğini ileri sürmektedir; Öcal Apaydın (n 83) 279. Yazarın bu görüşüne katılmıyor ve sicil yetkilisinin görevleri kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve açıklamalarımız doğrultusunda çözüme ulaşılmasını yerinde buluyoruz.

yer alan taraflara ilişkin sınırlandırmanın, borçlu dışında üçüncü kişinin rehin verdiği hallerde de geçerli olup olmayacağı sorusunu akla getirmektedir. Kanaatimizce, rehin verenin borçlu dışında bir (üçüncü) kişi olduğu hallerde TİTRK'de belirtilen taraf sınırlamalarına tabi olması beklenir. Zira bu durumda taraf sıfatını kazanmış olacaktır. Borçlu ise, rehin sözleşmesi tarafı olmadığından mevzuat hükmünde yer alan sınırlandırmalara göre değerlendirilmeyecektir. Rehlin hakkı tesisi sonrasında taraf sıfatı değişikliği de meydana gelebilir. Bu değişiklikler iradi ya da irade dışı çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Ölüm halinde mirasçılardan rehin veren sıfatını kazanması, taşınırın bir başka kişi tarafından edinilmesi, temsil yetkisi verilerek bir başka kişinin rehin veren sıfatını elde etmesi rehin sözleşmesinin taraflarına yönelik değişiklikler olarak karşımıza çıkmaktadır. Rehlin sözleşmesinin taraflarına yönelik yapacağımız değerlendirmelerde rehin ilişkisinin kurulduğu anı esas almamız gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, değişikliklerin sözleşme ve rehin hakkı üzerinde etki etmeyeceğini düşünmekteyiz. Rehlin verenin ya da işlem yapanın borçlu dışında bir üçüncü kişi olması halinde bazı özel durumların varlığı da tarafları ilgilendirmektedir. Borcun üstlenilmesi, halefiyet, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, toplu rehin akla gelebilecek örneklerden bazılarıdır. Bu gibi durumlarda taraflara yönelik etki, kimi zaman TİTRK, kimi zaman TBK, kimi zaman ise TMK yoluyla incelenmekte ve çözüm sağlanmaktadır. Son olarak belirtebiliriz ki, çalışmamız içerisinde temellendirerek açıklamış olduğumuz gibi, yoruma açık ya da eksik olan hususlarda mevzuat hükmü düzenlemelerinin yapılması ve net ifadelerin bulunması kanun sistematığı ve hukuk güvenliği bakımından daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar F, Rehlin Hukuku Dersleri, (2. Bası, Vedat 2017).
- Acar F, Rehlin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, (2. Bası, Vedat 2017).
- Akipek Öcal, Ş, "Taşınır Rehni Sözleşmeleri ve Sözleşmelerde Şekil", (2017), 5 (1), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 81-92.
- Aksoy MA, "Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'nin Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi", (2018), 76 (1), 53-90.
- Akyol Ş, Türk Medeni Hukukunda Temsil, (Vedat 2009).
- Antalya OG, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1.1 (2. Bası, Seçkin 2019).
- Antalya OG, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1.3 (2. Bası, Seçkin 2019).
- Antalya OG ve Acar F, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, (2. Bası, Aristo 2017).
- Antalya OG ve Acar F, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, (3. Bası, Aristo 2020).
- Antmen A, Ticari İşletme Rehni, (Yetkin 2001).
- Arkan S, Ticari İşletme Hukuku, (16. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2015).
- Arkan S, Ticari İşletme Hukuku, (26. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2020).
- Arkan S, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Ticari İşletme Rehni", iç Prof. Dr. Lale Sirmen ve Doç. Dr. A. Barış Özbilen (edr), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Yetkin 2018) 141-157.
- Aydın-Ünver T, "Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Toplu Rehlin Kurulması", iç Tufan Ögüz ve Baki İlkyay Engin (edr), Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. I, Eşya Hukuku, 20 Ekim 2016, (On İki Levha 2017) 85-102.
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, (Yetkin 2020).

- Aytaç Z, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kapsamında Taraflar”, ”Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Düzenleniş Biçimi, Niteliği, Rehne Hakim Olan İlkeler”, iç Prof. Dr. Lale Sirmen ve Doç. Dr. A. Barış Özbilen (edr), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Yetkin 2018), 85-114.
- Baydak E, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, (On İki Levha 2018).
- Bayezit F, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehni Sözleşmesi ve Hükümleri (On İki Levha 2019).
- Bazinas S, “The UNCITRAL Draft Legislative Guide on Secured Transactions”, (2005), 10 (1-2), Uniform Law Review, 141-154.
- Bozer A ve Göle C, Ticari İşletme Hukuku, (6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2020).
- Çamurcu E, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesinin Tarafları”, (2017), 21 (3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 201-234.
- Çetiner B, Taşınmaz Teminatı, (Filiz 2015).
- Duran A, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesi Taraflarının Hak ve Yükümlülükleri”, (2016), 4 (2), Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 103-118.
- Ergüne MS, Hukukumuzda Taşınır Rehninin Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, (2. Bası, Filiz 2020).
- Ertaş Ş, “Ticari İşletme Rehni”, (2005), 7 (Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağan, 39-50.
- Ertaş Ş, “Tescilli Taşınır Rehinleri”, (2019), 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi (Prof. Dr. Aydın Zevkiler’e Armağan), 1155-1183.
- Erten A, Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, (Bankacılık Enstitüsü 2001).
- Furrer A, Chen-Muller M ve Çetiner B, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (2. Bası, On İki Levha 2022).
- Göle C ve Aydoğan G, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, (2017), 33 (1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 5-54.
- Güleş B, Türk Hukukunda Yapı İpoteği, (Yetkin 2018).
- Hamamcıoğlu E ve Karamanlıoğlu A, “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na İlişkin Bazı Tespitler”, (2016), 13 (2), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 95-138.
- Helvacı İ, “Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı”, (On İki Levha 2008).
- İnceoğlu M, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, (On İki Levha 2009).
- Karakuş Erbaş B, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni ve Rehni Alacaklısının Korunması, (Seçkin 2018).
- Kaşak FE ve Güvenç İ, “Taşınmazların Birlikte Rehni (TMK m. 855)”, (2019), 23 (1), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61-92.
- Kayıklık A, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun “Ticari İşlem” Kıstası ve Taraf Bakımından Uygulama Alanı, (2021), 23 (2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1511-1542.
- Kılıçoğlu A, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Turhan 2019).
- Köprülü B ve Kaneti S, Sınırlı Aynî Haklar, (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1983).
- Kuntalp E, “Aynı Alacak İçin Birden Çok Taşınmazın Rehni”, (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 1998), (Yiğit Okur’a Armağan) 265-293.
- Makaracı Başak A, Taşınır Rehni Sözleşmesi, (On İki Levha 2014).
- Nomer HN ve Ergüne MS, Eşya Hukuku, (8. Bası, On İki Levha 2020).
- Oğuz S, “Ticari İşlemlerde Teslimsiz Tescilli Taşınır Rehni, (2017), 100, Bankacılar Dergisi, 3-31.
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku, (23. Bası, Filiz 2021).

- Oktay Özdemir S, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Üzerinde Rehin Hakkı Kurulabilecek Ticari İşletmeler Dışındaki Taşınır Varlıklar", iç Prof. Dr. Lale Sirmen ve Doç. Dr. A. Barış Özbilen (edr), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Yetkin 2018) 53-83.
- Oral B, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, (Adalet 2019).
- Öcal Apaydın B, "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Aynı Alacağa Teminat Teşkil Etmek Üzere Birden Çok Taşınırın Rehin Hakkına Konu Olması", (2020), 11 (1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 271-286.
- Öz MT, Borçlar Genel Hukuku, C.1 (Vedat, 2015).
- Öz T, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, (2017), 16 (2-3), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 151-186.
- Özer T, Taşınmazların Birlikte Rehni (Aynı Alacağı Teminat Altına Almak İçin Birden Fazla Taşınmaz Rehni), (Filiz 2015).
- Poroy R, Yasaman H, Ticari İşletme Hukuku, (Vedat, 2019).
- Reisoğlu S, "Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme", (2003), 47, Bankacılar Dergisi, 107-121.
- Reisoğlu S, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (25. Bası, Beta 2014).
- Sirmen L, Eşya Hukuku (5. Bası, Yetkin 2017).
- Sirmen L, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehininin Düzenleniş Biçimi, Niteliği, Rehne Hakim Olan İlkeler", iç Prof. Dr. Lale Sirmen ve Doç. Dr. A. Barış Özbilen (edr), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Yetkin 2018).
- Şener OH, Ticari İşletme Hukuku (Seçkin 2020).
- Şenocak K, Kahraman Z, Tuncer Kazancı İ ve Öcal Apaydın B, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, (Yetkin 2019).
- Şit İmamoğlu B, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017).
- Teoman Ö, "Tacir Ticari İşletmesini Üçüncü Bir Kişinin Borcunun Güvencesi Olarak Rehnedebilir mi?", iç Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, (Vedat 2007), 79-87.
- Uyumaz A ve Türk C, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Düşünceler", (2017), 25 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı), (2019), 1416-1456.
- Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A, Kaya A ve Nomer Ertan F, Ticari İşletme Hukuku, (4. Bası, On İki Levha 2015).
- Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A, Kaya A ve Nomer Ertan F, Ticari İşletme Hukuku, (6. Bası, Vedat 2019).
- Von Tuhr A ve Escher A, Allgemeiner Teil Des Schweizerischen Obligationrechts, Bd. II, (1974).
- Yatağan Özkan, Ç, "Ticari İşletme Rehninde Yeni Sorunlar: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu", Erhan Temel ve Çiğdem Kırca (edr.), Türk ve Alman Özel Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, (2020) 212-251.
- Zobl D, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, Zweite Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Fünfte Teil: Das Fahrnispfand, (1996).
- Çevrimiçi Kaynaklar**
- Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Tasarısı (1/753) ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu (Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayısı 418) < <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss418.pdf> > erişim tarihi: 3 Mart 2021.
- UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions < https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670_ebook-guide_09-04-10english.pdf > accessed 03 March 2023.

The UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, < [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media – documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media/documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf) > accessed 03 March 2023.

Yüklenicinin Süre Uzatım ve Ek Ödeme Taleplerine İlişkin FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. Maddede Öngörülen 28 Günlük Süre Sınırlamasının Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of the 28-Day Period to the Contractor's Requests for an
Extension of Time and Additional Payment Under Article 20/2 in the
FIDIC Red Book Regarding with Respect to the Standard Terms in the
Turkish Code of Obligations

Battal ŞENER* 

ÖZ

Yerel ve uluslararası inşaat ve mühendislik faaliyetlerinde kullanılmak üzere çeşitli kurum ve kuruluşlar tarafından hazırlanmış çok sayıda tip sözleşme bulunmakta olup, bunlar içerisinde en çok tercih edileni, temel kitap niteliğinde olan FIDIC Kırmızı Kitaptır. FIDIC Kırmızı Kitap'ta yüklenicinin süre uzatımı ve ek ödeme taleplerine ilişkin izlenmesi gerekli yol 20/2. maddede ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup buna göre, yüklenicinin süre uzatımına ve ek ödeme yapılmasına sebep olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre içerisinde süre uzatımı ve ek ödeme talebinde bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde iş bu 28 günlük süre bir hak düşürücü süre niteliğinde olması sebebiyle yapılan bildirim geçersiz olacaktır. Ancak Kırmızı Kitap dahil FIDIC sözleşmeleri, emredici uluslararası hukuk kuralı niteliğinde olmayıp, birer özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olmaları nedeniyle, sözleşme hükümlerinin, sözleşmeye uygulanacak hukukunun emredici kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, söz konusu sözleşme hükümleri geçersiz sayılacaklardır. Bu kapsamda bizim de içerisinde yer aldığımız Kıta Avrupası Hukuk Sistemine tabi birtakım hukukçular tarafından iş bu 28 günlük sürenin, taraflar arasında müzakere konusu yapılmamış bir genel işlem koşulu niteliğinde olduğu gerekçesiyle geçersizliğine karar verilebileceği ifade edilmektedir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler dikkate alındığında, söz konusu görüşün kabulü mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: FIDIC Kırmızı Kitap, Süre Uzatımı, Ek Ödeme, Genel İşlem Koşulu, İnşaat Sözleşmesi

* Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Doktora Programı öğrencisi.
ORCID: 0000-0002-4393-7456.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Battal ŞENER

E-posta/E-mail: battalsener@hotmail.com

Geliş Tarihi/Received: 10.03.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 19.05.2023

ABSTRACT

There are lots of standard contracts drawn up by various institutions and organizations to be used in domestic and international construction and engineering projects, and the most preferred among them is the FIDIC Red Book, which is the main book. The way to be followed regarding the contractor's extension of time and additional payment requests is under Article 20/2 of the FIDIC Red Book. It is regulated in detail in the article and accordingly, the contractor has to request an extension of time and additional payment within 28 days from the date which the contractor becomes aware of or should have become aware of the event or circumstance causing the extension of time and additional payment. Otherwise, the notification will be invalid because this 28-day period is a condition precedent. However, since FIDIC contracts, including the Red Book, are not mandatory international law rules, but are private law contracts, the contract's provisions should not be contrary to the mandatory rules of the law to be applied to the contract. If not, the provisions of the contract will be invalid. In this context, it is stated by some Civil Law scholars, of which we are a part, that this 28-day period may be declared invalid on the grounds that it is a standard term condition that has not been negotiated between the parties. However, considering the provisions regarding the standard terms in the Turkish Code of Obligations, it is not possible to accept this opinion.

Keywords: FIDIC Red Book, Extension of Time, Additional Payment, Standard Terms, Construction Contract.

GİRİŞ

Günümüzde, yerel ve uluslararası inşaat ve mühendislik projelerinde kullanılmak üzere farklı kurum ve kuruluşlar tarafından hazırlanmış çeşitli tip sözleşmeler bulunmakta olup, bunlar içerisinde profesyonellerce en çok tercih edileni kısaca FIDIC olarak bilinen “*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*” daha sonraki adıyla “*International Federation of Consulting Engineers*” tarafından hazırlanan tip sözleşmelerdir.¹ FIDIC sözleşmeleri içerisinde ise en çok Kırmızı Kitap olarak bilinen “*İş Sahibi Tarafından Tasarlanmış Mühendislik İşleri ve İnşaat Sözleşmesi Şartları (Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer)*” tercih edilmektedir.²

- 1 Tunay Köksal, *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (Adalet 2009) 96-97; H Akif Karaca, ‘Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından FIDIC Sözleşme Şartlarının ve MÖHUK m. 24/4’te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi’, (2016) 22(3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1483, 1485; Nuray Ekşi, ‘FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar’ iç Emrehan İnal ve Başak Baysal (edr), *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, (Oniki Levha 2017) 182-183; Nuray Ekşi, ‘FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar’ iç Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süzel ve Elliott Geisinger (edr), *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I*, (2. Bası Oniki Levha 2018) 60; S. Aslı Budak, ‘Türk Eser Sözleşmesi Hukuku Işığında FIDIC Sözleşmeleri’ iç Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süzel ve Elliott Geisinger (edr), *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I*, (2. Bası Oniki Levha 2018) 89; Claus H Lenz, ‘Procedures for Contractors’ and Employers’ Claims and Pitfalls – In Particular Under FIDIC Contracts -’ iç Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süzel ve Elliott Geisinger (edr), *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I*, (2. Bası Oniki Levha 2018) 240.
- 2 Christopher R Seppala, ‘The Pre-Arbitral Procedure of the Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Condition of Contract’, (1987) (6) *International Business Law Journal* 579, 580; David Kershaw, ‘Qualifications of Arbitrators in A “Disruption” Dispute Under FIDIC’, (1989) (55) *The International Journal of Arbitration, Mediation and*

Bir inşaat ve mühendislik sözleşmesi kapsamında yüklenicinin temel yükümlülüğü, belirlenen işin tamamını sözleşme ve eklerine uygun olarak, belirlenen kalite, maliyet ve süre içerisinde bitirmektir.³ İş sahibinin temel yükümlülüğü ise sözleşme bedelini süresi içerisinde ödemektir. Aksi takdirde sözleşme ihlal edilmiş olacaktır.

İnşaat ve mühendislik işleri ile alakalı yükleniciler tarafından yapılan uyuşmazlık başvuruları incelendiğinde en çok süre uzatımı ve ek ödeme talepleriyle ilgili uyuşmazlık başvurusu yapıldığı görülmektedir. FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. maddede yüklenicinin süre uzatımı ve ek ödeme taleplerine ilişkin izlemesi gerekli yol ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak FIDIC sözleşmeleri birer özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olmaları sebebiyle sözleşme hükümlerinin, sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu hükümler geçersiz sayılıp uygulanacak hukukun emredici hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.⁴

FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. maddesi kapsamında yüklenicinin süre uzatımı ya da ek ödeme talebinde bulunabilmesi için, söz konusu talebini, buna sebep olan olay ya da durumu öğrendiği ya da öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre içerisinde mühendise buna dair yazılı bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu başvuru geçersiz sayılacaktır.⁵ Ancak FIDIC sözleşmelerinin birer standart/tip sözleşme, sözleşme hükümlerinin de birer genel işlem koşulu niteliğinde olmaları sebebiyle Kıta Avrupası Hukuk Sistemi bakımından FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. maddede öngörülen iş bu 28 günlük hak düşürücü sürenin, taraflar arasında müzakere konusu yapılmamış bir genel işlem koşulu olarak nitelendirilerek geçersizliğine karar verilebileceği yönünde doktrinde birtakım görüşler bulunmaktadır.⁶

Dispute Management 123, 125; Christopher R Seppala, 'International Construction Contract Disputes; Commentary on ICC Awards Dealing With The FIDIC International Condition of Contract', (1999) (6) International Business Law Journal 700, 700; Donald Charrett, 'The Commercial Value of Dispute Boards under FIDIC Contracts' (2015) 1(3) The Turkish Commercial Review 205, 205; Cahit Ağaoglu, 'FIDIC Kuralları Çerçevesinde Yürütülen Tahkim Yargulamalarında Türk ve Yabancı İnşaat Firmalarının Karşılaştığı Sorunlar' iç Selahattin Sarı, Alp H Gencer ve Batuhan Tufaner (edr), *International Conference on Eurasian Economies 2017* (Beykent University Publications 2017) 114; Lenz (n 1) 240; Ellis Baker ve Anthony Lavers, 'Introduction to the FIDIC Suite of Contracts' in Stavros Brekoulakis ve David Brynmor Thomas (eds), *Global Arbitration Review the Guide to Construction Arbitration* (Law Business Research Ltd. 2017) 50; Binnur Ataseven, 'Dispute Resolution Within the Frame of FIDIC Rules' (2017) (16) GSI Articleletter 51, 51-52; Dezhi Li, Huiyan Zhang ve Xuehua Fang, 'The Deficiency of Dispute Settlement Mechanism Seen in Chinese Construction Field from FIDIC' (2018) (251) MATEC Web of Conferences 251 1, 1-2; Andrew Burr, 'FIDIC Changes' (2019) 35(7) Construction Law Journal 457, 457; Yaman Mustafa Bdaiwi ve Samer Skaik, 'Suitability of The New Extension of Time Procedures Under FIDIC 2017 Red Book' (2019) 35(6) Construction Law Journal 366, 366; Melane Van Leeuwen, 'Internal Disputes Between the Members of Unincorporated International Construction Joint Ventures' iç Yeşim M Atamer, Ece Baş Süz el ve Elliott Geisinger (edr) *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Ortak Girişimler İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-III* (Oniki Levha 2019) 316; Micheal E Schneider, 'A Typology of Risk Allocation - The Example of FIDIC Suite of Contracts' iç Yeşim M Atamer, Ece Baş Süz el ve Elliott Geisinger (edr) *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı* (Oniki Levha 2020) 221.

3 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.2.

4 Ekşi, 'FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar' (n 1) 184-185; Ekşi, 'FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar' (n 1) 62-63.

5 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.1.

6 Peter Rosher, 'Adapting FIDIC Provisions for Use in Contracts for Governed by French Law' (2015) (2) International Business Law Journal 123, 131-132; Lenz (n 1) 244-245; Aisha Nadar, 'Concurrent Delays, Liquidated Damages and Penalties in the FIDIC Forms of Contract' iç Yeşim M Atamer, Ece Baş Süz el ve Elliott Geisinger (edr), *Uluslararası*

Çalışmamızda FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. maddede öngörülen iş bu süre sınırlaması 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁷ (TBK) 20 vd. maddelerinde düzenlenen genel işlem koşulları bakımından değerlendirilecektir. Bu kapsamda ilk olarak genel işlem koşullarına ilişkin genel açıklamalar yapılacak, ardı sıra FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. maddede kapsamında süre uzatımı ve ek ödeme talepleri konusu irdelenecek ve sonrasında konuyla ilgili kısa bir değerlendirmede bulunulacaktır.

I. GENEL İŞLEM KOŞULLARI

A. GENEL OLARAK

Günümüzde belli bazı sözleşme tipleri kullanan tarafların da çok sayıda benzer nitelikteki sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanarak veyahut da hazırlatılarak karşı tarafa sunulmakta ve karşı taraftan da herhangi bir müzakere yapılmaksızın kabul edilmesi istenilmektedir. İşte bu tarz sözleşme hükümlerine genel işlem koşulları denilmektedir.⁸

Genel işlem koşulları ile alakalı olarak üzerinde durulması gerekli ilk konu standart/tip sözleşme kavramıdır. Standart/Tip sözleşme kısaca, ağırlıklı olarak genel işlem koşullarının kullanıldığı sözleşme tipi olarak tanımlanabilir.⁹ Bir sözleşmenin standart/tip sözleşme olarak değerlendirilebilmesi için iş bu sözleşmenin kamu hizmeti gören kişi, kurum, kuruluşlar ya da meslek odası gibi örgütler tarafından hazırlanmasının ya da kullanılmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.¹⁰ Günümüzde sigorta şirketleri, bankalar ve inşaat firmaları başta olmak üzere hemen hemen tüm kurumsal firmalar belirli standardizasyonları sağlamak, zamandan tasarruf etmek gibi çeşitli sebeplerle kendileri tarafından tek taraflı olarak hazırlanan ya da hazırlatılan standart sözleşmeleri kullanmayı tercih etmektedirler.¹¹

Standart/Tip sözleşmelerin kullanılmasının giderek yaygınlaşmasıyla birlikte, iş bu sözleşmeleri kullanan güçlü konumda olan taraflar, pazarlık güçlerini kötüye kullanarak hakkaniyete aykırı bir şekilde sözleşme dengesini bozmaya başlamışlardır. Bu duruma bir tepki olarak, yani güçlü olan tarafın hakkaniyete aykırı bir şekilde pazarlık gücünü kötüye kullanarak sözleşme dengesini bozmasının engellenmesi amacıyla genel işlem koşulları ortaya çıkmıştır. Böylece zayıf konumda

İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt (Oniki Levha 2018) 271; Yeşim M Atamer, 'Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları' iç Yeşim M Atamer, Ece Baş Süzel ve Elliott Geisinger (edr), *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt* (Oniki Levha 2018) 87-88.

7 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

8 Fikret Eren, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler* (25. Bası, Yetkin 2020), s. 228.

9 Murat Aydoğdu, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı' (2011) 13(2) Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 6.

10 ibid 7.

11 Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (Güncel Hukuk Yayınları 2003) 88-89; Eren (n 8) 228-229; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1-1*, (2. Bası Seçkin 2019) 472; Özgür Karadağ, *Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar* (Yetkin 2015) 10; Muzaffer Şeker, *Yazılmamış Sayılma* (1. Bası, Oniki Levha 2015) 19-21; Adem Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları* (Yetkin 2014) 62-62; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (2. Bası, Adalet 2022) 65.

olan tarafın korunması amaçlanmaktadır. Zira günümüzde bankalar, holdingler, büyük şirketler, tekel niteliğinde hizmet sunan özel hukuk tüzel kişilikleri gibi kişi, kurum ve kuruluşlar, sahip oldukları güçlü pozisyonlarını hakkaniyete aykırı bir şekilde kötüye kullanarak, müşterileri ile yapmış oldukları sözleşmelerin koşullarını diledikleri gibi belirlemekte ve diğer tarafa herhangi bir müzakere imkânı tanımaksızın “*ya hep ya hiç*” anlayışıyla imzalamaya zorlamaktadırlar.¹²

Genel işlem koşullarının hukuki niteliği konusunda doktrinde tam bir fikir birliği bulunmamakla birlikte, genel işlem koşullarının norm, örf ve âdet ile sözleşme niteliğinde olduğuna dair başlıca üç farklı görüş bulunmaktadır. Günümüzde hâkim görüş, genel işlem koşullarının sözleşme niteliğinde olduğu yönündedir. Bu kapsamda tarafların genel işlem koşulları yönünden iradelerinin uyuşması, başka bir ifadeyle, bunların taraflarca kabul edilerek sözleşme kapsamına dahil edilmiş olması gerekmektedir.¹³ Böylece ancak tarafların açık ya da örtülü kabulleri sonucunda genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olabilecekleri kabul edilmektedir.¹⁴

Standart/Tip sözleşmelerde genel işlem koşullarının yanı sıra, taraflarca müzakere yapılarak belirlenmiş bireysel sözleşme hükümlerinin de bulunması olasıdır. Bu kapsamda sözleşmede bir kısım bireysel hükümlerin bulunması, söz konusu sözleşmenin bir standart/tip sözleşme olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca bu gibi durumlarda söz konusu hükümlerin bireysel nitelikte olduğunu iddia eden tarafın, bunu ispatlaması da gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu hükümlerin de birer genel işlem koşulu olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca bir sözleşmede yer alan bir bireysel sözleşme hükmü ile bir genel işlem koşulunun birbirleriyle çelişmesi durumunda, şüphesiz bireysel sözleşme hükmünün esas alınması gerekmektedir.¹⁵

B. TÜRK HUKUKUNDA GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Genel işlem koşullarının Türk Hukukundaki pozitif dayanağı genel olarak TBK'nın 20-25. maddeleridir. TBK'nın yanı sıra 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un¹⁶ (TKHK) 5. maddesinde de genel işlem koşullarına ilişkin bir takım son derece önemli düzenlemeler bulunmakla birlikte, iş bu hükümler ancak tüketici işlemleri ile sınırlı olarak uygulanabilecek olup, tüketici işlemleri dışında uygulanması mümkün değildir. TBK'nın uygulama alanı ve temel kanun niteliğinde olması sebebiyle, Türk pozitif hukukunda genel işlem koşullarının temel dayanağının TBK'nın 20-25. maddeleri olduğunu söylememiz sanırsak yanlış olmayacaktır.

12 Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta 2021) 85; Murat Aydoğdu, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı' (2013) (8) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 571, 575; Şeker (n 11) 22-25. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 170-171

13 Havutçu (n 11) 93-94 ve 102-103; Yeşim M Atamer, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak' iç Başak Şit (ed) *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 77; Aydoğdu (n 12) 588; Eren (n 8) 231-232; Karadağ (n 11) 43-44; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 30-31.

14 Eren (n 8) 231-232.

15 Aydoğdu (n 9) 10.

16 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun No: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

Genel işlem koşulları TBK'nın 20. maddesinde; "...bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri" olarak tanımlanmıştır.

TBK'nın 20. maddesinde her ne kadar düzenleyen taraf ifadesi kullanılmış ise de bu ifade daha geniş bir şekilde yorumlanmalı ve bizzat düzenlememiş olsa bile, genel işlem koşulu içeren bir sözleşmenin kullanılması yeterli kabul edilmelidir.¹⁷ Bu kapsamda kullanan tarafın genel işlem koşulu içeren sözleşmeyi bir hukuk bürosuna hazırlatması veyahut da başka bir kurum ya da kuruluşun kullanmış olduğu sözleşmeden kopyalamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.¹⁸ Ayrıca genel işlem koşulu içeren sözleşmeyi düzenleyen/kullanan kişinin tacir olup olmamasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır.¹⁹

TBK kapsamında genel işlem koşullarının tacirler hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı konusu yargı pratiği ve doktrininde çokça tartışılan bir konu olmuştur. Bu konuda doktrinde tam tersi yönde görüşler de bulunmakla birlikte bizim de katıldığımız ve yüksek yargı tarafından da benimsenen doktrindeki baskın görüşe göre, TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri tacir olsun olmasın herkese uygulanması gerekmektedir. Zira TBK niteliği gereği herkes hakkında uygulanabilecek genel nitelikte temel bir kanundur ve söz konusu hükümlerin sadece belli kişiler hakkında uygulanabileceği, farklı bir ifadeyle tacirler hakkında uygulanamayacağına dair metinde herhangi sınırlayıcı ifade de bulunmamaktadır. Aynı şekilde, madde gerekçesinde kullanılan ifadelerden de dolaylı olarak iş bu hükümlerin sınırlayıcı nitelikte olmadıkları anlaşılmaktadır. Dolayısıyla iş bu hükümlerin tacirler hakkında da uygulanabileceği kabul edilmelidir.²⁰ Ancak buradaki amaç ekonomik olarak zayıf durumda olan tacirin – büyük bir bankadan kredi alan küçük ölçekli bir şirket örneğinde olduğu gibi – korunması olduğundan, ekonomik olarak birbirlerine denk olan iki tacir arasında ki sözleşmeye genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanması kural olarak mümkün değildir.²¹

17 Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Turhan 2017) 164-165; Aydoğdu (n 12) 598; Karadağ (n 11) 36; Yelmen (n 11) 57-59; Gümüş (n 12) 173; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 48-49.

18 M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (18. Bası, Vedat 2020) 171; Antalya (n 11) 491; Gümüş (n 12) 173; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 97; Doğa Ekrem Doğanç, *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık denetimi* (Oniki Levha, 2018) 110.

19 Aydoğdu (n 12) 598-599.

20 Atamer 'Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak' (n 13) 10; Aydoğdu (n 12) 592 ve 600-601; Eren (n 8) 230; Yelmen (n 11) 72-73; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, Oniki Levha 2020) 301; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 47-48. Aynı yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2014/5865 K. 2014/10353, 02.06.2014; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2015/10006, 02.06.2015; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2015/7901 K. 2016/4120, 17.03.2016; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2016/2835 K. 2017/1582, 28.02.2017; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2016/15462 K. 2018/713, 19.02.2018; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2017/1825 K. 2018/6690, 03.07.2018; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2021/4499 K. 2022/8102, 21.11.2022; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2021/4717 K. 2022/8916, 12.12.2022.

21 Aydoğdu (12) 603; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 53-54.

Doktrinde yer alan farklı bir görüşe göre ise, her iki tarafın da tacir olduğu sözleşmelere TBK'nın 20 vd. maddelerinin uygulanması mümkün olmayıp, sadece haksız rekabete ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun²² (TTK) 54 vd. madde hükümleri uygulanabilir.²³

Sözleşmenin türü ya da niteliğinin herhangi bir önemi bulunmaksızın genel işlem koşullarına, kira, satış, sigorta, kredi, inşaat...vb. tipik ve atipik tüm sözleşmelerde rastlanılabilir. Bu sebeple de genel işlem koşullarına yönelik olarak Türk Hukuku bakımından herhangi bir ayırım olmaksızın tüm sözleşmelerin denetlenmesi gerekmektedir.²⁴ Aynı şekilde sözleşmenin bir borçlar hukuku, eşya hukuku veyahut da usul hukuku sözleşmesi olmasının da Türk Hukuku bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.²⁵

Genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin tek taraflı hukuki işlemlerle alakalı olarak uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde tam bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde yer alan ilk görüşe göre genel işlem koşulları sadece sözleşmelerle alakalı olarak uygulanabilecek nitelikte olup, tek taraflı işlemlere ilişkin uygulanması mümkün değildir.²⁶ Karşıt görüşe göre ise, ameliyat öncesi alınan aydınlatılmış rıza beyanı gibi tek taraflı hukuki işlemlerle alakalı olarak da genel işlem koşullarının uygulanabilmesi gerekmektedir.²⁷

Türk Hukuku bakımından genel işlem koşullarına ilişkin hükümler emredici nitelikte olup, zayıf konumda olan karşı tarafı korumayı amaçlamaktadırlar. Bu nedenle de taraflar kendi aralarında anlaşarak genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin genel işlem koşulu sayılmayacağını kararlaştıramazlar.²⁸

1. Genel İşlem Koşullarının Zorunlu Unsurları

TBK kapsamında bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak kabul edilebilmesi için başlıca 4 unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlar kısaca;

- 1) Önceden tek yanlı olarak belirlenmiş olma,
- 2) Genel ve soyut nitelikte olma,
- 3) Çok sayıda sözleşmede kullanılmak için hazırlanmış olma,

22 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

23 Antalya (n 11) 483-486. Oğuzman ve Öze göre ise; her iki tarafın da tacir olduğu ticari sözleşmelerde özel hüküm olması sebebiyle öncelikli olarak TTK'nın 54 vd. maddelerinin uygulanması gerekmele birlikte, boşluk bulunan durumlarda ise TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin TBK 20 vd. maddelerinin uygulanması gerekmektedir (Oğuzman ve Öz (n 18) 171).

24 Aydoğdu (n 9) 8; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 83-84; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2021/4717 K. 2022/8916, 12.12.2022.

25 Atamer 'Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak' (n 13) 13; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2021/4499 K. 2022/8102, 21.11.2022.

26 Antalya (n 11) 479-480.

27 Gümüş (n 12) 172.

28 Eren (n 8) 234; Oğuzman ve Öz (n 18) 172; Antalya (n 11) 476; Şeker (n 11) 174-175; Erol Cansel ve Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (2. Bası, Seçkin 2017) 133

4) Önceden belirlenmiş sözleşme hükümlerinin taraflarca müzakere yapılmaksızın kullanılmış olmasıdır.

a. Önceden Tek Yanlı Olarak Belirlenmiş Olma

Genel işlem koşulları, kullanan tarafça, karşı tarafla müzakere edilmeksizin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere tek taraflı olarak hazırlanan ya da üçüncü bir kişiye hazırlatılan sözleşmelerdir. Zayıf tarafın söz konusu koşullara müdahale etme, başka bir ifadeyle bu koşullarla alakalı müzakere etme imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün en temel kurallarından olan tarafların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş olmaktadır.²⁹

b. Genel ve Soyut Nitelikte Olma

Genel işlem koşulları, yasal hükümler gibi genel ve soyut niteliktedirler. Ancak bu durum söz konusu hükümlerin objektif oldukları anlamına gelmemektedir. Zira söz konusu hükümler çoğunlukla kullanan tarafın menfaati göz önünde bulundurularak düzenlenmektedirler.³⁰

c. Çok Sayıda Sözleşmede Kullanılmak İçin Hazırlanmış Olma

Genel işlem koşulları önceden çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış hükümlerdir. Ancak bu kapsamda tek bir sözleşmede veyahut da çok daha fazla sözleşmede kullanılmış olmalarının herhangi bir önemi olmayıp, önceden çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış olmaları yeterlidir.³¹

d. Önceden Belirlenmiş Sözleşme Hükümlerinin Taraflarca Müzakere Konusu Yapılmaksızın Kullanılmış Olması

Genel işlem koşulları, önceden güçlü olan tarafça belirlendikten sonra karşı tarafça ekonomik açıdan zaruret halinde olma, zaman darlığı, bilgi eksikliği, okuma zorluğu gibi çeşitli sebeplerle herhangi bir müzakere konusu yapılmaksızın sözleşmeye dahil edilirler. Bir sözleşme hükmünün taraflarca karşılıklı olarak müzakere edilerek sözleşmeye dahil edilmesi halinde ise söz konusu hükümlerle alakalı olarak genel işlem koşullarından bahsedilmesi mümkün değildir.³²

Genel işlem koşulu niteliğindeki önceden belirlenmiş sözleşme hükümlerinin sözleşmede bulunduğu yerin, kapsamının, kullanılan yazının çeşidi ya da şeklinin, yazıldığı aracın herhangi bir önemi bulunmadığı gibi, düzenlenen sözleşme metinlerinin birebir özdeş olup olmamasının da genel işlem koşulları bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.³³

29 Eren (n 8) 233; Oğuzman ve Öz (n 18) 171-172; Kılıçoğlu (n 17) 165-166; Antalya (n 11) 490-491; Aydoğdu (n 9) 13-15; Karadağ (n 11) 40; Yelmen (n 11) 53-54; Gümüş (n 12) 173-175; Doğanç (n18) 109-115.

30 Havutçu (n 11) 80; Eren (n 8) 233; Aydoğdu (n 9) 17; Abdulkemir Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (3. Bası, Adalet 2015) 97; Karadağ (n 11) 42; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 103; Doğanç (n 18) 109-115.

31 Antalya (n 11) 491-492; Gümüş (n 12) 174; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 104; Doğanç (n 18) 109-115.

32 Aydoğdu (n 9) 18; Karadağ (n 11) 39; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 106-107.

33 TBK madde 20/I-II.

2. Genel İşlem Koşullarının Sonuçları

Türk Hukuku kapsamında genel işlem koşullarının geçerli ve bağlayıcı nitelikte olabilmesi için söz konusu hükümler hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilerek, içeriğini öğrenme imkânı tanınması ve karşı tarafça da bu hükümlerin kabul edilmiş olması, iş bu hükümlerin sözleşmenin niteliğine ve yapılan işe yabancı olmaması ya da dürüstlük kuralına aykırı olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu genel işlem koşulu, yazılmamış sayılma, düzenleyen taraf aleyhine yorumlanma, aleyhe değiştirme yasağı gibi bir takım özel yaptırımlarla karşılaşacaktır.

a. Yürürlük Denetimi

TBK'nın 21/I. maddesine göre, karşı tarafın aleyhine genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin sözleşme kapsamına girebilmesi için kullanan tarafça sözleşme imzalanmadan önce karşı tarafa bu konuda açıkça bilgi verilerek, iş bu hükümleri inceleyerek içeriğini öğrenebilmesine imkân tanınması ve karşı tarafın da söz konusu hükümleri kabul etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde genel işlem koşulu niteliğindeki söz konusu sözleşme hükmü yazılmamış sayılacaktır.³⁴ Yasa maddesinde "açıkça" ibaresi yer aldığından bilgilendirmenin samimi, açık ve tereddütte yer vermeyecek nitelikte olması gerekmektedir.³⁵ Ayrıca kullanan tarafın karşı tarafa genel işlem koşulu niteliğindeki hükümleri inceleyerek içeriğini öğrenme imkânı sağlaması yeterli olup, karşı tarafın iş bu hükümleri okuması zorunlu değildir.³⁶

Bir sözleşme kapsamında genel işlem koşulu bulunup bulunmadığının incelenebilmesi için öncelikli olarak o sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekmektedir. Aksi takdirde, yani ortada geçerli bir sözleşme bulunmaması halinde, genel işlem koşulu bakımından denetim yapmaya gerek yoktur. Zira ancak geçerli bir şekilde kurulmuş olan sözleşmelerin genel işlem koşulları bakımından denetlenmesi mümkündür.³⁷

TBK'nın 21/I. maddesi uyarınca karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulu niteliğindeki bir hükmün sözleşme kapsamına girebilmesi, başka bir ifadeyle yürürlük imkânı kazanabilmesi için üç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikli olarak kullanan tarafça, genel işlem koşullu niteliğindeki hükümlerin varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi, karşı tarafa söz konusu koşulların içeriği ve muhtemel sonuçlarını öğrenebilmesine imkân tanınması, başka bir ifadeyle yeterli süre verilmesi ve son olarak da yukarıda ifade edilen iki şart yerine getirildikten sonra karşı tarafça genel işlem koşulu niteliğindeki söz konusu hükümlerin kabul edilmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu hükümler yazılmamış sayılacaklardır.³⁸

34 TBK madde 21/I.

35 Kılıçoğlu (n 17) 168-169; Doğanç (n 18) 137-138.

36 Gümüş (n 12) 177-178; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 20) 304; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 164.

37 Karadağ (n 11) 48.

38 Eren (n 8) 235; Antalya (n 11) 494-495; Şeker (n 11) 37-38; Yelmen (n 11) 82; Gümüş (n 12) 177; Nihat Yavuz, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Adalet 2013) 278-279.

TBK 21/I. madde kapsamında genel işlem koşulu niteliğindeki bir sözleşme hükmü hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilip, iş bu hükümleri incelemesi için gerekli sürenin verildiğinin ispatı kullanan tarafa aittir.³⁹ Kullanan taraf iş bu hususu her türlü delille ispatlayabilir.⁴⁰

Bir sözleşme hükmünün TBK'nın 21/I. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için kullanan tarafın lehine, karşı tarafın ise aleyhine olması gerekmektedir. Bu kapsamda eğer söz konusu genel işlem koşulu niteliğindeki hüküm olmasaydı uygulanacak olan tamamlayıcı hukuk kuralı karşı taraf bakımından daha avantajlı ise bu durumda söz konusu sözleşme hükmünün karşı tarafın aleyhine olduğu kabul edilmelidir.⁴¹

Peki yazılmamış sayılmadan ne anlaşılması gerekmektedir? Doktrinde bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Konuyla ilgili doktrinde yer alan ilk görüşe göre yazılmamış sayılmadan kasıt kısmi hükümsüzlüktür.⁴² Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise yazılmamış sayılmadan anlaşılması gereken yokluktur.⁴³ Üçüncü bir görüşe göre ise burada sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde tarafların anlaşıp anlaşmadığına bakılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir. Eğer genel işlem koşulu niteliğindeki hükümler sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkinse bu durumda tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaştıkları kabul edilemeyeceğinden mevcut bir sözleşmeden de bahsedilemez. Bu durumda sözleşme baştan itibaren yok hükmündedir. Ancak genel işlem koşulu niteliğindeki hükümler esaslı değil de tali nitelikteyse bu durumda söz konusu hükümler yok hükmünde sayılarak bunların yerine tamamlayıcı hükümlere başvurulması gerekmektedir.⁴⁴ Konuyla alakalı farklı bir görüşe göre ise, yazılmamış sayılmadan kasıt sözleşme içeriğine dahil olmama şeklinde anlaşılmalıdır.⁴⁵ Doktrinde yer alan son görüşe göre ise yazılmamış sayılma mutlak butlan ya da geçersizlik yaptırımını olmayıp, kendine özgü bir yaptırım türünü ifade etmektedir.⁴⁶

Genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme hükümlerinin yazılmamış sayılması için herhangi bir irade beyanında bulunulması veyahut da dava açılmasına gerek bulunmamaktadır.⁴⁷ Söz konusu hükümler en baştan itibaren sözleşmenin içeriğine dahil olmayacaklarından, hiçbir hüküm ve sonuçları olmayacaklardır.⁴⁸ Buna karşılık yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki sözleşme hükümleri geçerli olmaya devam edeceklerdir. Kullanan tarafça, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürülemez.⁴⁹

39 Oğuzman ve Öz (n 18) 173; Antalya (n 11) 496; Yıldırım (n 29) 98; Yelmen (n 11) 83-84.

40 Kılıçoğlu (n 17) 169.

41 Oğuzman ve Öz (n 18) 174.

42 Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (5. Bası, Filiz 2021) 69-70; Nomer (n 12) 87. Oğuzman ve Öz ise, yazılmamış sayılmadan kastın yokluk derecesinde bir kesin hükümsüzlük olduğunu ifade etmektedir (Oğuzman ve Öz (n 18) 174.).

43 Eren (n 8) 235-236; Kılıçoğlu (n 17) 168; Şeker (n 11) 172.

44 Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 140; Gümüş (n 12) 180.

45 Karadağ (n 11) 54.

46 Yelmen (n 11) 105; Doğanç (n 18) 213-214.

47 Karadağ (n 11) 55; Yelmen (n 11) 104-105.

48 Yelmen (n 11) 107.

49 TBK madde 22.

TBK'nın 21/I. maddesinin yanı sıra, kullanan tarafça, karşı tarafa genel işlem koşullarına ilişkin açıkça bilgi verilip, bunları inceleyip muhtemel sonuçlarını öğrenebilmesi için gerekli süre verilmiş olsa bile, "sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır".⁵⁰ Böylece kullanan tarafın sözleşmeye ve yapılacak işe yabancı, başka bir ifadeyle alakalı olmayan genel işlem koşulu niteliğindeki hükümleri sözleşmeye ekleyerek bundan bir menfaat elde etmesi engellenmek istenmektedir.⁵¹ Hükümde yer alan yazılmamış sayılmadan kastın hükümsüzlük olduğu ifade edilmektedir.⁵²

Bir hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olup olmadığı her bir somut olay ve sözleşme dikkatli bir şekilde incelenerek değerlendirilmelidir. Ayrıca bu tarz bir hükmün geçersiz sayılabilmesi için 21/I. maddede olduğu gibi karşı tarafın menfaatine aykırı olması da gerekmektedir.⁵³

b. İçerik Denetimi

TBK'nın 25. maddesi kapsamında, dürüstlük kuralına aykırı, karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki genel işlem koşulları konulamaz. Başka bir ifadeyle, sözleşmede yer alan bu tarz hükümler geçersizdirler. Hemen belirtilmelidir ki TBK'nın 21. maddesi kapsamında geçerli olan bir genel işlem koşulu, TBK'nın 25. maddesine aykırı olabilir. Bu durumda söz konusu hüküm geçersiz kabul edilmelidir. Buradaki geçersizlikten kasıt kısmi hükümsüzlüktür.⁵⁴

TBK'nın 25. maddesi anlamında içerik denetimi ancak TBK'nın 21. maddesi kapsamında yapılan yürürlük denetimini geçerek sözleşmeye dahil olmuş olan genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlere uygulanabilir. Yani içerik denetimi, yürürlük denetiminden sonra gelmektedir. Zira yürürlük denetimini geçemediği için sözleşmeye dahil olamayan, yani yazılmamış sayılan bir hükmün içerik denetimine tabi tutulmasına gerek bulunmamaktadır.⁵⁵

TBK 25. madde kapsamında genel işlem koşulu niteliğindeki bir hükmün geçersiz kabul edilebilmesi için, karşı tarafın menfaatine aykırı olması tek başına yeterli olmayıp, bunun aynı zamanda dürüstlük kuralına da aykırı olması gerekmektedir. Bu kapsamda karşı tarafın aleyhine olmakla birlikte, bu aleyhe olma durumu dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek kadar yoğun olmayan genel işlem koşulları geçersiz kabul edilemezler. Örneğin kullanan tarafın sözleşmeyi istediği zaman derhal fesih hakkı bulunmasına rağmen, karşı tarafın ancak bir önel süresi sonrasında sözleşmeyi feshedebileceğine yönelik genel işlem koşulu niteliğindeki bir hüküm dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmemekle birlikte, karşı tarafın sözleşmeyi feshetmesinin ağır bir tazminat yaptırımına

50 TBK madde 21/II.

51 Oğuzman ve Öz (n 18) 175.

52 Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 20) 308; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 143.

53 Oğuzman ve Öz (n 18) 175; Şeker (n 11) 47-48.

54 Eren (n 8) 249-252; Nomer (n 12) 87; Yavuz (n 38) 289; Yelmen (n 11) 157-158; Cansel ve Özel (n 27) 136; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 276.

55 Yelmen (n 11) 123; Gümüş (n 12) 184.

bağlanması halinde dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle söz konusu genel işlem koşulunun TBK 21. madde kapsamında geçersiz sayılması gerekmektedir.⁵⁶

c. Yorum Denetimi

TBK'nın 23. maddesine göre, genel işlem koşulu niteliğindeki bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması ya da birden fazla anlama gelmesi halinde, düzenleyenin aleyhine karşı tarafın lehine yorumlanması gerekmektedir.⁵⁷ Bu kapsamda TBK'nın 21. ve 25. maddelerine aykırı olmadığı için geçerli sayılan genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme hükümlerinin yorumlanmasıyla alakalı bir sorun yaşandığında, söz konusu hükmün kullanan taraf aleyhine, karşı taraf lehine yorumlanması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, bir genel işlem koşulu niteliğindeki hükmün yorumlanabilmesi için öncelikle söz konusu hükmün yürürlük denetimini geçerek sözleşme kapsamına dahil olmuş ve ayrıca dürüstlük kuralına aykırı, karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olmayan geçerli bir genel işlem koşulu niteliğinde olması gerekmektedir. Zira sözleşme kapsamına girmemiş ve geçerli olmayan bir genel işlem koşulu, sözleşme kapsamına girmediğinden/geçerli olmadığından yorumlanmasına da gerek bulunmamaktadır. Ancak bu tarz bir genel işlem koşulu niteliğindeki hükmün muğlak nitelikte olması halinde TBK'nın 23. maddesi kapsamında bu hükmün kullanan aleyhine yorumlanması gerekmektedir.⁵⁸

d. Değiştirme Yasağı

Değiştirme yasağı konusu TBK'nın 24. maddesinde yer almakta olup, söz konusu düzenlemeye göre, genel işlem koşulu içeren bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyen tarafa tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme yetkisi veren hükümler yazılmamış sayılırlar, başka bir ifadeyle hükümsüzdürler.⁵⁹ Ancak karşı taraf lehine yapılan düzenleme ve değişiklikler geçerli olacaktır.⁶⁰ İş bu düzenleme TBK 21. maddenin, yani içerik denetiminin özel bir görünümü olup, değiştirme/düzenleme yetkisi veren hükmün yok hükmünde sayılabilmesi için genel işlem koşulu niteliğinde olmasına gerek bulunmamaktadır.⁶¹ Ancak hemen belirtilmelidir ki özel kanunlarda aksi yönde düzenlemelerin bulunması halinde, başka bir ifadeyle kullanan tarafa sözleşmenin belirli hususlarında değişiklik yapmasına izin verilen hallerde bu yasağın uygulanması mümkün değildir.⁶²

56 Oğuzman ve Öz (n 18) 175-176.

57 TBK madde 23.

58 Oğuzman ve Öz (n 18) 176; Yelmen (n 11) 112.

59 TBK madde 24.

60 Eren (n 8) 236; Kılıçoğlu (n 17) 173; Yavuz (n 38) 288; Cansel ve Özel (n 27) 136; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 252-253.

61 Oğuzman ve Öz (n 18) 177.

62 Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 251.

II. FIDIC KIRMIZI KİTAP

A. GENEL OLARAK

İnşaat sektörü, dünyanın en eski ve önemli sektörlerinden birisidir.⁶³ Günümüzde ofis ve konut başta olmak üzere, alt yapı projeleri, liman, demir yolu, otoyol ve köprüler, fabrika, ambar ve depolar, alışveriş merkezleri, petrol ve doğal gaz boru hatları, enerji santralleri gibi çok geniş bir alanda inşaat sektörünün faaliyetleri bulunmaktadır. Bu kapsamda inşaat sektörü küresel ve ülkemiz ekonomisi bakımından son derece önemli bir yere sahiptir.⁶⁴

İnşaat ve mühendislik faaliyetleri nitelikleri gereği çok ciddi riskler ihtiva etmektedirler. Bu sebeple de iş bu risklere ilişkin inşaat sözleşmelerinde çok ayrıntılı düzenlemelere yer verilmektedir.⁶⁵ Ancak sözleşme taraflarının iş bu ayrıntılı düzenlemeleri tek tek müzakere etmeleri gerek zaman gerekse de maliyet bakımından pek mümkün olmadığı gibi, sözleşme hükümleri arasında istenmeyen çelişkilerin ortaya çıkmaması ve iş sahibinin pazarlık gücünü kötüye kullanarak risk dağılımının yüklenici aleyhine olacak şekilde yapılmasının engellenmesi amacıyla, inşaat ve mühendislik faaliyetlerinde genellikle çeşitli kurum ve kuruluşlar tarafından hazırlanan tip sözleşmeler kullanılmaktadır. Gerçekten de günümüzde yürütülen büyük inşaat ve mühendislik projelerine bakıldığında çoğunlukla tip sözleşmelerin kullanıldığı görülmektedir.⁶⁶

Günümüzde, yerel ve uluslararası inşaat ve mühendislik faaliyetlerinde kullanılmak üzere çeşitli kurum ve kuruluşlar tarafından hazırlanmış çok sayıda tip sözleşme bulunmakla birlikte, bunlar içerisinde en önemlisi ve üzerinde en çok durulması gereken şüphesiz FIDIC tarafından hazırlanan tip sözleşmelerdir. Zira FIDIC sözleşmeleri, inşaat ve mühendislik faaliyetlerinde ulusal ve uluslararası arenada en çok kullanılan tip sözleşmelerdir. Gerçekten de inşaat ve mühendislik projelerine finansman sağlayan birçok uluslararası fon, FIDIC sözleşmelerinin kullanılmasını bir ön koşul olarak öne sürdüğü gibi, proje tarafları da sektörde yaygın bir şekilde kullanıldığı için çok iyi

63 Aisha Nadar, 'The Contract: The Foundation of Construction Project' in Stavros Brekoulakis ve David Brynmor Thomas (eds), *Global Arbitration Review the Guide to Construction Arbitration* (Law Business Research Ltd. 2017) 7.

64 Köksal, 'Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları' (n 1) 3; Azin Shakiba Barough, Mojtaba Valinejad Shoubi ve Chirstopher Nigel Preece, 'Evaluating the Effectiveness of Mediation and Arbitration Process in Resolving Disputes in Malaysian Construction Industry' (2013) 29(5) *Construction Law Journal* 323, 323; Hasan Erman, 'İnşaat Hukukunun Genel Esasları' iç Emrehan İnal ve Başak Baysal (edr) *İnşaat Hukuku ve Uygulaması* (Oniki Levha 2017) 1; Stavros Brekoulakis ve David Brynmor Thomas, 'Introduction' in Stavros Brekoulakis ve David Brynmor Thomas (eds), *Global Arbitration Review the Guide to Construction Arbitration* (Law Business Research Ltd. 2017) 1; Başak Baysal, 'Kara Avrupası Hukuk Sistemlerine İlişkin Mukayeseli Bir Analiz' iç Yeşim M Atamer, Ece Baş Şüzel ve Elliott Geisinger (edr) *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı* (Oniki Levha 2020) 91.

65 Nadar 'The Contract: The Foundation of Construction Project' (n 58) 10-11.

66 Ellis Baker, Luke Robottom ve Anthony Lavers, 'Allocation of Risk in Construction Contracts' in Stavros Brekoulakis ve David Brynmor Thomas (eds), *Global Arbitration Review the Guide to Construction Arbitration* (Law Business Research Ltd. 2017) 52.

bilinen FIDIC tip sözleşmelerini tercih etme eğilimindedirler⁶⁷. FIDIC sözleşmeleri içerisinde ise en çok Kırmızı Kitap tercih edilerek kullanılmaktadır.⁶⁸

Kırmızı Kitap'ın ilk baskısı 1957 yılında yayınlanmış olup, yarım asırdan fazladır kullanıla gelmektedir. Bu süre zarfında da değişen koşullara ayak uydurmak ve uygulamada karşılaşılan sorunların giderilmesi amacıyla sürekli güncellenmekte ve son olarak da 2017 yılında yeni Kırmızı Kitap yayınlanarak sektörün kullanımına sunulmuştur. Kırmızı Kitap otoyol, baraj, tünel, liman, havaalanı gibi her türlü sivil mühendislik işlerinde ülkemiz ve dünyada en çok kullanılan FIDIC tip sözleşmesidir. Bu sebeple de temel kitap olarak kabul edilmektedir.⁶⁹

Kırmızı Kitap kapsamında yürütülen projelerde tasarım tamamen iş sahibi tarafından hazırlanmakta ya da profesyonellere hazırlanmaktadır. Bu sebeple de tasarım hatalarından yüklenicinin herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Yüklenicinin temel görevi ilgili tasarıma uygun olarak işi yapmaktır. Başka bir ifadeyle, Kırmızı Kitap kapsamında yüklenicinin temel yükümlülüğü, iş sahibi tarafından tasarlanan/tasarlatılan işin ifasıdır. Bu kapsamda tasarımdan kaynaklı hatalardan yüklenici değil, iş sahibi sorumludur.⁷⁰

Kırmızı Kitap dahil olmak üzere, FIDIC tip sözleşmeleri herhangi bir milli hukuk sistemine dahil değildirler. Bu nedenle de taraflarca kabul edilip atıf yapılmak suretiyle ya da sözleşmenin bir hükmü veya eki haline getirilmedikçe uygulanmaları mümkün değildir. Ayrıca taraflarca FIDIC sözleşmeleri aynen kabul edilerek herhangi bir değişiklik yapılmaksızın kullanılabilmesi gibi, sözleşme hükümlerinde çeşitli revizyonlar ya da ekleme çıkartmalar yapılarak kullanılması da mümkündür. Bu konuda tarafların iradelerinin uyuşması yeterlidir.⁷¹ Buna karşılık FIDIC dahil tip sözleşmelerde yapılan en önemsiz değişiklikler dahi sözleşmenin yorumlanmasında büyük sorunlara yol açabileceği gibi, sözleşme hükümleri arasında da önemli çelişkilere sebep olabilmektedir. Dolayısıyla tip

67 Köksal, 'Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları' (n 1) 96-97; Karaca (n 1) 1485; Ekşi, 'FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar' (n 1) 182-183; Ekşi, 'FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar' (n 1) 60; Budak (n 1) 89; Lenz (n 1) 240.

68 Seppala, 'The Pre-Arbitral Procedure of the Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Condition of Contract' (n 2) 580; Kershaw (n 2) 125; Seppala, 'International Construction Contract Disputes; Commentary on ICC Awards Dealing With The FIDIC International Condition of Contract' (n 2) 700; Charrett (n 2) 205; Ağaoğlu (n 2) 114; Lenz (n 1) 240; Baker ve Lavers (n 2) 50; Ataseven (n 2) 51-52; Li, Zhang ve Fang (n 2) 1-2; Burr (n 2) 457; Bdaiwi ve Skaik (n 2) 366; Leeuwen (n 2) 316; Schneider (n 2) 221.

69 Christopher R. Seppala, 'The New FIDIC International Civil Engineering Subcontract' (1995) (6) International Business Law Journal 659, 660; Köksal, 'Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları' (n 1) 100; Tunay Köksal, 'Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları' (2010) 1(20) Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 85, 89-90; Tunay Köksal, 'FIDIC Conditions of Contract as A Model for An International Construction Contracts' (2011) 1(8) International Journal of Humanities and Social Science 140, 142; Baker ve Lavers (n 2) 40.

70 Köksal, 'Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları' (n 1) 97; Köksal, 'Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları' (n 64) 88; Köksal, 'FIDIC Conditions of Contract as A Model for An International Construction Contracts' (n 64) 142; Baker ve Lavers (n 2) 40; William Godwin, *The 2017 FIDIC Contracts* (1. Bası, Wiley Blackwell 2020) 2-3.

71 Ekşi, 'FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar' (n 1) 184; Ekşi, 'FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar' (n 1) 61-62.

sözleşmelerde yapılan önemsiz değişiklikler dahi taraflar arasında çok ciddi uyuşmazlıklara neden olabileceği unutulmamalıdır.⁷²

FIDIC tip sözleşmeleri her ne kadar çok iyi düşünülerek ayrıntılı bir şekilde hazırlanmış olsalar da uygulamada her zaman birtakım boşluklarla karşılaşılması olasıdır. Bu sebeple, FIDIC sözleşmelerinin mutlaka bir hukuk sistemi ile desteklenmesi, başka bir ifadeyle tarafların mutlaka sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyerek bunu sözleşmede açıkça ifade etmeleri gerekmektedir. Buna karşılık FIDIC sözleşmelerinde yer alan düzenlemelerin uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmamasına azami ölçüde dikkat edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilerek, emredici veyahut da tamamlayıcı hukuk kurallarının uygulanması gerekmektedir.⁷³

Sonuç olarak FIDIC Kırmızı Kitap bir özel hukuk sözleşmesi olması sebebiyle irade özerkliği ilkesi kapsamında taraflarca kabul edilmedikçe herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Taraflar FIDIC Kırmızı Kitapta herhangi bir değişiklik yapmaksızın aynen kullanabilecekleri gibi, sözleşmenin kuruluşu sırasında veyahut da daha sonra anlaşarak sözleşmede her zaman istedikleri değişiklikleri yapabilirler.⁷⁴

B. YÜKLENİCİNİN SÜRE UZATIMI VE EK ÖDEME YAPILMASINA YÖNELİK TALEPLERİ

1. Genel Olarak

Bir inşaat ve mühendislik sözleşmesi kapsamında yüklenicinin temel yükümlülüğü, belirlenen işi sözleşme ve eklerine uygun bir şekilde, belirlenen kalite, maliyet ve süre içerisinde tamamlamaktır.⁷⁵ Buna karşılık iş sahibi de kararlaştırılan bedeli süresi içerisinde yükleniciye ödemekle yükümlüdür. Aksi takdirde sözleşmenin ihlali, başka bir ifadeyle ilgili tarafın temerrüdü gündeme gelecektir.

İnşaat ve mühendislik sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklara konu yargılamalar incelendiğinde çok büyük bir çoğunluğunun iş sahiplerinden ziyade yüklenicilerin talepleriyle alakalı oldukları görülmektedir. Zira inşaat ve mühendislik sözleşmelerinde iş sahipleri yüklenicilere kıyasla çok daha korunaklı bir pozisyonda bulduklarından talepleriyle alakalı yargı yolun başvurmalarına pek gerek bulunmamaktadır. Gerçekten de iş sahipleri, yüklenicilerin sözleşmeye aykırı davrandıklarını

72 Raufdeen Rameezdeen ve Anushi Rodrigo, 'Modifications to Standard Forms of Contract: The Impact of Readability' (2005) 14(2) Australasian Journal of Construction Economics and Building 31, 31-33; Cathy Joshi, 'The Used of Modified Forms in the UAE' (2016) 32(8) Construction Law Journal 936, 936.

73 Ekşi, 'FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar' (n 1) 184-185; Ekşi, 'FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar' (n 1) 62-63.

74 Jamal Al-Dine Nassar, 'Claims, Disputes and Arbitration Under the Red Book and the New Red Book (Part 1)' (2009) 25(6) Construction Law Journal 405, 406; Köksal, 'Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları' (n 1) 102-103; Köksal, 'Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları' (n 64) 92; Köksal, 'FIDIC Conditions of Contract as A Model for An International Construction Contracts' (n 64) 141.

75 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.2.

düşünmeleri halinde yapmakla yükümlü oldukları ödemelerde indirim ya da mahsup yapabilecekleri gibi, ellerinde bulunan güvenceleri de işleme koyarak yükleniciler ile aralarında bulunan uyuşmazlıkları kendi açlarından çözüme kavuşturabilmektedirler. Bu sebeple de iş sahipleri, yüklenicilere kıyasla çok daha az uyuşmazlık başvurusunda bulunma ihtiyacı hissetmektedirler. Ancak bu durum, iş sahiplerinin yükleniciler aleyhine hiçbir şekilde talepte bulunamayacağı anlamına gelmemektedir.⁷⁶ İnşaat ve mühendislik işleri ile alakalı yükleniciler tarafından yapılan uyuşmazlık başvurularının başında ise süre uzatımı ve ek ödeme talepleri gelmektedir.

İnşaat ve mühendislik projelerinin öngörülen sürede tamamlanması iş sahibi bakımından son derece önemlidir. Zira aksi bir durumda iş sahibi çok büyük maddi kayıplarla karşı karşıya kalabilmektedir. Gerçekten de bir fabrika inşaatının öngörülen sürede tamamlanmaması halinde fabrika istenen tarihte üretime başlayamayacak, bu durumda da iş sahibi, projenin finansmanı için kullanmış olduğu krediyi geri ödeme takvimine uygun olarak ödeyemeyeceğinden temerrüde düşebilecektir. Bu sebeple sözleşme kapsamındaki işlerin belirlenen süre içerisinde tamamlanması için inşaat sözleşmelerinde gecikmelere ilişkin çok sayıda düzenlemeye yer verilmekte, yüklenicinin öngörülen süre içerisinde sözleşme kapsamındaki işi tamamlayamaması ihtimaline yönelik olarak ise bir miktar gecikme tazminatına yer verilmektedir. Böylece yüklenici çok daha disiplinli çalışmaya zorlanmaktadır.⁷⁷

İnşaat ve mühendislik faaliyetleri yükleniciden kaynaklı sebeplerle gecikebileceği gibi, yüklenicinin sorumluluğunda olmayan sebeplerle de gecikebilir. Bu sebeple meydana gelen her gecikme ve bu gecikmeden kaynaklı zarardan yüklenicinin sorumlu tutulması kural olarak mümkün değildir. Uygulanacak yasa ve sözleşmeye bağlı olarak, belirli durum ve şartlarda yüklenici, yaşanan gecikmeyle alakalı süre uzatımı talebinde bulunabilir. Gerçekten de iş sahibi tarafından projede yapılan değişiklikler, olağanüstü ya da mücbir sebepler, iş sahibi ya da iş sahibi personelinden kaynaklı durumlar ya da yüklenicinin sorumlu tutulamayacağı farklı sebeplerden ötürü sözleşmede öngörülen sürelerde birtakım gecikmeler yaşanması her zaman muhtemeldir. Bu gibi durumlarda yüklenicinin herhangi bir sorumluluğu bulunmadığından kural olarak sözleşmede öngörülen sürelerin uzatılması gerekmektedir.⁷⁸

Süre uzatımı talebine ek olarak, projenin ifası sırasında çeşitli nedenlerle öngörülen bedelde bir miktar artırımı yapılması, başka bir ifadeyle yükleniciye ek ödeme yapılması da gerekebilir. Taraflar arasında imzalanan sözleşmede bu konuya ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması halinde sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları esas alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Yüklenici tarafından sözleşmede kararlaştırılan sürenin uzatılması ya da öngörülen ücrette ek bir ödeme yapılmasının talep edilmesi halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği FIDIC Kırmızı Kitap'ın 20/2. maddesinde kapsamlı olarak ele alınmıştır. Söz konusu düzenlemeler sözleşmeye uygulanacak

76 Seppala, 'The Pre-Arbitral Procedure of the Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Condition of Contract' (n 2) 582.

77 Nick Gillies, 'Concurrent Delay A Guide for New Zealand Construction Professionals' Heskethhenry 16 Ağustos 2018 <<https://www.heskethhenry.co.nz/assets/uploads/2018/08/Concurrent-Delay-Paper.pdf>> Erişim Tarihi 04 Aralık 2020; Simon Longley, 'Extension of Time Under the FIDIC Silver Book' (2020) 36(1) Construction Law Journal 18, 18.

78 Gillies (n 72); Longley (n 72) 18.

hukukun emredici kurallarına aykırı olmadıkça uygulanacak olup, aksi takdirde emredici hukuk kuralları uygulanmalıdır.

2. FIDIC Kırmızı Kitap Kapsamında Süre Uzatımı

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 8.2. maddesine göre, yüklenici, sözleşme kapsamındaki işi sözleşme ve eklerine uygun olarak, belirlenen kalite ve öngörülen süre içerisinde tamamlamakla yükümlüdür.⁷⁹ Aksi halde yüklenici temerrüde düşmüş olacaktır. Ancak, sözleşme kapsamındaki işi öngörülen süre içerisinde tamamlayamayan yüklenici, belirli durum ve koşullarda süre uzatım talebinde bulunabilir.

Yüklenicinin hangi durum ve koşullarda süre uzatım talebinde bulunabileceği genel olarak FIDIC Kırmızı Kitap'ın 8/5. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre yüklenici, sözleşmede kapsamında süre uzatımına cevaz veren bir gecikmenin yaşanması, iş sahibi tarafından temin edilen ya da işin yapılacağı ülkede öngörülmesi mümkün olmayan son derece olumsuz hava koşullarının ortaya çıkması, salgın hastalıklar ya da hükümet faaliyetlerinden kaynaklı sebeplerle personel ve mal tedarikinde sorunlar yaşanması, iş sahibi, iş sahibi personeli ya da iş sahibi tarafından istihdam edilen diğer yüklenicilerden kaynaklı gecikmeler yaşanması halinde, 20/2. madde kapsamında süre uzatımı talebinde bulunabilir. Bunların yanı sıra, iş sahibi tarafından projede yapılan değişiklikler nedeniyle de yüklenicinin süre uzatım talebinde bulunması mümkün olmakla birlikte, bu durumda diğerlerinden farklı olarak 20/2. maddede öngörülen prosedür takip edilmeksizin süre uzatımı talebinde bulunulacaktır.⁸⁰

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 8/5. maddesinde öngörülen sebeplerin yanı sıra, yüklenicinin işin yapıldığı ülkedeki ilgili kamu makamları veya özel hizmet kuruluşları tarafınca belirlenen koşulları yerine getirmiş olmasına rağmen, bu makam ve kuruluşlarca önceden öngörülmesi mümkün olmayan bir şekilde yüklenicinin çalışması geciktirilmiş ya da engellenmiş olması halinde de yüklenici 20/2. madde kapsamında süre uzatım talebinde bulunulabilir.⁸¹

İş sahibinin sözleşmede öngörülen süre içerisinde inşaat alanını yükleniciye teslim etmemesi⁸² ya da öngörülemeyen fiziksel koşullar nedeniyle de yüklenici, 20/2. madde kapsamında süre uzatım talebinde bulunabilir.⁸³ Ancak, yükleniciden kaynaklı sebeplerle iş sahibinin inşaat alanını yükleniciye teslim etmemesi halinde yüklenicinin süre uzatımı talebinde bulunması mümkün değildir.⁸⁴

Yukarıda sayılanlara ek olarak, mevzuatta yapılan değişiklikler nedeniyle de yüklenici süre uzatım talebinde bulunabilir. İnşaat ve mühendislik faaliyetlerinin yürütüldüğü ülke mevzuatında değişiklik yapılması sebebiyle yüklenici alınması gerekli izin, ruhsat, lisans ve onay koşullarında değişiklik yapılması halinde yüklenici süre uzatım talebinde bulunabilir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, yapılan

79 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.2.

80 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.5.

81 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.6.

82 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 2.1.

83 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 4.12.4.

84 Godwin (n 65) 27.

her mevzuat değişikliği yükleniciye süre uzatımı hakkı vermemektedir. Ancak yüklenicinin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine olumsuz yönde bir etkisi olan ve ihale teklifi için öngörülen son başvuru tarihinden önceki 28 gün veya daha sonraki bir tarihte yapılmış ya da resmi olarak yayınlamış olan değişiklikler nedeniyle yüklenici 20/2. madde kapsamında süre uzatımı talebinde bulunabilir.⁸⁵

3. FIDIC Kırmızı Kitap Kapsamında Ek Ödeme

Süre uzatımı taleplerinde olduğu gibi, iş sahibi, iş sahibi temsilcisi veya personeli ya da iş sahibinin sorumluluğu altındaki diğer kişilerin sözleşme kapsamında yükümlülüklerini ihlal etmeleri sebebiyle yüklenicinin herhangi bir zarara uğraması halinde, iş sahibi tarafından yüklenicinin zararının giderilmesi gerekmektedir. Ancak istisnai durumlar dışında yüklenici iş sahibinden kâr kaybı ile diğer doğrudan ya da dolaylı zararlarının giderilmesini talep edemez. Yüklenici ancak; değişiklik talimatı, iş sahibinin 15/7. madde kapsamında kendi lehine olarak sözleşmeyi feshetmesi, 16. madde kapsamında kendisinin sözleşmeyi feshetmesi ya da iş sahibi tarafından 17/3. ve 17/5. maddelerin ihlal edilmesi halinde kâr kaybı ile diğer doğrudan ya da dolaylı zararın giderilmesini talep edebilir.⁸⁶

Yukarıda sayılanlara ek olarak, iş sahibinin herhangi bir dolandırıcılık, ağır ihmâl ya da kasıtlı temerrüdü halinde de yüklenici, uğramış olduğu kâr kaybının yanı sıra diğer tüm doğrudan ya da dolaylı zararlarının giderilmesini talep edebilir.⁸⁷

Aynı süre uzatımında olduğu gibi, mevzuatta yapılan değişiklikler sebebiyle de yüklenicinin ek ödeme talebinde bulunması mümkündür. Bu kapsamda inşaat ve mühendislik faaliyetlerinin yürütüldüğü ülke mevzuatında değişiklik yapılması sebebiyle alınması gerekli izin, ruhsat, lisans ve onay koşullarında değişiklik yapılması halinde yüklenici, sözleşme bedelinde artırım yapılmasını talep edebilir. Ancak yapılan her mevzuat değişikliği nedeniyle sözleşme bedelinde artırım yapılması doğal olarak mümkün değildir. Bu kapsamda yüklenicinin ek ücret talebinde bulunabilmesi için, söz konusu değişikliklerin ihale teklifi için öngörülen son başvuru tarihinden önceki 28 gün veya daha sonraki bir tarihte yapılmış ya da resmi olarak yayınlamış olması ve söz konusu değişikliklerin yüklenicinin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini olumsuz yönde etkilemiş olması gerekmektedir. Bu durumda yüklenici, 20/2. madde kapsamında iş sahibinden ek ödeme talebinde bulunabilir.⁸⁸

4. FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. Madde

FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. maddeye göre, yüklenicinin süre uzatımı ya da ek ödeme talebinde bulunulabilmesi için öncelikli olarak mühendise mümkün olan en kısa süre içerisinde süre uzatımına ya da ek ödeme yapılmasına neden olan olay ya da durumu açıklayan yazılı bir bildirimde (*Notice of Claim-NOD*) bulunması gerekmektedir. Bu aşamada yüklenicinin bildiriminde detaylı

85 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.6.

86 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.15.

87 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.15.

88 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.6.

açıklamalar yapmasına gerek olmadığı gibi, talebine dayanak bilgi ve belgeleri de eklemesine gerek bulunmamaktadır. Bu kapsamda bir iki cümleden oluşan yazılı bir bildirim yeterli kabul edilmelidir.⁸⁹

Hemen belirtilmelidir ki, yüklenicinin, süre uzatımına ya da ek ödeme yapılmasına neden olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre içerisinde mühendise buna dair yazılı bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde, yani yüklenicinin süre uzatımına ya da ek ödeme yapılmasına neden olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre geçtikten sonra talepte bulunması halinde, kural olarak yapılan bildirim geçersiz kabul edilecektir.⁹⁰ Zira öngörülen iş bu 28 günlük süre sınırı bir hak düşürücü süre olması sebebiyle kesin ve bağlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla da iş bu 28 günlük süre dolduktan sonra süre uzatımı ya da ek ödeme talebinde bulunulması halinde talep geçersiz olduğundan reddedilecektir.⁹¹

FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. madde kapsamında mühendise süre uzatımı ya da ek ödeme yapılmasına dair bir bildirim yapılması halinde, mühendisin öncelikli olarak 14 günlük süre içerisinde söz konusu bildirim süresi içerisinde yapıp yapılmadığını, başka bir ifadeyle ilgili bildirim yüklenici tarafından süre uzatımı ya da ek ödeme yapılmasına neden olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre içerisinde yapıp yapılmadığını değerlendirmesi gerekmektedir. Bu kapsamda mühendisin, talebin 28 günlük süre geçtikten sonra yapıldığını tespit etmesi halinde 14 günlük süre içerisinde yükleniciye, talebin öngörülen 28 günlük süre içerisinde yapılmadığı için geçersiz olduğu yönünde bir bildirimde bulunacaktır. Aksi takdirde yapılan bildirim geçerli olduğu varsayılacaktır. Ancak iş sahibi söz konusu bildirim geçerli olmadığını düşünüyorsa, sebepleri ile birlikte mühendisin kararına itiraz ederek kararını gözden geçirmesini isteyebilir.⁹²

Söz konusu bildirim süresi içerisinde ve usulüne uygun olarak yapılması, başka bir ifadeyle mühendisin 14 günlük süre içerisinde talebin geçersizliğine dair yazılı bir bildirimde bulunmaması halinde yüklenici ayrıntılı talebini (*Fully Detailed Claim*) mühendise sunacaktır. Buna göre, mühendis ile farklı bir süre kararlaştırılmadıkça yüklenicinin talebine dayanak olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 84 günlük süre içerisinde mühendise ayrıntılı talebini sunması gerekmektedir. Yüklenicinin 84 günlük süre içerisinde ayrıntılı talebini sunmaması halinde ise yapmış olduğu bildirim (*Notice of Claim*) geçersiz hale gelecektir. Bu durumda mühendisin 84 günlük sürenin dolmasından sonraki 14 günlük süre içerisinde yükleniciye, yapmış olduğu bildirim geçersiz hale geldiğine dair yazılı bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde,

89 Christopher R. Seppala, 'Contractor's Claims Under the FIDIC Contracts for Major Works' (2005) 21(4) Construction Law Journal 278, 285.

90 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.1.

91 Aynı yönde bkz. Ahmed El-Ghory, Md. Nor Hayati Bin Tahir ve Norain Binti Ismail, 'Claim Management Framework Under FIDIC 2017: Contractor Claim Submission' (2019) 7(2) Humanities & Social Sciences Reviews 170, 171; Godwin (n 65) 183. 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri bakımından aynı yöndeki görüşler için bkz. Christopher R. Seppala, 'FIDIC's New Standard Forms of Contract: Claims, Resolution of Disputes and Dispute Adjudication Board' (2001) (1) International Business Law Journal 3, 4.

92 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.2.

yani mühendisin 84 günlük sürenin dolmasından sonraki 14 günlük süre içerisinde bu yönde yazılı bir bildirimde bulunmaması halinde, yapılan bildirim geçerli olduğu varsayılacaktır. Ancak iş sahibi, yapılan bildirim geçerli olmadığını düşünüyorsa, sebepleri ile birlikte mühendisin kararına itiraz ederek kararını gözden geçirmesini isteyebilir.⁹³

Süre uzatımına ya da ek ödeme yapılmasına dair taleplerin ayrıntılı talep olarak değerlendirilebilmesi için, iş bu talebe sebep olan olay ya da duruma ilişkin ayrıntılı açıklamaları, sözleşme ve diğer yasal mevzuat çerçevesindeki dayanaklarını, dayanak tüm güncel kayıtları ve iş bu talebi destekleyen diğer ayrıntıları içermesi gerekmektedir.⁹⁴

Yüklenicinin ayrıntılı talebini usulüne uygun olarak öngörülen süre içerisinde yapmasının ardından 3/7. maddede öngörülen prosedür takip edilerek talep sonuçlandırılacaktır. Bu kapsamda mühendis, öncelikli olarak taraflarla bir araya gelerek, söz konusu talep hakkında tarafların bir anlaşmaya varmaları için arabuluculuk faaliyetlerinde bulunacak, iş bu arabuluculuk faaliyetlerinin olumsuz sonuçlanması, başka bir ifadeyle taraflarca taleple ilgili bir anlaşmaya varılamaması halinde ise bir sonraki basamağa geçiş yapılacak ve mühendis talep hakkında tarafsız bir üçüncü kişi olarak karar verecektir. Mühendisin verdiği karardan tarafların memnun olmaması halinde ise iş bu karara karşı olarak 21. madde kapsamında sırasıyla uyuşmazlık önleme ve çözüm kurulu (Dispute Avoidance/ Adjudication Board-DAAB) ile tahkim yoluna başvurulabilecektir.

5. FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. Maddede Öngörülen 28 Günlük Sürenin Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi

Kırmızı Kitap dahil FIDIC sözleşmeleri, emredici uluslararası hukuk kuralı niteliğinde olmayıp, tam tersine birer özel hukuk sözleşmesidirler. Bu sebeple de sözleşme hükümlerinin, sözleşmeye uygulanacak hukukunun emredici kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde aykırı hükümler geçersiz kabul edilerek, emredici ya da tamamlayıcı hükümlerin uygulanması gerekecektir.⁹⁵

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 20/2. maddesinde öngörülen iş bu 28 günlük hak düşürücü sürenin geçerliliği, başka bir ifadeyle iş bu 28 günlük süre geçtikten sonra da yüklenicinin süre uzatımı ya da ek ödeme yapılmasına dair talepte bulunup bulunamayacağı konusunda, uygulanacak hukuka bağlı olarak birtakım tartışmalar yaşanmaktadır.

Anglosakson Hukuk Siteminde, söz konusu hükmün geçerliliğine, başka bir ifadeyle, talepte bulunan tarafın öngörülen 28 günlük süre geçtikten sonra talepte bulunamayacağına dair herhangi bir soru işareti bulunmamaktadır. İngiliz Hukuku kapsamında bu tarz zaman kısıtlamaları geçerli olduğu, bu sebeple de sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak İngiliz Hukuku'nun seçildiği sözleşmelerde iş bu

93 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.4.

94 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.4.

95 Ekşi, 'FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar' (n 1) 184-185; Ekşi, 'FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar' (n 1) 62-63.

28 günlük süre bir ön koşul olarak değerlendirilerek, ilgili tarafın iş bu süre dolduktan sonra talepte bulunamayacağı, aksi takdirde talebinin reddine karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁹⁶

İngiliz yargı içtihatları incelendiğinde de iş bu 28 günlük sürenin geçerliliğine ilişkin herhangi bir soru işareti bulunmadığı görülmektedir. Gerçekten de “*Obrascon Huarte*” kararında, 1999 tarihli Sarı Kitap’ın 20/1. maddesi kapsamında süre uzatımı ve bedelde değişiklik yapılması talebinde bulunabilmek için öngörülen iş bu süre sınırlamasının hakkaniyet ilkesi gereği dar yorumlanmak suretiyle, İngiliz Hukuku bakımından geçerli ve uygulanabilir olduğuna karar verilmiştir.⁹⁷ Dolayısıyla, FIDIC Kırmızı Kitap’ın 20/2. maddesinde yer alan iş bu 28 günlük süre şartı Anglosakson Hukuk Sistemi bakımından geçerli olup, bu sürenin söz konusu hukuk sistemi bakımından bir hak düşürücü süre olarak kabul edilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Bizim de içerisinde yer aldığımız Kıta Avrupası Hukuk Sistemi bakımından ise durum biraz daha karmaşıktır. Zira, iş bu 28 günlük hak düşürücü süre sınırlamasının, taraflar arasında müzakere konusu yapılmamış bir genel işlem koşulu olduğu gerekçesiyle geçersizliğine karar verilebileceği ifade edilmektedir.⁹⁸

Türk yargı uygulamasına bakıldığında, Yargıtay’ın 818 sayılı Borçlar Kanunu⁹⁹ (BK.) zamanında vermiş olduğu bir kararında, iş bu sürenin Türk Hukuku bakımından da geçerli olduğu ve yüklenicinin süresi içerisinde başvuru yapmaması halinde mühendis tarafından talebin reddine karar verilmesinin yerinde olduğu ifade edilmiştir.¹⁰⁰ Her ne kadar iş bu kararda açıkça öngörülen süre sınırlamasının

96 Godwin (n 65) 183; Nicholas Gould, ‘Establishing Dispute Boards – Selecting, Nominating and Appointing Board Members’ Society of Construction Law International Law Conference in Singapore, 16th 17th October 2006, 7. Ancak Gould, birkaç ay önce katıldığı başka bir konferansta tam tersi bir görüş ileri sürerek, iş bu 28 günlük sürenin İngiliz Hukuku kapsamında geçerli kabul edilmesinin mümkün olmadığını ve iş bu süre geçtikten sonra da ilgili tarafın talepte bulunabileceğini öne sürmüştür (Nicholas Gould, ‘Establishing Dispute Boards; Selecting, Nominating and Appointing Dispute Board Members’ DRBF 6th Annual International Conference, Budapest 6-7 May 2006, 6).

97 *Obrascon Huarte Lain SA v. Her Majesty’s Attorney General for Gibraltar* [2014] EWHC 1028 (TCC); [2014] B.L.R. 484; [2014] C.I.L.L. 3536. Benzer yönde kararlar için bkz. *Multiplex Construction v. Honeywell Control Systems* [2007] EWHC 447 (TCC); *WW Gear Construction Ltd v. McGee Group Ltd* [2010] EWHC 1460. Aynı yönde bkz. *Lenz* (n 1) 242-244.

98 Rosher (n 6) 131-132; *Lenz* (n 1) 244-245; Nadar ‘*Concurrent Delays, Liquidated Damages and Penalties in the FIDIC Forms of Contract*’ (n 6) 271; Atamer ‘*Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk İşliğinde Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları*’ (n 6) 87-88.

99 Borçlar Kanunu, Kanun Numarası:818, Kabul Tarihi: 22.04.1926, RG 29.04.1926/359.

100 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2000/4429 K. 2001/1032, 26.02.2001; “...Söz konusu sözleşmenin 44. maddesinde süre uzatımı verilmesi gereken haller ve bu konudaki talebin nasıl yapılacağı açıklanmıştır. Maddenin 1. fıkrasında; hangi hallerde süre uzatımına hak kazanılacağı 2. fıkrada ise süre uzatımı verilebilmesi için yüklenicinin 28 gün içerisinde durumu Mühendise bildirmesi ve bir kopyasını da iş sahiplerine gönderilmesi, belge ve kanıtların da süre uzatım talebine ekleneceği belirtilmiştir. Aynı sözleşmede çalışılmayan dönem diye bir tanıma yer verilmemiş ve istisnai hava şartlarının 44.1 maddesinde değerlendirilmesi öngörülmüştür... (FIDIC) inşaat sözleşmelerinde süre uzatımı talepleri, uluslararası yeknesaklığı sağlamak amacıyla sıkı kurallara bağlanmıştır. Süre uzatımının da muhtemel haksızlıkların önlenmesi bakımından taleplerin zamanında yapılması ve delillendirilmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle davacının süresinde sözleşmeye uygun talepte bulunmaması ve belgelendirilmemesi nedeniyle süre uzatımı taleplerinin mühendis firmaca reddedilmesinde sözleşmeye aykırı bir tutum ve davranış yoktur. Davacının davadaki alacak talepleri süre uzatımına hak kazanmasına bağlı olup, ortada davacıya verilmesi gereken süre olmadığına göre davanın tümüyle reddi yerine kabulü doğru olmuştur.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir başka kararında ise; “FIDIC sözleşmelerinde süre uzatım istemlerinin sıkı şekil şartlarına bağlandığı, süre uzatım incelemelerinin ancak bu şartlara uyulması halinde yapılabileceği bilinen bir

Türk Hukuku bakımından geçerli olduğu ifade edilmişse de iş bu karar zamanında genel işlem koşullarına ilişkin BK'da herhangi bir somut düzenlemenin bulunmaması sebebiyle konunun TBK 20 vd. maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümler kapsamında yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kırmızı Kitap da dahil olmak üzere, FIDIC sözleşmelerinin hepsi, FIDIC tarafından ulusal ve uluslararası inşaat faaliyetlerinde kullanılmak üzere hazırlanmış birer tip sözleşme niteliğindedirler. Bu kapsamda sözleşmede yer alan hükümler de birer genel işlem koşulu niteliğindedir. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin TBK bakımından geçerliliği sorunu akıllara gelmektedir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme hükümleri TBK kapsamında ancak belirli şartlar altında geçerli olup, aksi takdirde kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalmaktadırlar.

FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. madde kapsamında süre uzatımı ya da ek ödeme talebinde bulunan yüklenicinin, süre uzatımına ya da ek ödeme yapılmasına neden olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre içerisinde mühendise buna dair yazılı bir bildirimde bulunması zorunludur. Aksi takdirde yapılan bildirim geçersiz olacaktır.¹⁰¹ Bu haliyle söz konusu sürenin bir hak düşürücü süre niteliğinde olduğu, dolayısıyla da resen dikkate alınması gerektiği kabul edilmelidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, doktrinde iş bu 28 günlük sürenin, taraflar arasında müzakere konusu yapılmamış bir genel işlem koşulu olduğu gerekçesiyle geçersizliğine karar verilebileceği ileri sürülmektedir.¹⁰² Hemen belirtelim ki her somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmele birlikte, TBK kapsamında genel olarak iş bu görüşün kabulü çeşitli nedenlerle pek mümkün değildir.

Öncelikle, Kırmızı Kitap dahil FIDIC sözleşmeleri her ne kadar ulusal ve uluslararası büyük ya da küçük ölçekli her türlü inşaat faaliyetinde kullanılabilirle birlikte, Kırmızı Kitap çoğunlukla büyük ölçekli inşaat faaliyetlerinde tercih edilmektedir. Büyük ölçekli inşaat faaliyetlerinde genellikle bir ihale süreci öngörülmekte olup, iş bu ihale süreci sonucunda en uygun teklif sunan yüklenici ile sözleşme imzalanmaktadır. Herkesçe kabul edileceği üzere, büyük inşaat projelerinde ihale süreci ve sonrasında taraflarca çok uzun bir inceleme ve müzakere süreci yaşanmakta ve bu süreçte taraflarca her türlü ayrıntı üzerinde durulmaktadır. Bu durumda da yüklenicinin iş bu sözleşme hükümlerinden haberdar olmadığı, birer genel işlem koşulu olduğu ve müzakere konusu yapılmadığı için de geçerli olmadığına dair bir iddiada bulunması kanaatimizce pek mümkün değildir.

Aynı şekilde büyük ölçekli inşaat projeleri genellikle bir kamu kurumu/kuruluşu ya da büyük iki ticari şirket arasında (bunlardan birisi yüklenicidir) yapılmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere,

gerçekdir" (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2001/5595 K. 2002/3931, 17.09.2002) demektedir.

101 FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.1.

102 Rosher (n 6) 131-132; Lenz (n 1) 244-245; Nadar 'Concurrent Delays, Liquidated Damages and Penalties in the FIDIC Forms of Contract' (n 6) 271; Atamer 'Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları' (n 6) 87-88.

TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri tacir olsun olmasın herkese uygulanabilecek nitelikte olup, burada amaç ekonomik olarak zayıf durumda olan tarafı korumaktır. Bu bakımdan ekonomik olarak birbirlerine denk/eşit olan iki taraf arasında ki sözleşmelere genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanması kural olarak mümkün değildir.¹⁰³ Bu kapsamda da FIDIC Kırmızı Kitap'ın uygulandığı bir inşaat sözleşmesinin tarafları büyük ihtimalle bir kamu kurumu/kuruluşu ile büyük bir inşaat şirketi veyahut da büyük iki ticari şirket olacağından, yüklenici tarafın zayıf konumda olduğundan bahisle TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin uygulanması kanımızca pek mümkün değildir.

TBK'nın 21/I. maddesi kapsamında genel işlem koşulu niteliğindeki bir sözleşme hükmünün geçersiz sayılabilmesi için öncelikle söz konusu hükmün kullanan tarafın lehine, karşı tarafın ise aleyhine olması gerekmektedir. FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. maddede öngörülen süre sınırlaması yapmış olduğumuz açıklamalara bakıldığında, ilk anda yüklenicinin aleyhine, iş sahibinin ise lehine olduğu düşünülebilse de söz konusu süre sınırlaması sadece yüklenici için değil, iş sahibi için de geçerlidir. Gerçekten de söz konusu hüküm yalnızca yüklenicinin süre uzatımı ve ek ödeme talepleri için geçerli olmayıp, iş sahibi tarafından sözleşme bedelinde indirim yapılması, kusur bildirim süresinin uzatılması ve daha birçok talep bakımından da uyulması zorunlu niteliktedir. Başka bir ifadeyle, iş sahibi de sözleşme bedelinde indirim yapılması, kusur bildirim süresinin uzatılması ve daha birçok talebini FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. maddesinde öngörülen iş bu 28 günlük hak düşürücü süre içerisinde yapması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu talep süresinde yapılmadığından geçersiz sayılacaktır. FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. maddede öngörülen iş bu 28 günlük süre sınırlaması yalnızca yüklenici için değil iş sahibi için de geçerli olduğundan, yüklenicinin aleyhine bir hüküm olarak değerlendirilerek TBK 21/I. madde kapsamında geçersiz olduğunun ileri sürülmesi kanaatimizce mümkün değildir. Aynı şekilde söz konusu süre sınırlamasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu da kabul edilemeyeceğinden TBK'nın 25. maddesi kapsamında geçersiz sayılması da olası değildir.

Ayrıca yukarıda da ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmeleri, inşaat ve mühendislik faaliyetlerinde ulusal ve uluslararası arenada en çok kullanılan tip sözleşmeler olup, FIDIC sözleşmeleri içerisinde ise en çok Kırmızı Kitap kullanılmaktadır. Bu sebeple de Kırmızı Kitap temel kitap olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda da inşaat ve mühendislik sektöründe yer alan ve belirli bir büyüklük ve tecrübeye ulaşmış profesyonel yüklenicilerin Kırmızı Kitap'ı çok iyi bildiği kabul edilmelidir. Bu sebeple de bu tarz bir yüklenicinin sözleşme hükümlerinden haberdar olmadığı ve bu sebeple de geçersiz olduğu yönündeki iddiaları kanaatimizce dürüstlük kuralına aykırı olduğundan kabulü mümkün değildir.

Son olarak Kırmızı Kitap dahil tüm FIDIC sözleşmelerinin asıl amacı, iş sahibinin pazarlık gücünü kötüye kullanarak risk dağılımının yüklenici aleyhine olacak şekilde yapılmasının engellenmesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu hükümlerin TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri kapsamında geçersiz sayılması kanaatimizce mümkün değildir.

103 Aydoğdu (n 12) 603; Aydoğdu ve Kahveci (n 11) 53-54.

SONUÇ

FIDIC Kırmızı Kitap, FIDIC tarafından ulusal ve uluslararası inşaat faaliyetlerinde kullanılmak üzere hazırlanmış bir tip sözleşme olup, sözleşmede yer alan hükümler de birer genel işlem koşulu niteliğindedir. Dolayısıyla bizim de içerisinde bulunduğumuz Kıta Avrupası Hukuk sistemi bakımından yüklenicinin süre uzatımı ve ek ödeme talebinde bulunabilmesi için FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. maddesinde öngörülen 28 günlük süre sınırlamasının, taraflar arasında müzakere konusu yapılmamış bir genel işlem koşulu olarak nitelendirilerek geçersizliğine karar verilebileceği ve dolayısıyla da yüklenicinin işbu 28 günlük süreden sonra da süre uzatımı ve ek ödeme talebinde bulunabileceği iddia edilmektedir. Ancak kanaatimizce TBK'nın 20 vd. maddelerinde yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler dikkate alındığında, FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. maddesinde öngörülen iş bu 28 günlük hak düşürücü sürenin TBK'nın 20 vd. maddeleri kapsamında geçersiz olduğu kabul edilemez.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Ağaoğlu C, 'FIDIC Kuralları Çerçevesinde Yürütülen Tahkim Yargılamalarında Türk ve Yabancı İnşaat Firmalarının Karşılaştığı Sorunlar' iç Selahattin Sarı, Alp H Gencer ve Batuhan Tufaner (edr), *International Conference on Eurasian Economies 2017* (Beykent University Publications 2017) 114-124.
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1-1*, (2. Bası Seçkin 2019).
- Atamer YM, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak' iç Başak Şit (ed) *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 9-73.
- Atamer YM, 'Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları' iç Yeşim M Atamer, Ece Baş Süz el ve Elliott Geisinger (edr), *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt* (Oniki Levha 2018) 87-132.
- Ataseven B, 'Dispute Resolution Within the Frame of FIDIC Rules' (2017) (16) GSI Articleletter 51-62.
- Aydoğdu M, Murat Aydoğdu, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı' (2013) (8) Yaş ar Üniversitesi Elektronik Dergisi 571-621.
- Aydoğdu M, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı' (2011) 13(2) Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi 1-50.
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (2. Bası, Adalet 2022).
- Baker E ve Lavers A, 'Introduction to the FIDIC Suite of Contracts' in Stavros Brekoulakis ve David Brynmor Thomas (eds), *Global Arbitration Review the Guide to Construction Arbitration* (Law Business Research Ltd. 2017), s. 38-50.
- Baker E, Robotom L ve Lavers A, 'Allocation of Risk in Construction Contracts' in Stavros Brekoulakis ve David Brynmor Thomas (eds), *Global Arbitration Review the Guide to Construction Arbitration* (Law Business Research Ltd. 2017) 51-62.
- Barough AS, Shoubi MV ve Preece CN, 'Evaluating the Effectiveness of Mediation and Arbitration Process in Resolving Disputes in Malaysian Construction Industry' (2013) 29(5) Construction Law Journal 323-331.

- Baysal B, 'Kara Avrupası Hukuk Sistemlerine İlişkin Mukayeseli Bir Analiz' iç Yeşim M Atamer, Ece Baş Süzel ve Elliott Geisinger (edr) *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı* (Oniki Levha 2020) 91-126.
- Bdaiwi YM ve Skaik S, 'Suitability of The New Extension of Time Procedures Under FIDIC 2017 Red Book' (2019) 35(6) *Construction Law Journal* 366-383.
- Brekoulakis S ve Thomas DB, 'Introduction" in Stavros Brekoulakis ve David Brynmor Thomas (eds), *Global Arbitration Review the Guide to Construction Arbitration* (Law Business Research Ltd. 2017) 1-4.
- Budak SA, 'Türk Eser Sözleşmesi Hukuku Işığında FIDIC Sözleşmeleri' iç Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süzel ve Elliott Geisinger (edr), *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I*, (2. Bası Oniki Levha 2018) 89-102.
- Burr A, 'FIDIC Changes' (2019) 35(7) *Construction Law Journal* 457-459.
- Cansel E ve Özel Ç, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (2. Bası, Seçkin 2017)
- Charrett D, 'The Commercial Value of Dispute Boards under FIDIC Contracts', (2015) 1(3) *The Turkish Commercial Review* 205-218.
- Doğancı DE, *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık denetimi* (Oniki Levha, 2018).
- Ekşi N, 'FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar' iç Emrehan İnal ve Başak Baysal (edr), *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, (Oniki Levha 2017) 181-218.
- Ekşi N, 'FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar' iç Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süzel ve Elliott Geisinger (edr), *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I*, (2. Bası Oniki Levha 2018) 59-88.
- El-Ghory A, Bin Tahir Md. N H ve Ismail N B, 'Claim Management Framework Under FIDIC 2017: Contractor Claim Submission' (2019) 7(2) *Humanities & Social Sciences Reviews* 170-179.
- Eren F, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler* (14. Bası, Yetkin 2012)
- Erman H, 'İnşaat Hukukunun Genel Esasları' iç Emrehan İnal ve Başak Baysal (edr) *İnşaat Hukuku ve Uygulaması* (Oniki Levha 2017) 1-8.
- Gillies N, 'Concurrent Delay A Guide for New Zealand Construction Professionals' Heskethhenry 16 Ağustos 2018 <<https://www.heskethhenry.co.nz/assets/uploads/2018/08/Concurrent-Delay-Paper.pdf>> Erişim Tarihi 04 Aralık 2020.
- Godwin W, *The 2017 FIDIC Contracts*, Wiley Blackwell, Oxford, 2020.
- Gould N, 'Establishing Dispute Boards; Selecting, Nominating and Appointing Dispute Board Members' DRBF 6th Annual International Conference, Budapest 6-7 May 2006 1-34.
- Gould N, 'Establishing Dispute Boards – Selecting, Nominating and Appointing Board Members' Society of Construction Law International Law Conference in Singapore, 16th 17th October 2006 1-36.
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021).
- Hatemi H ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (5. Bası, Filiz 2021).
- Havutçu A, *Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (Güncel Hukuk Yayınları 2003).
- Joshi C, "The Used of Modified Forms in the UAE", *Construction Law Journal*, Sayı 32/8, 2016 936-938.
- Karaca HA, 'Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından FIDIC Sözleşme Şartlarının ve MÖHUK m. 24/4'te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi', (2016) 22(3), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 1483-1529.

- Karadağ Ö, *Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar* (Yetkin 2015).
- Kershaw D, 'Qualifications of Arbitrators in A "Disruption" Dispute Under FIDIC', (1989) (55) *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 123-129.
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Turhan 2017).
- Köksal T, *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (Adalet 2009).
- Köksal T, *Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları* (2010) 1(20) *Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 85-110.
- Köksal T, 'FIDIC Conditions of Contract as A Model for An International Construction Contracts' (2011) 1(8) *International Journal of Humanities and Social Science* 140-157.
- Leeuwen MV, 'Internal Disputes Between the Members of Unincorporated International Construction Joint Ventures' iç Yeşim M Atamer, Ece Baş Süz el ve Elliott Geisinger (edr) *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Ortak Girişimler İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-III* (Oniki Levha 2019) 313-345.
- Lenz CH, 'Procedures for Contractors' and Employers' Claims and Pitfalls – In Particular Under FIDIC Contracts – ' iç Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süz el ve Elliott Geisinger (edr), *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I*, (2. Bası Oniki Levha 2018) 239-252.
- Li D, Zhang H ve Fang X, 'The Deficiency of Dispute Settlement Mechanism Seen in Chinese Construction Field from FIDIC' (2018) (251) *MATEC Web of Conferences* 251 1-8.
- Longley S, 'Extension of Time Under the FIDIC Silver Book' (2020) 36(1) *Construction Law Journal* 18-22.
- Nadar A, 'The Contract: The Foundation of Construction Project' in Stavros Brekoulakis ve David Brynmor Thomas (eds), *Global Arbitration Review the Guide to Construction Arbitration* (Law Business Research Ltd. 2017) 7-17.
- Nadar A, 'Concurrent Delays, Liquidated Damages and Penalties in the FIDIC Forms of Contract' iç Yeşim M Atamer, Ece Baş Süz el ve Elliott Geisinger (edr), *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt* (Oniki Levha 2018) 269-284.
- Nassar JA, 'Claims, Disputes and Arbitration Under the Red Book and the New Red Book (Part 1)' (2009) 25(6) *Construction Law Journal* 405-443.
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta 2021).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (18. Bası, Vedat 2020).
- Rameezdeen R ve Rodrigo A, 'Modifications to Standard Forms of Contract: The Impact of Readability' (2005) 14(2) *Australasian Journal of Construction Economics and Building* 31-40.
- Rosher P, 'Adapting FIDIC Provisions for Use in Contracts for Governed by French Law' (2015) (2) *International Business Law Journal* 123-141.
- Schneider ME, 'A Typology of Risk Allocation – The Example of FIDIC Suite of Contracts' iç Yeşim M Atamer, Ece Baş Süz el ve Elliott Geisinger (edr) *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı* (Oniki Levha 2020) 221-254.
- Seppala CR, 'The Pre-Arbitral Procedure of the Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Condition of Contract', (1987) (6) *International Business Law Journal* 579-606.
- Seppala CR, 'The New FIDIC International Civil Engineering Subcontract' (1995) (6) *International Business Law Journal* 659-683.
- Seppala CR, 'International Construction Contract Disputes; Commentary on ICC Awards Dealing with The FIDIC International Condition of Contract', (1999) (6) *International Business Law Journal* 700-723.

- Seppala CR, 'FIDIC's New Standard Forms of Contract: Claims, Resolution of Disputes and Dispute Adjudication Board' (2001) (1) International Business Law Journal, 3-12.
- Seppala CR, 'Contractor's Claims Under the FIDIC Contracts for Major Works' (2005) 21(4) Construction Law Journal, 278-290.
- Şeker M, *Yazılmamış Sayılma* (1. Bası, Oniki Levha 2015).
- Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu HM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, Oniki Levha 2020).
- Yavuz N, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Adalet 2013).
- Yelmen A, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları* (Yetkin 2014).
- Yıldırım A, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (3. Bası, Adalet 2015).

Mahkeme Kararları

- Multiplex Construction v. Honeywell Control Systems [2007] EWHC 447 (TCC).
- Obrascon Huarte Lain SA v. Her Majesty's Attorney General for Gibraltar [2014] EWHC 1028 (TCC); [2014] B.L.R. 484; [2014] C.I.L.L. 3536.
- WW Gear Construction Ltd v. McGee Group Ltd [2010] EWHC 1460.
- Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2000/4429 K. 2001/1032, 26.02.2001.
- Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2001/5595 K. 2002/3931, 17.09.2002.
- Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2014/5865 K. 2014/10353, 02.06.2014.
- Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2014/15651 K. 2015/10006, 02.06.2015.
- Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2015/7901 K. 2016/4120, 17.03.2016.
- Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2016/2835 K. 2017/1582, 28.02.2017.
- Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2016/15462 K. 2018/713, 19.02.2018.
- Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2017/1825 K. 2018/6690, 03.07.2018.
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2021/4499 K. 2022/8102, 21.11.2022.
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2021/4717 K. 2022/8916, 12.12.2022.

Uluslararası Tahkimde İcra İnkâr Tazminatı*

Denial of Enforcement Compensation in International Arbitration

Necip Fazıl ERBEYİN**

ÖZ

İlamsız icra takibi alacaklıya, herhangi bir mahkeme kararı veya dayanak belgeye ihtiyaç duymaksızın alacağını devletin icra daireleri kanalıyla tahsil etme imkânı sağlamaktadır. Çalışmamızda öncelikle ilamsız icra takibi ele alınmaktadır. Borçlunun itirazı üzerine ilamsız icra takibinin durması üzerine, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nda öngörülen itirazın iptali davasının tahkimde görülüp görülmeyeceği meselesi hem öğreti hem de uygulamada çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır. Bu tartışmada kaçınılmaz olarak, itirazın iptali davası neticesinde icra inkâr tazminatına hakem heyeti tarafından karar verilip verilemeyeceği de sorgulanmıştır. Bu kapsamda öncelikle itirazın iptali davasının hukuki niteliğinin değerlendirilmesi gerektiğinden, bu hususta farklı görüşler ifade edilmişse de, artık itirazın iptali davasının eda davası olarak nitelendirildiği ve tahkim nezdinde görülebileceği kabul edilmektedir. Konumuz itirazın iptali davasının neticelerinden olan icra inkâr tazminatına ilişkin olduğundan, bunun koşulları olarak geçerli bir ilamsız icra takibi bulunmalı, borçlu süresi içerisinde itiraz etmeli, dava bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmalı, borçlunun itirazı haksız olmalı, likit bir alacak bulunmalı ve alacaklı tarafından icra inkâr tazminatı ödenmesi talep edilmelidir. İcra inkâr tazminatının niteliği hakkında da görüş birliği bulunmamakla birlikte, bu tazminat Anglo Sakson hukukundaki cezalandırıcı tazminat gibi özel hukuk tazminatı olarak değerlendirilmektedir. Cezalandırıcı tazminat hakkında da tahkim paydaşları arasında müspet bir yaklaşımın bulunduğu, hakemlerin buna hükmedebileceğinin ifade edildiği görülmektedir. Haliyle, hakemler tarafından icra inkâr tazminatına da hükmedilebilmektedir. Devlet mahkemelerinin yabancı hakem kararını denetlediği iptal davası veya tanıma/tenfiz ret sebepleri incelendiğinde de, bu sebepler sırf itirazın iptali davası özelinde ayrı ve özel bir sonuç doğurmamaktadır. Bu bağlamda, icra inkâr tazminatını havi bir hakem kararının iptaline veya tanıma/tenfizinin reddine karar verilmemelidir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Tahkim, İlamsız İcra, İcra İnkâr Tazminatı, Cezalandırıcı Tazminat, Kamu Düzeni, Tahkime Elverişlilik.

ABSTRACT

Enforcement proceedings without judgment provide the creditor with the opportunity to collect his receivables through the execution offices without any court decision or supporting document. In our study, firstly, enforcement proceedings without judgment will be discussed in the context of the action for annulment of objection. Upon suspension of such enforcement proceedings if objected, whether the action for the annulment of the objection stipulated in the Turkish Enforcement and Bankruptcy Law numbered 2004 could be handled by arbitration led to various opinions both in academia and in practice. Moreover, the action for the annulment of objection caused significant debates, especially with its result pertaining to the denial of execution compensation. Accordingly, one should examine the nature of the annulment of objection. Although there are different opinions, the action for annulment of objection is considered as an act of performance and can be handled in arbitration. To obtain a decision rendering denial of execution compensation, there must be a valid enforcement proceeding, the debtor must submit his objections within the time limit, the annulment lawsuit must be filed within a one-year period, the objection of the debtor must be unjustified, that is, there must be a liquid receivable and the creditor must demand execution denial compensation. Thereafter, it has been concluded that the nature of such compensation is controversially considered as a private law compensation like punitive damages in Anglo-Saxon law. In this context, it has been determined that there is an increasingly positive approach among arbitration stakeholders regarding punitive damages. As such, it is argued that the execution denial compensation can also be granted by the arbitrators. Furthermore, the reasons stipulated in legal documents for annulment of foreign arbitral award or rejection of recognition/enforcement before local courts, will not have a specific result in terms of the action for the annulment of objection. In this context, any arbitral award granting denial of execution compensation should not be annulled merely on this ground.

Keywords: International Arbitration, Enforcement Proceeding, Denial of Execution, Punitive Damages, Public Policy, Arbitrability.

* Çalışma konusunu dikkatime getiren ve inceleme fırsatı sunan Prof. Dr. Ziya Akıncı'ya saygılarımla teşekkür ederim.

** Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, LL.M. [University of Sussex, İngiltere], Avukat, ORCID ID: 0009-0003-0190-073X.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Necip Fazıl ERBEYİN

E-posta/E-mail: necipfazil@erbeyin.av.tr

Geliş Tarihi/Received: 07.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 01.06.2023

GİRİŞ

Borçların gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklı kişilerin alacaklarına hızlı bir biçimde kavuşmalarını temin etmek amacıyla 2004 sayılı İcra İflas Kanunu¹ ('İİK') kapsamında ilamsız icra takibi müessesesi öngörülmüştür. Bu kapsamda başlatılan ilamsız icra takibine, borçlu tarafından itiraz edilmesi üzerine de alacaklıya belirli koşullara tabi olarak itirazın iptali davası açma hakkı tanınmıştır.

Bilindiği üzere, yargılama yetkisi esas olarak devlet erkine aittir. Ancak bilhassa yabancılik unsuru barındıran ve milletlerarası nitelikli uyuşmazlıkların çözümünde bu bakış açısı devletler tarafından dahi yumuşatılmakta ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başında gelen tahkim müessesesinden faydalanılmaktadır². Böylece uyuşmazlıkların çözülmesi taraflarca atanan uzman ve yetkin hakemler eliyle, hızlı ve gizli bir şekilde gerçekleştirilebilmektedir.

Öncelikle, taraflar arasında tahkim anlaşmasının varlığına rağmen ilamsız icraya taraflarca başvurulabileceği artık genel olarak kabul edilmekle birlikte, borçlu tarafından bu icra takibine itiraz edilmesi üzerine itirazın iptali davasının tahkime götürülüp götürülemeyeceği konusu hala tartışmalıdır. Bu tartışmada dikkat çeken hususlardan biri de, tahkimde icra inkâr tazminatına hükmedilip hükmedilemeyeceğidir.

Bu kapsamda, çalışmamızın ilk bölümünde Türk hukukuna has bir kurum olan ilamsız icra takibi ve akabinde açılacak itirazın iptali davasına dair kısa bir inceleme sunulmaktadır. Burada işlenecek konular, sadece temel kavramların ortaya konulması ve sonraki kısımlarda incelenecek tahkim müessesesine ilişkin olduğu düzeyde sınırlı bir biçimde ele alınmaktadır. Akabinde, Anglo Sakson hukukundaki cezalandırıcı tazminata dair çeşitli mülâhazalar ele alınarak icra inkâr tazminatının hukuki niteliği tespit edilecektir. Tahkime çeşitli istisnalar haricinde özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklar bakımından başvurulabileceği nazara alındığında, icra inkâr tazminatının kamu hukuku veya özel hukuka ilişkin karakterinin tespitinin yanında, özel hukuk tazminatı ise maddi hukuk karakterli mi yoksa usul hukuku niteliği mi olduğunun belirlenmesi çalışmamız için vazgeçilmez bir önemi haizdir. Nihayet, tahkim anlaşmasının ilamsız icra prosedürüne etkisi değerlendirilerek, şartları gerçekleşmesi halinde hükmedilecek icra inkâr tazminatının tahkime elverişlilik, *kompetenz-kompetenz* prensibi, iptal ve tanıma/tenfiz davaları karşısında durumu ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK İCRA TAKİBİ VE İTİRAZIN İPTALİ DAVASI

A. İCRA TAKİBİ, TARAFLARI VE ORGANLARI

Kişilerin, herhangi bir yasal düzenleme veya zorlama unsuru bulunmaksızın sözleşmesel ilişki çerçevesinde yükümlendikleri edimleri ifa ve icra etmeleri beklenir. Ne var ki, kişilerin borçlarını

1 İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128 [İİK].

2 Hatta artık tahkim yargılamasının alternatif yargı statüsünü dahi aştığı yönünde bkz. Yargıtay 15 HD, E 2019/2474 K 2019/3640, 26.09.2019.

yerine getirmelerinde yaşanabilecek aksaklıklar nedeniyle borçların vadesinde veya hiç ödenmemesi hali söz konusu olabilmekte ve böylece temerrüt hali oluşmaktadır. Bu çerçevede devletler, alacaklı kişilerin alacaklarına kavuşabilmelerini teminen birtakım düzenlemeler öngörüp önlemler alarak, ihkak-ı hakkın, yani kişinin hakkını kendi kendine elde etmesinin önüne geçmektedir³. Şüphesiz böyle düzenlemeler aslında toplumsal barışın ve kamu düzeninin korunmasına hizmet etmekle, devlet mekanizmasının en temel yansımalarından birini teşkil etmektedir. Böylece, toplumsal barış ve huzur temin edilmektedir.

Özel hukuk ilişkileri çerçevesinde borçların gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklı kişiler alacaklarına tahsil için temel olarak iki mekanizmaya sahiptir: *(i)* Bunlardan ilki *ilamsız icra* olarak anılmakta olup, bu müessese para veya teminata ilişkin bir alacağın hiçbir mahkeme kararına konu edilmeden İİK çerçevesinde cebri icra kurumuna başvurularak tahsilatının sağlanmasına yöneliktir. *(ii)* Diğer ise *ilamlı icradır*. Burada, talep doğrudan veya icra uygulamaları çerçevesinde ifa edilmediği takdirde hukuk mahkemeleri nezdinde dava konusu edilerek talep konusu alacak hakkında bir mahkeme ilamının temin edilmesi ve böylece gereği gibi ifa edilmeyen alacağa mahkeme kararına dayanılarak kavuşulması amaçlanmaktadır. İnceleme konumuz buradaki seçeneklerin ilki olan *ilamsız icraya* ilişkindir. Zira mahkeme ilamına dayanan bir borcun ödenmesinde borç konusu üzerinde hiçbir ihtilaf söz konusu olmayacağından, alacağın varlığı ve geçerliliği tartışma konusu değildir. Gerçekten ikinci durum olan *ilamlı icrada* borçluya tanınmış bir itiraz hakkı da evleviyetle bulunmamaktadır.

İlamsız icra müessesesinde temel olarak iki taraf bulunmaktadır. *Alacaklı*, bir hakkına dayanarak bir kişiden alacağı bulunduğu iddiası ile takibe girişen kişidir⁴. Burada alacağın dayandığı hakkın varlığı kesin bir şekilde hukuken mevcut değildir, çünkü söz konusu hak nihai icra kabiliyetini haiz bir mahkeme ilamına (veya konumuz özelinde hakem kararına) konu edilmiş değildir. Bu çerçevede, söz konusu hakkın varlığı ve geçerliliği bir mahkeme kararıyla tespit edilmemiş bile olsa, İİK'da yer alan düzenlemeler çerçevesinde alacaklının hakkına kavuşması pekâlâ mümkündür. Alacaklının karşı tarafında pasif durumda bulunan ve alacaklının icra marifetiyle gerçekleştireceği işlemlerin malvarlığı itibarıyla *sijesi* konumundan bulunan kişi ise *borçludur*⁵. Alacaklı ve borçlunun da farklı kişiler olması gerektiği aşıkârdır. Çünkü bir kişi bir borcun hem alacaklısı hem de borçlusunu olamamakla, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi halinde borç son bulmaktadır⁶.

Bir hakka dayanarak alacaklı olduğu iddiasında bulunan kişi, İİK madde 42 ve devamı hükümleri uyarınca icra dairesine başvurarak icra takibinin başlatılmasını ve takip konusu alacağın tahsiline yönelik işlemlerin yapılmasını *icra dairesi* vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Bu çerçevede ilamsız icra kurumunun asıl tarafları alacaklı ve borçluyken, esas organı da İİK uyarınca icra daireleridir. İcra daireleri, devlet tarafından kurulan ve işlemlerin taraf menfaatlerine uygun bir biçimde sorunsuz bir

3 Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları* (Filiz 2004), 1.

4 Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku C. I* (Adalet 2015) 137; Üstündağ (n 3) 61.

5 Muşul (n 4) 137.

6 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler* (18. Bası, Yetkin 2015), 1267.

şekilde ilerlemesini temin eden, ancak mahkeme niteliği bulunmayan kurumlardır⁷. İcra dairelerinin tüm işlemleri İİK'nın 4. ve 16. maddeleri kapsamında öngörülen 'şikâyet' müessesesine tabi olup, talep üzerine icra mahkemeleri söz konusu işlemler üzerinde denetim işlevini üstlenmektedir.

İcra mahkemeleri de İİK'nın 4. maddesi uyarınca teşekkül etmekte olup, Anayasa'nın⁸ 152. maddesi anlamında da mahkeme niteliğinde bulunan organlardır⁹. İİK madde 4'e göre, icra ve iflas dairelerinin işlemlerine karşı yapılan şikâyet ve itirazların incelenmesi icra mahkemesi hâkimleri tarafından yürütülmektedir. Bu çerçevede, icra dairesi işlemlerinin hukuka aykırı olduğu kanaatinin hâsıl olması üzerine söz konusu işlemler icra hâkimleri tarafından iptal edilecektir. Ayrıca, icra takibi sürecinde borçlu tarafından yapılacak itirazlar üzerine alacaklı tarafından yapılacak başvuru üzerine *itirazın kaldırılması* prosedürü de icra mahkemesi tarafından yürütülmektedir¹⁰.

Bu kapsamda, icra mahkemesi nezdinde yargılamanın amacı yargılama konusu icra takibinin hızlı ve daha az masrafla neticelendirilmesinden ibarettir. Burada, maddi gerçekten ziyade *şekli bir gerçeğe ulaşmak* esastır¹¹. Haliyle, icra mahkemesinin kararları da *maddi anlamda kesin hüküm* teşkil etmemektedir¹². Söz gelimi, alacağın varlığının maddi hukuk karakterine matuf itirazlar üzerine şüpheye düşmesi halinde, icra mahkemesinin söz konusu icra takibi üzerinde yargılama yapamaması sonucu kaçınılmaz bir şekilde doğmaktadır¹³.

B. İTİRAZIN İPTALİ DAVASI

Alacaklının ilamsız icraya ilişkin takip talebini icra dairesine tevzi etmesiyle birlikte takip talebine istinaden icra dairesi tarafından İİK madde 60 ve devamı hükümleri çerçevesinde bir ödeme emri tanzim edilerek borçluya tebliğ edilmekte, böylece başlatılan ilamsız icra takibinden borçlunun da haberdar olması sağlanmaktadır. Ödeme emrini borçlunun tebliğ alması üzerine borçlu, İİK madde 62 hükmü uyarınca itirazını ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde icra dairesine sunarak, hakkında yürütülen icra takibini durdurabilir. İİK madde 66 hükmü çerçevesinde itirazın süresinde ibrazı üzerine, icra dairesi tarafından icra takibinin durdurulması hakkında karar tesis edilerek bu karar alacaklıya tebliğ edilir. Borçlu hakkında başlatmış olduğu takibin devamının

7 Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (İkinci Bası, Adalet 2013) 63 vd.

8 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/1763 [Anayasa].

9 Anayasa Mahkemesi, E 1966/15 K 1966/33, 20.09.1966.

10 İcra mahkemesi İİK ve başka özel kanunlar uyarınca birtakım davalarda görevli kılınmışsa da, inceleme konumuz bakımından bu hususlara değinilmeyecektir. Gerçekten icra mahkemeleri ancak mevzuatın açık atfı sonucunda ve sadece bu atıflar özelinde yetkili mahkemeler olarak teşekkül etmiştir. Sulh hukuk, asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri gibi geniş yetkileri haiz bir şekilde tecessüm etmemektedir.

11 Abdürrahim Karşlı, *İcra Tektik Mercii Kararlarının Temyizi* (Alfa 1995) 12; Kuru (n 7) 66.

12 Kuru (n 7) 80; Burhan Gürdoğan, *Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı* (Ayyıldız 1960) 39; Üstündağ (n 3) 25; Ahmet Cahit İyilikli, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm* (Yetkin 2016) 57; Yargıtay İBHGK, E 2017/7 K 2019/2, 22.03.2019.

13 Karşlı (n 11) 67; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku C. I* (Seçkin 1988) 65; Hakan Pekcanitez, *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet* (Dokuz Eylül Üniversitesi 1986), 179.

sağlanması amacıyla alacaklıya, söz konusu itirazın ortadan kaldırılması için (i) itirazın iptali veya (ii) itirazın kaldırılması prosedürlerine başvurma imkânı tanınmıştır¹⁴.

İki seçenek arasında başvuru yolu, iddia ve ispat vasıtaları gibi esaslı birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Çalışmamız özelinde asıl konumuz itirazın iptali davasıdır. Çünkü sadece itirazın iptali davasının tahkime götürülebilmesi mümkündür. Gerçekten, yukarıdaki başlıkta da kısaca bahsedildiği üzere *itirazın kaldırılması* prosedürü hukuki anlamda gerçekten bir dava teşkil etmemektedir. İcra mahkemesi tarafından *itirazın kaldırılması* neticesinde tesis edilen karar da itirazı ancak şekli olarak değerlendirmektedir. Tahkimde ise uyuşmazlık maddi hukuk anlamında çözümlenmekte olduğundan, sadece cebri icra hukuku alanında sonuç doğuran *itirazın kaldırılması* prosedürünün tahkim nezdinde görülmesi mümkün değildir, görülse dahi MTK madde 15/1-e uyarınca söz konusu hakem kararının iptaline veya NYC madde V/1-c çerçevesinde tenfiz talebinin reddedilmesine karar verilmelidir¹⁵.

Belirtildiği üzere, itirazın iptali davası İİK madde 67 hükmünde düzenlenmiştir. İcra takibine borçlu tarafından itiraz edilmesi üzerine, icra takibine devam edilmesi amacıyla başlatılan bir davadır¹⁶.

Yine bu madde çerçevesinde, takibin durdurulduğuna ilişkin kararın kendisine tebliğinden itibaren alacaklının bir yıllık süre içerisinde itirazın iptali davasını ikame etmesi gerekmekte olup, bu süre hak düşürücü niteliktedir¹⁷. Bu süre zarfının geçmesi akabinde açılacak dava itirazın iptali davası niteliğinde değildir, bu nedenle mahkeme tarafından İİK madde 67 uyarınca icra inkâr tazminatına hükmedilemez. O halde sürenin geçirilmesinden sonra başlatılan dava, icra takibinden bağımsız bir alacak davasıdır¹⁸. Hak düşürücü sürenin geçmesi akabinde, böyle bir bağımsız alacak davası açılması halinde tesis edilen ilam itiraza uğrayan takip bakımından sonuç doğurmaz. Alacaklının söz konusu karara istinaden yeni bir ilamlı icra prosedürü başlatması gerekir¹⁹.

Aktarılanlar ışığında, itirazın iptali davasında itiraz üzerine duran icra takibine devam edilmesini talep eden alacaklı, davacı sıfatını taşımaktadır. Gerçekten, İİK madde 67'nin "*Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir.*" şeklindeki hükmüyle bu husus açıkça ortaya konmuştur. Kaldı ki, borçlunun veya takip dışı üçüncü kişilerin de itirazın iptali davası açmakta hukuki yararının bulunduğu da bahsedilemez²⁰. İtirazın iptali davasının davalı sıfatıyla ise icra takibine itiraz eden borçlu(lar) bulunmaktadır²¹.

14 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes et al, *Medeni Usul Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017), 212.

15 Cemre Tüysüz, *Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar* (Beta 2017) 137 vd.

16 İtirazın iptali davası ancak borcun varlığı ve esasına ilişkin itirazlarda söz konusudur. Söz gelimi icra dairesinin yetkisine itiraz edilmiş olması halinde itirazın kaldırılması prosedürünün işletilmesi gerekir. Konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Kuru (n 7) 282; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay et al, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (4. Bası, On İki Levha 2017), 201.

17 Talih Uyar, 'Takip Hukukunda İtirazın İptali Davası' (1985) (3) Yargıtay Dergisi 265, 271.

18 Ejder Yılmaz, 'İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği', *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan* (Adalet 2009) 613; Yargıtay HGK, E 1956/15 K 1956/15, 28.11.1956.

19 Yılmaz, 'Hukuki Nitelik' (n 18) 614.

20 Yargıtay 19 HD, E 2003/12028 K 2004/9276, 27.09.2004.

21 Kuru, *İcra İflas* (n 14) 280; Yönel Özkan, *İcra ve İflas Hukuku'nda İtirazın İptali Davası* (Turhan 2004) 113.

Yetki hususunda, İİK madde 67'de yetkiye ilişkin olarak özel bir düzenleme getirilmediğinden, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda²² gösterilen yetki kuralları uygulanır ve davanın bu çerçevede tespit edilen mahkeme önünde ikame edilmesi gerekir²³. İİK 67'nin "... genel hükümler dairesinde ..." şeklindeki ifadesi de bu sonucu teyit etmektedir.

1. İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği

Her ne kadar itirazın iptali davasıyla aslında alacaklı davacının esas amacı takibin devamı ile alacağına en kısa sürede kavuşmak ise de, itirazın iptali davasının hukuki niteliği doktrinde hararetli tartışmalara konu olmuştur.

Kuru'ya göre, "itirazın iptali davası (müddeabihi takip konusu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu alacak olan) normal bir eda (alacak) davasıdır."²⁴ Bu görüş çerçevesinde *Kuru*, takip konusu edilen alacak için tek bir dava açılabilirliğini ve bunun da alacak davası olduğunu, bu alacak davasının itiraz üzerine bir yıl içerisinde açılması halinde itirazın iptali davası adını alacağını ve alacaklının böylece hem icra takibine devam edilmesini hem de icra inkâr tazminatına hak kazanılmasını temin edeceğini belirtmektedir. *Üstündağ* bu görüşü daha ileriye taşıyıp itirazın iptali durumunda alacaklının dava konusu icra takibine ilamlı icra takibi olarak devam edebileceğini belirterek, itirazın iptali davasının eda davası niteliğini vurgulamaktadır²⁵. Şüphesiz bu yaklaşım, temel prensiplerden olan usul ekonomisine de en uygun olanıdır²⁶.

Çağa ise, "İtirazın iptali davası mahiyeti itibarıyla bir eda davası olmadığı gibi dava sonunda itirazın iptali dair sadır olacak ilam da bir tahsil ilamı değildir. Zira itirazın iptali ile alacaklı mahkemeden borçlunun bir edaya mahkum edilmesini istememekte ve mahkeme de itirazın iptaline karar vermekle borçluyu bir edaya mahkum etmemektedir. ... itirazın iptali davası mahkemeden, borçlu tarafından ileri sürülen itirazların gayri varit olduğunu ve binaenaleyh takip konusu alacağın mevcudiyetini tespit etmesini isteyen bir davadır. İtiraz üzerine durmuş olan takibe devam edilebilmesi için bu kadarı yeterlidir, mutlaka tahsil ilamı alınması zaruri değildir. Bu itibarla itirazın iptali davası bu niteliği sebebiyle alacak hakkında bir tesbit davası ve sadır olan ilam da bir tesbit hükmüdür."²⁷

Deynekli/Kısa tarafından konu, "... itirazın iptali davası ne bir tespit davası ne de eda davasıdır. Zira itirazın iptali davasıyla alacaklı ödeme emri ile takip konusu yaptığı alacağın varlığının tespitini talep

22 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836 [HMK].

23 *Kuru*, *İcra İflas* (n 13) 286; *Muşul* (n 4) 377; *Uyar* (n 17) 278; *Yargıtay* 15 HD, E 2012/150 K 2012/1286, 05.03.2012.

24 *Baki Kuru*, *Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2014) 162; *Baki Kuru*, 'Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı' (1961) 7(8) *Adalet Dergisi* 676, 678.

25 *Üstündağ* (n 3) 106.

26 *Yılmaz*, 'Hukuki Nitelik' (n 18) 613.

27 *Tahir Çağa*, 'Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair' (1976) 8(3) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 21. *Postacıoğlu*'nun bu görüşe ilişkin detaylı eleştirisi için bkz. *İlhan E Postacıoğlu*, 'İcra İnkâr Tazminatı Üzerine Bazı Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar' (1978) 9(4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 951, 964.

etmekte ise de davacı sonuç olarak alacağına tahsilini amaçlamaktadır. Bu nedenle itirazın iptali davasının takip hukukuna özgü bir tahsil davası olduğunun kabulü gerekir.” şeklinde değerlendirilmiştir²⁸.

Pekcanitez'e göre ise “Eğer alacaklı hem itirazın iptali hem de tahsili talep ederse, mahkemenin bu taleplerden hangisini istediğini alacaklıya sorması gerekir. Ancak alacaklı ilamlı takip yapmak istiyorsa, bu durumda itirazın iptali davası yerine eda davası açarak bu dava sonunda elde ettiği ilam ile ilamlı icra takibi yapabilir. Bu halde, eda davası sonunda elde ettiği hükümle alacaklı takibe devam edemez ve lehine inkâr tazminatına hükmedilemez.”²⁹. Muşul’un da bu görüşü paylaştığını belirtmek gerekir³⁰.

Aktarılan görüşlere paralel olarak, Yargıtay uygulaması da yıllar içinde sürekli değişmiştir. Bazı eski kararlarda *Çağa*'ya itibarla davanın tespit davası niteliği vurgulanmışsa da³¹, Yargıtay'ın daha yakın tarihli içtihatları itirazın iptali davasının eda davası niteliğinde bulunduğunu göstermektedir³². Bu çerçevede, *Kuru* ve *Üstündağ*'ın açıklamalarına itibarla, Yargıtay HGK kararı³³ ve uygulamada yer alan örnekler çerçevesinde itirazın iptali davasının eda davası niteliğinde bulunduğu görüşünde olduğumuzu belirtmeliyiz. Bu noktada önemle vurgulanmalıdır ki itirazın iptali davasının klasik bir alacak davasından en önemli farkı birtakım şekli şartlarının bulunması ve cebri icra hukukunda doğrudan sonuç doğurmasıdır.

2. Davanın Sonuçlanması ile İcra İnkâr Tazminatına Hükmedilmesi

Yargılama sonucunda mahkeme tarafından takip alacaklısı davacının haklı olduğuna kanaat getirilmesi halinde, takip talebinde belirtilen miktar aşılmamak kaydıyla davanın kabulüne karar verilmektedir. Eğer takip talebinde belirtilen miktardan daha fazla bir alacak için dava açılmış ise bu aşkın kısma ilişkin talebin mahkemece reddedilmesi lazımdır³⁴. Zaten uygulamada da mahkeme kararlarında, icra dosyası numarasına atıfla ne kadar miktara karar verildiği de gösterilmektedir³⁵. Yani itirazın iptali davası sonucunda itirazın iptaline, icra takibinin devamına ile aşağıda açıklanacak icra inkâr tazminatına hükmedilmektedir.

Davacının talebinin de varsa, davanın kabulü ile itirazın iptali kararı veren mahkeme, aynı zamanda İİK madde 67'de³⁶ gösterilen icra inkâr tazminatı bakımından da bir değerlendirme yapacaktır. Bu tazminat,

28 Adnan Deynekli, Sedat Kısa, *İtirazın İptali Davaları İcra İnkâr ve Kötü Niyet Tazminatı* (3. Basi, Turhan 2013) 82.

29 Pekcanitez ve Atalay (n 16) 172 vd.

30 Muşul (n 4) 329.

31 Yargıtay 11 HD, E 1983/3819 K 1983/4421, 20.10.1983; Yargıtay 11 HD, E 1987/7571 K 1988/1612, 15.03.1988; Yargıtay 11 HD, E 1972/1174 K 1972/1203, K 14.03.1972.

32 Yargıtay 6 HD, E 1986/9166 K 1986/1359, 27.11.1986; Yargıtay 3 HD, E 2013/17622 K 2014/2692, 24.02.2014; Yargıtay HGK, E 2017/950 K 2021/934, 06.07.2021. Ayrıca itirazın iptali davasının hukuki niteliğine dair inceleme ve güncel kararlar için bkz. Serkan Kaya, ‘İtirazın İptali Davasının Tahkime Elverişliliği’ in Serkan Kaya (ed), *Milli Tahkim Kapsamında Tahkime Elverişlilik* (On İki Levha 2022); Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku* (Yetkin 2022).

33 Yargıtay HGK, E 2013/19-142 K 2013/1371, 18.09.2013.

34 Bu bakımdan talep sonucu ancak itirazın iptali davasının ıslah edilerek alacak davasına dönüştürülmesi sonucunda arttırılabilecektir. Yargıtay 19 HD, E 2005/10973 K 2006/742, 01.02.2006; Yargıtay 23 HD, E 2012/1156 K 2012/2677, 06.04.2012.

35 Yargıtay 19 HD, E 2008/1946 K 2009/6243, 25.6.2009.

36 Madde hükmü şu şekildedir: “Bu davada borçlunun itirazının haksızlığa karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü

borçlu veya alacaklı bakımından kanunda gösterilen şartların varlığı halinde inkâr tazminatı veya kötü niyet tazminatı adını almaktadır. Bu bakımdan İİK madde 67'de yer verilen tazminatın iki yönlü olduğu, hem alacaklının hem de borçlunun söz konusu tazminata hak kazanabileceğini belirtmek gerekir.

İcra inkâr tazminatı, sadece Türk hukukuna özgü bir kavram olup başka hukuk düzenlerinde yer almamaktadır³⁷. İİK'da şimdilik “*red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisi*” olarak gösterilen oran da zaman içinde çeşitli değişikliklere konu olmuştur³⁸.

İcra inkâr tazminatına ancak çeşitli şartların varlığında hükmedilebilecek olup bunlara kısaca yer vermek gereğine istinaden;

- i. *Geçerli bir ilamsız icra takibinin bulunması*: İcra inkâr tazminatı ancak bir para alacağının talep konusu edildiği geçerli bir ilamsız icra yoluna başvurulması halinde söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan, ilamlı icrada icra inkâr tazminatından bahsedilemez. Aşağıda inceleneceği üzere, icra inkâr tazminatı ilamsız icra prosedüründen daha etkili bir şekilde yararlanmak adına öngörülmüş bir müeyyide, tedbir niteliğindedir³⁹. Bu bakımdan icra takibinin geçerli olması, yani bir şikâyet davası sonucu iptal veya talik edilmemiş olması da lazımdır⁴⁰. İtirazın iptali davası yargılaması devam ederken dava konusu icra takibinin iptal edilmesi halinde itirazın iptali davası adeta konusuz kalacağından, söz konusu davaya artık alacak davası olarak devam edilmesi gerekmektedir. Bu dava yukarıda aktarılan görüşlere göre eda davası olarak nitelendirilebileceği gibi, tespit davası (alacağın tespitine ilişkin) olarak da değerlendirilebilir⁴¹.
- ii. *Borçlunun ödeme emrine süresi içerisinde itiraz etmiş olması*: Alacaklı, ancak borçlunun (yedi günlük) süresi içerisinde icra takibine itiraz etmesi üzerine, itirazın iptali davası ikame edebilecek ve icra inkâr tazminatına hükmedilmesini talep edebilecektir⁴².
- iii. *İtirazın iptali davasının bir yıllık süre içinde açılmış olması*: İİK madde 67/1 uyarınca itiraz üzerine bir yıl içinde açılan dava itirazın iptali davasıdır ve ancak bu davada icra inkâr tazminatına

niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın (Değişik ibare: 6352 - 2.7.2012 / m.11) “yüzde yirmisinden” aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir.”

37 Ejder Yılmaz, ‘İcra Tazminatı’, *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Cilt 2, Yetkin 2009) 677, 683; Baki Kuru, ‘İcra İnkâr Tazminatı’, *Yargıtay Yüzcüncü Yıldönümü Armağanı* (Tertip Kurulu 1968) 725, 727; Ali Yeşilirmak, ‘Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yolu ile Takip Yapılabilir mi?’ (2011) 96 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 205, 220.

38 Söz gelimi, 05.07.2012 öncesi söz konusu oran %40 olup, bu tarihten önce başlatılmış takiplerde itirazın iptali davası bu tarih sonrasında sonuçlansa dahi icra inkâr tazminatı %40 oran üzerinden karara bağlanmaktadır. İİK geçici madde 10 hükmü şu şekildedir: “*Bu Kanunun ilgili hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarihten önce başlatılan takip işlemleri hakkında, değişiklikten önceki hükümlerin uygulanmasına devam edilir.*”

39 Kuru, *El Kitabı* (n 7) 263.

40 Kuru, *El Kitabı* (n 7) 263; Yılmaz, ‘Tazminat’ (n 37) 689.

41 Eda davası olarak görüleceği hakkında bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz (n 24) 168; Pekcanitez ve Atalay (n 16) 205; Yılmaz, ‘Tazminat’ (n 37) 689.

42 Borçlunun süresi içerisinde itiraz etmemiş olması veya İİK madde 62 hükmü çerçevesinde itirazın geçerli olmadığı halde takip kesinleşeceğinden alacaklının itirazın iptali davası ikame etmekte hukuki yararı kalmayacaktır. Yargıtay 4 HD, E 2004/16709 K 2005/13255, 08.12.2005; Yargıtay 11 HD, E 2003/1117 K 2003/6719, 23.06.2003; Yargıtay 11 HD, E 2005/1443 K 2006/1440, 14.02.2006.

hükmedilmesi söz konusudur. Bu sürenin dolmasından sonra açılacak dava, klasik bir alacak davası olarak değerlendirileceğinden icra inkâr tazminatına hükmedilemez⁴³⁴⁴.

- iv. *Talep edilmesi*: İcra inkâr tazminatına ancak alacaklının talebi halinde karar verilebilecek olup, bu talebin de itirazın iptali davası çerçevesinde ileri sürülmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, icra inkâr tazminatının müstakil bir dava konusu teşkil edemeyeceği aşikârdır.
- v. *Borçlunun itirazının haksız olması*: İİK madde 67/2 uyarınca alacaklı lehine icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi ancak borçlunun itirazında haksız olması halinde mümkündür. Yani borçlunun itirazın iptali davasını kaybetmesine doğrudan bağlanan bir sonuç olarak icra inkâr tazminatı öngörülmemektedir⁴⁵. Borçlunun haksız olması aranmaktadır. Borçlunun itirazının haksız bulunduğu tespit için takip konusu alacağın değerlendirilmesi gerekmektedir. Alacak likit (belirli, muayyen) ise borçlunun itirazı haksızdır. Çünkü likit alacaklarda gerçek miktar belirli veya borçlu tarafından belirlenebilir durumdadır. Bu bakımdan, alacak miktarına ilişkin unsurların da belirli veya belirlenebilir olduğu durumda da esas alacak likit olarak değerlendirilecektir⁴⁶. Borçlunun itirazında haksız olması için kötü niyet unsuru da şart değildir⁴⁷. Ayrıca, borçlunun borcu inkâr etmiş olması (imzaya itiraz, borcun varlığına itiraz, itfa) da şart değildir. Borçlunun borcu inkâr dışında başka sebepler (şartın gerçekleşmediği, zamanaşımı, alacaklı sıfatı) ileri sürmesi halinde de, haksız bulunduğu durumda icra inkâr tazminatına mahkûm edilmesi söz konusu olacaktır⁴⁸.

Burada gösterilen şartların varlığı halinde borçlu icra inkâr tazminatına mahkûm edilecektir. Söz gelimi, borçlu sonradan itirazını geri alıp borcu ödese dahi, haksızlığını kabul etmiş olduğundan aleyhinde icra inkâr tazminatına hükmedilecektir⁴⁹. Diğer taraftan, alacaklının davasının reddi ile ilgili şartların varlığı halinde alacaklı da kötü niyet tazminatına mahkûm edilebilecektir⁵⁰.

43 Yargıtay 13 HD, E 1980/1226 K 1980/1617, 11.03.1980.

44 Yine bu bağlamda, söz gelimi alacaklının itirazın iptali davası öncesinde İİK madde 68 uyarınca itirazın kaldırılması davası ikame ettiği durumda işbu davanın reddine karar verilmiş olup İİK madde 67'de gösterilen bir yıllık sürenin de geçmemiş olması halinde alacaklı aynı icra takibine ilişkin olarak itirazın iptali davası ikame edebileceği gibi bu davada icra inkâr tazminatı da talep edebilir. Gerçekten İİK madde 67 Hükümet Gereğesi de bu yöndedir. Yargıtay 13 HD, E 2007/9959 2008/348, 17.01.2008; Yargıtay 3 HD, E 2007/7082 K 2007/7199, 03.05.2007.

45 Örneğin Yargıtay 7 HD, E 2016/19303 K 2016/12221, 06.06.2016: “Her ne kadar, davacının yaptığı takip kıdem tazminatı ve ücrete dair olup bu alacakların hesaplanması da miktarı işverence bilinmesi gereken ücret unsuruna dayanmakta ise de, taraflar arasındaki uyumsuzluğun çözümü yargılamayı gerektirmesi sebebiyle davacının icra inkâr tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekir.”

46 Kuru, *El Kitabı* (n 7) 230; Muşul (n 4) 393; Yargıtay HGK, E 2010/19-376 K 2010/397, 14.07.2010: “Likit bir alaktan söz edilebilmesi için, ... borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir.”; Yargıtay 9 HD, E 2009/3685 K 2011/4410, 21.02.2011: “Somut olayda itirazın iptaline karar verilen miktar davalının belgelerine göre hesaplanan ve bu nedenle davalının hesaplayabileceği bir miktar olduğu için likit olarak kabul edilip, icra inkâr tazminatına karar verilmesi isabetli(dır).”

47 Kuru, *El Kitabı* (n 7) 317; Muşul (n 4) 394; Yılmaz, ‘Tazminat’ (n 37) 707. İİK madde 67/3 hükmü uyarınca itiraz veli, vasi veya mirasçı tarafından yapılmış ise kötü niyet esaslı unsur teşkil edecektir.

48 Kuru, *El Kitabı* (n 7) 267.

49 Yargıtay 19 HD, E 2002/10369 K 2003/11592, 17.11.2003; Yargıtay 19 HD, E 2008/11172 K 2008/12399, 23.12.2008.

50 İnceleme konumuz aslında bu konuya ilişkin değildir. Ancak yine de kısaca açıklamak gerekirse, gösterilen şartlardan geçerli ilamsız icra takibi, borçlunun itirazı ve süresinde açılmış itirazın iptali davası şartları burada da söz konusu olacaktır. Bu şartlara ek olarak alacaklının takibinin haksız olması (yani itirazın iptali davasının reddedilmesi) ve alacaklının kötü niyetli olması gerekir. Yargıtay 19 HD, E 2003/8000 K 2004/4630, 21.04.2004; Yargıtay 19 HD, E

3. İcra İnkâr Tazminatının Hukuki Niteliği

İcra inkâr tazminatı öngörülmeyle ulaşmak istenilen hedef aslında borçlu tarafın haksız itirazlarının önlenmesi ile alacaklıları icra takiplerinde daha dikkatli bir şekilde davranmaya yönlendirmektedir⁵¹. Alacaklının gerçekten bir alacağının bulunması, borçlunun da itirazını mesnetli bir şekilde yapması aranmaktadır. Şüphesiz bu durum, usul ekonomisine hizmet etmekte ve yargı organlarının gereksiz meşgul edilmesinin önüne geçilmesini sağlamaktadır⁵². Haliyle, icra inkâr tazminatının kamusal bir boyutu olduğu gerçeği ve caydırma amacı taşıdığı yadsınamaz.

Eski bir görüş uyarınca icra inkâr tazminatı borçlar hukuku anlamında tazminat olarak nitelendirilmekte ve alacaklının zararı söz konusu değilse borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilemeyeceği belirtilmektedir⁵³. Ne var ki bu görüş artık tamamen terk edilmiştir. Doktrinde geniş çerçevede kabul edildiği üzere, icra inkâr tazminatının sadece Türk hukukunda bulunan ve salt cebri icra prosedürüne ilişkin öngörülmüş bir tür özel hukuk cezası/müeyyidesi olduğu ileri sürülmektedir⁵⁴. Terminolojik olarak, tazmin/telafi etme fiilini ifade eden tazminat kelimesini içermekle beraber, icra inkâr tazminatı borçlar hukuku anlamında gerçek bir tazminat olarak değil, *müeyyide* olarak değerlendirilmelidir⁵⁵. Gerçekten, borçlar hukuku anlamında tazminat mağdurun zararının giderilmesini amaçlamaktadır, ancak icra inkâr tazminatında alacaklının aslında bir zararı söz konusu değildir. Ayrıca, alacaklının zararının aranmaması, icra inkâr tazminatının müstakil bir dava ile talep edilememesi gibi hususlar da bu önermeyi desteklemektedir⁵⁶.

İcra inkâr tazminatının özel hukuk yaptırımını teşkil ettiği ortaya konulmuş olmakla, konunun karşılaştırmalı hukuk açısından da incelenmesi ilerideki mülahazalar bakımından faydalı olacaktır. Aslında ‘cezalandırıcı tazminat’ kavramı Anglo Sakson hukuku sistemlerinde ve özellikle Amerikan hukukunda dikkat çekici bir görünüme sahiptir. Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminatın özel hukuktan kaynaklanan uyumsuzluklarda eşit konumdaki kişiler arasında, sadece sorumlu tutulan taraf aleyhine değil, aslında zarar gören lehine hükmedilen bir özel hukuk yaptırımını olduğu öne sürülmektedir⁵⁷.

2002/3715 K 2003/4816, 05.05.2003.

51 Üstündağ (n 3) 135; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul* (n 14) 118; Yargıtay 19 HD, E 2000/8790 K 2001/2517, 05.04.2001.

52 Yılmaz, ‘Tazminat’ (n 37) 677; Bilge Umar, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (İzmir 1973), 138.

53 Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflas Kanununun Şerhi C. I* (M Sıralar 1954), 37.

54 Kuru, *El Kitabı* (n 7) 269; Yeşilirmak, *Pekcanitez Usul* (n 14) 2671; Pekcanitez ve Atalay (n 16) 105; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (21. Bası, Beta 2015), 484; Tüysüz (n 15) 115.

55 Ayşe Kılınç, ‘İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi’ 2019 21(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 205, 215 vd; Cenk Akil, ‘İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi’ (2012) 3(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 317, 320 vd.

56 Vanessa Wilcox, ‘Punitive Damages in England’ *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer 2009) 7, 46; Rhett Traband, ‘An Erie Decision: Should State Statutes Prohibiting the Pleading of Punitive Damage Claims be Applied in Federal Diversity Actions’ (1996) 21(26) *Stetson Law Review* 225, 228; John Murphy and Witting Christian, *Street on Torts* (13th edn, OUP 2012), 683.

57 Ernst C Stiefel, Rolf Stürner and Astrid Stadler, ‘The Enforceability of Excessive of U.S. Punitive Damage Award in Germany’ (1991) 39(4) *The American Journal of Comparative Law* 779, 784; Hartwin Bungert, ‘Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany’ (1993) 27 *Int’l L* 1078; Marta Requejo Isidro, ‘Punitive Damages: How Do They Look Like When Seen From Abroad?’ in Lotte Meurkens et al (eds), *The Power of Punitive Damages* (Intersentia 2012), 312; Angela P Harris, ‘Regarding Punitive Damages: Beyond Public/Private Distinction’ (1988) 40(3) *Alabama Law Review* 1079, 1102;

Kıta Avrupası hukuk sistemleri bakımından da ‘cezalandırıcı tazminat’ özel hukuka ait bir yaptırım olarak görülmektedir. Alman Federal Mahkemesinin 1992 tarihli bir kararında cezalandırıcı tazminatın cezalandırma amacı kabul edilmekle birlikte, mağdur lehine hükmedilmesi çerçevesinde özel hukuka ait olduğu vurgulanmıştır⁵⁸. Cezalandırıcı tazminat hükmünü havi kararların tanınması ve tenfizine ilişkin olarak İsviçre hukukunda benimsenen yaklaşım da, bunun özel hukuka ilişkin olduğudur⁵⁹.

Ayrıca Almanya, 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne⁶⁰ taraftır ve Lahey Sözleşmesi uyarınca da cezalandırıcı tazminat özel hukuka ait kabul edilmektedir. Lahey Sözleşmesi hakkında hazırlanmış 1989 tarihli Rapor’da⁶¹ da cezalandırıcı tazminatın hukuki ve ticari konular kapsamında ele alınacağı belirtilmektedir. 2019 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin de 10. maddesinde cezalandırıcı tazminatı havi kararların tanınması ve tenfizi talebinin reddedilebileceğinin öngörülmüş olması karşısında, cezalandırıcı tazminat yine özel hukuka ait bir görünüm sergilemiş olmaktadır⁶². Ayrıca Roma II Tüzüğü’nde⁶³ de cezalandırıcı tazminat talebi bulunan uyuşmazlıklar Roma II kapsamında değerlendirilmiş, cezalandırıcı tazminatın kamu gücünün kullanımıyla bağlantılı olmadığı, 2019 Lahey Sözleşmesi’ne paralel şekilde böyle kararların kamu düzenine aykırılık çerçevesinde ele alınacağı belirtildiğinden hukuki ve ticari bir konu olarak yorumlandığı ifade edilmektedir⁶⁴.

Türk hukukunda ise cezalandırıcı tazminatın hukuki niteliği, terminolojinin açık ve aynı karşılığı olmadığı gözetildiğinde, tanıma ve tenfiz davaları kapsamında ele alınmaktadır. Burada *Nomer*, cezalandırıcı tazminatın cezai niteliğinin esas olduğunu savunarak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁶⁵ madde 50/2 uyarınca tanıma ve tenfiz konusu edilemeyeceğini öne sürmektedir⁶⁶. *Şanlı ve Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe* de cezalandırıcı tazminatın kamusal boyutunun bulunduğunu, kamu adına caydırma amacı taşıdığından bahisle cezai nitelikte olduğunu

Ronal A Brand, ‘Punitive Damages and the Recognition of Judgments’ (1996) 43(2) Netherlands International Law Review 143, 150; Nüray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2014), 592; Kenneth Mann, ‘Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law’ (1991) 101 Yale Law Journal 1795, 1797.

58 Volker Behr, ‘Punitive Damages in American and German Law-Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts’ (2003) 78 Kent Law Review 105, 157-159; Peter Hay, ‘The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany-The 1992 Decision of the German Supreme Court’ (1992) 40(3) The American Journal of Comparative Law 729, 730; Cemile Demir-Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001), 178; Pelin Güven, ‘Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi’ (2011) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan 429, 443 ve 459.

59 Güven (n 58) 438.

60 15 Kasım 1965 Tarihli Hukukî ve Ticari Konularda Adli ve Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters), 17.06.1972/14218 [1965 Lahey Sözleşmesi].

61 1989 tarihli Özel Komisyon Raporu için bkz. <<https://www.hcch.net/de/publications-and-studies/details4/?pid=2281>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2021.

62 2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Sözleşmesi.

63 Sözleşme Dışı Yükümlülüklerle Uygulanacak Hukuk Hakkında (EC) 864/2007 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (11 Temmuz 2007) [Roma II].

64 Axel Halfmeier, ‘Article 1 – Scope’ *Commentary on the European Rules of the Conflict Laws* (Kluwer Law International 2011), 380.

65 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, RG 27.11.2017/26728 [MÖHUK].

66 Nomer (n 54) 490. Aynı doğrultuda bkz. Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (2. Bası, Seçkin 2013), 106.

ifade etmektedir⁶⁷. *Tiryakioğlu* ise hem özel hem de kamu hukuku boyutunun bulunduğunu kabul etmektedir⁶⁸. Ancak *Ekşi, Güven ve Demir-Gökyayla* cezalandırıcı tazminat kararlarının da özel hukuka ait olduğunu kanımızca haklı bir şekilde ileri sürmektedir⁶⁹. Bu kapsamda, cezalandırıcı tazminatın genel olarak sorumluluk hukukunun bir parçası olmadığı rahatlıkla söylenebilir⁷⁰.

Buna göre, Türk hukukunda mağdurun zararını aşan bir miktarın diğer tarafça ödenerek cezalandırma ve hukuka aykırı davranışları caydırmaya sâri, istisnai *özel hukuk cezası* yaptırımının çeşitli kanuni düzenlemelerde öngörüldüğü açıktır⁷¹. Cezalandırıcı tazminata da genellikle esaslı bir örnek olarak konumuz bağlamında inceleme konusu edilen icra inkâr tazminatı gösterilmektedir⁷². Gerçekten burada zarar miktarını aşan bir ödeme yapılması söz konusudur⁷³. Cezalandırıcı tazminat boyutuyla icra inkâr tazminatının özel hukuka ilişkin uyumsuzluklarda öngörülmüş olması dahi, bu yaptırımın özel hukuk boyutunu ortaya koymaktadır. İcra inkâr tazminatının sadece zararı telafiye yönelik olmayışı ve özellikle cezalandırma/caydırma amaçlarına yönelik olması, bunun öncelikle özel hukuk yaptırımı olduğu anlayışını değiştirmekte yeterli değildir⁷⁴.

Konunun tahkim bakımından yansımaları da şüphesiz değerlendirmeye muhtaçtır. İcra inkâr tazminatının bu cezai karakterinin nasıl değerlendirildiği de konumuz bakımından önem arz etmektedir. Yani icra inkâr tazminatının bir özel hukuk cezası olduğu ortaya konmuşken, bu cezanın maddi hukuktan kaynaklanan bir ceza mı yoksa usul prosedürünün öngördüğü bir ceza türü olduğu esaslı bir konu teşkil etmektedir. Şimdilik belirtmek gerekir ki, eğer icra inkâr tazminatı maddi hukuk cezası olarak kabul edilirse, (i) esasına Türk hukukunun uygulanmasına karar verilmiş bir tahkim yargılamasında bu tazminat ihtilaf konusu alacağı kanunen eklenmiş bir tazminat karakterinde karşımıza çıkacağından, hakemler bu tazminata hükmedebileceklerdir. (ii) Uyuşmazlığa icra inkâr tazminatının söz konusu olmadığı bir hukuk düzeninin uygulanması kararlaştırılmış ve alacağın bu hukuka, söz gelimi Alman ve Amerikan hukukuna göre tespiti tahkim merciinden talep edilmiş ise, hakemler esasa uygulanacak hukuk kapsamında yer almamasından bahisle icra inkâr tazminatına karar veremez.

Diğer taraftan, öğretide de yaygın bir şekilde belirtildiği üzere, icra inkâr tazminatının usul hukuku alanında bulunan İİK'da düzenlenmesinden hareketle usul hukuku cezası olarak da görülmesi mümkündür. Bu değerlendirmeye göre, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk hiç nazara

67 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6. Bası, Beta 2016), 201; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2016), 478.

68 Bilgin Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1997) 21-22.

69 Güven (n 58) 454; Demir-Gökyayla (n 58) 179; Ekşi, *Tanma* (n 57) 680; Nuray Ekşi, 'Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni' (2020) 40(1) Public and Private International Law Bulletin Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan 143, 195.

70 Candan Yasan Tepetaş, *İmalatçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2021), 156.

71 Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C II* (Vedat 2012) 108; Haluk N Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (Beta 1996), 35; Mehmet Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar* (Beta 2008) 330-331; Ece Baş Süzel, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı* (On İki Levha 2015) 170.

72 Ekşi, 'Kamu Düzeni' (n 69) 195; Oğuzman ve Öz (n 71) 108; Ergüne (n 71) 330-331; Baş Süzel (n 71) 178-179.

73 Güven (n 58) 462-463; Ekşi *Tanma* (n 57) 195.

74 Tepetaş (n 70) 158.

alınmamaktadır. Tahkim yargılamasında seçilen hukuk bloğunun ancak maddi hukuk olduğu gözetilerek, tahkimde uygulanacak usul kuralları olarak da sadece Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun⁷⁵ göz önüne alınacağı ve MTK madde 17 uyarınca diğer usul kurallarının dışlanmasıyla hareketle, icra inkâr tazminatının usul hukuku karakteri gereği hakemler tarafından hükmedilemeyeceği görüşü zikredilmektedir⁷⁶. Ancak burada MTK madde 17'nin sadece HMK'yı dışladığı, icra inkâr tazminatı konusunun MTK'da düzenlenmediği göz ardı edilmemelidir.

II. TAHKİM ANLAŞMASININ CEBRİ İCRA PROSEDÜRÜNE ETKİSİ

Çalışmamızın bu kısmında, tahkim anlaşmasının geçerliliği inceleme konusu edilmeyecek olup taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığının kabulü ile icra takibi yapıp yapılamayacağı, itirazın iptali davasının tahkimde görülüp görülemeyeceği ve tahkim mahkemesi tarafından icra inkâr tazminatına hükmedilip hükmedilemeyeceği incelenecektir. Akabinde, MTK'ya tabi bir tahkim yargılamasında icra inkâr tazminatına hükmedilmiş bulunması halinde, bu kararın tanıma ve tenfiz davaları karşısındaki akıbeti değerlendirilecektir.

A. TAHKİM VE İLAMSIZ İCRA ARASINDAKİ İLİŞKİ

İtirazın iptali davası ve dava sonucunda hükmedilecek icra inkâr tazminatının değerlendirilmesi öncesinde, taraflar arasında tahkim anlaşması bulunmasına rağmen cebri icra kurumuna başvurulup başvurulamayacağına ele alınması gerekmektedir. Gerçekten bu husus, mevzuat çerçevesinde düzenlenmemiştir ve hem Yargıtay kararlarında hem de öğretilerde hararetle tartışmalara konu olmuştur⁷⁷.

Tahkim anlaşması temel olarak uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurulmasını engellemektedir. Buna öğretilerde, tahkim anlaşmasının *olumsuz etkisi* denmektedir⁷⁸. Bu etki sayesinde geçerli bir tahkim anlaşmasına rağmen mahkemeye başvurulması halinde, söz konusu uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde çözülmesi mümkün olmayıp, davalı tarafından süresi içinde tahkim ilk itirazının ileri sürülmesi üzerine davanın HMK madde 116/1(b) veya MTK madde 5/1 hükümleri çerçevesinde usulden reddi gerekmektedir⁷⁹. Ancak bu olumsuz etki sadece mahkeme

75 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/24453 [MTK].

76 Nomer (n 54) 536; Tüysüz (n 15) 118; Pekcanitez ve Atalay (n 16) 105; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul* (n 14) 2671.

77 Burada gösterilenlerle sınırlı olmamak kaydıyla, görüşler hakkında çeşitli açıklamalar için bkz. Tüysüz (n 15) 97; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul* (n 14) 2663 vd.; Yeşilirmak (n 37) 205-228; Özbek (n 32); Kaya (n 32); İlhan Dinç, 'Genel Adi İflas Yoluyla Takibe İtirazın Kaldırılması ve İflas Davasının Tahkime Elverişliliği' (2020) 11(41) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 427-462; Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (2. Bası, Beta 2019), 133; Ejder Yılmaz, 'Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı' (2014) 18 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 531, 531; Hakan Pekcanitez, 'Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra ve İnkâr Tazminatına Karar Verilebilir mi?' (2018) 10(100) Fasikül Dergisi 57, 57;

78 Pekcanitez, *Pekcanitez Usul* (n 14) 2663.

79 Bu tahkim itirazının dahi dürüstlük kuralına uygun bir şekilde ileri sürülmesi gerekir. Yargıtay değerlendirmesine konu olmuş bir olayda davalının tahkim itirazı hakkında, tahkim şartına rağmen genel mahkemelerde başka davalar açılmış olduğu gözetilerek, itirazın dürüstlük kuralına aykırı sürülemeyeceğinden bahisle tahkim itirazının reddine karar verilmiştir. Yargıtay 15 HD, E 2016/5600 K 2017/512, 09.02.2017.

önüne taşınan yargulamalar bakımından söz konusu olup, olumsuz etkinin icra takiplerine sirayeti değerlendirilmeye muhtaçtır.

Öğretide, tahkim anlaşması ile tarafların muhtemel uyuşmazlık çözümünü özel hakemlere hassettikleri ve devletlerin yargılama yetkisinin tamamen bertaraf ettikleri, devlet yargısının aslında adalet teşkilatı içinde yer alan icra dairelerini de kapsıyor olmasından hareketle hakem önünde dermeyan edilmeyen bir hususun doğrudan cebri icraya konu edilemeyeceği ifade edilmektedir⁸⁰. Yani bu görüşe göre, tahkim anlaşmasının varlığı ilamsız icra takibi yapılmasını da engellemektedir. Konuya milletlerarası tahkim bakımından yaklaşan başka bir görüş de, tahkim anlaşmasına rağmen cebri icraya başvurulmasının tahkim anlaşmasının tamamen ihlali niteliğinde olduğunu ve aslında bir para alacağının tartışma konusu edildiği ilamsız icra takibinin yapılmaması gerektiğini ileri sürmektedir⁸¹. Gerçekten, bu görüşü destekleyen Yargıtay kararları da mevcuttur. Söz gelimi Yargıtay 13. HD'nin bir kararında tahkim anlaşmasına rağmen başlatılan ilamsız icra takibinin haksızlığına karar verilmiştir⁸².

Bizim de destek verdiğimiz diğer görüş⁸³ uyarınca yukarıda da ifade edildiği üzere, icra daireleri yargı organları içerisinde yer alsın da mahkeme olarak nitelendirilemez. Tahkim anlaşmasının olumsuz etkisi de ancak mahkemeler ve yargılama erki bakımından geçerlidir. İcra takibi de dava niteliğinde değildir. Bu çerçevede, ilamsız icra alacaklının alacağına ivedi bir şekilde kavuşmasını amaçlayan bir takip yolu olup, cebri icra hukukuna ilişkin hususların devletlerin hükümlerlik hakları kapsamında⁸⁴ bulunduğu da gözetilirse, taraf iradesiyle cebri icranın kısıtlanması düşünülemez. Ayrıca tahkim yargılamasının oldukça masraflı olabileceği, ilamsız icra takibinde borçlunun hakkındaki takibi basit bir itirazla durdurabileceği, süresini kaçırıp itiraz etmese dahi istirdat davası açarak ödemenin iadesini alabileceği veya menfi tespit davası da açabileceği değerlendirildiğinde, tahkim anlaşmasının varlığında alacaklının ilamsız icra yoluna başvurma hakkının kısıtlanması kanımızca mümkün değildir.

80 Yılmaz, "Tahkime Elverişlilik" (n 77) 540. Yılmaz eserinde bu görüşünü daha ileri bir boyuta taşıyarak MTK madde 1 hükmüne "Tahkim anlaşması bulunan hallerde, hakemde dava açılmadan doğrudan ilamsız icra yoluna başvurulamaz." şeklinde bir ekleme yapılması gerektiğini de ifade etmektedir. Yılmaz, "Tahkime Elverişlilik" (n 77) 545. Ayrıca yine bu görüşte bkz. Deyneki ve Kısa (n 28) 272; Kemal Dayınlarlı, *HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim* (2. Bası, Dayınlarlı 2004) 66. Kiraz, tahkim anlaşmasına rağmen ilamsız icra takibi başlatılmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir. Taylan Özgür Kiraz, *Yargı Kararları ile Birlikte İcra Mahkemesinden İtirazın Kaldırılması* (4. Bası, Adalet 2013) 307.

81 Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (Güncel Hukuk 2008), 534.

82 Yargıtay 13 HD, E 1977/4625 K 1978/4623, 03.11.1978.

83 Pekcanitez, *Pekcanitez Usul* (n 14), 2667 vd.; Tüysüz (n 15) 99; Kuru, *El Kitabı* (n 7) 253; Kuru, *İcra İflas* (n 13) 290; Pekcanitez ve Atalay (n 16) 166, 199; Yeşilirmak (n 37) 225; Özkan (n 21) 21; Yılmaz, "Tahkime Elverişlilik" (n 77) 523; Ekşi, *Tahkim* (n 77) 139; Şanlı (n 67) 314; Yargıtay 12 HD, E 1990/8745 K 1990/1848, 27.02.1990.

84 Yargıtay HGK, E 1998/287 K 1998/325, 06.05.1998: "Dava hukuksal nitelikte cebri icra hukukundan kaynaklanmaktadır. Cebri icra her devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkilerindedir. ... Yine cebri icra devletin egemenlik ve hükümlerlik haklarının kullanılmasının doğrudan bir sonucudur. O nedenle devletin nüfuz ve iktidarını simgeleyen bir hâkimiyet tasarrufudur, denilebilir. ... cebri icra yoluyla uygulanmasına dair yetki devletin kendi ülkesi üzerinde hâkimiyet tasarruflarında bulunabilme iktidarının bir görünümü olduğundan, münhasır (kesin) yetkilerindedir."

B. TAHKİM VE İTİRAZIN İPTALİ DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yukarıda da yer verildiği üzere, doktrinde itirazın iptali davasının hukuki niteliğine ilişkin olarak farklı değerlendirmeler yapılmakta ve konu çeşitli cihetlerden ele alınarak itirazın iptali davası eda veya tespit davası olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelendirmeye göre yabancı hakemler önünde görülen itirazın iptali davasına ilişkin değerlendirmeler de şüphesiz farklılık göstermektedir.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, yabancı bir hakem kararının Türkiye’de de geçerli olabilmesi, söz konusu kararın MÖHUK anlamında tanıma veya tenfiz davasına konu edilmesine bağlıdır⁸⁵. *Tanıma*, yabancı mahkemeler tarafından verilmiş olan kararın kesin hüküm kabiliyetinin diğer ülkelerde de kabulü anlamına gelmektedir⁸⁶. Yabancı mahkemeler tarafından verilen tespit kararları ile yenilik doğurucu kararların Türk mahkemelerinde tanınmaları mümkündür⁸⁷. Diğer taraftan, yabancı mahkeme kararının *tenfizi* ise ancak söz konusu kararın icra kabiliyetini haiz bulunduğu durumda söz konusu olacaktır⁸⁸. Tespit kararları icrai kabiliyeti haiz olmadıklarından tenfiz davasına konu olamaz.

İtirazın iptali davası tespit davası olarak nitelendirilecek olursa yargılama sonucunda tesis edilecek hakem kararının tanıma davasına, eda davası olarak nitelendirilecek olursa tenfiz davasına konu edilmesi halinde kararın Türk hukukunda tartışmasız bir varlık kazanması sağlanabilecektir.

Aslında, MÖHUK ve NYC⁸⁹ çerçevesinde yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi için oldukça yaklaşık şartlar öngörülmüş olduğundan⁹⁰, buradaki tartışmanın pratik bir önemi bulunmadığı ileri sürülmektedir. Çünkü tek fark, söz konusu hakem kararına ilişkin açılacak davanın tanıma veya tenfiz davası olarak isimlendirilmesidir.

O halde yabancı tahkim kararı yalnızca alacağın tespitine ilişkin olursa tanıma, tahsile ilişkin olursa tenfiz davası ikame etmek gerekecektir. Bu yaklaşımla, hakemden takibin devamına karar verilebilmesi de talep edilebileceği öne sürülmektedir.

1. Tahkime Elverişlilik

İnceleme konumuz olan icra inkâr tazminatına hakemler tarafından hükmedilip hükmedilemeyeceği hususu her şeyden önce itirazın iptali davasının hakemler önünde görülüp görülemeyeceğine ilişkindir. Bu aşamada, şüphesiz dava konusunun tahkime elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

85 Yabancı bir hakem kararı tanıma/tenfiz prosedürü öncesinde hukuki sonuç doğurma kabiliyetini haiz olmasa da, bu prosedür öncesinde de takdiri delil niteliği taşır. Yargıtay 8 HD, E 2010/7122 K 2011/5363, 24.10.2011; Yargıtay HGK, E 2000/4-462 K 2001/750, 24.10.2001.

86 Nomer (n 54) 497; Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (14. Basi, Beta 2016) 651.

87 Nomer (n 54) 500; Çelikel ve Erdem (n 86) 652; MÖHUK madde 58.

88 MÖHUK madde 60: “Kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir.”

89 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) [NYC].

90 Şanlı (n 67) 407.

HMK ve MTK çerçevesinde *tahkime elverişlilik* kavramı ele alınmalıdır. Yasal düzenlemeler çerçevesinde, taşınmazın aynından kaynaklanmayan ve taraf iradelerine bağlı olan konular tahkime elverişli olarak değerlendirilmektedir⁹¹. Yukarıda da yer verildiği üzere, ilamsız icra takipleri İİK madde 42 uyarınca para veya teminat alacaklarına ilişkin olup, söz konusu alacağın varlığının tespiti ile borçlu itirazının iptal edilmesi itirazın iptali davasının esas sonucudur. Dava konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edilebiliyor oluşu, itirazın kaldırılması prosedürü aksine yargılama ve ispatın sıkı şekil şartlarına tabi olmadığı⁹² da nazara alındığında, itirazın iptali davasının tahkime elverişli olduğu ileri sürülmektedir.

Konu öğretilerde de tartışılmış ve her ne kadar azınlık görüşü⁹³ itirazın iptali davasının tahkime elverişli olmadığını iddia etmişse de, baskın görüş⁹⁴ uyarınca bizim de benimsediğimiz genel kanaat itirazın iptali davasının tahkime elverişli olduğu yönündedir. Yargıtay uygulamasının yeknesak olduğunu söylenemeyecekse de, kararların ekseriyetle itirazın iptali davasının tahkimde görülebileceği yönünde olduğu görülmektedir⁹⁵.

Yani, taraflar arasında tahkim anlaşması bulunmasına rağmen alacaklı tarafından cebri icraya başvurulabilmesi mümkün olup⁹⁶, bunun akabinde genel mahkemelerde açılacak itirazın iptali davasının borçlu davalının tahkim yetki itirazı üzerine reddedilerek, davanın ilgili tahkime havale edilmesi lazımdır.

2. Tahkimde Kompetenz-Kompetenz Prensihinin Değerlendirilmesi

İcra takibinin devamına hakemler tarafından karar verilip verilemeyeceği hususu tartışılmaya muhtaçtır. Hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar vermesine *kompetenz-kompetenz* denmektedir⁹⁷. Bu prensip MTK madde 7/H hükmüyle⁹⁸ benimsenmiştir. Bu çerçevede, tahkime taşınmış bir

91 Tüysüz (n 15) 105; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5. Bası, Vedat 2020), 352 vd.

92 Kuru, *El Kitabı* (n 7) 294; Pekcanitez ve Atalay (n 16) 201; Muşul (n 4) 1520.

93 Yeşilova (n 81) 534; Dayınlarlı (n 80) 66; Deyneklı ve Kısa (n 28) 272; Kiraz (n 80) 307; Nihat Yavuz, *İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası* (2. Bası, Yetkin 2007), 98.

94 Nomer (n 54) 536; Tüysüz (n 15) 115; Pekcanitez ve Atalay (n 16) 202; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul* (n 14) 2671; Pekcanitez, 'Tahkim' (n 77) 57 vd.; Cenk Akil ve Mehmet Akif Gül, 'Yargıtay'ın Genel Haciz Yoluyla İlamsız Takibe Başvuru Hakkında İlişkin Olarak Vermiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler', (2017) (3) Yargıtay Dergisi 551, 567.

95 Tahkim anlaşmasının varlığı halinde itirazın iptali davasının tahkimde görülebileceği hakkında bkz. Yargıtay 15 HD, E 2011/826 K 2011/2941, 16.05.2011; Yargıtay 19 HD, E 2005/3125 K 2006/209 T 20.01.2006; Yargıtay 15 HD, E 2008/262 K 2008/2138, 03.04.2008; Yargıtay 15 HD, E 2013/1386 K 2013/2794, 29.04.2013. Aksi yönde bkz. Yargıtay 19 HD, E 2000/5610 K 2000/8669, 14.12.2000. Bu kararda dahi davanın hakemler nezdinde alacak/tahsil davası olarak görülmesi gerektiği kanaati hâsıl olmuştur. Yargıtay 11 HD, E 2020/2958 K 2021/2325, 11.03.2021; Yargıtay 11 HD, E 2016/13105 K 2018/146, 10.01.2018; Yargıtay 23 HD, E 2017/139 K 2019/3678, 18.09.2018.

96 Burada yer verilen açıklamalar, atıflar ve kararlar itirazın iptaline ilişkin olup icra takibi yapılabileceği tartışmalı da olsa evleviyetle kabul edilmektedir.

97 Akıncı (n 91) 229. Ayrıca detaylı açıklamalar için bkz. Emre Esen, 'Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensihi' (2011) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 355, 357.

98 İlgili hüküm şu şekildedir: "(H) Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl

uyuşmazlığın hakem heyeti tarafından incelenip incelenemeyeceği konusunda otorite hakemlere hasredilmiştir. O halde, hakemler inceleme konusu uyuşmazlığı itirazın iptali davası olarak kabul edip yargılamayı bu şekilde gerçekleştirebileceği gibi, hakemlerin itirazı karara bağlama hususunda kendilerini yetkisiz görüp uyuşmazlığı doğrudan alacak davası olarak da görebileceğini söylemek gerekir.

Bu prensibe ilişkin olarak birtakım sınırlamalar⁹⁹ da belirlenmiştir. Konu hakkındaki yasal düzenleme olan MTK madde 6/2'nin amir hükmü¹⁰⁰ çerçevesinde hakemlerin cebri icra organlarını bağlayıcı tedbir veya haciz kararı veremeyeceği düzenlenmiş olup, itirazın iptali ve icra takibinin devamı şeklinde karar verilemeyeceği de ileri sürülebilir. Ancak, MTK madde 6/2 madde başlığında da belirtildiği üzere, söz konusu durum sadece ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kurumları için geçerli olmalıdır. Zaten yabancı hakem kararları ancak tanıma, tenfiz veya iptal davasının reddi sonucunda ilam hükmüne kavuşabilecektir. Bu kapsamda, MTK madde 6/2 hükmünün itirazın iptali davasına sirayetinden bahsedilememesi gerekir¹⁰¹.

Böylece, alacaklının tahkim anlaşmasına rağmen cebri icradan faydalanabileceği, borçlunun itirazı üzerine İİK madde 67 hükmü çerçevesinde itirazın iptali davasını yabancı hakem kurulu nezdinde dermeyan edebileceği kabul edilmelidir. Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus hakemlerin itirazın iptali davasını, gerek sadece Türk hukuk düzeninde mevcut böyle bir dava türüne yabancı olmaları gerekse de *kompetenz-kompetenz* prensibi çerçevesinde davanın vasıflandırılmasında yetkili olduğu da gözetildiğinde, söz konusu davanın normal bir alacak davası olarak değerlendirerek itirazın iptali talebine ilişkin olarak kendi yetkisizliklerini ileri sürüp davayı bu bakımdan reddetmeleri halidir. Bu halde de, yukarıda ifade edildiği üzere yabancı hakem kurulu kararı ancak tanıma, tenfiz davalarının kabulü veya iptal davasının reddi sonucunda Türk hukuk düzeninde varlık kazanacağından, söz gelimi hakem kurulu tarafından alacağın varlığına karar verilmesi halinde alacaklı bu kararı doğasına göre tanıma veya tenfiz davasına konu etmesi sonucunda itirazın iptali ile icra takibinin devamını isteyebileceği gibi, itirazın iptalini istemeden alacağı tanıma veya tenfiz kararına dayanarak yeni bir ilamlı icra takibi de başlatabileceği ileri sürülmektedir¹⁰².

3. İcra İnkâr Tazminatı

Tahkimde icra inkâr tazminatına hükmedilip hükmedilemeyeceğini değerlendirmeden evvel, öncelikle icra inkâr tazminatının özel hukuka dair cezalandırıcı tazminat boyutu itibarıyla, karşılaştırmalı hukuk perspektifinden dikkat çekici bir görünüm arz ettiğini belirtmek gerekir. İcra inkâr tazminatının özel hukuk cezası (*punitive damages*) altında değerlendirilmesi gerektiğini

sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.”

99 MTK madde 6/2 hükmünden başka genel olarak iptal, tanıma/tenfizin reddi sebepleri gösterilebilir.

100 İlgili hüküm şu şekildedir: “İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz MADDE 6. – ... Hakem veya hakem kurulu, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı da veremez.”

101 Tüysüz (n 15) 107; Yeşilirmak (n 37) 220.

102 Aynı yönde bkz. Tüysüz (n 15) 109; Nuray Ekşi, “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, (2009) (1) Ankara Barosu Dergisi 54, 58; Yargıtay 11 HD, E 2007/1056 K 2008/8452, 24.06.2008

ifade ettiğimizden, öncelikle daha genel *punitive damages* kararının hakemler tarafından kurulup kurulmayacağını ele almak faydalı olacaktır. Zira karşılaştırmalı hukukta zaten *punitive damages*'ın tahkim uygulaması zaten reddedilmekteyse, icra inkâr tazminatına da dolayısıyla hükmedilmeyecektir.

İlk olarak, “New York hukukunun ve Amerikan Federal Tahkim Kanunu’nun uluslararası tahkim alanındaki tartışılmaz etkisi göz önüne alındığında,” ‘*New York Kuralı*’ olarak adlandırılan kural çerçevesinde “*Taraflar arasında aksine anlaşma bulunsa dahi, bir hakemin cezalandırıcı tazminat tesis etmeye yetkisi yoktur.*”¹⁰³. Buna göre, ancak devletlerin bu yaptırımın uygulama hakkına sahip olduğu ve sadece devlet mahkemelerinin buna hükmetmekte yetkili olduğu, özel tahkim yargılamalarında buna hükmedilmesinin kamu düzenini esaslı bir şekilde ihlal edeceği belirtilmektedir¹⁰⁴. Ancak bu önerme aslında cezalandırıcı tazminata hükmedilse dahi söz konusu kararın tenfiz edilemeyeceği sonucuna çıkmamaktadır.

Gerçekten, ABD Yüksek Mahkemesi *Mastrobuono v Shearson Lehman Hutton* kararında FAA’nın cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine müsaade ettiğini, taraflar açıkça *New York Kuralı*’nın uygulanacağını kararlaştırmadıkça cezalandırıcı tazminata karar verilebileceğine hükmetmiştir¹⁰⁵. Ancak 1995 tarihinde ABD Yüksek Mahkemesinin, New York mahkemesinin ele aldığı *Barney v Luckie* uyuşmazlığının¹⁰⁶ New York hukukuna tabi kılınmış olması çerçevesinde benimsediği görüş farklıdır. Burada, *Luckie ve Mastrobuono* kararları arasındaki farklılık, uyuşmazlık konusu sözleşmelerdeki “*New York hukukuna göre icra edilir*” ibaresinin değişik şekilde kaleme alınmış olmasına dayanmaktadır. Haliyle, *enforcement* (icra etme) kelimesi burada adeta anahtar teşkil etmiştir. Buna göre, ancak *enforcement* ibaresine yer verilmesi halinde *New York Kuralı*’nın menfi etkisi uygulama alanı bulacak ve cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyecek, hükmedilse dahi tenfiz edilemeyecektir¹⁰⁷. Cezalandırıcı tazminat yasağına dair bu yaklaşım gittikçe daha çok esnetilmiş ve artık taraflar açıkça ‘*Garrity Kuralı*’na atıfta bulunup kabul etmedikçe, hakemlerin cezalandırıcı tazminata hükmetmesi noktasında tarafların talebi söz konusu ise müspet bir yaklaşımın neredeyse yeknesak hale geldiği ileri sürülmektedir¹⁰⁸.

Diğer taraftan, cezalandırıcı tazminat konusunun kurumsal tahkim kurallarında açıkça düzenlenmediği görülmektedir¹⁰⁹. *Redfern/Hunter*’da belirtildiği üzere, ancak esasa uygulanacak

103 *Garrity v Lyle Stuart, Inc.*, 40 NY2d 354, 356 (1976).

104 *Ibid.*

105 *Mastrobuono v Shearson Lehman Hutton*, 514 US 52 (1995).

106 *Smith Barney, Harris Upham & Co. v. Luckie*, 85 NY2d 193, 202 (1995), *reargument and reconsideration denied*, 85 NY2d 1033 (1995), *cert denied sub nom Manhard Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 516 US 811 (1995).

107 *Diamond Waterproofing Sys v 55 Liberty Owners Corp.*, 4 NY3d 247, 253 (2005); *NJR Assocs v Tausend*, 19 NY3d 597, 602 (2012).

108 *Flintrock Construction Services, LLC v Weiss*, 122 AD3d 51 (NY App Div 1st Dep’t 2014); *Russo v Time Moving & Storage*, 194 AD3d 976, 977 (NY App Div 2d Dep’t 2021); *544 Bloomrest, LLC v Harding*, Index No 652658/20, Appeal No 15275 Case No 2021-03415, 2022 NY App Div LEXIS 940, 2-3 (NY App Div 1st Dep’t Feb 10, 2022).

109 Nuray Ekşi, ‘Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Sorun: Hakemlerce Anti-Suit Injunction ve Punitive Tazminat Kararı Verilmesi’ (2014) 3(2) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 3, 27-31; Markus A. Petsche, ‘Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Much Ado about Nothing?’ (2013) 29(1) *Arbitration International* 89, 96-97.

hukukun öngördüğü durumda hakemlerce cezalandırıcı tazminata hükmedilebilecektir¹¹⁰. Bununla birlikte, tartışmalı da olsa Kıta Avrupası hukuku sistemlerinde cezalandırıcı tazminata hakemler tarafından hükmedilmiş olmasının kamu düzenine aykırı bulunduğu da öne sürülmektedir¹¹¹.

Hakemlerin de yargılama yetkilerinin taraf egemenliğinden kaynaklandığı gözetildiğinde, taraflarca cezalandırıcı tazminatın bulunduğu bir hukuk sistemi seçilmiş ve talep de edilmişse, hakemler tarafından bu talebin her halükârda değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Cezalandırıcı tazminatın tahkime elverişliliği bağlamında, NYC madde 5/2(b) hükmü uyarınca 'kamu düzeni' denetiminin de ancak dolaylı olarak yapılabileceği ifade edilmektedir¹¹². Haliyle, kamu düzeni denetiminin halihazırdaki istisnai uygulanabilirliği, cezalandırıcı tazminat bağlamında ancak dolaylı etki gösterebildiğinden, cezalandırıcı tazminatı havi hakem kararlarının tenfizi ancak daha da istisnai hallerde kamu düzeni çerçevesinde engellenebilecektir¹¹³.

Bu kapsamda, söz konusu cezalandırıcı tazminatın gerçekten tenfiz talep edilen ülkenin kamu düzenini esaslı bir şekilde ihlal etmesi de ancak hükmedilen tazminatın makul olmaması, fahiş veya aleyhine hükmedilen tarafın ekonomik mahvına neden olması gibi hallerde mümkün görülmektedir¹¹⁴. İcra inkâr tazminatının İİK kapsamında düzenlenen bir özel hukuk cezası, müeyyide niteliğinde olduğu ortaya konmuştur. Bunun yanında, icra inkâr tazminatı *ipso facto* makuldür, çünkü zaten belirli miktardaki likit bir alacağın ancak %20'lik kısmına karşılık gelmektedir. Bu bakımdan halihazırda orantılı bir yaptırım teşkil eden icra inkâr tazminatının, kamu düzenini ihlal ettiği sonucuna varılması mümkün gözükmemektedir.

Hakem heyetinin alacağın tahsili veya takibin devamına ilişkin kararında, söz konusu alacağın geç veya gereği gibi tahsil edilememesi sebebiyle sözleşmesel faize, cezai şarta ve temerrüt faizine hükmedebileceği açıktır. Çünkü bu kalemler aslında alacaklının zararına ilişkindir. Türk hukukunda kabul edilen icra inkâr tazminatına hükmedilip hükmedilemeyeceği meselesi ise güncel bir tartışma konusu teşkil etmektedir. Konu hakkındaki Yargıtay kararlarının birçoğu da esasen iç tahkime ilişkin olup, iç tahkimde MTK uygulanması söz konusu olmadığından hakemlerin icra inkâr tazminatına hükmedebileceği kanaati oluşmuşsa da, uluslararası tahkimde durumun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Belirtildiği üzere, tahkim yargılamasının esasını tahkime elverişlilik müessesesi belirlemektedir. Öğretide çeşitli yazarlar tarafından özellikle milletlerarası tahkim göz ardı edilerek icra inkâr tazminatına hükmedilebileceği ifade edilmektedir¹¹⁵. Buna karşılık, icra inkâr tazminatı Türk

110 Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern et al, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6th edn, OUP 2015), 9.44-9.51; John Yukio Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (Kluwer Law International 1998), 226-229; Allan E Farnsworth, 'Punitive Damages in Arbitration' (1991) 7(1) *Arbitration International* 3-15.

111 Petsche (n 110) 97-99

112 Kyriaki Noussia, 'Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?' (2010) 27(3) *Journal of International Arbitration*, 277, 288-290.

113 Ibid, 293; Nuray Ekşi, 'Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni' (2020) 40(1) *Public And Private International Law Bulletin* 143, 194.

114 Ibid.

115 Yeşilirmak (n 37) 221; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 67) 600.

hukukuna özgü bir özel hukuk cezası, müeyyide niteliğini haiz olmakla tahkime elverişli olmadığı, hakemler tarafından icra inkâr tazminatına hükmedilemeyeceği de öne sürülmektedir¹¹⁶.

Gerçekten, yabancılık unsurunun bulunduğu bir tahkim yargılamasının Türk hukukuna göre yürütülmesi söz konusu olsa dahi, MTK'nın hükümleri cari olacak, yargılama usulünde İİK uygulanmayacaktır. Ancak konunun bu şekilde derinliği olmayan bir bakış açısıyla ele alınması, icra inkâr tazminatına hakemlerce karar verilemeyeceği sonucuna götürmektedir¹¹⁷. Ayrıca, uyumsuzluğun esasına Türk hukukunun uygulanması söz konusu ise, aslında cebri icra müesseselerine ilişkin usuli düzenlemeleri barındıran İİK'nın esasa uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Bu bakımdan, esasa ilişkin olarak da icra inkâr tazminatına hükmedilemeyeceği savunulmaktadır¹¹⁸. Ancak varılan bu sonuç analogi olarak doğru gözüktüğü de, burada '*ignorantia elenchi*' (alakasız noktalardan hareketle bir önermenin sonucunu haklı çıkarma) oluşmaktadır.

Yukarıda açıklanmış farklı ihtimallerden tespit edilebileceği üzere¹¹⁹, icra inkâr tazminatının cezai karakteri artık ortaya konmuştur. Bununla beraber, icra inkâr tazminatı maddi hukuka ilişkin bir özel hukuk cezası olarak kabul edilecek olursa, hakemler tarafından bu cezaya hükmedilebilmesi ancak alacağın mevcudiyetinin Türk hukukuna tabi olduğu durumda mümkün olacaktır. Diğer taraftan, icra inkâr tazminatının usul hukuku cezası olduğu kabul edilirse, MTK madde 17 hükmü gereği usule ancak MTK uygulanacağından, icra inkâr tazminatına yine hiçbir şekilde hükmedilememesi sonucu doğacaktır. Ancak bu sığ çıkarım, tahkim sisteminin öngördüğü faydaların ortaya çıkmamasına yol açacaktır.

İşte tam olarak bu noktada, Türk hukukundaki tazminat kurumu ve icra inkâr tazminatının koruduğu değerler göz önüne alınmalıdır. Türk hukukunda *tazminatta sorumluluk prensibi* çerçevesinde zararın telafisi, zararın önlenmesi ve hakkın takibi esastır¹²⁰. Zararın önlenmesi fonksiyonu bakımından, tazminatla karşılaşmak istemeyen kimselerin kusurlu ve hukuka aykırı davranıştan kaçınması, kusursuz sorumlulukta da gerekli özeni göstermesi gerekir¹²¹. İcra inkâr tazminatı adeta kusursuz sorumluluk çerçevesinde bir icra hukuku yaptırımını olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede, bu tazminata sadece devlet mahkemeleri tarafından hükmedilebileceğini söylemek kanımızca mümkün değildir. İcra inkâr tazminatına hükmedilmesinde eşği itirazın haksızlığı, yani alacağın likit olup olmadığı tartışması oluşturduğundan, bu özen sorumluluğunun alacaklı için oldukça düşük, borçlu için oldukça yüksek olduğu, yani taraf menfaatlerinde alacaklının tercih edildiği Yargıtay içtihatlarıyla dahi açıktır. Tahkim yargılamasına tabi tutulan uyumsuzlukların çoğu zaman karmaşık karakterde olacağı da düşünüldüğünde, alacağın varlığı hususunda uzmanlar tarafından gerçekleştirilen tahkim yargılamasında alacağın likit olup olmadığı da değerlendirilecek hususlardan biridir. Bu minvalde, yukarıda aktarılan aksi görüşlere itibarla hakemlerin icra inkâr tazminatına hükmetme hususunda baştan yetkisiz olduğunu kabul etmek, hem Türk mahkemelerini

116 Nomer (n 54) 536; Tüysüz (n 15) 115; Akil ve Gül (n 94) 567; Pekcanitez ve Atalay (n 16) 105; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul* (n 14) 2671.

117 Ibid.

118 Ibid.

119 Bkz. (n 52) vd.

120 Eren (n 6) 535, 808.

121 Eren (n 6) 515.

meşgul edeceğinden usul ekonomisi prensibine aykırı bir durum oluşturacak, hem de hakem karar içeriğinin Türk mahkemeleri tarafından denetlenmesi riskini doğuracaktır. Çünkü tenfiz/tanım davası nedeniyle hakem kararıyla karşı karşıya kalan devlet mahkemesi, icra inkâr tazminatı istenmesi halinde kararın içeriğine girerek itirazın haksız olup olmadığını incelemek durumunda kalacaktır. Bu durum da, gerek süre gerek maliyet ekonomisi bakımından hâlihazırda alacağı tespit edilmiş bulunan alacaklının hakkına kavuşmasını oldukça geciktirecektir.

Bunun yanında, MTK madde 17'de HMK'nın uygulanmayacağı belirtilmiş olup İİK'nın uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu kapsamda, talep halinde icra inkâr tazminatına hükmedilebileceği sonucuna varılması kaçınılmazdır. Kaldı ki, İİK'nın tahkim yargılamasında dahi hiçbir şekilde nazara alınmaması gerektiği düşüncesi *temelde eksiklik* ifade etmektedir, çünkü tahkim yargılamasına konu edilen itirazın iptali davası esasen İİK uyarınca başlatılmış ilamsız icra prosedürüne dayanmakla İİK'dan soyutlanması mümkün olmayan ve icra takibine sıkı sıkıya tabi tutulmuş bir alacak tahkim yargılaması konusu edilmektedir. Bu alacağın Türkiye'de, Türk hukuku uyarınca ve özellikle cebri icra prosedürleri çerçevesinde tahsili mümkünken, yargılamanın da İİK'dan soyutlanması kabul edilmemelidir. Ayrıca, cebri icra konusunda zaten tahkime elverişlilikten bahsedilemez.

Konu hakkında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 27.11.2018 tarihinde tesis etmiş olduğu “*MTK.15.m. iptal sebepleri sınırlı olarak sayılmış olup, maddi hukukun yanlış uygulanmasının tek başına iptal sebebi olarak düzenlenmediği, itirazın iptali talebinin tahkim başvurusuna konu edilemeyeceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığı, icra inkâr tazminatına da hükmedilebileceği, yargılama sırasında muaccel olan alacağın tahsiline hükmedilmesinin talep edilmesinin mümkün olduğu...*”¹²² şeklindeki kararıyla hakemler tarafından icra inkâr tazminatına hükmedilebileceğini (ve karşıt yorumla bu talebin reddedilebileceğini) açıkça ortaya koymuştur.

Doktrindeki farklı görüşlere rağmen ve yukarıda aktarılan çeşitli ihtimal ve hususlar da gözetildiğinde, bu şekilde bir karar tesis edilmiş olması şüphesiz tahkim yargılamasına ilişkin tüm sakıncaları giderecek özellikte ve taraf menfaatlerinin üstün tutulduğu bir yaklaşım sergilemektedir. Ancak hakemler tarafından icra inkâr tazminatına hükmedilmesi hususunun çözümlenemiyor oluşu, uygulamada yeknesaklığın sağlanmasının önüne şüphesiz geçecektir. Bu karar, *(i)* hakemler tarafından talebe rağmen icra inkâr tazminatına hiç hükmedilmemiş olması halinde mahkemede alacağın likit olmadığı yönünde bir kavram yanılgısı/kanısı oluşturma ve hatta *(ii)* hakem kararının iptali (MTK madde 15/A/1/e) sonucuna gebe olma ihtimali doğurması bakımından da eleştiriye açıktır. Haliyle, konu hakkındaki çelişkili Yargıtay içtihatlarının bir içtihadı birleştirme kararıyla artık çözümlenmesi gerektiği sabittir.

4. Tahkimde Görülen İtirazın İptali Davasının Devlet Mahkemeleri Tarafından Denetimi

Yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizine ilişkin hususlar NYC ile MÖHUK'ta, iptal sebepleri ise sınırlı bir şekilde MTK madde 15 hükmünde yer almaktadır. Konumuz özelinde bu

122 Yargıtay 11 HD, E 2018/3263 K 2018/7408, 27.11.2018.

düzenlemelerde gösterilen iptal sebeplerini ayrı ayrı incelemeye gerek bulunmadığı kanaatindeyiz. Çünkü söz konusu hallerin birçoğu itirazın iptali davası özelinde farklı sonuç doğurabilecek karakterde değildir¹²³. Uyuşmazlık konusunun tahkime elverişliliği¹²⁴ hususu da yukarıda değerlendirilmiştir.

Tahkim anlaşması kapsamında bulunmayan bir hususta hakemler tarafından karar verilmesi de iptal ve tenfiz ret sebebidir¹²⁵. İtirazın iptali davasının tahkim anlaşması kapsamında olup olmadığı da önem arz etmektedir. Ancak itirazın iptali davasının karakteri yukarıda da açıklandığı üzere alacak davası veya cebri icra müessesesi olarak kabul edilse dahi hakemler önlerine gelen somut uyuşmazlığı alelade bir alacak davası olarak nitelendirerek yargılama yapabileceklerinden ve tahkim anlaşmasına tabi bir borcun icra takibine konu edilmesi sonucu bu husustaki uyuşmazlığın tahkim makamı tarafından değerlendirilebileceği de açıktır. Haliyle, itirazın iptali davası ile tahkim anlaşması arasında kısmi bir olumsuz ilişki bulunmaktadır, yani tahkim anlaşmasının varlığında ilamsız icraya başvurulabilir, ancak itirazın iptali davası devlet mahkemeleri nezdinde açılmaz. Açılrsa dahi karşı tarafın tahkim itirazı üzerine artık mahkeme tarafından görevsizlik kararı tesis edilmesi gerekir.

Değerlendirilmesi gereken bir başka iptal veya tenfiz ret sebebi, hakem kararının kamu düzenine¹²⁶ aykırılığıdır¹²⁷. Kamu düzeni hem hakem kararının geçerliliğini hem de icrasını etkileyecektir. Bu çerçevede bir hakem kararının Türkiye’de geçerli kılınmak istenmesi halinde söz konusu kararın kamu düzenine uygun olması aranmaktadır. Ancak Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecek bir durum pekâlâ başka bir ülke kamu düzenine uygun bulunabilir. Bu bakımdan asgari bir standart belirlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir¹²⁸. Bu husus milletlerarası tahkimde daha farklı bir boyuttadır. İç tahkimde kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilebilecek bir hükmün milletlerarası uyuşmazlıklarda kamu düzenine uygun kabul edilebilmesi de mümkündür¹²⁹. Bu sebeplerle, milletlerarası tahkim kararıyla karşılaşan hâkimin iç hukuktan ziyade milletlerarası tahkim anlayışı çerçevesinde takdir yetkisine dayanarak karar vermesinin gerekliliği ifade edilmektedir¹³⁰. NYC de nazara alındığında kamu düzenine aykırılığın ancak iki durumda oluşabileceği ileri sürülmektedir¹³¹;

İlki, karar içeriğinin devletin temel hukuki ve ahlaki normlarına aykırılığıdır. Bu duruma örnek olarak, kararın içeriği veya hüküm fıkrasından müddeabihin kumar borcuna dayanması gösterilebilir. Böyle bir ihtimalde hakem kararı tenfiz edilmemelidir.

123 Söz konusu iptal sebeplerinden tahkim anlaşmasının geçersiz olması, tahkim yargılaması ve ilgili hukuktaki usul kurallarına aykırılık aslında itirazın iptali davası bakımından sonuç doğurabilecek karakterde ise de özel bir durum teşkil etmez. Hakemde görülecek davanın bir alacak davası veya itirazın iptali davası olarak görülmesi de bir fark yaratmayacaktır.

124 MTK madde 15/A/2(a); NYC madde V/2(a); MÖHUK madde 62/1(c).

125 MTK madde 15/A/1(e), NYC madde V/1(c), MÖHUK madde 62/1(g).

126 Kamu düzeni bir ülkede hâkim olan hukuki, sosyal, siyasal ve ahlaki sistemin temel kurallarını ifade etmektedir. Şanlı (n 67) 475; Akıncı (n 91) 369 vd.; Demir-Gökyayla (n 58) 30; Süha Tanrıver, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü’ *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan* (1988), 152.

127 MTK madde 15/A/1(d); NYK madde V/2(b); MÖHUK madde 62/1(b).

128 Şanlı (n 67) 476; Akıncı (n 91) 380.

129 Dayınlarlı (n 80) 77; Akıncı (n 91) 380.

130 Akıncı (n 91) 377.

131 Şanlı (n 67) 477 vd.

İkincisi, hakemlerin bağımsızlığının şüpheye düştüğü haldir. Bu duruma örnek olarak, taraflardan birinin hakemle veya hakemi belirleyen merciyle aynı kurulda bulunması gösterilmektedir.

Bu durumlar itirazın iptali davası bakımından esaslı bir engel teşkil etmemektedir. Zira itirazın iptali davası konusu alacak tarafların tahkime tabi tuttuğu bir hukuki uyumsuzluktan kaynaklanıyor olmakla, kamu düzenine ilişkin denetim mümkün görülmemelidir¹³². Ayrıca vurgulanmalıdır ki, hakem kararının kamu düzenine uygunluğunun denetlenmesi hakem kararının doğru verilip verilmediğinin değerlendirilmesi anlamına gelmez. Çünkü taraflar tahkim anlaşması ile devlet mahkemelerinin yargı yetkisini bertaraf etmiş olmakla, tahkim yargılaması sonucunda tesis edilecek kararı da kabul edeceklerine dair bağlayıcı bir taahhüt altına girmiş olmaktadır. Yargıtay da iptal davalarında hakem kararlarının esastan denetlenemeyeceğini, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının da denetim kapsamı dışında olduğunu açıkça içtihat etmektedir¹³³. Buna, kararın maddi ve hukuki olgular yönünden yeniden gözden geçirilmesi (*revision*) yasağı denmektedir¹³⁴. Bu çerçevede, Türk mahkemelerinin denetimi ancak ve ancak tanıma ve tenfiz koşulları bakımından olacaktır.

Yukarıda yer verilen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararı da aslında bu noktadan hareketle icra inkâr tazminatına hükmeden hakem kararını uygun bulmuştur. Hemen yukarıdaki başlıkta kamu düzeninin istisnai uygulanabilirliğinin cezalandırıcı tazminat kavramıyla ancak dolaylı bir ilişkisinin olduğu kabulünde, talepte bulunulması ve şartları gerçekleşmesi halinde hakemler tarafından icra inkâr tazminatına karar verilmesi gerektiği önermesi de pekişmektedir. Ayrıca, icra inkâr tazminatının özel hukuka ilişkin cezalandırıcı tazminat olarak kabulü (veya aksi kabulde dahi) Türk Borçlar Kanunu¹³⁵ anlamında cezai şartla da benzerlik gösterdiği açıktır. Yabancı bir hakem kararında fahiş bir cezai şartta hükmedilse dahi bu durum da Yargıtay tarafından kamu düzenine aykırı bir husus olarak görülmemektedir¹³⁶.

Özetle, yabancı hakem kararı iptal, tanıma ret ve tenfiz ret sebepleri incelendiğinde, bu sebepler sırf itirazın iptali davası bakımından ayrı bir sonuç doğurmaya muktedir değildir. Bu kapsamda, icra inkâr tazminatını havi bir hakem kararının iptaline veya tanıma/tenfizin reddine karar verilmesi olanağının bulunmadığı ileri sürülmektedir.

132 Borcun esasına ilişkin böyle bir engel de ancak borcun kumar, bahis, uyuşturucu, vergi kaçakçılığı gibi durumların varlığında söz konusu olabilecektir. Bu hallerde de uyumsuzluk tahkime elverişli olmadığından değil, uyumsuzluk konusu ve tahkim yargılaması kamu düzenine aykırı olacaktır. Yani yine itirazın iptali davası özelinde değerlendirilebilecek bir husus bu bakımdan söz konusu değildir. Aynı yönde bkz. Tüysüz (n 15) 124.

133 Yargıtay HGK, 19-102/208, 27.05.2009; Yargıtay 19 HD, 3207/6936, 16.04.2013.

134 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 67) 587; Demir-Gökyayla (n 58) 75.

135 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836 [TBK].

136 Yargıtay 15 HD, E 2014/2183 K 2014/3226, 12.05.2014. Benzer şekilde, faizi içeren bir hakem kararının tenfizi talebine, davalının Şeriat hukukuna göre faizin kesin bir şekilde yasak olması çerçevesinde kararın kamu düzenine aykırı olduğunu belirterek itiraz etmesine rağmen Pakistan mahkemesi itirazı reddetmiştir. Wasiq Abass Dar, 'Understanding Public Policy as an Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards A South-Asian Perspective' (2015) 2(4) European Journal of Comparative Law and Governance 316, 341.

SONUÇ

İnceleme konumuz icra inkâr tazminatına hakemler tarafından hükmedilip hükmedilemeyeceği olmakla, bu çerçevede öncelikle icra hukuku çerçevesinde ilamsız icra, itirazın iptali ve icra inkâr tazminatı hususları kısaca ele alınmıştır. Para veya teminat alacaklısı olduğu iddiasında bulunan kişilerin herhangi bir mahkeme ilamı olmaksızın İİK çerçevesinde cebri icra organları aracılığıyla borçlularının malvarlığına gitmesi mümkündür. İlamsız icra adı verilen kurum sayesinde alacaklı olduğunu iddia eden kişiler icra dairelerinde takip başlatabilirler. İcra daireleri tarafından düzenlenen ödeme emrinin borçluya tebliği akabinde, borçlunun yedi günden ibaret bir itiraz süresi bulunmakta olup, böylece haksız bir ödeme emriyle karşı karşıya kaldığını düşünen borçlulara da ilamsız icra takibi kolaylığında itiraz imkânı tanınmış ve taraflar arasındaki denge böylece sağlanmıştır. Bu çerçevede, cebri icranın ve konumuz özelinde ilamsız icranın tarafları alacaklı ve borçluyken, asli organı da İİK çerçevesinde icra daireleridir. İcra daireleri, devlet tarafından kurulan ve işlemlerin taraf menfaatlerine uygun bir biçimde sorunsuz bir şekilde ilerlemesini temin eden, ancak mahkeme niteliği bulunmayan kurumlardır.

Ödeme emrini borçlunun tebliğ alması üzerine borçlu İİK madde 62 hükmü uyarınca itirazını ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde icra dairesine sunarak, hakkında yürütülen icra takibini durdurabilir. İİK madde 66 hükmü çerçevesinde itirazın süresinde ibrazı üzerine icra dairesi tarafından icra takibinin durdurulması hakkında karar tesis edilerek, bu karar alacaklıya tebliğ edilir. Borçlu hakkında başlatmış olduğu takibin devamının sağlanması amacıyla alacaklı söz konusu itirazın ortadan kaldırılması için *(i)* itirazın iptali veya *(ii)* itirazın kaldırılması prosedürlerine başvurabilecektir. Bu süreçler arasında esaslı farklılıklar bulunmaktadır. Öğretide tartışmalı da olsa, itirazın iptali davasının eda davası olduğu sonucuna varmak gerekir. İtirazın iptali davası neticesinde İİK madde 67 uyarınca icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için geçerli bir ilamsız icra takibi bulunmalı, borçlu ödeme emrine süresi içerisinde itiraz etmiş olmalı, dava bir yıllık süre içerisinde açılmış olmalı, icra inkâr tazminatına hükmedilmesi talep edilmeli, borçlunun itirazı haksız (alacak likit) olmalıdır. İcra inkâr tazminatının hukuki niteliği hakkında da eskiden tazminat karakterinde olduğu görüşü de mevcut ise, öğretide ekseriyetle kabul edildiği üzere icra inkâr tazminatının özel hukuk müeyyidesi olduğu ileri sürülmektedir.

Bu kapsamda, icra inkâr tazminatı karşılaştırmalı hukuk bakış açısıyla *punitive damages* kavramıyla neredeyse tamamen örtüşmektedir. Cezalandırıcı tazminatı havi hakem kararlarına dair hakemlerin ve devlet mahkemelerinin kamu düzeni bağlamında olumsuz yaklaşımının, bazen açık kanuni düzenlemelere rağmen, gittikçe esnediği görülmektedir. Örneğin, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesini açıkça yasaklayacak şekilde tarafların anlaşması veya söz gelimi şeriat hukukunda faiz yasak olmasına rağmen faize hükmedilmiş kararlar tartışmalı da olsa uygun bulunmaktadır.

Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu kabulüyle, yani alacaklı tarafından takip konusu edilmesi planlanan bir alacak hakkında, öncelikle tahkim anlaşması ve ilamsız icra arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekir. Çünkü tahkim anlaşmasının olumsuz etkisi çerçevesinde tarafların mahkemeye başvurmaları mümkün değildir. Tahkim anlaşmasına rağmen cebri icraya

başvurulmasının, tahkim anlaşmasını ihlal ettiğini belirten görüşler ve Yargıtay kararlarına da rastlanmaktadır. Bununla birlikte, kanımızca icra dairelerinin mahkeme niteliğinde bulunmayışı ve ilamsız icra takibindeki taraf menfaat dengeleri gözetildiğinde, tahkim anlaşmasına rağmen cebri icra kurumuna başvurulabilmesi mümkün olduğu öne sürülmektedir.

İlamsız icra takibinin borçlunun itirazı üzerine durması sonucunda İİK madde 67 uyarınca görülecek olan itirazın iptali davası, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına istinaden tahkim merciinde görülecektir. Eğer itirazın iptali davasının tespit davası niteliğinde olduğu görüşü benimsenirse veya hakemler sadece alacağın tespitine karar verirlerse hakem kararı hakkında tanıma davası, diğer durumda ise tenfiz davası açılması lazım gelir. Her ne kadar itirazın iptali davasının tahkime elverişliliği tartışmalı olsa da, öğretilerdeki baskın görüş uyarınca itirazın iptali davalarının tahkime pekâlâ elverişli olduğu ileri sürülmektedir. Diğer taraftan, borçlunun itirazın iptali davasında tahkim itirazında bulunarak mahkemeler nezdinde açılmış itirazın iptali davasının usulden reddini sağlaması da mümkündür.

Hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar vermesi *kompetenz-kompetenz* prensibi olarak isimlendirilmekte olup MTK madde 7/H hükmüyle hukukumuzda kabul edilmiştir. Tahkime taşınmış bir uyuşmazlığın hakem heyeti tarafından incelenip incelenemeyeceği konusunda otorite böylece hakemlere hasredilmiştir. Hakemler huzurlarındaki uyuşmazlığı itirazın iptali davası olarak kabul edip yargılamayı bu şekilde gerçekleştirebileceği gibi, itirazı karara bağlama hususunda kendilerini yetkisiz görüp uyuşmazlığı doğrudan alacak davası olarak da görebilecektir. Her halükârda, tesis edilecek karar tanıma veya tenfiz prosedürüne konu edilmelidir.

Tahkimde görülen itirazın iptali davasında ise talep edilmesi halinde icra inkâr tazminatına hükmedilip hükmedilemeyeceği meselesi çalışmamızın özünü oluşturmaktadır. Aktarıldığı üzere, konu hakkında çeşitli ve hatta zıt görüşler bulunmaktadır. Öğretilerde *Yeşilirmak*, *Şanlı* ve *Esen*, hakemler tarafından icra inkâr tazminatına hükmedilebileceğini savunmakta, icra inkâr tazminatının müeyyide karakterinde bulunuşundan hareketle tahkime elverişli olmadığı görüşünü ifade eden *Nomer*, *Tüysüz*, *Akil/Gül* ve *Pekcanitez* icra inkâr tazminatına hakemler tarafından hükmedilemeyeceğini belirtmektedir. Konu hakkında 27.11.2018 tarihinde tesis edilen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2018/3263 E. 2018/7408 K. sayılı kararında ise hakemlerin icra inkâr tazminatına hükmedebileceği açıkça ortaya konmuştur. Öğretilerde oldukça tartışmalı olan bu konuda her ne kadar Yargıtay bu tartışmaları sona erdirici ve taraf menfaatlerinin üstün tutulduğu bir yaklaşımı benimsemiş olsa da, hala uygulamanın yeknesak olduğundan bahsedilemez.

Nihayet, hakemler nezdinde görülen itirazın iptali davası veya hakem yargılaması sonucunda hükmedilen icra inkâr tazminatının MÖHUK ve NYC'de düzenlenmiş tanıma ve tenfiz talebinin reddine ilişkin hususlar ile MTK'de düzenlenmiş iptal sebeplerinin özel bir sonuç doğurmayacağı ileri sürülmektedir. İptal sebeplerinden konuya uygulanabilir nitelikteki tahkim anlaşması kapsamında bulunmama veya kamu düzeni hususlarının icra inkâr tazminatı bakımından geçerli olmaması gerekmektedir. Bu bağlamda, hakem kararının iptaline veya tanıma/tenfizinin reddine karar verilmesi de ilgili hükümlerde gösterilen diğer şartlar yoksa mümkün olmamalıdır.

Neticeten, uluslararası tahkim ve Türk icra hukuku arasında oldukça tartışmalı bir ilişki olduğu, öğretilerde önde gelen hukukçular tarafından çok ayrı bakış açılarından bambaşka görüşlerin paylaşıldığı görülmektedir. Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen ilamsız icra hususunda dahi tam bir fikir birliğinin sağlanmadığı bir ortamda, *punitive damages* benzeri icra inkâr tazminatı şeklindeki belki de hukukumuzda en çok uygulama alanı bulan bir tazminatın akıbeti iyice tartışmalı hale gelmektedir. Haliyle, bu hususun en azından bir içtihadı birleştirme kararıyla düzenlenmesi yerinde olacaktır. Böyle bir kararın varlığında uygulama netlik kazanacak, taraflarca bu karara dayanılarak veya hakemler tarafından uygulanacak hukuk kapsamında tespit edilecek böyle bir karar sayesinde hukuki belirlilik de temin edilecektir. Özellikle, arabuluculuk gibi alternatif çözüm yollarına dair kanun koyucunun benimsediği son derece olumlu yaklaşım çerçevesinde icra inkâr tazminatına hükmedilebileceğinin açık bir şekilde karara bağlanması şüphesiz Türk hukukunun gelişimine de oldukça uygun olacaktır. Diğer taraftan, savunduğumuz çerçevede hakemler tarafından icra inkâr tazminatı talebi reddedilmiş ise, zaten ilamsız icra süreci akabinde tahkim yargılamasına konu edilen alacak hakkında icra inkâr tazminatının koşullarının bulunmadığından, devlet mahkemelerinden bu yönde bir talep bulunsa dahi, söz konusu müstakil icra inkâr tazminatı talebi reddedilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5. Bası, Vedat 2020).
- Akil C, 'İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi' (2012) 3(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 317-338
- Akil C ve Gül M A, 'Yargıtay'ın Genel Haciz Yoluyla İlamsız Takibe Başvuru Hakkında İlişkin Olarak Vermiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler' (2017) (3) Yargıtay Dergisi 551-610.
- Baş Süzül E, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı* (On İki Levha 2015).
- Behr V, 'Punitive Damages in American and German Law-Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts' (2003) 78 Kent Law Review 105-161.
- Belgesay M R, *İcra ve İflas Kanununun Şerhi C. I* (M Sıralar 1955).
- Blackaby N, Partasides C, Redfern A et al, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6th edn, OUP 2015).
- Brand R A, 'Punitive Damages and the Recognition of Judgments' (1996) 43(2) Netherlands International Law Review 143-186.
- Bungert H, 'Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany' (1993) 27(4) The International Lawyer 1075-1090.
- Çağa T, 'Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair' (1976) 8(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 21-31.
- Çelikel A ve Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (14. Bası, Beta 2016).
- Dar W A, 'Understanding Public Policy as an Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards A South-Asian Perspective' (2015) 2(4) European Journal of Comparative Law and Governance 316-350.
- Dayınlarlı K, *HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim* (2. Bası, Dayınlarlı 2004).
- Demir-Gökyayla C, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001).
- Dinç İ, 'Genel Adi İflas Yoluyla Takibe İtirazın Kaldırılması ve İflas Davasının Tahkime Elverişliliği' (2020) 11(41) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 427-462.
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (2. Bası, Seçkin 2013).

- Ekşi N, 'Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Sorun: Hakemlerce Anti-Suit Injunction ve Punitive Tazminat Kararı Verilmesi' (2014) 3(2) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 3-36 [Güncel Sorunlar].
- Ekşi N, 'Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi', (2009) (1) Ankara Barosu Dergisi 54-74 [ICC].
- Ekşi N, 'Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni' (2020) 40(1) Public And Private International Law Bulletin 143-201 [Kamu Düzeni].
- Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (2. Bası, Beta 2019) [Tahkim].
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2014) [Tanınma].
- Eren F, *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler* (18. Bası, Yetkin 2015).
- Ergüne M S, *Olumsuz Zarar* (Beta 2008).
- Esen E, 'Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensipleri' (2011) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 355-380.
- Farnsworth A E, 'Punitive Damages in Arbitration' (1991) 7(1) Arbitration International 3-16.
- Gotanda J Y, *Supplemental Damages in Private International Law* (Kluwer Law International 1998).
- Gürdoğan B, Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı (Ayyıldız 1960).
- Güven P, 'Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' (2011) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan 429-466.
- Halfmeier A, 'Article 1 – Scope' *Commentary on the European Rules of the Conflict Laws* (Kluwer Law International 2011).
- Harris A P, 'Rereading Punitive Damages: Beyond Public/Private Distinction' (1988) 40(3) Alabama Law Review 1079-1116.
- Hay P, 'The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany-The 1992 Decision of the German Supreme Court' (1992) 40(3) The American Journal of Comparative Law 729-750.
- Isidro M R, 'Punitive Damages: How Do They Look Like When Seen From Abroad?' in Lotte Meurkens et al (eds), *The Power of Punitive Damages* (Intersentia 2012).
- İyilikli A C, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm (Yetkin 2016)
- Karlı A, *İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi* (Alfa 1995).
- Kaya S, 'İtirazın İptali Davasının Tahkime Elverişliliği' in Kaya S (ed), Milli Tahkim Kapsamında Tahkime Elverişlilik (On İki Levha 2022).
- Kılınç A, 'İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi' 2019 21(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 205-231.
- Kiraz T Ö, *Yargı Kararları ile Birlikte İcra Mahkemesinden İtirazın Kaldırılması* (4. Bası, Adalet 2013).
- Kuru B, 'İcra İnkâr Tazminatı', *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı* (Tertip Kurulu 1968) 725-765 [Tazminat].
- Kuru B, 'Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı' (1961) 7(8) Adalet Dergisi 676-694 [Ödeme Emri].
- Kuru B, Arslan R, Yılmaz E, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2014).
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku* (Seçkin 1988) [İcra İflas].
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (İkinci Bası, Adalet 2013) [El Kitabı].
- Mann K, 'Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law' (1991) 101 Yale Law Journal 1795-1873.
- Murphy J and Christian W, *Street on Torts* (13th edn, OUP 2012).

- Muşul T, *İcra ve İflas Hukuku* (Adalet 2015).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (21. Bası, Beta 2015).
- Nomer H N, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (Beta 1996).
- Noussia K, 'Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?' (2010) 27(3) *Journal of International Arbitration* 277-294.
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C II* (Vedat 2012).
- Özbek M S, *Tahkim Hukuku* (Yetkin 2022).
- Özkan Y, *İcra ve İflas Hukuku'nda İtirazın İptali Davası* (Turhan 2004).
- Pekcanitez H, 'Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra ve İnkâr Tazminatına Karar Verilebilir mi?' (2018) 10(100) *Fasikül Dergisi* 57-65 [Tahkim].
- Pekcanitez H, Atalay O vd, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (4. Bası, On İki Levha 2017).
- Pekcanitez H, Atalay O, Özkes M vd, *Pekcanitez Medeni Usul Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017).
- Pekcanitez H, *İcra-İflas Hukukunda Şikayet* (Dokuz Eylül Üniversitesi 1986) [Şikayet].
- Petsche M A, 'Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Much Ado about Nothing?' (2013) 29(1) *Arbitration International* 89-104.
- Postacıoğlu İ E, 'İcra İnkâr Tazminatı Üzerine Bazı Düşünceler ve Bazı İhtilafı Noktalar' (1978) 9(4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 951-970.
- Stiefel E C, Stürner R and Stadler A, 'The Enforceability of Excessive of U.S. Punitive Damage Award in Germany' (1991) 39(4) *The American Journal of Comparative Law* 779-802.
- Şanlı C, Esen E, Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5. Bası, Beta 2016).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları* (6. Bası, Beta 2016).
- Tanrıver S, 'Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü' *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan* (Seçkin 1988) 565.
- Tepetaş Y, *İmalatçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2021).
- Tiryakioğlu B, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1997).
- Traband R, 'An Erie Decision: Should State Statutes Prohibiting the Pleading of Punitive Damage Claims be Applied in Federal Diversity Actions' (1996) 21(26) *Stetson Law Review* 225-261.
- Tüysüz C, *Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar* (Beta 2017).
- Umar B, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (İzmir 1973).
- Uyar T, 'Takip Hukukunda İtirazın İptali Davası' (1985) (3) *Yargıtay Dergisi* 265-281.
- Üstündağ S, *İcra Hukukunun Esasları* (Filiz 2004).
- Wilcox V, 'Punitive Damages in England' *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer 2009).
- Yavuz N, *İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası* (2. Bası, Yetkin 2007), 98.
- Yeşilırmak A, 'Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yolu ile Takip Yapılabilir mi?' (2011) 96 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 205-228.
- Yeşilova B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (Güncel Hukuk 2008).
- Yılmaz E, 'İcra Tazminatı', *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Cilt 2, Yetkin 2009) [Tazminat].
- Yılmaz E, 'İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği', *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan* (Adalet 2009) [Hukuki Nitelik].

- Yılmaz E, 'Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı' (2014) 18 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 531-554 [Tahkime Elverişlilik].
- 15 Kasım 1965 Tarihli Hukukî ve Ticari Konularda Adli ve Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters), 17.06.1972/14218 [1965 Lahey Sözleşmesi].
- 2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Sözleşmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836 [HMK].
- İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128 [İİK].
- Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, RG 27.11.2017/26728 [MÖHUK].
- Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/24453 [MTK].
- New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards [1958] [NYC].
- Sözleşme Dışı Yükümlülüklerle Uygulanacak Hukuk Hakkında (EC) 864/2007 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü, 11 Temmuz 2007 [Roma II].
- Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836 [TBK].
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/1763 [Anayasa].
- United States of America, Federal Arbitration Act (1926) [FAA].
- Anayasa Mahkemesi, E 1966/15 K 1966/33, 20.09.1966.
- 544 Bloomrest, LLC v Harding*, Index No 652658/20, Appeal No 15275 Case No 2021-03415, 2022 NY App Div LEXIS 940, 2-3 (NY App Div 1st Dep't Feb 10, 2022).
- Diamond Waterproofing Sys v 55 Liberty Owners Corp.*, 4 NY3d 247, 253 (2005).
- Flintrock Construction Services, LLC v Weiss*, 122 AD3d 51 (NY App Div 1st Dep't 2014).
- Garrity v Lyle Stuart, Inc.*, 40 NY2d 354, 356 (1976).
- Mastrobuono v Shearson Lehman Hutton*, 514 US 52 (1995)
- NJR Assocs v Tausend*, 19 NY3d 597, 602 (2012).
- Russo v Time Moving & Storage*, 194 AD3d 976, 977 (NY App Div 2d Dep't 2021).
- Smith Barney, Harris Upham & Co. v Luckie*, 85 NY2d 193, 202 (1995), *reargument and reconsideration denied*, 85 NY2d 1033 (1995), *cert denied sub nom Manhard Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 516 US 811 (1995).
- Yargıtay 11 HD, E 1972/1174 K 1972/1203, K 14.03.1972.
- Yargıtay 11 HD, E 1983/3819 K 1983/4421, 20.10.1983.
- Yargıtay 11 HD, E 1987/7571 K 1988/1612, 15.03.1988.
- Yargıtay 11 HD, E 2003/1117 K 2003/6719, 23.06.2003.
- Yargıtay 11 HD, E 2005/1443 K 2006/1440, 14.02.2006.
- Yargıtay 11 HD, E 2007/1056 K 2008/8452, 24.06.2008.
- Yargıtay 11 HD, E 2016/13105 K 2018/146, 10.01.2018.
- Yargıtay 11 HD, E 2018/3263 K 2018/7408, 27.11.2018.
- Yargıtay 11 HD, E 2020/2958 K 2021/2325, 11.03.2021.
- Yargıtay 12 HD, E 1990/8745 K 1990/1848, 27.02.1990.
- Yargıtay 13 HD, E 1977/4625 K 1978/4623, 03.11.1978.
- Yargıtay 13 HD, E 1980/1226 K 1980/1617, 11.03.1980.

Yargıtay 13 HD, E 2007/9959 K 2008/348, 17.01.2008;
Yargıtay 15 HD, E 2008/262 K 2008/2138, 03.04.2008.
Yargıtay 15 HD, E 2011/826 K 2011/2941, 16.05.2011.
Yargıtay 15 HD, E 2012/150 K 2012/1286, 05.03.2012.
Yargıtay 15 HD, E 2013/1386 K 2013/2794, 29.04.2013.
Yargıtay 15 HD, E 2014/2183 K 2014/3226, 12.05.2014.
Yargıtay 15 HD, E 2016/5600 K 2017/512, 09.02.2017
Yargıtay 15 HD, E 2019/2474 K 2019/3640, 26.09.2019.
Yargıtay 19 HD, E 2000/5610 K 2000/8669, 14.12.2000.
Yargıtay 19 HD, E 2002/3715 K 2003/4816, 05.05.2003.
Yargıtay 19 HD, E 2003/12028 K 2004/9276, 27.09.2004.
Yargıtay 19 HD, E 2003/8000 K 2004/4630, 21.04.2004.
Yargıtay 19 HD, E 2005/10973 K 2006/742, 01.02.2006.
Yargıtay 19 HD, E 2005/3125 K 2006/209 T 20.01.2006.
Yargıtay 19 HD, E 2008/11172 K 2008/12399, 23.12.2008.
Yargıtay 19 HD, E 2008/1946 K 2009/6243, 25.6.2009.
Yargıtay 19 HD, E 2002/10369 K 2003/11592, 17.11.2003.
Yargıtay 19 HD, E 2000/8790 K 2001/2517, 05.04.2001.
Yargıtay 23 HD, E 2012/1156 K 2012/2677, 06.04.2012.
Yargıtay 23 HD, E 2017/139 K 2019/3678, 18.09.2018.
Yargıtay 3 HD, E 2007/7082 K 2007/7199, 03.05.2007.
Yargıtay 3 HD, E 2013/17622 K 2014/2692, 24.02.2014.
Yargıtay 4 HD, E 2004/16709 K 2005/13255, 08.12.2005.
Yargıtay 6 HD, E 1986/9166 K 1986/1359, 27.11.1986.
Yargıtay 7 HD, E 2016/19303 K 2016/12221, 06.06.2016
Yargıtay 8 HD, E 2010/7122 K 2011/5363, 24.10.2011.
Yargıtay 9 HD, E 2009/3685 K 2011/4410, 21.02.2011.
Yargıtay HGK, E 1956/15 K 1956/15, 28.11.1956.
Yargıtay HGK, E 1998/287 K 1998/325, 06.05.1998
Yargıtay HGK, E 2000/4-462 K 2001/750, 24.10.2001.
Yargıtay HGK, E 2010/19-376 K 2010/397, 14.07.2010.
Yargıtay HGK, E 2013/19-142 K 2013/1371, 18.09.2013.
Yargıtay HGK, E 2017/950 K 2021/934, 06.07.2021.
Yargıtay İBHGK, E 2017/7 K 2019/2, 22.03.2019.

Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali

Transfer of Digital Assets Through Inheritance

Eşref Can GÜRBÜZ* 

ÖZ

Teknolojinin her geçen gün hızla gelişmesi, insanların düşüncelerini, isteklerini ve eğilimlerini etkileyerek günlük yaşamlarımızda köklü değişikliklere yol açmıştır. Teknolojide yaşanan devrim niteliğindeki gelişmeler kripto paralar, alan adları, sosyal medya hesapları, elektronik posta hesapları gibi birçok dijital varlığı ortaya çıkarmış ve insanların günlük yaşamlarının ayrılmaz bir parçası haline getirmiştir. Dijital varlıkların günlük yaşamda önemli bir yer edinmesi, sunduğu kolaylıkların yanı sıra birtakım sakıncaları ve tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalar, özellikle kişisel verilerin dijital ortamda paylaşılması ve bu varlıkların mirasa konu edilip edilemeyeceği konularında yoğunlaşmıştır.

Anahtar Kelimeler: Dijital Miras, Dijital Varlıklar, Külli Halefiyet.

ABSTRACT

The swift development of technology day by day has led to radical changes in our daily lives by affecting people's thoughts, requests, and dispositions. The reforming developments in technology have uncovered many digital assets such as cryptocurrencies, domain names, social media accounts, and e-mail accounts and turned them into integral parts of people's daily lives. The fact that digital assets have gained an important place in daily life has brought along some drawbacks and discussions as well as the conveniences it offers. These discussions have particularly centred on the sharing of personal data in the digital environment and whether these assets can be subject to inheritance.

Keywords: Digital Heritage, Digital Assets, Total Succession.

- * Avukat, Kırıkkale Üniversitesi Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi. ORCID: 0000-0002-8372-5909.
- Bu makale, yazarın Kırıkkale Üniversitesi Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans programı kapsamında kaleme aldığı "Dijital Miras" isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir. Emek ve katkıları için danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Fatma HIZIR ASRAV'a teşekkür ederim.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Eşref Can GÜRBÜZ

E-posta/E-mail: esrefcangurbuz@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 30.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 02.06.2023

GİRİŞ

Teknolojiye olan ilgimizin zaman içerisinde artması, günlük yaşamımızın büyük bir çoğunluğunu dijital ortamda geçirmemize neden olmuş; buna bağlı olarak da teknolojiye yaşanan gelişmeler baş döndürücü bir hıza ulaşmıştır. Bu gelişmeler, dijital ortamda üretilen, saklanan ve paylaşımına açılan, maddi değeri olsun ya da olmasın her türlü dijital veri olarak tanımlanabilecek dijital varlıkların ortaya çıkmasına yol açmıştır¹.

Dijital varlıkların sayısının sürekli olarak artması ve niteliklerinin de buna bağlı olarak çeşitlenmesi, bunların kapsam ve sınırlarının net bir şekilde ortaya konulmasını zorlaştırmaktadır. Dijital varlıkların gün geçtikçe sayıca artış göstermesi ve çeşitlilik kazanması, insanlar arasında doğan ihtilafların da farklı bir boyuta evrilmesine yol açmış; hukuk düzenlerindeki mevcut normlar ise ortaya çıkan muhtelif ihtilafların çözümünde yetersiz kalmaya başlamıştır.

Nihai amacı toplumun ihtiyaç ve taleplerine adil bir çözüm getirmek olan hukuk düzeninde dijital varlıklara ilişkin yaşanan en kapsamlı tartışma konularından birisi de miras hukuku alanında kendisini göstermektedir. İnternetin yoğun bir şekilde kullanılması ve bu kullanıma bağlı olarak sosyal medya hesapları, elektronik posta hesapları, dijital cüzdanlar, bulut depolama hizmetleri gibi dijital varlıkların sayısının gün geçtikçe artmaya devam etmesi, kullanıcıların vefat etmesi durumunda dijital varlıklarının miras yoluyla intikale elverişli olup olmadığı meselesini daha da güncel hale getirmektedir

Makalemizde, konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına miras hukukunun temel kavramları ile miras hukukuna hâkim olan ilkelere kısaca değinilecek, sonrasında dijital varlıkların miras yoluyla intikale elverişli olup olmadığına ilişkin öğretilerdeki farklı görüşler izah edilerek mevcut hukuk normları ile olması gereken hukuk çerçevesinde değerlendirme yapılacak ve menfaat dengeleri gözetilerek hak ve nesafet kurallarına uygun adil bir çözüme ulaşılmaya çalışılacaktır.

I. MİRAS HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

A. MİRAS (TEREKE)

Kelime anlamı², “*Birine, ölen bir yakından kalan mal mülk, para veya servet, kalıt, bırakıt, tereke*” olan miras (tereke), miras bırakanın tam ve sağ doğması şartıyla anne rahmine düştüğü andan vefat ettiği ana kadar doğrudan ya da dolaylı olarak muhatap olduğu hukuki işlem ve tasarruflar ile elde ettiği alacak, hak, borç ve mal gibi bütün özel hukuk ilişkilerinden miras yoluyla intikaline cevaz

1 Yasemin Maraşlı Dinç, ‘Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras’ (2019) 142 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 273, 275; Erdem Büyüksağış, Sinem Özyiğit, Selin Mirkelam Falay, İlay Ezgi Buldağ, Mustafa Said Okur, ‘Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali’ (2021) 47(2) Yargıtay Dergisi 337, 369; Hasan Altındal ve Yusuf Enes Arslan, ‘Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri’ (2021) XXV (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 313, 320.

2 <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 23/02/2023).

verilen değerler topluluğunu ifade etmektedir³. Miras hukuku ise miras bırakanın sahip olduğu mal, hak, alacak ve borçlarının, kısacası özel hukuk ilişkilerinin akıbetini ve bunların mirasçı sıfatını haiz kimselere ne şekilde ve hangi şartlarda intikal edeceğini düzenleyen hukuk dalıdır⁴.

Miras bırakanın ölümüyle birlikte mirasın açılması ve terekenin mirasçılara intikalini, yani miras olayını ifade etmek üzere de kullanılan miras (tereke) kavramının pratikteki yansıması, miras bırakanın ölümüyle birlikte ortaya çıkmaktadır. Nitekim miras bırakan hayatta iken miras hukuku kuralları uygulama alanı bulamayacağı gibi miras bırakana ait malvarlığı olarak adlandırılan ve onun ölmesiyle birlikte tereke olarak isimlendirilen değerlerin de mirasçılara intikali mümkün olmayacaktır⁵.

Malvarlığı, miras bırakana ait olmakla birlikte para ile ölçülebilen her türlü hak, alacak, borç ve hukuki edimleri ifade etmektedir. Malvarlığı ile miras (tereke) kavramları arasındaki temel farklılık, para ile ölçülebilir bir değeri bulunan ancak miras bırakanın kişiliğine bağlı olduğu için miras yoluyla intikaline izin verilmeyen bazı değerlerin (intifa hakkı, oturma hakkı gibi) malvarlığı kavramı içerisinde değerlendirilebilmesidir⁶. Hakeza miras kavramına dâhil olmakla birlikte para ile ölçülebilir bir değeri bulunmadığı için (diplomalar, günlükler gibi) yahut miras bırakanın ölümüyle birlikte hukuki varlık kazandıkları için (denkleştirmeye tabi kazandırmalar, miras bırakanın vefat etmesi durumunda mirasçılara sigorta alacağının ödenmesini öngören hayat sigortaları gibi) malvarlığına dâhil edilemeyen birtakım değerler de bulunmaktadır⁷. Burada dikkat edilmesi gereken temel ayırım, mirasçılara miras bırakanın malvarlığının değil, mirasının (terekesinin) intikal ediyor

3 Mustafa Reşit Belgesay, *Miras Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1952) 5; Şakir Berki, *Miras Hukuku* (Ege Matbaası 1959) 5; Zahit İmre, *Türk Miras Hukuku* (Sönmez Neşriyat ve Matbaacılık 1960) 47; Samim Gönensay ve Kemaleddin Birsen, *Miras Hukuku* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1963) 1; Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku Dersleri* (Fakülteler Matbaası 1978) 2; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (Filiz Kitapevi 1987) 30; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (Yetkin Yayınları 2019) 13; Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Miras Hukuku Cilt III* (Seçkin Yayınları 2021) 69; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (Filiz Kitabevi 2022) 8; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (On İki Levha Yayınları 2022) 14; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (Seçkin Yayınları 2022) 98; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt I* (On İki Levha Yayınları 2022) 31. Miras ile tereke kavramları eş anlamlı olarak kullanılıyor olsa da miras kavramının miras bırakanın malvarlığında bulunan ve mirasçılara intikali mümkün her türlü hukuki ilişkiyi ifade ederken, tereke kavramının miras bırakanın malvarlığında bulunan ancak para ile ölçülebilir niteliğe sahip olan değerlerin bütününe ifade etmektedir. Bu nedenle miras kavramı, terekenin yanı sıra, para ile ölçülebilir niteliğe sahip olmasa da miras bırakanına ait ve intikale elverişli olan bazı değerleri (resimler, aile belgeleri gibi) de kapsamaktadır. Bkz. Nuşin Ayiter, *Miras Hukuku* (S Yayınları 1971) 9.

4 Hıfzı Veldet, *Medeni Hukukun Umumi Esasları* (Ahmet Sait Matbaası 1945) 119; Arnold Escher, *Miras Hukuku* (Yeni Cezaevi Basımevi 1949) 3; Hüseyin Avni Göktürk, *Miras Hukuku* (Ankara Yeni Cezaevi Matbaası 1955) 602; Ali Naim İnan, *Miras Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1969) 7; Mustafa Dural, *Miras Hukuku* (AR Basım Yayım 1983) 3; Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri* (Fakülteler Matbaası 1985) 5; Nuşin Ayiter ve Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Savaş Yayınları 1991) 29; Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku* (Yetkin Yayınları 2016) 81; Dural ve Öz (n 3) 1; Hatemi, (n 3) 7; Antalya (n 3) 46; Kocayusufpaşaoğlu (n 3) 3; Oğuzman (n 3) 2; Ayiter (n 3) 1; İmre (n 3) 33; Çabri (n 3) 1.

5 Serozan ve Engin, (n 3) 99.

6 Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (Yetkin Yayınları 2019) 23; Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Miras Hukuku* (Seçkin Yayınları 2021) 71; Oğuzman (n 3) 2; Dural ve Öz (n 3) 8; Öztan, (n 3) 16; Serozan ve Engin (n 3), s. 106; Antalya ve Sağlam (n 3) 71; Çabri (n 3) 35.

7 Kocayusufpaşaoğlu (n 3) 31; Oğuzman (n 3) 2; Serozan ve Engin (n 3) 106; Eren ve Yücer Aktürk (n 6) 5; Dural ve Öz (n 3) 10; Çabri (n 3) 40.

olmasıdır. Miras bırakanın hiçbir aktif değerinin bulunmaması durumunda dahi bir terekenin var olduğu kabul edilmektedir⁸.

B. ÖLÜM

Ölüm, bir kimsenin hak ehliyetini kaybederek hukuki varlığını yitirdiği, yaşamsal fonksiyonlarının sona erdiği ve bir daha hak ve borç sahibi olamayacağı bir anı ifade eden, mirasın açılması ve miras hukuku hükümlerinin uygulanabilmesi için gerçekleşmesi gereken hukuki olaydır⁹. Miras bırakanın ölümü, mirasın açılması için gerçekleşmesi şart olan bir hukuki olaydır¹⁰. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 575. maddesinde mirasın miras bırakanın ölümü anında açılacağı ve mirasçılara yapılacak olan intikallerin ölüm anındaki vaziyete göre tayin edileceği ifade edilmiştir¹¹.

Ölüm olayı miras bırakanın cesedine ulaşılarak kesin ve net bir şekilde tespit edilebileceği gibi miras bırakanın cesedine ulaşılamamakla birlikte hukukun miras bırakanın öldüğünü kabul ettiği ölüme denk sayılan durumlar da söz konusu olabilmektedir¹². Miras bırakanın cesedine ulaşılamasa da miras hukuku hükümlerinin uygulanabilmesi ve miras bırakanın ölmüş olması ihtimalinde mirasçı olabilecek kimselerin haklı menfaat ve beklentilerinin korunabilmesi adına kabul edilen ölüme denk sayılan durumlar, ölüm karinesi¹³ ve gaiplik¹⁴ olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki durumda

8 Berki, (n 3) 6.

9 Ferit Saymen, *Türk Medeni Hukuku Umumi Prensipler* (İsmail Akgün Matbaası 1956) 305; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* (Filiz Kitapevi 2015) 19; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (DER Yayınları 2018) 9; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Mimoza Yayınları 2014) 159; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Kişiler Hukuku* (Beta Yayın Basım 2020) 248; Göktürk (n 4) 603; İnan (n 4) 7; Ayiter (n 3) 6; İmre (n 3) 47; Serozan ve Engin, (n 3) 99; Öztan, (n 3) 14.

10 Ölüm durumundan ne anlaşılması gerektiği hususunda biyolojik ölüm ve beyin ölümü şeklinde bir tasnif ortaya konulmaktadır. Biyolojik ölüm, bir kimsenin, solunum, dolaşım ve sinir sistemlerinin fonksiyonlarının durması ve herhangi bir destek sağlanmaksızın tek başına yaşamsal işlevlerini yerine getirememesidir. Beyin ölümü ise kişinin beyin fonksiyonlarının geri dönüşü mümkün olamayacak şekilde sona ermiş olması durumunu ifade etmektedir. Hukuken doğuracağı sonuçlar itibarıyla oldukça önemli bir kavram olan "ölüm" kavramından ne anlaşılması gerektiği ve ölüm anının tespit edilmesi tıp hukukunun temel inceleme konusunu oluşturmaktadır. Bu konuda Türk Tabipler Birliğinin vermiş olduğu 18/04/1948 tarihli kararda, "Kişinin ölmüş sayılabilmesi için beynin işlevini tümüyle yitirmiş olması, tüm reflekslerin sona ermiş bulunması, kalp atışı ve solunumun durmuş ve yapay çalıştırılma yöntemleriyle uğraşarak kendiliğinden çalışacak duruma getirilmemiş olması" gerektiğine işaret edilmiş; Yargıtay tarafından da ölümün söz konusu olabilmesi için kişinin bütün organlarının işlevini yitirmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitapevi 2018) 19-22; Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi* (Filiz Kitapevi 2004) 29-31; Çağlar Özel, 'Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler, (2002) 51 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43, 47-53; Ümit Gezder, "Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Doktrini" (2007) 65(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 207, 208-209; Ayan ve Ayan (n 9) 160-161; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 9) 19-22.

11 4721 Sayılı TMK m. 575: "Miras, mirasbırakanın ölümüyle açılır. Mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu mirasla ilgili kazandırmalar ve paylaştırmalar, terekenin ölüm anındaki durumuna göre değerlendirilir."

12 Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 9) 252.

13 4721 Sayılı TMK m. 31: "Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır."

14 4721 Sayılı TMK m. 32/1: "Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınmayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir."

da miras bırakanın cesedine ulaşılammakta ve ölmüş olduğu kesin ve kuşkusuz bir şekilde tespit edilememektedir. Bununla birlikte ölüm karanesinde miras bırakanın ölümüne kesin gözle bakılan olayın gerçekleştiği, gaiplikte ise miras bırakandan en son haber alındığı veya miras bırakanın ölüm tehlikesi içerisinde kayb olduğu tarihten itibaren miras bırakanın öldüğü kabul edilir ve bu kabul çerçevesinde miras hukuku hükümleri uygulanır¹⁵. Gerek ölüm karanesi gerek gaiplik, birer adi karine niteliğinde olup aksini ispat, yani miras bırakanın hayatta olduğunu ispat etmek her zaman için mümkündür.

C. MİRAS BIRAKAN

Miras bırakan, ölümünden sonra terekesi taksime konu edilen ve yaptığı ölüme bağlı tasarruflar ile malvarlığının hukuki akıbetini yasal sınırlar içerisinde tayin edebilen gerçek kişidir¹⁶. Mirasın açılması ve miras hukuku hükümlerinin uygulanabilmesi için ölüm olayının gerçekleşmesi şart olup ölüm de ancak insanlara özgü bir hukuki olay niteliğinde olduğu için sadece gerçek kişilerin miras bırakan olabilmesi mümkündür.

Miras bırakan sıfatını haiz olabilmek için yaş, cinsiyet, ırk, temyiz kudretine sahip olmak gibi herhangi bir şart bulunmamakla birlikte malvarlığı tamamen pasiften ibaret olan ve hiçbir aktifi bulunmayan kimselerin de miras bırakan olabilmesi mümkündür. Nitekim tereke, yalnızca aktif değerleri değil, miras bırakanın borçlarını da kapsamakta olup külli intikal prensibi gereğince mirasçılar aktif ve pasifleri bir bütün olarak iktisap etmektedir.

D. MİRASÇI

Mirasçı, miras bırakanın ölümüyle birlikte tereke üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi olan ve miras bırakana ait olup da miras yoluyla intikali mümkün kabul edilen değerlerin kendilerine intikal ettiği gerçek ya da tüzel kişilerdir¹⁷. Bir kimsenin mirasçı sıfatıyla terekeden pay alabilmesi için miras bırakanın vefat ettiği tarihte sağ olması ve mirasçı olmasını engelleyen herhangi bir durumun (mirasçılıktan çıkarma, mirastan yoksun kalma, mirastan feragat sözleşmesi veya mirasın reddi gibi) bulunmaması gerekmektedir.

Mirasçılar, Kanun gereği tereke üzerinde hak sahibi olan yasal mirasçılar ve miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufları ile (vasiyetname veya miras sözleşmesi) mirasçı olarak belirlediği atanmış mirasçılar olarak ikiye ayrılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'na göre yasal mirasçılar, ilk üç zümrede

15 Detaylı bilgi için bkz. Gençcan, (n 4) 744-763; Akkanat (n 10) 32-34; Öztan (n 3) 351-358; Eren ve Yücer Aktürk (n 6) 403-417; Serozan ve Engin (n 3) 441-443.

16 Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Miras Hukuku* (Seçkin Yayınları 2015) 67; Hasan İşgüzar, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku* (Yetkin Yayınları 2019) 18; Ahmet Mithat Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Turhan Kitapevi 2019) 24, Berki (n 3) 5; Kocayusufoğlu, (n 3) 30; İmre (n 3) 46; Akkanat (n 10) 37; Öztan, (n 3) 14; Serozan ve Engin, (n 3) 100; İmre ve Erman, (n 9) 9; Gençcan (n 4) 195; Dural ve Öz (n 3) 5; Antalya ve Sağlam (n 3) 75; Çabri (n 3) 44.

17 Berki (n 3) 6; İmre (n 3) 51; İnan (n 4) 21; Dural (n 4) 5; Eren ve Yücer Aktürk (n 6) 21; Kılıçoğlu, (n 16) 26; İmre ve Erman, (n 9) 12; Serozan ve Engin, (n 3) 101; İnan, Ertaş ve Albaş, (n 16) 68; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, (n 16) 23; Akkanat, (n 10) 38; Dural ve Öz (n 3) 5; Antalya ve Sağlam (n 3) 76; Çabri (n 3) 46.

yer alan ve hakkında mirastan yoksunluk veya mirastan çıkarma sebepleri bulunmayan kan hısımları olup dördüncü ve sonraki zümrede yer alan hısımlar yasal mirasçı değillerdir¹⁸. Bir kimsenin hem yasal mirasçı hem de atanmış mirasçı sıfatını haiz olması, saklı paylar ihlal edilmediği müddetçe, mümkündür. Böyle bir durumdaki mirasçı, aynı tereke üzerinde iki ayrı miras payına sahip olmaktadır.

E. ÖLÜME BAĞLI TASARRUF

Ölüme bağlı tasarruf, miras bırakanın, ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurmak kaydıyla malvarlığında mevcut ve intikale elverişli değerlerin akibetine ilişkin iradesini açıkladığı hukuki işlemlerdir¹⁹. Ölüme bağlı tasarruflar sınırlı sayıda olup vasiyetname²⁰ ve miras sözleşmesi²¹ olmak üzere iki türüdür (TMK m. 531-549).

Ölüme bağlı tasarruflar ile miras bırakan, ölümünden sonraki dönemde de malvarlığına konu değerler üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmakta ve bu değerlerin kimlere ve hangi oranda intikal edeceği konusunda takdir ve tayin hakkı elde etmektedir. Ancak miras bırakanın sahip olduğu vasiyet serbestliği, Türk hukukunda belirli birtakım sınırlamalara tabi tutulmuştur²². Özellikle saklı payın (mahfuz hissenin) kabul edilmesi ile miras bırakanın malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilme imkânına kanuni bir sınırlama getirilmiştir. Böylece miras bırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurmak üzere açıkladığı iradesinin geçerli olabilmesi için, bu tasarrufların

- 18 Zümre (parantel) sistemde birinci zümre miras bırakanın alt soyunu (çocuk, torun, torunun çocukları gibi), ikinci zümre miras bırakanın anne ve babası ile bunların alt soyunu (kardeş, yeğen, yeğenlerin çocukları gibi), üçüncü zümre ise miras bırakanın anne ve baba tarafından büyük anne ve büyük babaları ile bunların alt soyunu (amca, hala, teyze, dayı, amca çocukları, hala çocukları, dayı çocukları, teyze çocukları gibi) ifade etmektedir. Miras bırakanın sağ kalan eşi, miras bırakanın yasal mirasçısı olmakla birlikte miras bırakanın herhangi bir zümresinden mirasçısı değildir. Sağ kalan eşin miras payı, kaçınıcı dereceden zümre ile mirasçı olduğuna göre değişiklik göstermektedir. Detaylı bilgi için bkz. Escher (n 4) 12-17; Antalya ve Sağlam (n 3) 110-115; Çabri (n 3) 59-80.
- 19 İmre (n 3) 53; Kocayusufoğlu (n 3) 125; Oğuzman (n 3) 110; Köprülü (n 4) 122; Eren ve Yücer Aktürk, (n 6) 23; İmre ve Erman, (n 9) 53; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, (n 16) 36; Öztan (n 3) 18; Serozan ve Engin, (n 3) 52; Gençcan (n 4) 198; Hatemi (n 3) 79; Dural ve Öz (n 3) 14; Antalya ve Sağlam (n 3) 148; Çabri (n 3) 55.
- 20 TMK'nin 531-544. maddeleri arasında düzenlenen vasiyetname, miras bırakanın, malvarlığında mevcut değerlerin ölümünden sonra kimlere ve ne şekilde geçeceği konusunda iradesini ortaya koyduğu tek taraflı hukuki bir işlemdir. Vasiyetname, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu için, geçerliliği karşı tarafın muvafakatine bağlı değildir. Türk hukukunda sadece resmi, yazılı veya sözlü olarak düzenlenebilen ve bu anlamda şekle tabi bir tasarruf niteliğinde olan vasiyetname ile miras bırakan, ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurmak üzere miras taksimine dair iradesini ortaya koymaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Kocayusufoğlu (n 3) 157-227; Oğuzman (n 3) 127-153; İmre ve Erman, (n 9) 71-101; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, (n 16) 41-54; Serozan ve Engin, (n 3) 297-312; Hatemi (n 3) 97-106; Dural ve Öz (n 3) 64-100; Antalya ve Sağlam (n 3) 161-187; Çabri (n 3) 537-697.
- 21 Miras sözleşmesi, vasiyetnameden farklı olarak, iki taraflı hukuki bir işlemdir. TMK'nin 545-549. maddeleri arasında düzenlenen ve bir sözleşme türü olan miras sözleşmesinin geçerli bir şekilde akdedilebilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına ihtiyaç vardır. Böylece miras bırakan, ölümünden sonraki sürece ilişkin iradesini miras sözleşmesi ile tek taraflı olarak açıklayamamakta; işbu iradeye cevaz verecek bir başka beyana daha ihtiyaç duymaktadır. Miras sözleşmeleri ile miras bırakanın bir kimseyi atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olarak tayin edebilmesi (olumlu = tasarrufi miras sözleşmeleri) mümkün olduğu gibi mirasçılardan birinin ivazlı ya da ivazsız olarak mirastan feragat etmesi (olumsuz miras sözleşmeleri = mirastan feragat sözleşmeleri) de mümkündür. Detaylı bilgi için bkz. Kocayusufoğlu (n 3) 227-253; Oğuzman (n 3) 154-162; İmre ve Erman, (n 9) 181-203; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, (n 16) 75-84; Hatemi (n 3) 106-110; Dural ve Öz (n 3) 101-111; Antalya ve Sağlam (n 3) 188-204; Çabri (n 3) 698-752.
- 22 İmre ve Erman, (n 9) 60.

Kanun'un çizdiği sınırlar içerisinde kalması ve miras bırakana tanınan tasarruf oranına uygun olması gerekmektedir. Aksi takdirde mirasçılar, Kanun'un emredici hükümlerine aykırı olan ölüme bağlı tasarruflar için miras bırakanın ölümünden sonra ölüme bağlı tasarrufun iptali (TMK m. 557-559) veya tenkis (TMK m. 560-571) davası açmak suretiyle miras bırakanın vasiyetname ile açıklamış olduğu iradesinin geçersiz sayılmasına karar verilmesini talep edebilecektir. Saklı paylar dışında Kanun'un getirdiği bir diğer sınırlama da vasiyet serbestliğini yansıtan tasarrufun hukuka, ahlaka, adaba aykırı olmamasıdır. Böyle bir durumda da ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesi söz konusu olacaktır²³.

Ölüme bağlı tasarruf, isminden anlaşılana aksine, içeriğinde mutlaka tasarruf işlemi barındırmak zorunda değildir. Nitekim miras bırakanın ölüme bağlı tasarruflarında, vasiyeti yerine getirme görevlisi (TMK m. 550-556) tayin edilmesi veya mirasçılara birtakım yüklemeler (TMK m. 515) getirilmesi de mümkündür. Söz konusu işlemler birer tasarruf olmamakla birlikte ölüme bağlı tasarrufların içeriğinde yer alabilmektedir. Bu nedenle öğretilerde ölüme bağlı tasarruf yerine ölüme bağlı hukuksal işlem ifadesinin kullanılması gerektiği ifade edilmektedir²⁴.

F. KENDİLİĞİNDEN İKTİSAP VE KÜLLİ HALEFİYET İLKELERİ

Kendiliğinden iktisap ilkesi, mirasçılarının, miras bırakanın vefat ettiği anda mirasın kabulüne ilişkin ayrıca bir irade açıklamalarına gerek kalmaksızın terekede yer alan değerleri iktisap etmeleridir²⁵. Böylece mirasçılarının mirası kabul ettikleri kural, mirası reddettikleri ise istisna olup mirasçılar, miras bırakanın vefat ettiği anda bozucu şarta bağlı olarak terekede yer alan bütün hak ve borçları Kanun gereği kazanmaktadırlar²⁶. Buradaki bozucu şart, mirasçılarının mirası koşulsuz ve şartsız reddettiklerini beyan etmeleridir. Böylece tereke, tek bir an dahi sahipsiz kalmamakta ve terekeye dâhil olan değerler hukuki varlıklarını sürekli olarak korumaya devam etmektedir.

Mirasçılarının terekede yer alan değerleri kendiliğinden iktisap edebilmeleri için miras bırakanın vefat ettiğinden haberdar olmaları da şart değildir. Yani mirasçılar, miras bırakanın vefat ettiğini bilmeseler dahi miras bırakanın malvarlığında yer alan ve miras yoluyla intikale elverişli olan bütün değerleri aktif ve pasifleriyle birlikte kazanmış olacaklardır. Mirasçılarının miras bırakanın vefat ettiğinden haberdar olmaları, bozucu şartın gerçekleşmesinde, yani mirasın kayıtsız ve şartsız reddetmeleri için Kanun'da öngörülen sürelerin hesaplanmasında dikkate alınacaktır. Zira TMK'nin 606. maddesinde, mirasın üç ay içerisinde reddedilebileceği ifade edilmekle birlikte bu sürenin yasal mirasçılar için miras bırakanın ölümünü öğrendikleri tarihten itibaren işlemeye başlayacağı ifade edilmiştir²⁷.

23 Ölüme bağlı tasarrufların iptali hakkında detaylı bilgi için bkz. Antalya ve Sağlam (n 3) 301-313; Hatemi (n 3) 136-141; Dural ve Öz (n 3) 228-236; Serozan ve Engin (n 3) 420-434; İmre ve Erman (n 9) 205-229; Çabri (n 3) 813-880.

24 Kılıçoğlu (n 16) 25.

25 Gönensay ve Birsan (n 3) 2; İnan (n 4) 7; Oğuzman (n 3) 8; Göktürk (n 4) 606; Köprülü (n 4) 9; Akkanat (n 10) 53; Dural ve Öz (n 3) 15.

26 İmre ve Erman (n 9) 342.

27 4721 sayılı TMK m. 606: "Miras, üç ay içinde reddolunabilir. Bu süre, yasal mirasçılar için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri; vasiyetname ile atanmış mirasçılar için mirasbırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten işlemeye başlar."

Külli halefiyet ilkesi, Roma hukukunun etkisiyle birlikte Türk hukukunda da kabul edilmiş olup mirasçılarının, hukuki bir olay olan miras bırakanın vefat etmesiyle birlikte terekede yer alan değerleri, hakların devri için öngörülen şekil şartlarının gerçekleşmesine gerek kalmaksızın bir bütün halinde, yani terekede yer alan değerler arasında bir ayırım yapmak ve bazı değerlerin kendilerine intikal etmesini kabul ederken bazı değerlerin intikalini reddetmek gibi bir imkâna sahip olmaksızın bütün hak ve borçları küll halinde ve eksiksiz iktisap etmelerini ifade etmektedir²⁸. Böylece miras bırakan vefat etmiş olsa da onun tarafı olduğu hukuki işlemler, kişiye sıkı sıkıya bağlı edimleri ihtiva edenler müstesna olmak kaydıyla, sona ermemekte ve mirasçılar bu tür hukuki işlemlerin tarafı haline gelmektedir. Külli halefiyet ilkesi, bu özelliği sayesinde hukuki ilişkilerin devamlılığını ve ticari hayattaki güven ve istikrarı temin etmektedir²⁹. Mirasçılarının külli halefiyet ilkesi uyarınca yapmış oldukları kazanımlar, hukuki ilişkilerin geçerliliği için aranan şekil şartlarının yerine getirilmesine (alacak haklarında alacağın temliki, taşınır mallarda zilyetliği devri, taşınmaz mallarda tapu siciline tescil gibi) ihtiyaç kalmaksızın kendiliğinden gerçekleşecektir. Mirasçılar, bir yandan miras bırakanın sahip olduğu hakları devralırken bir yandan da miras bırakanın borçlarından sınırsız sorumlu hale gelmektedirler. Böylece mirasçılar, terekenin pasiflerinden, terekede yer alan aktiflerin yanı sıra kendi şahsi malvarlıklarında yer alan aktiflerle de sorumlu hale gelmektedir.

II. DİJİTAL MİRAS

A. GENEL OLARAK

Dijital miras kavramı, teknolojiye yaşanan gelişmelere bağlı olarak pek çok dijital varlıkların ortaya çıkmasıyla birlikte son dönemde adından sıkça söz ettiren bir kavram olup öğretide dijital miras kavramına ilişkin muhtelif tanımlar yapılmaktadır³⁰. Örneğin Alman Barolar Birliği'nin tanımlamasına göre dijital miras, miras bırakanın telif hakları, web sitesi hakları, alan adı hakları ile internet hizmet sağlayıcısı ile yapmış olduğu tüm sözleşmesel ilişkiler de dâhil olmak üzere dijital varlıklarını ve internetteki bütün hesap ve verilerini ifade etmektedir³¹. Bir başka tanıma göre dijital miras, dijital varlıkların evrensel halefiyet sırasına göre genelleştirilmiş bir devir mekanizmasıdır³².

28 Escher (n 4) 4; İmre (n 3) 49; Gönensay ve Birsan (n 3) 1; Göktürk (n 4) 603; Ayiter (n 3) 6; Oğuzman (n 3) 5; Kocayusufpaşaoğlu (n 3) 42; İmre ve Erman (n 9) 342; İnan, Ertaş ve Albaş (n 16) 497; Akkanat (n 10) 53; Antalya ve Sağlam, (n 3) 91; Dural ve Öz (n 3) 14. Külli halefiyet hakkında detaylı bilgi için bkz. Elif Ulu Karataş, 'Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları' (2015) 73(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 357, 360-371.

29 Serozan ve Engin (n 3) 70.

30 Yabancı hukukta ortaya konulan tanımlar için bkz. Çiğdem İleri, 'Dijital Miras – Alman Federal Mahkemesi'nin Facebook Kararı Üzerine Bir İnceleme' (2020) 32(146) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 123, 125-128; Meri Taksi Deveciyan ve Hazal Koray Alay, 'Sürdürülebilirlik Bağlamında Dijital Miras Kavramı' (2022) 13(30) Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi 114, 117-118; Julia Kharitonova, 'Digital Assets and Digital Inheritance' (2021) 1(1) Law & Digital Technologies 19, 22; Mehmet Akçaal, 'NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi' (2022) 34(159) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 363, 388.

31 İleri (n 29) 126; <https://anwaltsverein.de/files/anwaltsverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2013/SN-DAV34-13.pdf> 93 (Erişim Tarihi: 22/05/2023).

32 Kharitonova (n 29) 22.

Bir başka tanımda ise dijital miras kavramının ölen kişinin dijital varlıkları üzerindeki haklarının yasal varislerine devredilmesi anlamına geldiği ifade edilmiştir³³. Dijital varlıkların kapsam ve sınırları tam olarak tayin edilemediği için dijital miras kavramının tanımı yapılırken genel ve kapsayıcı ifadeler kullanılmaktadır. Bu çerçevede dijital mirası, miras bırakana ait dijital varlıklardan miras yoluyla intikale elverişli bulunan dijital değerlerin bütünü olarak tanımlamak mümkündür.

Dijital mirasın odak kavramı olan dijital varlıklar ise dijital platformda yer alan fotoğraflar, videolar, sosyal medya hesapları, elektronik posta hesapları, Bitcoin ve Libra gibi kripto varlıklar, NFT'ler, alan adları, internet siteleri, dijital bankacılık hesapları, dijital cüzdanlar, online oyunlardaki hesaplar gibi nitelikleri gereği soyut olup sanal dünyaya özgü olan, dijital ortamda üretilip saklanan her türlü dijital veriyi ifade etmektedir³⁴. Bir başka tanıma göre dijital varlıklar, bilgisayarlarda veya internet üzerinden bir bulutta depolanan ikili formdaki her türlü dijital veridir³⁵. Dijital varlıklar, niteliği gereği fiziksel bir yapısı bulunmamakta olup sanal dünyaya özgü değerlerdir. Teknolojinin sürekli gelişmesi ve buna bağlı olarak dijital varlıkların sayı ve türlerinin değişken bir hal alması, dijital varlıkların kapsamının tam olarak tespit ve tayinini zorlaştırmaktadır. Dijital varlıkların bir kısmı, sadece şahsi ihtiyaçların (haberleşme, sosyalleşme gibi) karşılanması amacıyla kullanılmaktayken bir kısmı ticari saikler çerçevesinde gelir etme yöntemi olarak kullanılmaktadır. Doktrinde, dijital miras kavramına ilişkin inceleme kolaylığı sağlanabilmesi açısından dijital varlıkların kullanılış amacı göz önüne alınarak çeşitli tasnifler yapıldığı görülmektedir³⁶. Çalışmamızda ise miras yoluyla intikale elverişli değerlerin para ile ölçülebilir mameleki değerler olduğuna ilişkin miras hukukunun temel intikal kuralından yola çıkılarak dijital varlıkların ticari, kişisel ve karma amaçlı kullanıma özgülenmelerine göre bir ayırım yapılacaktır.

B. DİJİTAL MİRASI KONU EDİLEN DAVA ÖRNEKLERİ

Dijital varlıkların miras yoluyla intikale elverişli olup olmadığı son dönemde sıkça tartışılan bir konu haline gelmiş ve bu konuda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Söz konusu tartışmalar sadece teorikte kalmamış, mahkemelere taşınan davalar nedeniyle pratikte de anlam ifade eden bir hukuki ihtilaf haline gelmiştir.

ABD'de görülen bir davada, Irak'ta görev yapan ve burada yaşadığı olayları anlatan bir askerin ailesi, miras bırakan askerin vefat etmesinden sonra miras bırakana ait sosyal medya hesaplarına ve elektronik postalarına erişebilmek için Yahoo'dan erişim talebinde bulunmuş; Yahoo ise hizmet

33 Mohammad Owais Farooqui, Bhavna Sharma ve Dhawal Gupta, 'Inheritance of Digital Assets: Analyzing The Concept of Digital Inheritance On Social Media Platforms' (2022) 16(3) Novum Jus 413, 423.

34 Gamze Turan Başara, 'Kripto Paralarla İlgili Miras Hukukuna Özgü Temel Meseleler' (2023) 14(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15, 17; Büyüksağış vd. (n 1) 369; Maraşlı Dinç (n 1) 275; Altındal ve Arslan (n 1) 320.

35 Alp Toygar, Taipe Rohm ve Jake Zhu, 'A New Asset Type: Digital Assets' (2013) 22(4) Journal of International Technology and Information Management 113, 113.

36 Dijital varlıkların kullanılış amaçları bakımından ekonomik, kişisel ve karma olmak üzere sınıflandırması hakkında detaylı bilgi için bkz. Büyüksağış vd. (n 1) 375; dijital varlıkların parasal değeri olan, sosyal değeri olan ve duygusal değeri olan olmak üzere üç kategori altında incelenmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Farooqui, Sharma ve Gupta, (n 32) 420.

şartlarında yer alan hesabın devredilemezliği kuralını gerekçe göstererek bu talebi reddetmiştir. Bunun üzerine miras bırakan askerin ailesi tarafından bu uyuşmazlık yargıya taşınmış ve Michigan'da açılan davada mahkeme tarafından sosyal medya hesaplarının terekeye dâhil olduğu ve mirasçılara intikal etmesi gerektiğine karar verilmiştir. Yahoo, aileye, miras bırakana ait hesaba erişim izni vermek yerine elektronik postaların içeriklerinden bir kopyayı teslim etmek suretiyle mahkemenin kararını yerine getirmiştir³⁷.

Almanya'da görülen bir davada, Berlin'de yaşanan tren kazası neticesinde kızlarının şüpheli bir şekilde hayatını kaybettiğini düşünen aile, şüpheleri bertaraf edebilmek amacıyla miras bırakan kızlarına ait Facebook hesabına erişebilmek için Facebook'tan erişim talebinde bulunmuş; ancak bu başvuru Facebook tarafından telekomünikasyonun gizliliği gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Bunun üzerine mirasçılar tarafından açılan davada ilk derece mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiş; karara karşı Facebook tarafından temyiz başvurusunda bulunulması üzerine Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından haberleşmenin gizliliği ilkesi gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur. Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararına karşı miras bırakanın ailesi Federal Mahkeme'ye başvurmuş; Federal Mahkeme³⁸ tarafından külli halefiyet prensibine vurgu yapılarak miras bırakan ile Facebook arasındaki sözleşmeden kaynaklanan erişim hakkının ve buna bağlı olarak sosyal medya hesaplarının mirasçılara intikal edebileceğine, mirasçıların iletişimin dışında kalan üçüncü kişiler olarak görülemeyeceğine, bu nedenle de mirasçılar tarafından hesaba erişilmesinin telekomünikasyonun gizliliği ilkesinin ihlal edilmiş olduğu anlamına gelmeyeceğine hükmedilmiştir³⁹.

Türkiye'de yargılamaya konu edilen bir davada mirasçılar, miras bırakana ait cep telefonunda ve iCloud bulut bilişim sisteminde yer alan fotoğraf, video, ses kayıtları, dokümanlar, mailler, notlar gibi dijital veriler ile e-ticaret sitesi hesabı, hediye çekleri ve kuponlara erişebilmek için Apple Teknoloji ve Satış Limited Şirketi'ne başvuruda bulunmuştur. Şirket, miras bırakanın ailesi tarafından yapılan başvuruya istinaden dijital verilerin paylaşılabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç olduğu gerekçesiyle mirasçıların erişim talebi reddetmiştir. Bunun üzerine mirasçılar, terekenin tespiti ve ilgili verilere erişilebilmesi amacıyla Denizli 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde dava açmıştır. İlk derece mahkemesinde görülen yargılamada, "Miras bırakana ait cep telefonunda bulunan iCloud hesabına erişilmesi ile murisin özel hayatının gizliliğinin ihlal edileceği, iCloud hesabına erişilmeden cep telefonundan telefonda kayıtlı resimlere mirasçılar tarafından ulaşılabileceği" gerekçesiyle davacıların terekenin tespitine ilişkin taleplerinin reddine karar verilmiştir. Mirasçılar tarafından

37 Detaylı bilgi için bkz. Rebecca G. Cummings, 'The Case Against Access to Decedents' E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy' (2014) 15(2) Minnesota Journal of Law Science & Technology 897, 897-947; Süleyman Yılmaz ve Vehbi Umut Erkan, 'Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi' (2020) 11(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 569, 579; Nurten İnce Akman, 'Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)' (2018) 9(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 527, 530; Kemale Leyla Aslan Bingöl, *Dijital Tereke* (Aristo Yayınevi 2022) 19; Altındal ve Arslan (n 1) 330; Dinç (n 1) 277.

38 BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018. (<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=86602&pos=0&anz=1> ; Erişim Tarihi: 23/05/2023)

39 Detaylı bilgi için bkz. İleri (n 29) 130; Yılmaz ve Erkan (n 36) 580; Dinç (n 1) 278; Altındal ve Arslan (n 1) 332.

yerel mahkemenin kararına karşı, davaya konu edilen maddi ve manevi haklara erişebilmek için mahkeme kararına ihtiyaç duyulduğu, ayrıca vefat etmiş kişilere yönelik eylemlerin özel hayatın gizliliğini ihlal etmeyeceği gerekçesiyle Antalya Bölge Adliye Mahkemesine başvurulmuştur. İstinaf başvurusunu inceleyen Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi tarafından, klasik miras anlayışında mülkiyet hakkının menkul ve gayrimenkul mülkiyeti ile bir kısım sınırlı aynı hak etrafında şekillendiğine, ancak günümüzün teknolojik gelişmeleri karşısında dijital malvarlığına ilişkin dijital mülkiyet kavramının da mevcut olduğuna, bu konuda henüz yasal bir düzenleme yapılmamış olmakla birlikte elektronik posta hesapları, sosyal medya hesapları ve benzeri dijital uygulamaların günümüzde kişisel amaçların yanı sıra reklam geliri elde etmek gibi maddi bir değer taşıyan kullanım amaçlarına da hizmet ettiğine, bu türden dijital varlıkların kişisel kullanımı aşır ticari değeri olan dijital malvarlığı kapsamına girmeye başladığına vurgu yapılarak miras bırakana ait elektronik posta ve buna bağlı olarak kullanılan sosyal medya hesapları, dijital cüzdan hesapları ve benzeri maddi değer ifade eden ve bu nedenle TMK'nin 599. maddesi kapsamında terekeye dâhil olup mirasçılara intikali gereken dijital malvarlığının da tespit edilmesi gerekeceğinden bahisle yerel mahkemenin kararı kaldırılmıştır⁴⁰.

C. DİJİTAL MİRAS KONUSUNDA İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Dijital miras, istisnalar bir kenara bırakılacak olursa⁴¹, pek çok hukuk düzeninde henüz yasal bir zemine kavuşmamış ve bu nedenle öğretilerde farklı görüşlerin ileri sürüldüğü bir hukuki mesele haline gelmiştir. Dijital mirasa ilişkin olarak öğretilerde ileri sürülen görüşleri, dijital varlıkların miras yoluyla intikalini reddeden ve dijital varlıkların miras yoluyla intikalini kabul eden olmak üzere iki temel gruba ayırabilmek mümkündür.

1. Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikal Edebileceğini Reddeden Görüş

Bu görüş, Alman Medeni Kanunu'nun "şey" kavramını tanımlayan 90. maddesini⁴² dikkate alarak, dijital varlıkların maddi bir görünümü bulunmadığı için cismanilik unsurundan yoksun olduğunu ve eşya niteliğini haiz olmadığını, bu nedenle mülkiyet hakkının konusunu oluşturamadıklarını

40 Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, E. 2020/1149, K. 2020/905, 13/11/2020 (<https://hukuklu.com/wp-content/uploads/2020/12/Dijital-Miras-Karari.pdf> ; Erişim Tarihi: 22/05/2023).

41 ABD'nin bazı eyaletlerinde dijital varlıkların mirasçılara intikali konusunda yasal düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir. ABD'de yasaların birliğini sağlamak ve yasal düzenlemelerin tutarlılığını artırmak amacıyla kurulan Yeknesak Hukuk Komisyonu (Uniform Law Commission) tarafından yürütülen çalışmalar neticesinde 47 eyalet tarafından kabul edilen Dijital Varlıklara Yeknesak Erişim Kanunu'nda (Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act), miras bırakan tarafından aksi kararlaştırılmamışsa, iletişim amacıyla kullanılanlar dışındaki dijital varlıklarının yönetilmesi için vasiyeti yerine getirme görevlisi atanması ve vasiyeti yerine getirme görevlisine miras bırakana ait dijital verilere erişme imkânı tanınmıştır. Bu noktada vasiyeti yerine getirme görevlisinin, elektronik iletişim olarak adlandırılan ve üçüncü kişilerle haberleşme ve iletişime geçilmesi amacıyla kullanılan dijital varlıklara erişebilmesi için miras bırakanın buna izin vermesi veya mahkemedeki bir karar alınması gerektiği kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Patricia Sheridan, 'Inheriting Digital Assets: Does The Revised Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act Fall Short?' (2020) 16(2) Ohio State Technology Law Journal 363, 371; Farooqui, Sharma ve Gupta, (n 32) 424; İnce Akman (n 36) 554-555.

42 Söz konusu maddede, yalnızca fiziksel görünüm ve niteliğe sahip nesnelerin şey olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_90.html

ve miras yoluyla intikal edebileceklerinden de söz edilemeyeceğini savunmaktadır⁴³. Buna göre dijital değerler, ancak bir nesne üzerinde somutlaştırılmaları durumunda miras yoluyla intikal edebilecektir⁴⁴.

Bu görüşü savunanlar, miras bırakana ait mektupların mirasçılara intikal edebiliyor olmasını örnek göstererek dijital varlıkların da miras yoluyla intikal edebileceği yönündeki düşüncüyü reddetmektedir⁴⁵. Buna göre mektupların miras yoluyla intikal etmesinde mektubun içeriğinde yer alan yazılar değil; bizatihi mektup metninin yer aldığı kâğıt parçasının mülkiyeti intikale konu olmaktadır. Böylece miras yoluyla intikal eden şey mektubun içeriği değil, mektubun yazılı olduğu kâğıt parçasının bizatihi kendisidir. Kaldı ki miras bırakan, sosyal medya ve elektronik posta hesaplarına kullanıcı adı ve şifre bilgileri ile giriş yapmakta olup bu hesaplar herkesin erişimine açık bir niteliğe sahip değildir. Hizmet sağlayıcısı, kullanıcılara tahsis ettiği web alanı ile kişisel bilgilerini bu hesaplara aktarabilmesine imkân sağlarken bu bilgilere kullanıcı adı ve şifre bilgisine sahip olmayan hiç kimsenin erişemeyeceğini taahhüt etmektedir. Miras bırakan da bu güvene dayanarak kişisel verilerini bu dijital varlıklara aktarmakta ve diğer insanlarla olan etkileşiminde mektup göndermeye nazaran dijital ortamda daha rahat davranmaktadır⁴⁶. Mektup içeriğinin üçüncü kişilerce öğrenilmesi ihtimali, sosyal medya veya elektronik posta gönderilerine nazaran daha yüksek bir ihtimal olup mektubu muhatabına iletmek üzere görevli kimseye teslim eden miras bırakan bu ihtimali öngörebilmekte ve bunu göze alarak mektubu göndermektedir. Miras bırakan, üçüncü kişilere gönderdiği mektuplarda, sosyal medya veya elektronik posta hesapları ile kendisine tanınan güvenceye sahip olmadığı için mektup örneğinin emsal gösterilerek dijital varlıkların mirasçılara intikal edebileceğinin ileri sürülmesi mümkün değildir⁴⁷.

Dijital varlıkların miras yoluyla intikal etmeyecek olması, miras bırakanın mahremiyetinin ve kişisel verilerin korunması ihtiyacının da bir sonucudur⁴⁸. Nitekim haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği anayasal düzeyde korunan birer haktır. Miras bırakanın kişisel verilerini içeren dijital varlıkların mirasçılara intikal edeceğinin kabul edilmesi, bir yandan miras bırakanın diğer yandan da miras bırakan ile iletişime geçen üçüncü kişilerin sahip olduğu özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü haklarının ihlal edilmesi anlamına gelecektir. Miras bırakanın, vefat ettikten sonra gizli kalmasını istediği birtakım bilgilerinin mirasçıları ile paylaşılabilmesi endişesini taşıması, hayatta iken dahi hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği anlamına gelmektedir⁴⁹. Nitekim böyle bir ihtimalde miras bırakan, üçüncü kişiler ile serbest bir şekilde sosyal etkileşime giremeyecek ve anayasanın kendisine tanıdığı haberleşme özgürlüğünden tam anlamıyla istifade edemeyecektir. Kaldı ki miras

43 Aslan Bingöl (n 36) 20; İnce Akman (n 36) 534.

44 Aslan Bingöl (n 36) 21; İnce Akman (n 36) 538.

45 Tekin Memiş ve Cemile Turgut, 'Dijital Miras Konusunda Gözden Kaçanlar' (2020) 6(12) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201, 211; İnce Akman (n 36) 539.

46 Servet Yetim, 'Elektronik Posta Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?' (2008) 3(21) Terazi Hukuk Dergisi 49, 50.

47 Memiş ve Turgut (n 44) 211; İnce Akman (n 36) 539.

48 İlyas Çelikaş, 'Vefat eden kişinin elektronik posta hesabı mirasçılara intikal eder mi?' (2011) 6(62) Terazi Hukuk Dergisi 34, 39.

49 Memiş ve Turgut (n 44) 210; İnce Akman (n 36) 540.

bırakanın, yasal mirasçılarının tamamı ile iyi ilişkiler içerisinde olduğunun ve hayatında var olan bütün gelişmelerin onlar tarafından da bilinmesini isteyeceğinin varsayılması da mümkün değildir⁵⁰.

Miras bırakan açısından dile getirilen endişeler, miras bırakan ile iletişime geçen üçüncü kişiler bakımından da gündeme gelmektedir. Nitekim üçüncü kişiler de miras bırakan ile yaptıkları görüşmelerin başkaları tarafından öğrenilemeyeceğine güvenerek kendilerine göre gizli kalması gereken bilgileri dijital ortamda rahatlıkla paylaşmaktadır. Bu nedenle hem miras bırakanın hem de miras bırakan ile iletişime geçen üçüncü kişilerin mahremiyete ilişkin haklı beklenti ve menfaatlerinin korunması ve mirasçılarının miras hakkına ilişkin menfaati ile miras bırakanın mahremiyete dair taleplerinin birbiriyle çatışması durumunda miras bırakanın mahremiyetine öncelik verilmesi gerekmektedir⁵¹.

2. Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikal Edebileceğini Kabul Eden Görüş

Bu görüş, mirasın intikaline ilişkin düzenlemeler incelendiğinde sadece para ile ölçülebilir değere sahip olan varlıkların değil, aynı zamanda maddi bir karşılığı olmayan varlıkların da miras yoluyla intikaline cevaz verildiğini, örneğin TMK'nin 653. maddesinde aile belgeleri ile aile için özel anı niteliği taşıyan eşyaların mirasçılara intikal edeceğinin ifade edildiğini, bu nedenle miras bırakana ait dijital ortamda bulunan hesapların da ekonomik bir değer taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın miras yoluyla intikal etmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁵². Miras bırakanın kullandığı hesaplara şifre ve kullanıcı adıyla erişilebilecek olması, bu hesapların mirasçılara intikal etmesine bir engel teşkil etmeyecektir. Nasıl ki miras bırakanın banka hesabında mevcut bulunan değerler, bu hesaplara banka kartı ve şifre aracılığıyla erişiliyor olmasına rağmen mirasçılara kendiliğinden intikal ediyorsa, miras bırakana ait dijital hesaplar da kendiliğinden mirasçılara intikal edecektir.

Miras bırakan ile hizmet sağlayıcısı arasındaki sözleşmenin niteliği, dijital hesapların miras yoluyla mirasçılara intikal edeceği sonucunu etkilememektedir. Zira bu tür sözleşmelerde önemli olan hizmet edimini ifa edecek taraf olup hizmetten yararlanacak tarafın intikal konusuna etkisi bulunmamaktadır⁵³. Sözleşmenin niteliği hizmet, kira veya saklama sözleşmesi olarak addedilse bile miras bırakanın vefat etmesinden sonra mirasçılar bu sözleşmenin tarafı haline gelecek ve sözleşme ile sunulan hizmete ilişkin veriler miras yoluyla mirasçılara intikal edecektir. Miras bırakan ile hizmet sağlayıcısı arasındaki kullanım sözleşmesinde, kullanıcının vefat etmesi durumunda sözleşmenin sona ereceğini, hesabın belirli bir süre kullanılmaması durumunda hesap bilgilerinin silineceğini öngören hükümler geçerli değildir⁵⁴. Nitekim bu tür düzenlemeler genel işlem koşulu niteliğinde olup sözleşme hükümleri içerik, yorum ve yürürlük denetimlerine tabi tutulacaktır. Kanunun miras yoluyla intikale ilişkin emredici düzenlemelerine aykırı olan ve sözleşmenin taraflarından birinin

50 Yetim (n 45) 55.

51 ibid 56.

52 İnce Akman (n 36) 556; Altındal ve Arslan (n 1) 344.

53 Bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. İnce Akman (n 36) 545.

54 Doğa Ekrem Doğanç, 'Sosyal Medya Kullanıcı Hesabı Sözleşmelerinin Dijital Tereke Yönünden Değerlendirilmesi' (2022) 28(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 329, 360; Toygar, Rohm ve Zhu (n 34) 115; İnce Akman (n 36) 556.

durumunu ağırlaştırılan genel işlem koşullarının ise yazılmamış sayıldığı kabul edilecektir⁵⁵. Bu nedenle her ne kadar kullanıcı sözleşmesinde kullanıcının vefat etmesiyle birlikte hesabın silineceği, mirasçılara intikal etmeyeceği kararlaştırılmış olsa da bu tür hükümler yazılmamış sayılacaktır.

Miras bırakanın sosyal medya veya elektronik posta gibi dijital hesapları üzerinden diğer insanlarla olan iletişimde ticari amaç taşıyan konuşmalar ve paylaşımların mirasçılara intikal edeceği; ancak ticari herhangi bir saik gütmeksizin salt kişisel nitelik arz eden paylaşımların miras yoluyla intikale elverişli olmayacağı ileri sürülebilir. Ancak bu noktada, hesaplarda bulunan verilerin ticari amaç taşıyıp taşımadığına hangi merciin karar vereceği, karar aşamasında hangi usul ve esaslar çerçevesinde değerlendirme yapılacağı, yapılacak olan değerlendirmeye hangi merci nezdinde itiraz edileceği ve yapılan itirazda hukuki açıdan nasıl bir değerlendirme yöntemi izleneceği gibi belirsizliklere yol açabileceği için pratikte bu düşünce anlamını yitirmektedir⁵⁶. Kaldı ki, miras bırakana ait mektupların mirasçılara teslim edilmesinde nasıl ki mektubun içeriğine bakılmıyorsa yahut miras bırakanın herkesten gizlediği ve hatta kilitle muhafaza ettiği günlükleri bile mirasçılara teslim ediliyorsa, dijital hesaplarda bulunan verilerin mirasçılara intikalinde de hangi amaçla bu verilerin oluşturulduğuna ilişkin ayırım yapılmaksızın bütün verilerin mirasçılara intikal edeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Mektup gönderen kişinin, nasıl ki bu mektubun alıcısı dışında onunla aynı konutta oturanlara teslim edilebileceğini veya alıcının posta kutusuna bırakılabileceğini öngörmesi gerekiyorsa miras bırakan ile iletişime geçen kişinin bu konuşmaların bir gün mirasçılara geçeceğini öngörmesi gerekir. Mektup örneğinde postacının görevi, mektubu alıcısına veya alıcının yakınlarına teslimle yahut alıcının posta kutusuna bırakmak ile son buluyorsa hizmet sağlayıcısının görevi de iletişime konu verileri mirasçılara vermekle son bulacaktır. Ayrıca miras bırakan ile iletişime geçen kişinin, miras bırakan tarafından şifre ve kullanıcı adı bilgilerinin yakınlarına verebileceğini de öngörmesi gerekmektedir.

Özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü, tıpkı miras ve mülkiyet hakkı gibi Anayasa düzeyinde korunan haklardandır. Anayasada yer alan hükümler arasında normlar hiyerarşisi temelinde bir üstünlükten bahsedilemeyeceği için dijital verilerin mirasçılara intikaline özel hayatın gizliliğini ve haberleşme özgürlüğünü ihlal edeceği gerekçesiyle karşı çıkılması mümkün değildir. Ayrıca görüşmelerin gizli kalmasına ilişkin koruma, yaşayan kişilerin sırlarını muhafaza altına alan bir düzenleme olup bu düzenlemeler gerekçe gösterilerek miras hukuku hükümlerinin uygulanmayacağı ileri sürülemez. Kişilik hakları ölümle birlikte son bulacak olup hizmet sağlayıcısı tarafından miras bırakana ait verilerin mirasçılar ile paylaşılması, miras bırakanın özel hayatını ifşa etmek veya bu verileri ticari amaçla kullanmak olarak nitelendirilemeyecek ve böylece haberleşmenin gizliliği ilkesi ihlal edilmeyecektir.

55 Muzaffer Şeker, *Yazılmamış Sayılma* (On İki Levha Yayınları 2015) 32; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan Kitabevi 2018) 182.

56 Doktrinde, miras bırakana ait dijital ortamda yer alan verilerin ticari mi yoksa salt kişisel kullanım amacıyla mı oluşturulmuş olduklarının tespiti ve bu verilerin terekeye dâhil edilip edilmeyeceğinin ortaya konulması adına TMK'nin 427/3 maddesi uyarınca vesayet makamı tarafından bir yönetim kayyımı tayin edilmesi ve kayyım tarafından yapılan inceleme neticesinde ortaya konulacak tespitlere göre bir karar verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşün detayları için bkz. Büyüksağış vd. (n 1) 381-384

Dijital değerlerin miras yoluyla intikaline cevaz veren açık kanun hükmü bulunmamakla birlikte bunu engelleyen bir hüküm de hâlihazırda mevcut değildir. Bu kapsamda miras hukukunun mevcut düzenlemeleri dikkate alınarak yorum yapılması ve dijital bilgilerin mirasçılara intikal edeceğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁷. “Miras bırakanın dijital varlıklarının mirasçılara intikal etmesini istemiş olsaydı bu varlıklara erişim için gereken bilgileri noter gibi resmi bir mercie tevdi edebileceğine” ilişkin yorumlar, dijital varlıklara erişim için gerekli şifre bilgilerinin sürekli olarak değiştirilebileceği, bu durumda miras bırakanın sürekli olarak resmi mercie başvurup bilgilerini güncellemek durumunda kalacağı, miras bırakanın değişiklik yaptıktan sonra vefat edip bu değişikliği resmi mercie bildirememesi durumlarında dijital varlıkların intikal etmesini istememiş sayılacağı gibi bir yorumun ortaya çıkabileceği, bu nedenle böyle bir yorumun pratikte faydalı olmayacağı gibi sonuçları bakımından eleştirilmektedir⁵⁸. Bu noktada mirasçılara, miras bırakana ait dijital hesaplara sadece erişim hakkının tanınması; buna karşılık hesabı kullanım yetkisinin mirasçılara geçmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁹.

D. GÖRÜŞÜMÜZ

Miras bırakana ait dijital bilgilerin miras yoluyla intikale elverişli olup olmadığına ilişkin tartışmada, yukarıda izah edilen her iki görüşün de haklı yanları bulunmaktadır. Konunun sağlıklı bir şekilde ele alınabilmesi adına mevcut hukuk düzeni ve olması gereken hukuk düzeni bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmasında fayda görmektedir. Bu noktada yapılacak olan değerlendirmede dijital varlıkların sahip oldukları özellikler bakımından salt ekonomik saiklere ve gelir elde etme amacına hizmet edebilecekleri gibi salt kişisel kullanıma ve herhangi bir ekonomik menfaat gözetmeksizin kişisel ihtiyaçları tatmin etme arzusuyla da kullanılacakları, hatta ekonomik ve kişisel kullanım amaçları bakımından karma bir niteliğe sahip olabilmelerinin de mümkün olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak buradaki kullanım amacı, ilgili dijital varlığın oluşturulduğu değil, miras bırakanın vefat ettiği tarihe göre belirlenmelidir. Nitekim başlangıçta salt kişisel amaçlarla kullanılan bir dijital varlığın sonradan ekonomik bir amaçla kullanılmaya başlanması mümkündür⁶⁰.

1. Mevcut Hukuk Düzeni Bakımından Değerlendirme

a) Miras Hukukunun İntikale İlişkin Genel Düzenlemesi

Miras hukukunda intikale ilişkin hükümler incelendiğinde, para ile ölçülebilir bir değere sahip olmanın temel kıstas olarak kabul edildiği, böylece, kural olarak, miras bırakana ait olan ve para ile ölçülebilir bir değere sahip olan özel hukuk karakterli bütün değerlerin miras yoluyla mirasçılara intikal ettiği, buna karşılık miras bırakana ait olmakla birlikte para ile ölçülebilir bir değere sahip

57 İnce Akman (n 36) 557.

58 ibid 557.

59 Mateusz Fabian Grochowski, ‘Inheritance of The Social Media Accounts in Poland’ (2019) 27(5) European Review of Private Law 1195, 1200; Yılmaz ve Erkan (n 36) 581; Aslan Bingöl (n 36) 34; İleri (n 29) 133.

60 Toygar, Rohm ve Zhu (n 34) 115; Büyüksağış, Özyiğit, Mirkelam Felay, Buldağ ve Okur (n 1) 376.

olmayan ve bilhassa miras bırakanın kişiliğine bağlı olan değerlerin miras yoluyla intikale elverişli olmadığı anlaşılmaktadır⁶¹.

Miras yoluyla intikale elverişli olup olmadığı tartışma konusu yapılan dijital varlığın, öncelikle para ile ölçülebilir bir değerinin olup olmadığı tespit edilmesi gerekmektedir. Para ile ölçülebilir bir karşılığa sahip olmak kıstası belirleyici bir faktör olmakla birlikte miras bırakanın malvarlığında yer alan bir değer intikale elverişli olup olmadığına tayininde tek başına yeterli bir ölçüt olarak kabul edilemez. Nitekim Kanun Koyucunun, para ile ölçülebilir bir karşılığa sahip olsa da miras yoluyla intikaline cevaz vermediği birtakım değerler (oturma hakkı, intifa hakkı, muaccel olmamış nafaka alacağı gibi) bulunduğu gibi para ile ölçülebilir bir karşılığı olmayan ve miras bırakanın kişiliğinin ön planda olduğu bazı değerlerin (mirasçılardan tanımanın iptali veya soybağının reddi davalarını açmaları, miras bırakan tarafından ileri sürülen manevi tazminat istemine konu davayı sürdürebilmeleri gibi) miras yoluyla intikaline izin verdiği durumlar da bulunmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, söz konusu istisnaların bizzat Kanun Koyucu tarafından öngörülmüş olmasıdır. Böylece, Kanun Koyucunun öngörmediği bir istisna doğrultusunda yorum yapılması ve genel kuralın aksine kabullerde bulunulması hukuken mümkün gözükmemektedir. Zira miras hukuku, kamusal niteliği ön planda olan, hukuki işlemlerde sıkı şekil şartları ve tip mecburiyeti getiren, ağırlıklı olarak emredici nitelikteki hüküm ve düzenlemeleri bünyesinde ihtiva eden bir hukuk dalıdır⁶². Bu nedenle mevcut hukuk normları karşısında yapılacak olan yorumlarda miras hukukunun genel ilke ve kabulleri de göz önüne alınmalı ve görüşler bu doğrultuda şekillendirilmelidir.

b) Dijital Varlıkların Mülkiyet Hakkına Konu Olup Olamayacağı Tartışması

Mülkiyet hakkı, sahibine kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerini bahşeden, hakka konu şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet kurmasını sağlayan bir ayni haktır⁶³. Mülkiyet hakkının konusu eşya olup eşya niteliğini haiz değerler üzerinde tesis edilebilen bir ayni hak niteliğindedir. Doktrinde eşya, üzerinde hâkimiyet kurulabilen, sınırları belirlenmiş, bağımsız bir varlığa sahip olan ve maddi bir değer taşıyan cismani varlıklar olarak tanımlanmaktadır⁶⁴. İsviçre, Alman ve Türk hukuk sistemlerinde baskın görüş olarak sadece maddi bir varlığı bulunan hukuki değerlerin mülkiyet hakkına konu olabileceği kabul edilmiş olup Fransız ve Avusturya hukuk sistemlerinde gayri maddi malların (yani maddi bir niteliğe sahip olmayan hukuki değerlerin) de

61 Rona Serozan, 'Mirasçıya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Mirasçının Aslından Kazandığı Haklar ve Miras Bırakanın Ölüm Sonrasına Uzanan Hakları' (1999) Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan 311, 311; Saymen (n 9) 306). Nitekim 4721 sayılı TMK'nin 599/2 maddesinde, "Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar." denilmek suretiyle miras bırakanın maddi değeri bulunan aktif ve pasiflerinin intikale elverişli olduğuna işaret edilmiştir.

62 Serozan ve Engin (n 3) 49.

63 Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021) 4.

64 Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitapevi 2018) 8; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021) 5; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Yetkin Yayınları 2019) 46; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku* (Savaş Kitabevi 2021) 15; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (Barış Yayınları 2021) 6.

mülkiyet hakkına konu olabileceği kabul edilmiştir⁶⁵. Alman Medeni Kanunu ile Fransız Medeni Kanunlarında eşya kavramına ilişkin net bir tanım ortaya konulmuşken İsviçre Medeni Kanununda ve Türk Medeni Kanununda eşya kavramının tanımına yer verilmemiştir. Böylece eşya kavramı, her hukuk düzeninde sosyoekonomik koşullar, hukuk tarihinin genel eğilim ve kanaati ile eşyanın kişiler arasındaki ilişkilerde oynadığı belirleyici role göre değişik anlayışlar çerçevesinde ele alınmıştır⁶⁶.

Dijital varlıklar açısından değerlendirme yapıldığında, bunların fiziki bir görünüme ve varlığa sahip olmadığı ve bu nedenle mülkiyet hakkına ve miras yoluyla intikale konu edilmeyeceği öğretide ileri sürülmektedir⁶⁷. Ancak bize göre bu görüş, özellikle günümüzde yaşanan teknolojik gelişmelere ve meydana gelen yeniliklere uygun olmadığı gibi toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilen çağdaş bir görüş olmaktan da uzaktır. Nitekim günümüzde sanal dünyaya olan ilgi ve eğilim artmakta ve buna bağlı olarak dijital değerlerin ve dijital varlıkların nitelik ve niceliği her geçen gün değişim göstermektedir. Teknolojide yaşanan gelişmeler, kripto paralar⁶⁸ gibi fiziksel bir varlığı bulunmamasına rağmen maddi bir karşılığı bulunan değerleri meydana getirmiş; Youtube, Instagram, Twitter gibi sosyal medya uygulamaları üzerinden Youtuberlık, Vloggerlık, Bloggerlık olarak adlandırılan ve başlı başına bir uğraş alanı olan yeni meslek gruplarını ortaya çıkarmıştır. Mülkiyet hakkının sadece fiziksel bir bütünlüğü bulunan, sınırları belirli varlıklar üzerinde tesis edilebileceğinin olarak kabul edilmesi, izah edilen dijital değerler üzerindeki hak sahipliğinin tanınmamasına yol açacaktır.

Yapılacak olan yorumların çağın ve toplumun gereksinimlerine uygun olması gerektiğini⁶⁹ düşünmekle birlikte mülkiyet hakkının sadece fiziksel varlığı bulunan değerler üzerinde değil, gayri

65 Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (On İki Levha Yayınları 2019) 6; Fatih Bilgili ve Fatih Cengil, Blockchain ve Kripto Para Hukuku (Dora Yayıncılık 2022) 167; Gençer Özdemir, 'Kripto Paraların Eşya Niteliği' (2021) 11(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 289, 299; Eren (n 40) 52; Ünal ve Başpınar (n 63) 16; Ertaş (n 63) 54. Doktrinde azınlıkta kalan ve dijital varlıkların eşya niteliğinde olup mülkiyet hakkına konu edilebileceği görüşü için bkz. Benedikt Seiler ve Daniel Seiler, 'Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH) und Ripple (XRP) als Sachen im Sinne des ZGB zu behandeln?' (2018) Sui Generis-Die juristische Open Access Zeitschrift 149, 163.

66 Ünal ve Başpınar (n 63) 15.

67 Numan Tekelioğlu, 'Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: NFT'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme' (2022) 30(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1301, 1316; Büyüksağış vd. (n 1) 392; Alman doktrinde bu görüşü savunan yazarlar için bkz. İnce Akman (n 36) 538, dn. 48.

68 Kripto paralar hakkında taşınır eşya hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği yönünde görüş için bkz. Turan Başara (n 33) 22; aynı görüşün NFT'ler için de savunulabileceği yönündeki değerlendirmeler için bkz. Bilgili ve Cengil (n 64) 292.

69 Türk Medeni Kanunu Tasarısı'nın genel gerekçesinde, "*Canlı varlıkların, organizmaların zamanla yaşlanması ve beklenen performansı göstermekten yavaş yavaş uzaklaşması gibi, sosyal varlıklar olan kanunlar da zamanla yaşlanmakta ve günün ihtiyaçlarına gereği gibi cevap vermekte zorlanmaktadır. Bu sebeptir ki kanunların, özellikle Medeni Kanun, Ceza Kanunu, Ticaret Kanunu ve Usul Kanunları gibi temel kanunların belli bir süre geçtikten sonra baştan aşağıya yeniden gözden geçirilmesi ve yaşanan çağın ve gelişen teknolojinin ihtiyaçlarına cevap verebilir hale getirilmesi kaçınılmazdır. Nitekim son yıllarda Almanya ve İsviçre'de bu yola gidilmiş, Alman Medeni Kanunu (BGB) ve Medeni Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre Medeni Kanununda (ZGB) yapılan köklü değişikliklerle bazı kurumlar geliştirilerek yeni sosyal görüşlere ve ihtiyaçlara cevap verebilir duruma getirilmişlerdir. Türk Medeni Kanununun bu gelişmelerden uzak kalması düşünülemeyeceğinden, Adalet Bakanlığı, yürürlükteki Kanunu baştan sona gözden geçirmek ve günümüzün ihtiyaçlarına cevap verecek yeni bir tasarı hazırlamak üzere bilim adamları ve uygulayıcılardan oluşan bir "Medeni Kanun Komisyonu"nun kurulmasına karar vermiştir."* denilerek kanunların çağın ve gelişen teknolojinin ihtiyaçlarına cevap verebilir hale getirilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır.

maddi mallar olarak isimlendirilen değerler üzerinde de tesis edilebileceğinin, mülkiyet hakkına konu olan değerlerin ferdan belirli bir varlığa sahip olma şartının fiziksel bir yapıya sahip olmak zorunluluğundan ziyade kapsam ve sınırlarının çizilebilmesi olarak anlaşılması ve bu çerçevede dijital varlıkların da, kural olarak, mülkiyet hakkına ve miras yoluyla intikale elverişli olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız. Bu nedenle dijital değerlerin mülkiyete konu olamayacağı için miras yoluyla intikale elverişli sayılamayacağı yönündeki değerlendirmeye katılmamaktayız⁷⁰.

c) Kullanılış Amaçlarına Göre Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali Tartışması

aa) Ticari Niteliği Ön Planda Olan Dijital Varlıklar

Miras bırakana ait dijital varlıkların kullanılış amacı bakımından ticari, kişisel veya karma nitelikte olabilmesi mümkündür. Yapılan araştırmalarda 2022 yılı içerisinde sosyal medya üzerinden yapılan reklam harcamalarının 230 milyar ABD Dolar olduğu, sosyal medya üzerinden yapılan reklamların etkisi ile E-Ticaret hacminin 86 milyar ABD Dolarını aştığı tespit edilmiştir⁷¹. Bu derece büyük bir ticari değere sahip olan dijital varlıkların miras yoluyla mirasçılara intikal edebileceği noktasında herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Nitekim niteliği itibarıyla para ile ölçülebilen ve miras bırakanın tarafı olduğu hukuki ilişkilerden kaynaklanan değerlerin külli halefiyet yoluyla bir bütün olarak mirasçılara kendiliğinden intikal edeceği Kanun'un emredici hükmüdür⁷². Zira TMK'nin 599/2 maddesinde mirasçılarının, miras bırakana ait maddi değeri bulunan malvarlığı değerlerini ve borçlarını bir bütün halinde kendiliğinden iktisap edecekleri ifade edilmiş; malvarlığı kavramının kapsamı ise mirasçılarının "diğer malvarlığı haklarını" da doğrudan kazanacaklarına işaret edilmek suretiyle geniş tutulmuştur. Bu nedenle ekonomik açıdan bir değer taşıyan dijital varlıkların tereke içerisinde değerlendirilmesi ve miras yoluyla intikalinin mümkün olduğu kabul edilmesi gerekmektedir⁷³.

bb) Kişisel Niteliği Ön Planda Olan Dijital Varlıklar

Salt kişisel amaçlarla kullanılan dijital hesaplar, herhangi bir şekilde gelir getirici faaliyete hizmet etmeyen, para ile ölçülebilir bir değere de sahip olmayan, böylece hesap sahibinin kişisel saik ve arzularına hizmet eden dijital varlıkları ifade etmektedir. Örneğin miras bırakanın sadece kişisel amaçlarla video ve fotoğraf paylaştığı, tanıdığı kişiler ile mesajlaşarak dijital ortamda sosyalleştiği

70 Aynı yönde Memiş ve Turgut (n 44) 207; Doğanç (n 53) 343.

71 <https://www.statista.com/topics/1538/social-media-marketing/#topicOverview> <https://www.statista.com/statistics/325384/online-shopping-order-values-traffic-source/> (Erişim Tarihi: 19/02/2023)

72 Eren ve Yücer Aktürk (n 6) 18; Akkanat (n 10) 53; Öztan (n 3) 22.

73 Aynı yönde bkz. Sinan Sami Akkurt, *Dijital Varlıkların Miras Yoluyla Bırakılması* (Seçkin Yayınları 2022) 327; Doğanç (n 53) 333; Çabri (n 3) 33. Miras bırakanın ticari amaçlarla kullandığı elektronik posta hesabının mirasçılara intikal etmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Çelikleş (n 47) 37. Miras bırakanın ticari amaçlarla kullandığı sosyal medya hesabının mirasçılara intikal etmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Zeynep Rana Demir, 'Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla Geçışı Mümkün Müdür?' (2020) Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan 161, 179.

Instagram, Facebook gibi sosyal medya hesapları, ticari bir amaca hizmet etmeyen ve dijital mektup olarak kullanılabilir niteliğe sahip elektronik posta hesapları bu tür dijital varlıklardandır.

Kişisel amaçlarla kullanılan dijital hesaplar, miras bırakanın kişiliği ile özdeşleşmiş bir vaziyette bulunduğu için bu hesaplarda yer alan dijital verilerin intikali ile bu hesapların kullanım yetkisinin intikalinin birbirinden ayrılması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁴. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre kullanıcının vefat etmesi durumunda ilgili dijital hesabın kullanım yetkisi de sona erecektir. Zira kullanıcının vefat etmesi durumunda kişisel amaçla kullanımı gerçekleştiren bir kullanıcının varlığından bahsedilemeyecektir. Bu sonuç, miras bırakan ile etkileşim halinde olan üçüncü kişilerin haklı menfaat ve beklentilerini de korumaktır. Örneğin miras bırakanın eğlenmek, arkadaşları ile dijital ortamda sosyalleşmek, içerik paylaşmak gibi amaçlarla kullandığı sosyal medya hesaplarını takip eden veya bir şekilde bu sosyal medya hesabı üzerinden miras bırakan ile etkileşim halinde olan ve miras bırakanın vefat ettiğinden haberdar olmayan üçüncü kişilerin miras bırakan hayatıymış gibi birtakım veriler paylaşmaları ve miras bırakana ait sosyal medya hesabı üzerinden etkileşime geçmeye devam etmeleri mümkündür. Böyle bir durum, ilgili sosyal medya hesabının miras bırakanın kişiliği ile özdeşleşmesi ve onun tarafından kullanıldığı düşüncesiyle hareket eden üçüncü kişilerin güvenlerini boşa çıkarmakta ve miras bırakan ile paylaşmak istediği kişisel verilerinin mirasçılar ile paylaşılması gibi birtakım endişe ve sakıncaları beraberinde getirmektedir. Bu türden sakıncaların engellenebilmesi için hizmet sağlayıcısı tarafından miras bırakana ait sosyal medya hesabı üzerinden miras bırakanın vefat ettiğini ve hesabın kullanım yetkisinin sona erdiğini bildirir bir uyarı yapılması ve bu uyarının üçüncü kişilerce rahatlıkla görülebilecek bir şekilde duyurulması yerinde bir uygulama olacaktır.

Miras bırakana ait olan ve salt kişisel amaçlarla kullanılan dijital hesaplarda yer alan verilerin mirasçılara intikalinin mümkün olup olmaması tartışmanın odak noktasını oluşturmaktadır. İlk bakışta bu tür değerlerin para ile ölçülebilir bir karşılıklarının bulunmadığı, bu nedenle miras yoluyla intikale elverişli olmadığı ileri sürülebilmektedir. Bizce de bu düşüncenin haklılık payı vardır. Nitekim terekenin konusunu temelde mameleki değeri olan varlıklar oluşturmakta olup genel kurala göre para ile ölçülebilir değeri bulunmayan ve miras bırakanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı değerler terekeye dâhil edilemeyecek ve mirasçılara intikal etmeyecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, her ne kadar TMK'nin 599/2 maddesinde para ile ölçülebilir bir değere sahip olmak kıstasının esas alındığı anlaşılrsa da bizzat Kanun Koyucu tarafından bu genel kurala istisnalar getirilmesinin mümkün olduğu gerçeğidir. Nitekim TMK'nin 653. maddesinde, miras bırakana ait aile belgeleri ve aile için özel anı niteliği taşıyan eşyaların mirasçılara intikal edebileceğine işaret edilmiştir. Bu noktada, miras bırakanın kişisel amaçlarla kullandığı dijital hesaplarda bulunan verilerin TMK'nin 653. maddesi kapsamında eşya olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Eşya kavramını üzerinde hâkimiyet kurulabilen, ekonomik değeri bulunan, sınırları belirli, bağımsız varlığı bulunan, beş duyu organı ile algılanabilen, kişi ve hayvan dışındaki cismani varlıkları ifade ettiğini belirten görüş, maddi bir varlığa sahip olmayı eşyanın unsurlarından görmekte ve maddi

74 Grochowski (n 58) 1200; Yılmaz ve Erkan (n 36) 581; Aslan Bingöl (n 36) 34; İleri (n 29) 133.

varlığı bulunmayan değerlerin eşya kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır⁷⁵. Dijital varlıkların ise nitelikleri gereği soyut olup maddi bir varlığa sahip olmadıkları, üzerlerinde doğrudan hâkimiyet kurulması mümkün olmadığı için eşya olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir⁷⁶. TMK'nin 653. maddesinde ise aile belgeleri ve aile için özel anı niteliği taşıyan eşya kavramına vurgu yapıldığı için eşya olarak nitelendirilemeyen dijital varlıkların bu madde kapsamında terekeye dâhil edilebilmesi bu görüşe göre mümkün gözükmemektedir. Ayrıca bu görüşe göre miras bırakanın kişiliği ile özdeşleşen, mirasçılar ile ilgisi bulunmayan dijital verilerin özel anı niteliği taşıdığından da bahsedilebilmesi mümkün değildir⁷⁷.

Bir başka görüş ise eşya kavramının Kanun'da açık bir tanıma yer verilmemiş olduğundan yola çıkarak eşya kavramının dinamik bir yapıya sahip olduğunu ve fonksiyonel bir yorum yapılması gerektiğini savunmaktadır⁷⁸. Bu nedenle dijital varlıkların da eşya olarak kabul edilebilmesi bu görüşe göre mümkün gözükmemektedir. Ancak bu görüşe göre burada dikkat edilmesi gereken nokta, TMK'nin 653/2 maddesinde "aile" kavramına vurgu yaparken Alman Medeni Kanunu'nun 2047/2 maddesinde "miras bırakanın kişisel ilişkileri" kavramına vurgu yapılmış olmasıdır. Bu nedenle ekonomik bir değeri bulunmayan dijital varlığın terekeye dâhil edilebilmesi için ailenin kişilik değerleriyle ilişkilendirilebilmesi gerekmektedir⁷⁹. Şayet miras bırakana ait dijital varlık münhasıran miras bırakanın kişiliği ile bağlantılıysa, mirasçıların kişilik değerleri ile bir irtibatı bulunmuyorsa, bu dijital varlığın terekeye ekonomik bir etkisi de bulunmuyorsa terekeye dâhil olmayıp mirasçılara intikal etmeyeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁸⁰.

Kanaatimize göre fiziksel bir görünümü bulunmayan dijital varlıkların da eşya kavramı içerisinde değerlendirilmesi doğru bir yaklaşımdır. Nitekim eşya kavramı TMK'de açıkça tanımlanmamıştır. Alman Medeni Kanunu'nun 90. maddesinde şey kavramının yalnızca fiziksel nesnelere ifade ettiğine açıkça vurgu yapılmışken TMK'de böylesine açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Eşya kavramının net bir tanımına Kanun'da yer verilmemesi, bu kavramın değişken bir niteliğe sahip olduğunun kabul edildiğini ve zamanın ihtiyaç ve gelişmeleri doğrultusunda şekillenen bir kavram olarak ele alınması gerektiğini göstermektedir⁸¹.

Taşınır mülkiyeti kavramını açıklayan TMK'nin 762. maddesinde "maddi şey" kavramı kullanılmış; ancak maddi olmak niteliğinden ne anlaşılması gerektiği de açıkça ifade edilmemiştir. Kanun metninde açıkça "maddi" olmak unsuru zikredildiği için eşya olarak nitelendirilecek varlığın "maddi" varlığının bulunmasının zorunlu olduğu söylenebilecektir. Ancak "maddi" varlığın geniş yorumlanarak yalnızca elle tutulur fiziksel bir görünüm olarak değerlendirilmemesi, bir maddi nesne üzerinde somutlaştırılabilir, kapsamı çizilebilir, insanın beş duyusu ile algılanabilir hale

75 Oğuzman-Seliçi-Oktay-Özdemir (n 41) 8; Büyüksağış vd. (n 1) 392.

76 Büyüksağış vd. (n 1) 392; Tekelioğlu (n 66) 1301.

77 Akkurt (n 71) 325; Büyüksağış vd. (n 1) 393.

78 Doğanç (n 53) 344; Özdemir (n 64) 301.

79 Doğanç (n 53) 345.

80 ibid 346.

81 Aynı yönde bkz. Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (Filiz Kitabevi 2014) 73; Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku Cilt I* (Legal Yayıncılık 2021) 15; Özdemir (n 64) 301.

getirilebilmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Hukuk düzenindeki mevcut hükümlerin teknolojide yaşanan değişim ve gelişmelere hemen ayak uyduramaması ve bu noktada önceden öngörülemeyen değişimlere bağlı olarak bilinçsiz kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilerek eşya kavramına gayri maddi varlıkların da dâhil edilmesi ve bu kapsamda dijital varlıkların da eşya kapsamında değerlendirilebileceği kanısındayız. Aksi kabul, Bitcoin gibi kripto değerlerin fiziksel bir görünümü bulunmamakla birlikte piyasada alış satışı konu edilebilen, NFT'ler gibi elle tutulur bir varlığı bulunmamakla birlikte ekonomik bir değer taşıyan ve dijital ortamda başkalarına devredilebilmesi mümkün olan varlıkların eşya sayılmalarına ve bunlar üzerinde aynı hak iddia edilmesine engel teşkil edecektir. Hakeza bu anlayış, günümüz para bankacılık sisteminde var olan ve kâğıt üzerinde görünen kaydi değerlerin fiziki bir karşılığının bulunmaması nedeniyle banka hesaplarında görünen varlıklar üzerinde de mülkiyet hakkının bulunmadığı sonucunu doğurabilmektedir. Böyle bir durumda da hesap sahiplerinin, bankadan fiziksel olarak çekmedikleri paraları üzerinde mülkiyet hakkı iddiasında bulunamayacakları gibi hukuken kabul edilebilir olmayan bir yorum yapılabilecektir.

Eşya olarak nitelendirilebilecek dijital varlıkların, ekonomik bir değer taşımamakla birlikte TMK'nin 653. maddesi kapsamında değerlendirilerek terekeye dâhil edilmesi ve miras yoluyla intikal etmesi mümkün gözükmemektedir. Zira her ne kadar madde metninde, intikale konu eşyanın aile için özel anı niteliği taşıması gerektiğine vurgu yapılmış ise de miras bırakana ait kişisel mektupların ve günlüklerin miras yoluyla intikaline izin veren hukuki anlayışın⁸² dijital ortamda bulunan ve miras bırakanın kişiliği ile özdeşleşmiş dijital verilerin mirasçılara intikal etmeyeceğini kabul etmesi çelişkili bir sonuca yol açacaktır. Nasıl ki miras bırakanın üçüncü kişilere gönderdiği ve miras bırakanın ailesi için özel anı niteliği taşımayan kişisel mektuplar bu madde kapsamında miras yoluyla intikale layık görülüyorsa, miras bırakanın sosyal medya hesaplarında veya elektronik posta hesaplarında bulunan yazışmaların da mirasçılara intikal etmesi gerekmektedir.

Her ne kadar dijital ortamda bulunan verilerin kişisel mektup veya günlükten farklı bir niteliğe sahip olduğu ve aralarında benzerlik kurulmasının mümkün olmadığı ileri sürülebilse de bizce bu iki grup arasındaki tek fark, kişisel mektup ve günlüklerin fiziksel bir yapıya sahip olmasına karşın sosyal medya ve elektronik posta hesaplarının fiziksel bir yapıya sahip olmamasıdır. Burada sosyal medya hesaplarına kullanıcı adı ve şifre ile erişilebileceği, mektupların üçüncü kişilerin eline geçme olasılığının bulunduğu, sosyal medya kullanımının ise temelde gizlilik esasına dayandığı, kullanıcıların hizmet sağlayıcısı ile sözleşme yaparken paylaşılan içeriklerin sadece muhatap tarafından ulaşılabilmesine güvenmekte haklı oldukları gerekçesiyle her iki değer arasında farklılık bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir. Günlükler ve kişisel mektuplar ile sosyal medya hesapları arasında üçüncü kişiler tarafından erişilebilmeye ilişkin koruma noktasında farklılık olduğu, sosyal medya hesaplarının daha güçlü bir koruma sağladığı aşikârdır. Ancak unutulmamalıdır ki mektuplar da belirli bir kişiye hitaben yazılmakta ve sadece muhatap tarafından okunması arzu edilmektedir. Nitekim bu isteğe binaen mektuplar zarf içerisine konulmakta, yapıştırılarak kapatılan zarflar üzerine alıcının adı ve bilgileri yazılmakta, muhataba gizlilik esasına dayalı olarak ulaştırılacağına güvenilerek posta hizmeti

82 İnan, Ertaş ve Albaş (n 16) 576; Eren ve Yücer Aktürk (n 6) 555; Kılıçoğlu (n 16) 396; Gençcan (n 4) 1384; Dural ve Öz (n 3) 504.

sunan kuruma teslim edilmekte ve taraflar arasında kurulan sözleşme ilişkisi içerisinde bu mektubun alıcısına teslim edilmesi talep edilmektedir. Böylece mektuplar da sadece muhatabı tarafından okunması için kaleme alınmaktadır. Bütün bu korumaların üçüncü kişiler tarafından miras bırakana ait mektupların okunmasını tam anlamıyla engellemeye yetmediği, gizlilik esasına hizmet edecek daha güçlü koruma yollarına başvurulması gerektiği eleştirisi yapılabilecektir. Ancak bu durum, mektupların tamamen korumasız ve erişime açık olduğu anlamına gelmemektedir. Kaldı ki gizlilik esası üzerine inşa edildiği savunulan sosyal medya hesaplarının kullanıcı adı ve şifrelerinin üçüncü kişilerce ele geçirilmesi yahut sosyal medya hesabı sahibi tarafından üçüncü kişilerle paylaşılması ihtimali de bulunmaktadır. Sosyal medya hesaplarındaki bu ihtimal, mektuplara nazaran oldukça düşük olsa da bu durum, sosyal medya hesaplarının hukuki nitelendirmede mektuplara nazaran farklı olduğu anlamına gelmemektedir; sadece sosyal medya hesaplarında daha güçlü bir korumanın var olduğunu göstermektedir. Bu çerçevede miras bırakana ait günlük veya kişisel mektuplar ile sosyal medya hesaplarındaki konuşmalar arasında hukuken farklı rejime tabi tutulmasını gerektirir yasal bir düzenleme bulunmadığı için mevcut hukuk düzeni kapsamında salt kişisel kullanıma özgülenen sosyal medya hesaplarındaki dijital verilerin mirasçılara intikal edeceği kabul edilmelidir.

Bu noktada hemen ifade edilmelidir ki miras bırakan ile hizmet sağlayıcısı arasındaki sözleşmede, hesap içerisinde yer alan verilerin mirasçılara intikalini engelleyen hükümlerin kanaatimizce geçerliliği bulunmamaktadır. Nitekim hizmet sağlayıcısı ile imzalanan ve dijital varlığın kullanılmasını konu edinen sözleşme hükümleri tarafların karşılıklı müzakere ve anlaşması neticesinde sözleşme metnine eklenmediği gibi miras bırakanın bu sözleşme hükümlerinden haberdar olmaması da kuvvetle muhtemeldir. İlgili sözleşmede, bu hükümlerin varlığı hakkında miras bırakana bilgi verildiği, hükümlerin anlam ve önemini öğrenmesi için gerekli aydınlatmanın yapıldığı ifade edilmediği gibi hizmet sağlayıcısı tarafından önceden ve tek taraflı olarak hazırlanıp ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla kabule arz edilen işbu hükümler genel işlem koşulu niteliğindedir⁸³. Söz konusu sözleşme hükümlerinin Kanun'un emredici hükmü olan halefiyet ve külli intikal kurallarını ortadan kaldırması mümkün olmadığı gibi miras bırakanın durumunu ağırlaştırır söz konusu koşulların geçerli kabul edilebilmesine de imkân bulunmamaktadır. Miras bırakan ile karşılıklı müzakere ve tartışmaya dayalı olmayan işbu hükümlerin genel işlem şartları kapsamına alınıp hukuki değerlendirmeye tabi tutulması ve yazılmamış sayıldıkları kabul edilerek kalan hükümlerle birlikte sözleşmenin devam ettiğinin ve bu hükümlerin dijital varlıkların mirasçılara intikaline engel teşkil etmediklerinin kabul edilmesi yerinde bir düşünce olacaktır.

cc) Karma Nitelikteki Dijital Varlıklar

Karma nitelikteki dijital veriler ise miras bırakanın hem ticari saiklerle hem de kişisel ihtiyaçlarla kullanmış olduğu dijital hesaplarda bulunan verileri ifade etmektedir. Örneğin miras bırakanın takipçi sayısı itibarıyla geniş kitlelere ulaşan sosyal medya hesabı üzerinden reklam yapmak suretiyle gelir elde etmesi ve aynı zamanda tanıdığı kişiler ile mesajlaşarak kişisel amaçları doğrultusunda bu hesabı kullanılabilmesi mümkündür.

83 Şeker (n 54) 7; Kılıçoğlu (n 54) 170; Demir (n 71) 175.

Karma nitelik taşıyan dijital varlıklarda bir yandan ticari değer diğer yandan kişilik hakları ile özdeşleşen şahsi kullanımlar ön planda olup bu tür durumlarda intikale konu değerlerin baskın karakterinin intikal noktasında belirleyici olacağı ifade edilmektedir⁸⁴. Doktrinde bir görüş, karma nitelik taşıyan dijital varlıkların miras yoluyla intikaline karar verilirken yargı mercilerinin dijital varlıktaki hangi değerlerin intikale elverişli olduğunu tespit etmesi gerektiğini ve intikale elverişli olmayanların ayrıştırılarak kalan değerler üzerinde bir karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁵. Bize göre yargı mercilerinin bu türden bir yükümlülük altına sokulması pratikte yararlı bir tutum olmayacağı gibi aynı dijital varlık içerisinde yer alan ticari ve kişisel nitelikteki dijital verilerin birbirinden ayrılarak mirasçılara intikal etmesi de kolay olmayacaktır. Mirasın bir bütün halinde intikal edeceği de dikkate alındığında böyle bir ayırımın yapılmasının intikal kurallarına da uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz. Bu noktada karma nitelikteki dijital varlıklar, bir yandan ekonomik bir değer taşıdıkları için bir yandan da kişisel niteliğe sahip olmakla birlikte TMK'nin 653. maddesinde öngörülen istisnai durum gereğince terekeye dâhil olacağının ve mirasçılara intikal edeceğinin kabul edilmesi mevcut hukuk düzenimizdeki normlar dikkate alındığında isabetli bir yorum olacaktır⁸⁶.

d) Miras Bırakanın Dijital Ortamda Açıkladığı İradesinin Hukuki Niteliği

Dijital varlıkların kullanılış amacından hareketle yapmış olduğumuz hukuki değerlendirmeler, miras bırakanın söz konusu dijital varlıkların akıbeti noktasında hukuken geçerli bir irade beyanında bulunmamış olduğu varsayımından hareket edilerek dile getirilmiştir. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki saklı payları ihlal etmemek kaydıyla malvarlığı üzerinden tasarruf imkânına sahip olan miras bırakanın aksi yönde bir irade beyanında bulunması mümkün olup bu tür tasarruflar miras hukukunun emredici kurallarını ihlal etmediği ve Kanun'da aranan şartları taşıdığı müddetçe geçerli olacaktır. Doktrinde, dijital varlıkların intikal edip edemeyeceği tartışmasının önüne geçilmesi amacıyla hizmet sağlayıcılar ile yapılan sözleşmede miras bırakanın, ölümünden sonrası için iradesini açıklamaya imkân tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁷.

Doktrinde bir görüş, miras bırakana ait dijital verilerin miras yoluyla intikal edip etmeyeceğine ilişkin tartışmada kullanıcı ile hizmet sağlayıcı arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin ve sözleşmede yer alan hükümlerin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir⁸⁸. Ancak biz, Almanya Federal Mahkemesi'nin Facebook kararında da vurgulandığı gibi, miras bırakan ile hizmet sağlayıcısı arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin dijital varlıkların miras yoluyla intikalinde etkili olmadığını düşünmekteyiz. Bu noktada, söz konusu sözleşmelerde yer alan hükümlerin geçerli olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir. Örneğin sosyal medya veya elektronik posta kullanım

84 Serozan (n 55) 312.

85 Akkurt (n 71) 317.

86 Aynı yönde, Maraşlı Dinç (n 1) 283; Aslan Bingöl (n 36) 34; Grochowski (n 58) 1200.

87 Toygar, Rohm ve Zhu (n 34) 116; Çelikleş (n 47) 39.

88 Yılmaz ve Erkan (n 36) 574. Doktrinde söz konusu sözleşmelerin hizmet, eser, kira, vedia veya ardiye sözleşmesi niteliğinde olduğuna ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Sözleşmelerin hukuki niteliği konusundaki görüşler hakkındaki detaylı bilgi için bkz. Mustafa Fadıl Yıldırım ve Tekin Memiş, 'Elektronik Posta Kutusu Kullanımı ile İlgili Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2005) IX(3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 331, 335-341; Büyüksağış vd. (n 1) 357-364; İnce Akman (n 36) 535-537.

sözleşmelerinde kullanıcının vefat etmesi durumunda kullanım sözleşmesi sona ererek hesapların silineceğine ilişkin hükümlerin konulduğu görülmektedir⁸⁹.

Miras bırakanın malvarlığında bulunan değerlere ilişkin ölümden sonraya etkili olacak şekilde bir tasarrufta bulunabilmesi için Kanun'da aranan şartların yerine getirilmesi, ölüme bağlı tasarruf şekillerinden (vasiyetname veya miras sözleşmesi) birine uygun olarak iradenin dile getirmesi gerekmektedir. Bilhassa vasiyetname ile ortaya konulacak iradelerin geçerli kabul edilebilmesi için yazılı, resmi veya sözlü vasiyetname türlerine ilişkin olarak Kanun'da aranan asgari zorunlu şekil şartlarının sağlanması gerekmektedir. "Dijital Vasiyetname" olarak adlandırılan ve miras bırakanın son arzularını dijital ortamda beyan ettiği söz konusu açıklamaların ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmesi mevcut hukuk normları karşısında mümkün gözükmemektedir⁹⁰. Bu nedenle de miras bırakan ile hizmet sağlayıcısı arasındaki sözleşmede yer alan kullanım koşullarının miras bırakan tarafından kabul edilmiş olması, bu iradenin bir ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olduğunu göstermemekte olup bu koşullar çerçevesinde dijital varlıkların akıbetine karar verilmesi de söz konusu olamayacaktır⁹¹. Ayrıca söz konusu koşulların miras bırakanın özgür iradesi ile kabul edildiği ve onun gerçek arzusunu ortaya koyduğunu peşinen söylemek de mümkün gözükmemektedir. Zira miras bırakanın bu koşulların varlığından haberdar dahi olmaması mümkün olduğu gibi hizmetten yararlanmak isteyen miras bırakanın hizmet sağlayıcısı tarafından önceden ve tek taraflı olarak hazırlanan bu koşulları değiştirme imkânına sahip olmaksızın bir bütün halinde kabul etmek zorunda kalması da mümkündür. Bu durum, hizmet koşullarının genel işlem şartı niteliğinde olduğunu ve hizmet koşullarının yürürlük, yorum ve içerik denetimine tabi tutulması gerektiğini göstermektedir.

Miras bırakanın dijital ortamda dile getirdiği beyanlarına uygun olarak dijital varlıklara erişim için gereken kullanıcı adı ve şifre bilgilerini miras bırakanın vefat etmesinden sonra mirasçılarla paylaşılmasına ilişki hizmet sunan SecureSafe, 1Password, Dashlane, RoboForm gibi uygulamalar da bulunmaktadır. Bu uygulamalar, dijital varlıkların miras yoluyla intikal edip etmeyeceği tartışmasının mirasçılar açısından meydana gelebilecek olumsuz sonuçlarını bertaraf ederek miras bırakanın iradesine uygun olarak dijital varlıkların mirasçılara intikali noktasında bir hizmet sunmaktadır. Hollanda Noterler Birliği tarafından da kişilerin dijital hesaplarına erişim için gerekli bilgilerin saklanıp klasik miras hukuku kuralları dışında mirasçılara intikal etmesine

89 iCloud kullanıcı sözleşmesinde hesap sahibinin vefat etmesi durumunda hesabın silinebileceği, Twitter kullanıcı sözleşmesinde kullanıcıların en az altı ay süreyle aktif olmamaları durumunda hesabın kalıcı olarak silinebileceği öngörülmekteyken Facebook kullanıcı sözleşmesinde kullanıcının tercihine göre anıt hesap uygulaması veya hesabın silinmesi söz konusu olabilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. <https://tr-tr.facebook.com/help/memorialized> ; <https://www.linkedin.com/legal/user-agreement> ; <https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/en/terms.html> ; <https://twitter.com/TwitterSupport/status/119.977.7312054493184?s=20>

90 Aynı yönde, Akkurt (n 71) 327. Dijital vasiyetname türünde açıklanan beyanların geçerli kabul edilmesi ve dijital vasiyetnamelerin dördüncü vasiyetname türü olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Ahmet Türkmen, 'Dijital Vasiyetname ve Vasiyetlerin Şekle Uygunluğunun Türk Pozitif Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' (2020) 19(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1239, 1243.

91 Grochowski, mirasçıların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri bir bütün olarak devraldığını, bu nedenle miras bırakanın hizmet sağlayıcısı ile yapmış olduğu sözleşmede ölüm sonrasında belirlenen politikalara ilişkin düzenlemelerin mirasçılar açısından da bağlayıcı olacağını ileri sürmektedir. Grochowski (n 58) 1204.

olanak sağlayacak bir “dijital depo” uygulamasının hayata geçirilmesi önerilmektedir⁹². Söz konusu hizmeti sunan şirketlerin uygulamaları miras bırakanın gerçek iradesinin uygulanabilmesi açısından faydalı gözükse de bu şirketlerin kişisel verileri ne kadar güvenli bir şekilde muhafaza edebileceği, bu verilerin üçüncü kişilerle paylaşılmayacağı yönünde ne gibi bir taahhüt ve garanti vadedebileceği gibi hususların da dikkate alınması gerekmektedir.

2. OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

aa) Ticari Niteliği Ön Planda Olan Dijital Varlıklar

Miras bırakanın para ile ölçülebilir bir karşılığı bulunan ve ticari amaçlarla kullanmış olduğu dijital varlıklarının miras yoluyla intikalinin mevcut hukuk düzeninde yer alan hükümler gereğince mümkün olması, olması gereken hukuk bakımından da kabul edilebilir bir neticedir. TMK'nin 599/2 maddesi, miras hakkının mahiyeti ve varlık amacına uygun bir netice doğurmakta ve miras ilişkisi içerisinde mirasçılarının ve miras bırakanın menfaatlerine uygun hakkaniyetli bir çözüm getirmektedir. Nitekim mirasçılarının, miras bırakanın vefat etmesinden sonra terekede bulunan değerlerin eksiksiz bir şekilde intikal etmesinde ve miras paylarının muhafazasında; miras bırakanın ise ölüme bağlı tasarrufları ile terekesinde bulunan değerlerin akıbetine ilişkin ortaya koymuş olduğu irade doğrultusunda miras taksiminin gerçekleşmesinde haklı menfaat ve beklentileri bulunmaktadır. Bu menfaat ve beklentiler dikkate alındığında, olması gereken hukuk bakımından da miras bırakanın ticari amaçlar ile kullanmış olduğu dijital varlıklarının terekeye konu edilmesi ve miras yoluyla intikal edeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

bb) Kişisel Niteliği Ön Planda Olan Dijital Varlıklar

Para ile ölçülebilir mameleki bir değere sahip olmayan, miras bırakanın kişiliği ile özdeşleşen ve onun kişisel saikleri ile kullanım amacına özgülenmiş olan dijital varlıkların miras yoluyla intikal etmemesine ilişkin görüşlerin dikkate alınmasını ve bu konuya ihtiyatlı yaklaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim günümüz hukuk anlayışında insanların özel yaşamına duyulan saygı ve gizliliğe verilen önemin artması, salt kişisel kullanıma özgülenen dijital varlıklardaki verilerin mirasçılara intikal etmemesi gerektiği yorulumunu ortaya çıkarmaktadır. Mameleki bir değer taşımayan ve kişilik haklarıyla sıkı ilişki içerisinde bulunan dijital verilerin miras yoluyla intikaline izin verilmesine ilişkin mirasçılarının menfaati ile miras bırakanın ve miras bırakan ile iletişime geçen üçüncü kişilerin mahremiyete ilişkin menfaatleri arasında çatışma meydana gelmektedir. Bu çatışma, tarafların haklı ve hukuken meşru kabul edilebilecek menfaatleri karşılaştırılarak hakkaniyetli bir çözüm bulunmasıyla nihayete erebilecektir.

Konu, miras bırakana ait sosyal medya ve elektronik posta hesaplarında yer alan veriler çerçevesinde ele alındığında, bu hesaplarda yer alan konuşmaların mirasçılara intikal etmesinin, miras hakkının yanı sıra kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü haklarıyla da

92 Kharitonava (n 29) 24.

yakından ilişkili olduğu daha net bir şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle konunun sadece miras hakkı düzeyinde değil, kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği ile haberleşme özgürlüğü hakları da dikkate alınarak geniş bir perspektiften incelenmesi gerekmektedir.

aaa) Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirme

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un 3/d maddesine göre kişisel veri, "Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi" ifade etmektedir⁹³. Bu kapsamda kişisel veriler, bir kimsenin birey olarak karakteristik özelliklerini yansıtan, bu kimsenin belirlenebilmesini sağlayan ve kimliğinin açığa çıkarılmasına elverişli olan ekonomik, sosyal, toplumsal, genetik, mesleki her nevi nesnel veya öznel bilgilerdir⁹⁴. Böylece kişisel verilerin kapsamına, bir kimsenin özel yaşamına ilişkin bilgiler dışında genel bilgileri de girmektedir⁹⁵. Kişisel veriler, ancak gerçek kişilere ait bilgileri kapsamakta olup tüzel kişilere ait bilgiler kişisel veri olarak kabul edilmemektedir. Hakeza gerçek bir kişiye ait olmakla birlikte ancak hayatta olan kimselere ait bilgilerin kişisel veri kapsamında değerlendirildiği, ölmüş kimselere ait bilgilerin kişisel veri olarak değerlendirilmeyeceği kabul edilmektedir⁹⁶.

Bir kimseye ait sosyal medya veya elektronik posta hesaplarında bulunan verilerin kişisel veri kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Ancak vefat eden kimselere ait veriler, 6698 sayılı Kanun kapsamında kişisel veri olarak kabul edilmemektedir. Bu durum, miras bırakana ait kişisel veri niteliğindeki dijital verilerin mirasçılara intikal etmesi durumunda kişisel verilerin üçüncü kişilerle hukuka aykırı olarak paylaşılmış olacağı yönündeki savunmaya hukuki meşruiyet kazandırmamaktadır. Nitekim Federal Mahkeme'nin Facebook kararında da aynı hususlara işaret edilmiş, Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün sadece hayatta olan kimseleri koruma altına aldığı, bu nedenle miras bırakana ait verilerin mirasçılara intikal etmesi durumunun kişisel verilerin

93 95/46/EC Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Direktifi'nin 2/a maddesine göre kişisel veri, fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özel bir veya daha fazla faktöre veya bir kimlik numarasına atıf başta olmak üzere doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilebilen bir tespit edilebilir kişi; tespit edilmiş veya tespit edilebilir gerçek kişiye ("veri öznesi) ilişkin herhangi bir bilgiyi ifade etmektedir. (<https://kisiselveri.com/9546ec-turkce> , Erişim Tarihi: 29/01/2023)

94 Aydın Akgül, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı' (2014) 9(92) Terazi Hukuk Dergisi 72, 73; Doğan Kılınç, 'Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması' (2012) 61(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1089, 1095; Yılmaz ve Erkan (n 36) 571.

95 Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması* (Çakmak Yayınları 2010) 63.

96 Onur Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması* (Seçkin Yayınları 2021) 27; Hayrunnisa Özdemir, 'Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler' (2009) XIII(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 285, 291; Yılmaz ve Erkan, (n 36) 572. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 18/09/2019 tarih ve 2019/273 sayılı kararında, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 28 inci maddesinde ise kişiliğin, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başladığı ve ölümlle sona erdiği hükmünün yer aldığı, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun (Kanun) 3 üncü maddesinde ilgili kişinin "kişisel verileri işlenen gerçek kişi" olarak tanımlandığı ve yine aynı Kanun'un Kanununun 11. maddesine göre ilgili kişinin kendisi ile ilgili kişisel veriler hakkında bilgi talep edebileceği gerekçeleriyle talep edilen kişisel verilerin ölmüş bir kimseye ait olması nedeniyle 6698 sayılı Kanun kapsamında yapılacak bir işlem olmadığına karar verilmiştir. (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6710/2019-273> ; Erişim Tarihi: 29/01/2023)

korunması kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir⁹⁷. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, sosyal medya veya elektronik posta hesaplarında bulunan verilerin, miras bırakan ile iletişime geçen üçüncü kişiler için de kişisel veri niteliğinde olmasıdır. Böylece miras bırakan vefat etmiş olsa bile miras bırakan ile iletişime geçmiş olan ve hayatta bulunan üçüncü kişiler açısından kişisel veri niteliğinde olan dijital verilerin 6698 sayılı Kanun kapsamında korunması talep edilebilecektir. Federal Mahkeme ise vermiş olduğu kararda, miras bırakan vefat ettikten sonra mirasçuların miras bırakan ile Facebook arasındaki kullanım sözleşmesinin tarafı haline geleceği, bu kapsamda mirasçuların üçüncü kişiler olarak değerlendirilemeyeceği, sosyal medya servisi sağlayıcısı olan Facebook'un kullanıcıların gizliliğe ilişkin menfaatlerine yönelik temel yükümlülüğünün iletilmek istenen mesajı hedef sosyal medya hesabına iletmekten ibaret olduğu, bu mesajların hesap sahibi dışında üçüncü kişilerce görüntülenmemesine ilişkin bir yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmiştir⁹⁸. Bu nedenle de sosyal medya kullanıcılarının, bir başka kullanıcıya göndermiş oldukları mesajın üçüncü kişilerce okunabilme ihtimalini ve hesap sahibi vefat ettiğinde kullanıcı sözleşmesinin mirasçılara intikal edeceğini göze almak zorunda oldukları kabul edilmiştir⁹⁹.

Her ne kadar vefat etmiş kimselere ait verilerin, kişisel veri olarak kabul edilmesi ve mevcut mevzuat hükümleri uyarınca koruma altına alınması mümkün olmasa da bu tür verilerin hukuki himaye altına alınmaması, vefat eden kişiye ait kişisel verileri tutan şirketlerin bu verileri serbestçe kullanılabilmesine ve bu suretle haksız gelir elde etmelerine, kişisel veri sahiplerinin ise hayatta iken koruma altına alınan verilerinin vefat ettikten sonra korunmayacak ve üçüncü kişilere aktarılacak olması endişesini taşıyarak kişiliklerini serbestçe geliştirememelerine yol açabilecektir¹⁰⁰. Hakeza miras bırakanına ait bu türden verilerin mirasçılarla paylaşılması, miras bırakan ile iletişime geçen ve hayatta olan üçüncü kişilerin kişisel verilerinin ihlal edilmesine yol açmakta ve miras bırakanın yanı sıra üçüncü kişilerin de iletişiminin gizli kalmasına ilişkin haklı menfaat ve beklentileri zedelenmektedir. Bu nedenle olması gereken hukuk bakımından gerekli yasal düzenlemeler yapılarak kişisel verilerin, veri sahibinin ölümden sonra da hukuki himaye kapsamında kalmaya devam etmesi ve konunun miras bırakan ile iletişime geçen üçüncü kişilerin kişisel verilerin korunmasına ilişkin haklı menfaat ve beklentilerinin de dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz¹⁰¹.

Vefat eden kişilere ait kişisel verilerin korunması konusunda genel geçer kabul görmüş bir hukuki düzenleme henüz mevcut değildir. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (The General Data Protection Regulation (GDPR)) 1. maddesinde, bu tüzüğün gerçek kişilere ait kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel kuralları düzenlediği ifade edilmiş; aynı tüzüğün 27. resitalinde ise tüzük hükümlerinin vefat eden kişilerin kişisel verilerine uygulanmayacağı ancak üye devletler tarafından vefat eden kişilerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin kurallar getirilebileceği ifade edilmiştir¹⁰².

97 İleri (n 29) 136.

98 ibid 136.

99 ibid 136.

100 Murat Uçak, 'Kişisel Verilerin Ölümden Sonra Korunması' (2021) 6(10) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97, 113.

101 Miras bırakanın kişiliği ölümle sona ermiş olsa da miras bırakanın onur ve saygınlığının korunması ve bu durumun da dikkate alınarak yorum yapılması gerektiği yönünde Akkurt (n 71) 323.

102 <https://gdpr-info.eu/recitals/no-27/> (Erişim Tarihi: 01/02/2023).

Tüzük kapsamında tanınan bu imkân çerçevesinde bazı üye devletler¹⁰³ bireylerin vefat ettikten sonra kişisel verilerine ilişkin talimat verme yetkisine sahip olduklarını kabul ederken bazı devletler¹⁰⁴ süre ile sınırlı olmak üzere düzenlemeler getirmiş, bazı devletler¹⁰⁵ ise kişisel verilerin korunması kapsamına sadece yaşayan kişilerin gireceğini ifade ederek vefat eden kişilere ait kişisel verilerin bu kapsamda koruma altında olmayacağını kabul etmiştir.

Türk hukukunda da vefat eden kimselere ait kişisel verilerin korunması hususunda özel bir düzenleme yapılmış değildir. Bu noktada, Türk / İsviçre hukukunda hâkim görüş olan kabul hatırayı koruma doktrini kapsamında miras bırakana ait kişisel verilerin paylaşılmasının miras bırakanın yakınlarının kişilik haklarını ihlal edecek boyutlara varması durumunda, miras bırakanın yakınları kendi kişilik değerlerinin ihlal edildiğini ileri sürerek ilgili korumalardan faydalanabilmektedir¹⁰⁶. Doktrinde savunulan ölüm sonrası (post mortal) kişiliğin korunması doktrini olarak adlandırılan ikinci görüşe göre, her ne kadar ölümlerle birlikte kişilik sona erecek olsa da bu durum, kişilik değerlerinin korunmasının da sona ereceği anlamına gelmeyecek; ölüm olayıyla birlikte kişiliği sona ermiş olan miras bırakanın hayatta iken sahip olduğu saygınlığı, onuru, şerefi gibi kişilik değerlerinin onun vefat etmesinden sonra da korunması gerekecektir¹⁰⁷. Bize göre önemli olan, bizatihi miras bırakanın kişilik değerlerinin ön planda tutulması ve mevcut ihlalin miras bırakanın yakınlarının kişilik haklarını ihlal edip etmediği dikkate alınmaksızın hukuk düzenince bir koruma sağlanmasıdır. Zira hukuk düzenimizdeki mevcut normlar miras bırakanın kişiliği ile özdeşleşen ve ticari bir değer taşımayan verilerin mirasçılara intikalini mümkün kılmakta olup bu türden bir intikal mirasçılarının kişilik haklarını ihlal etmese bile bizatihi miras bırakanın kişilik haklarının ihlal edilmesine yol açmaktadır. Bu noktada miras bırakanın kişilik değerleri, mirasçılarının inisiyatifine bırakılmaksızın hukuk düzenince re'sen ve mirasçılara karşı da etkili olacak şekilde koruma altına alınmalı ve gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

bbb) Özel Hayatın Gizliliği ve Haberleşme Özgürlüğü Bakımından Değerlendirme

Haberleşme özgürlüğü, bir kimsenin üçüncü kişilerle hukukun çizdiği sınırlar içerisinde yazılı veya sözlü olarak iletişime geçebilmesi ve bu iletişimin engellenememesi hakkı olup 1982 Anayasası'nın 22. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden birisidir. İlgili maddede, haberleşme özgürlüğünün haberleşmenin gizliliğini de kapsadığı ifade edilmiştir¹⁰⁸. Böylece haberleşme özgürlüğü, hem haberleşme hakkını hem de haberleşmenin gizliliğini kapsayan bir üst kavram olarak düzenlenmiştir.

103 Fransa Veri Koruma Kanunu (<https://www.cnil.fr/fr/la-loi-informatique-et-libertes#article1> ; Erişim Tarihi: 01/02/2023)

104 Danimarka Veri Koruma Yasası (<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2018/502> ; Erişim Tarihi: 01/02/2023) ; Macaristan Veri Koruma Kanunu (<https://mkogy.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A1800038.TV> ; Erişim Tarihi: 01/02/2023)

105 İngiltere Veri Koruma Kanunu (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted> ; Erişim Tarihi: 01/02/2023)

106 Gezder (n 10) 212-215; Serozan ve Engin (n 3) 118; Uçak (n 98) 105-106; Doğanç (n 53) 334-335.

107 Gezder (n 10) 215-217; Serozan ve Engin (n 3) 119; Uçak (n 98) 106-109; Doğanç (n 53) 335-336.

108 1982 Anayasası m. 22/1: "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır."

Haberleşme özgürlüğü, niteliği gereği özel hayatın gizliliği kavramıyla yakın ilişki içerisindedir. Nitekim 1982 Anayasası'nda haberleşme özgürlüğü, "Özel hayatın gizliliği ve korunması" başlığı altında düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliği, bir kimsenin kendi bünyesinde saklı tuttuğu, maddi ve manevi varlığını geliştirmek için gizli kalmasını istediği ve böylece üçüncü kişilerin inceleme ve bilgi sahibi olmasına rıza göstermediği özel hayatına ilişkin bilgilerin açığa çıkmamasına yönelik menfaat ve beklentisini ifade etmektedir¹⁰⁹.

Miras bırakana ait sosyal medya veya elektronik posta hesaplarındaki yazışmaların mirasçılara intikal edeceğinin kabul edilmesi, Anayasa ile teminat altına alınan özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü haklarının özüne müdahale edilmesi sonucunu doğurabilecektir¹¹⁰. Nitekim bir kimsenin özel yaşamına ilişkin bilgilerin izinsiz bir şekilde üçüncü kişilerce öğrenilmesi veya bu bilgilerin başka kişilere ifşa edilmesi özel hayatın gizliliği hakkına yapılan bir müdahale niteliğinde olacaktır¹¹¹. Hakeza bu türden dijital değerlerin mirasçılara intikal etmeyeceğinin peşinen kabul edilmesi de yine Anayasa ile teminat altına alınan miras hakkının özüne müdahale edilmesi anlamına gelebilecektir. 1961 Anayasası'nın 11/2 maddesinde¹¹² ifade edilen "hakkın özü" kavramı, bir hakka anlam ve mahiyetini kazandıran, hakkın kullanım amacının temelinde yatan menfaat ve saikleri ifade etmektedir. Hakkın özüne yapılan müdahale ise bir hakkın varlık nedenini ortadan kaldıracak ve o hakkın kullanımını anlamsız kılan müdahalelerdir. Bir sorunun birden fazla hak ile yakından ilişkili olması durumunda hakkaniyetli bir çözüm için çelişen haklar arasında menfaat değerlendirmesi ve adil bir dengenin kurulması şarttır.

Mirasçılarının, miras bırakana ait olan ve salt kişisel amaçlarla kullanılan dijital hesaplardaki verilerin kendilerine intikal etmesi noktasında tek beklentileri, bu konuşmaların anı niteliğinde olmasından kaynaklanıyorsa veya bu beklentilerin miras bırakanın ve miras bırakan ile iletişime geçen üçüncü kişilerin sahip olduğu özel hayatın gizliliği, haberleşme özgürlüğü, kişisel verilerin korunması gibi mahremiyetine ilişkin haklar karşısında daha az önemli olduğu yönünde bir kanaat uyanıyorsa, miras bırakanın ve üçüncü kişilerin mahremiyete ilişkin beklentilerine saygı duyulması ve miras bırakana ait bu türden dijital verilerin terekeye dâhil edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kaldı ki bu yaklaşım, miras bırakanın mirasçıları gözünde sahip olduğu saygınlığın ve itibarın korunabilmesi, bu kapsamda miras bırakanın kişilik haklarına saygı gösterilmesi bakımından da son derece isabetlidir. Nitekim miras bırakan, mirasçıları tarafından öğrenildiğinde onların gözünde sahip olduğu itibarı ve saygınlığı zedeleyecek birtakım bilgilerin gizli kalmasını isteyeceği ve bu verilerin miras yoluyla intikal etmesine şiddetle karşı çıkacağı aşikârdır. Buna karşılık dijital verilerin intikalinde mirasçıların üstün bir yarar bulunuyorsa, örneğin Almanya'da görülen dava örneğinde olduğu gibi miras bırakanın ölümü şüpheliyse ve şüphenin bertaraf edilebilmesi için bu verilerin

109 Ersan Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması* (Kazancı Yayınları 1996) 8; Zahit İmre, 'Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler' (1974) 39(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 147, 149.

110 Demir (n 71) 164.

111 Aksoy (n 93) 55.

112 1961 Anayasası'nın 1971 yılı değişikliklerinden önceki özgün halinin 11/2 maddesi: "Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adâlet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz." (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/> ; Erişim Tarihi: 01/02/2023)

incelenmesi gerekiyorsa, bu tür dijital verilerin mirasçılara intikal etmesi gerekmektedir. Ancak bu türden bir yorumun savunulabilmesi için hukuk düzenimizde gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğini de bir kez daha vurgulamakta fayda görmekteyiz. Ayrıca böyle bir noktada üstün yararın var olup olmadığını kimin takdir ve tayin edeceği, bu üstün yarara hizmet eden konuşmaların sınırlarını hangi merciin belirleyeceği gibi hukuki boşluklar içeren, yasal düzenlemelere ihtiyaç duyan konuların da bulunduğuna işaret etmek gerekmektedir.

Kişisel kullanıma özgülenen dijital hesaplarda bulunan verilerin mirasçılara intikal edip etmeyeceğine ilişkin tartışmanın, miras bırakanın herkesin erişimine izin vermediği verilere ilişkin olduğunu vurgulamakta fayda vardır. Bu noktada örneğin miras bırakana ait sosyal medya hesaplarında bulunan ve miras bırakan tarafından paylaşılan videolar, sesler, fotoğraflar gibi dijital verilerin mirasçılara intikal edeceği noktasında herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Zira miras bırakana ait hesap gizli olsa ve sadece arkadaşlık ilişkisi kurduğu kişilerce hesap görüntülenebilse bile sınırlı bir kitle ile paylaşılan bu verilerde miras bırakanın gizlilik amacı gütmeyeceğine, bu verilerin üçüncü kişilerce görülmesini istediğine ilişkin iradesini ortaya koyduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu türden verilerin mirasçılara intikal edeceğinin kabul edilmesi isabetli bir yorum olacaktır.

cc) Karma Nitelikteki Dijital Varlıklar

Karma nitelikteki dijital varlıklar, mameleki değer taşıyan dijital veriler ile kişilik haklarıyla sıkı ilişki içerisinde bulunan ve para ile ölçülebilir bir değer arz etmeyen dijital verileri bünyesinde barındıran değerlerdir. Günümüzde bilhassa sosyal medya hesaplarının, elektronik posta hesaplarının ve bulut bilişim sistemleri kullanılarak yapılan veri depolama işlemlerinin karma nitelik arz eden dijital varlıklar olduğu söylenebilecektir.

Mevcut hukuk düzenimizdeki normlar dikkate alarak yapılan değerlendirmede karma nitelik taşıyan dijital varlıkların miras yoluyla intikal edeceği kanaatini taşımaktayız. Bununla birlikte karma nitelik taşıyan dijital varlıkların intikali konusunda miras bırakan ile üçüncü kişilerin mahremiyet beklentilerini de dikkate alınarak bir çözüm bulunması gerekmektedir. Öte yandan bir dijital varlığın kişisel nitelik arz eden verilere sahip olması, mameleki değerinin yok sayılmasını ve mirasa elverişli olmadığına karar verilmesini de haklı kılmamaktadır. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından da karma nitelikteki dijital varlıkların miras yoluyla intikal etmesini, ancak miras bırakan ile üçüncü kişilerin beklentilerinin korunabilmesi adına da mirasçılara, dijital varlıktaki kişisel nitelik arz eden dijital verileri paylaşmamaları ve gizli tutmaları konularında hukuki düzenlemeler yapılması ve yükümlülük getirilmesi gerektiği kanısındayız. Mirasçılarının bu yükümlülükleri ihlal etmeleri durumunda ise üçüncü kişiler tarafından 4721 sayılı TMK'nin 25. maddesi çerçevesinde kişilik haklarına yapılan saldırıların durdurulması, saldırı nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların tazmin edilmesi, 6698 sayılı KVKK'nın 13. maddesi çerçevesinde veri sorumlusuna başvurulması ve 5237 sayılı TCK'nin 135-140 maddesi çerçevesinde suç duyurusunda bulunulması taleplerinin olumlu karşılanması; miras bırakan açısından ise hukuk düzeninin re'sen harekete geçerek mirasçılara gerekli yaptırımları uygulaması yerinde bir çözüm olacaktır.

SONUÇ

Modern çağda teknolojinin her geçen gün gelişmeye devam etmesi, miras hukukunu yakından ilgilendiren yeni gelişmelerin ortaya çıkmasına yol açmakta ve bu durum da en nihayetinde klasik miras hukuku anlayışının toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilmek adına değişmesine neden olmaktadır. Teknolojide yaşanan ilerlemeye bağlı olarak ortaya çıkan her yeni kavram, insanlar arasındaki hukuki ihtilafın niteliğini değişik boyutlara taşımakta ve bu ihtilafların çözülebilmesi adına farklı ihtiyaç ve talepleri gündeme getirmektedir.

Klasik miras hukuku, miras bırakanın taşınır ve taşınmaz malları, üçüncü kişilerden olan alacakları gibi belli başlı hukuki değerlerin terekeye dahil edilmesi ve mirasçılara intikal etmesi anlayışıyla şekillenmişken modern çağda yaşanan gelişmeler insanların sanal dünyaya olan ilgi ve eğilimlerini artırmış, söz konusu ilgiye bağlı olarak da kripto varlıklar, NFT, sosyal medya hesapları, elektronik posta hesapları, alan adları gibi dijital varlıklar ortaya çıkmıştır. Dijital varlıkların ortaya çıkması ve her geçen gün nitelik ve niceliklerinin değişim göstermesi, miras bırakanın ait terekeye konu olacak değerlerin çeşitlenmesine ve birbirinden tamamen farklı özelliklere sahip dijital varlıkların nasıl ve ne şekilde intikal edeceği tartışmasına yol açmıştır. Miras hukuku anlayışı da bu gelişmelere bağlı olarak değişim göstermeye başlamış ve toplumsal, sosyal, ekonomik dinamiklerle iç içe olan miras hukukunda yeni tartışma konuları gündeme gelmiştir.

Miras bırakanın ait dijital varlıkların terekeye dâhil olup olamayacağı, bunların mirasçılara intikal edip edemeyeceği son dönemde sıkça tartışılan konuların başında gelmektedir. Bu noktada öğretilerde birbirinden farklı görüşler ileri sürülmekte ve hakkaniyete uygun bir çözüme varılmaya çalışılmaktadır. Söz konusu tartışma doktrin düzeyinde kalmamış, mahkemeler huzurunda yargılamalara da konu edilir hale gelmiştir. Bu durum, tartışmanın güncelliğini koruduğunu ve pratikte de yansımaları olan bir mesele haline geldiğini göstermektedir.

Miras bırakanın ait dijital varlıkların kullanım amacı bakımından bir ayırım yapılması ve konunun bu bağlamda ele alınması gerekmektedir. Bu noktada dijital varlıkların salt ticari amaçlarla, salt kişisel amaçlarla ve karma amaçlarla kullanıma konu edilebileceğini söylemek mümkündür. Salt ticari amaçlara hizmet eden dijital varlıklar, miras bırakan tarafından gelir elde edebilmek amacıyla kullanılan ve bizzat para ile ölçülebilir bir karşılığı bulunan dijital değerlerdir. Miras bırakanın ait para ile ölçülebilir değere sahip olan her türlü hak ve alacağın terekeye dâhil olduğunu ve mirasçılara intikal edeceğini ifade eden TMK'nin 599/2 maddesi dikkate alınarak salt ticari amaçlarla kullanılan dijital varlıkların da terekeye dâhil olacağı ve mirasçılara intikal edeceği söylenebilecektir.

Salt kişisel kullanım amacı güdülen dijital varlıklar ise miras bırakan tarafından gelir elde etmek amacıyla kullanıma konu edilmeyen, bizzat para ile ölçülebilir bir karşılığı da bulunmayan dijital değerlerdir. Klasik miras hukuku anlayışına göre, kural olarak, miras bırakanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan ve para ile ölçülebilir bir karşılığı bulunmayan değerlerin, terekeye dâhil olması ve miras yoluyla intikal edebilmesi mümkün değildir. Esas kural para ile ölçülebilir bir karşılığı bulunan değerlerin miras yoluyla intikal edebilmesi olmakla birlikte bizzat Kanun Koyucu tarafından getirilen istisnalar da bulunmaktadır. Bu istisnalardan birisi de maddi bir değeri bulunmasa bile

aile belgeleri ile aile için özel anı niteliği taşıyan eşyaların miras yoluyla intikal edeceğini ifade eden TMK'nin 653. maddesi hükmüdür. Söz konusu hükmün kapsamına miras bırakana ait kişisel mektuplar ve günlüklerin de dâhil olduğu ve bu değerlerin miras yoluyla intikal edebileceği doktrinde kabul edilmektedir. Bu kabul, miras bırakana ait kişisel amaçlarla kullanıma konu edilen dijital hesaplarda bulunan dijital verilerin de terekeye dâhil olacağı ve mirasçılara intikal edeceği sonucunu doğurmaktadır. Bu noktada dijital varlıkların cismani bir varlıklarının bulunmaması nedeniyle eşya olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülse de eşya kavramının dinamik ve değişken bir yapıya sahip olması, Türk Medeni Kanunu'nda Alman Medeni Kanunu'nun aksine şey kavramının sadece fiziksel varlığı bulunan değerleri ifade ettiğine açıkça vurgu yapılmaması, eşya kavramının tanımının yapılmayıp bu tanımının doktrin ve uygulamaya bırakılması gibi göstergeler, eşya kavramının çağın gereksinimlerine uygun olarak değerlendirilmesini ve toplumsal ihtiyaçlara cevap verebilecek şekilde ifade edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu noktada mevcut hukuk normları dikkate alınarak dijital varlıkların eşya olduğunu ve TMK'nin 653. maddesi kapsamında terekeye dâhil edilip mirasçılara intikal edebileceğini kabul etmek gerekmektedir. Olması gereken hukuk bakımından yapılacak değerlendirme ise modern çağda kişisel verilerin muhafazasına büyük bir özen gösterilmeye başlanması, özel hayatın gizliliği ve haberleşme haklarının daha etkin korunabilmesi adına yeni hukuki düzenlemeler yapılması, miras bırakana ait kişisel amaçla kullanıma konu edilen dijital hesaplarda bulunan verilerin terekeye konu olabilmesi için mirasçıların üstün bir yararının bulunması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Mirasçıların miras beklentileri ile miras bırakan ve miras bırakan ile iletişime geçen üçüncü kişilerin mahremiyete ilişkin beklentilerinin çatışmasında, bütün tarafların hukuken meşru menfaat ve beklentileri dikkate alınmalı ve adil ve hakkaniyetli bir çözüm sunan gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

Karma nitelikteki dijital hesaplardaki verilerin ise mevcut hukuk düzeninde yer alan normlar bakımından değerlendirme yapıldığında, muhtevasında kişisel verilerle birlikte para ile ölçülebilir karşılığı bulunan değerleri taşıyan bu tür verilerin mirasçılara intikal edeceği noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu noktada külli halefiyetin temel kıstası olan para ile ölçülebilirlik anlayışına üstünlük tanınmalı ve miras bırakanın kişisel amaçla kullanımını yansıtan dijital verilerin de mirasçılara intikaline cevaz verilmelidir. Ancak olması gereken hukuk bakımından değerlendirme yapıldığında, miras bırakanın ve miras bırakan ile iletişime geçen üçüncü kişilerin başta mahremiyet olmak üzere her türlü meşru menfaat ve beklentileri de dikkate alınmalı ve dijital verileri miras yoluyla edinen mirasçılara, intikale konu kişisel verilerin ifşa edilmemesi adına cezai, hukuki ve idari yükümlülükler getirecek gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Akipek J, Akıntürk T. ve Ateş D, *Kişiler Hukuku* (Beta Yayın Basım 2020).

Akkanat H, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi* (Filiz Kitapevi 2004).

Akkurt S. S, *Dijital Varlıkların Miras Yoluyla Bırakılması* (Seçkin Yayınları 2022).

Aksoy H. C, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması* (Çakmak Yayınları 2010).

- Antalya G, *Eşya Hukuku Cilt I* (Legal Yayıncılık 2021).
- Antalya G. ve Sağlam İ, *Miras Hukuku Cilt III* (Seçkin Yayınları 2021).
- Aslan Bingöl K.L., *Dijital Tereke* (Aristo Yayınevi 2022).
- Ayan M. ve Ayan N, *Kişiler Hukuku* (Mimoza Yayınları 2014).
- Ayiter N, *Miras Hukuku* (S Yayınları 1971).
- Ayiter N ve Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku* (Savaş Yayınları 1991).
- Baskın O, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması* (Seçkin Yayınları 2021).
- Belgesay M. R, *Miras Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1952).
- Berki Ş, *Miras Hukuku* (Ege Matbaası 1959).
- Bilgili F. ve Cengil F, *Blockchain ve Kripto Para Hukuku* (Dora Yayıncılık 2022).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi Cilt I* (On İki Levha Yayınları 2022).
- Dural M, *Miras Hukuku* (AR Basım Yayım 1983).
- Dural M. ve Öz T, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (Filiz Kitabevi 2022).
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (Yetkin Yayınları 2019).
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021).
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (Barış Yayınları 2021).
- Escher A, *Miras Hukuku* (Yeni Cezaevi Basımevi 1949).
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (Yetkin Yayınları 2019).
- Gençcan Ö. U, *Miras Hukuku* (Yetkin Yayınları 2016).
- Göktürk H. A, *Miras Hukuku* (Yeni Cezaevi Matbaası 1955).
- Gönensay S ve Birsen K, *Miras Hukuku* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1963).
- Hatemi H, *Miras Hukuku* (On İki Levha Yayınları 2022).
- İmre Z, *Türk Miras Hukuku* (Sönmez Neşriyat ve Matbaacılık 1960).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (Der Yayınları 2018).
- İnan A. N, *Miras Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1969).
- İnan A.N, Ertaş Ş ve Albaş H, *Miras Hukuku* (Seçkin Yayınları 2015).
- İşgüzar H, Demir M ve Yılmaz S, *Miras Hukuku* (Yetkin Yayınları 2019).
- Kılıçoğlu, A. M, *Miras Hukuku* (Turhan Kitabevi 2019).
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan Kitabevi 2018).
- Köprülü B, *Miras Hukuku Dersleri* (Fakülteler Matbaası 1985).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (Filiz Kitabevi 1987).
- Nomer H.N ve Ergüne M.S, *Eşya Hukuku* (On İki Levha Yayınları 2019).
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku* (Filiz Kitabevi 2015).
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 2018).
- Oğuzman K, *Miras Hukuku Dersleri* (Fakülteler Matbaası 1978).
- Öztan B, *Miras Hukuku* (Yetkin Yayınları 2019).
- Ünal M ve Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku* (Savaş Kitabevi 2021).
- Saymen F, *Türk Medeni Hukuku Umumi Prensipler* (İsmail Akgün Matbaası 1956).
- Serozan R, *Eşya Hukuku I* (Filiz Kitabevi 2014).
- Serozan R ve Engin, B. İ, *Miras Hukuku* (Seçkin Yayınları 2022).

Sirmen L, *Eşya Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021).

Şeker M, *Yazılmamış Sayılma* (On İki Levha Yayınları 2015).

Şen E, *Devlet Ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması* (Kazancı Yayınları 1996).

Veldet H, *Medeni Hukukun Umumi Esasları* (Ahmet Sait Matbaası 1945).

Makaleler

Akçaal M, 'NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi' (2022) 34(159) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 363-396.

Akgül A, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı' (2014) 9(92) Terazi Hukuk Dergisi 72-81.

Altındal H ve Arslan Y. E, 'Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri' (2021) XXV (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 313-351.

Büyüksağış E, Özyiğit S, Mirkelam Falay S, Buldağ İ. E ve Okur M. S, 'Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali' (2021) 47(2) Yargıtay Dergisi 337-408.

Çeliktaş İ, 'Vefat eden kişinin elektronik posta hesabı mirasçılara intikal eder mi?' (2011) 6(62) Terazi Hukuk Dergisi 34-39.

Demir Z. R, 'Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla Geçiş Mümkün Müdür?' (2020) Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Fezyoğlu'nun Anısına Armağan 161-185.

Doğancı D. E, 'Sosyal Medya Kullanıcı Hesabı Sözleşmelerinin Dijital Tereke Yönünden Değerlendirilmesi' (2022) 28(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 329-370.

Farooqui M.O, Sharma B ve Gupta D, 'Inheritance of Digital Assets: Analyzing The Concept of Digital Inheritance On Social Media Platforms' (2022) 16(3) Novum Jus 413-435.

Gezder Ü, 'Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Doktrini' (2007) 65(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 208-209.

Grochowski M.F, 'Inheritance of The Social Media Accounts in Poland' (2019) 27(5) European Review of Private Law 1195-1206.

İleri Ç, 'Dijital Miras – Alman Federal Mahkemesi'nin Facebook Kararı Üzerine Bir İnceleme' (2020) 32(146) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 123-152.

İmre Z, 'Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerin Korunmasına İlişkin Meseleler' (1974) 39(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 147-168.

İnce Akman N, 'Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçiş (Dijital Tereke)' (2018) 9(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 527-560.

Kharitonova J, 'Digital Assets and Digital Inheritance' (2021) 1(1) Law & Digital Technologies 19-26.

Kılınç D, 'Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması' (2012) 61(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1089-1169.

Maraşlı Dinç Y, 'Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras' (2019) 142 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 273-287.

Memiş T ve Turgut C, 'Dijital Miras Konusunda Gözden Kaçanlar' (2020) 6(12) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201-215.

Özdemir G, 'Kripto Paraların Eşya Niteliği' (2021) 11(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 289-306.

Özdemir H, 'Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler' (2009) XIII(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 285-303.

- Özel Ç, 'Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler, (2002) 51 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 47-53.
- Rebecca G. Cummings, 'The Case Against Access to Decedents' E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy' (2014) 15(2) Minnesota Journal of Law Science & Technology 897-947.
- Seiler B. ve Seiler D, 'Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH) und Ripple (XRP) als Sachen im Sinne des ZGB zu behandeln?' (2018) Sui Generis-Die juristische Open Access Zeitschrift 149-163.
- Sheridan P, 'Inheriting Digital Assets: Does The Revised Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act Fall Short?' (2020) 16(2) Ohio State Technology Law Journal 363-394.
- Serozan R, 'Mirasçuya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Mirasçının Aslından Kazandığı Haklar ve Miras Bırakanın Ölüm Sonrasına Uzanan Hakları' (1999) Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan 311-317.
- Taksi Deveciyan M ve Koray Alay H, 'Sürdürülebilirlik Bağlamında Dijital Miras Kavramı' (2022) 13(30) Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi 114-125.
- Tekelioğlu N, 'Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: NFT'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme' (2022) 30(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1301-1329.
- Toygar A, Rohm T. ve Zhu J, 'A New Asset Type: Digital Assets' (2013) 22(4) Journal of International Technology and Information Management 113-119.
- Turan Başara G, 'Kripto Paralarla İlgili Miras Hukukuna Özgü Temel Meseleler' (2023) 14(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15-30.
- Türkmen A, 'Dijital Vasiyetname ve Vasiyetlerin Şekle Uygunluğunun Türk Pozitif Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' (2020) 19(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1239-1320.
- Ulus Karataş E, 'Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları' (2015) 73(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 357-390.
- Uçak M, 'Kişisel Verilerin Ölümünden Sonra Korunması' (2021) 6(10) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-124.
- Yetim S, 'Elektronik Posta Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?' (2008) 3(21) Terazi Hukuk Dergisi 49-65.
- Yıldırım M. F ve Memiş T, 'Elektronik Posta Kutusu Kullanımı ile İlgili Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2005) IX(3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 331-353.
- Yılmaz S ve Erkan V. U, 'Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi' (2020) 11(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 569-586.

İnternet Kaynakları

- <https://sozluk.gov.tr/>
- https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_90.html
- <https://www.statista.com/topics/1538/social-media-marketing/#topicOverview>
- <https://www.statista.com/statistics/325384/online-shopping-order-values-traffic-source/>
- <https://kisiselveri.com/9546ec-turkce>
- <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6710/2019-273>
- <https://gdpr-info.eu/recitals/no-27/>
- <https://www.cnil.fr/fr/la-loi-informatique-et-libertes#article1>
- <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2018/502>
- <https://mkogy.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A1800038.TV>
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted>
- <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/>

<https://core.ac.uk/download/pdf/76346666.pdf>

<https://twitter.com/TwitterSupport/status/119.977.7312054493184?s=20>

<https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/en/terms.html>

<https://www.linkedin.com/legal/user-agreement>

<https://tr-tr.facebook.com/help/memorialized>

<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=86602&pos=0&anz=1>

Anonim Şirketlerde Geçersiz Yönetim Kurulu Kararına Dayanılarak Toplanan Genel Kurulun Durumu

Status of the General Assembly Convened on the Basis of an Invalid Board of Directors' Decision in Joint Stock Companies

Alperen ÖZTÜRK* 

ÖZ

Anonim şirketlerde yönetim kurulu yönetim ve temsil organıdır. Yönetim yetkisi şirketin iç ilişkilerini, temsil yetkisi dış ilişkileri ifade eder. Kural olarak genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi de yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu kararları hukuki işlem niteliğindedir. Bu yüzden kararlar genel ve özel geçerlilik şartlarına uygun olmalıdır. Geçerlilik şartlarına aykırılık halinde yönetim kurulu kararı geçersiz olacaktır. Geçersiz yönetim kurulu kararına dayanılarak toplanan genel kurulda alınan kararlar bu geçersizlikten etkileneyecektir. Genel kurul kararları da hukuki işlem niteliğindedir. Yönetim kurulu kararının geçerli olması genel kurul kararları açısından kurucu unsurdur. Geçersiz yönetim kurulu kararına dayanılarak toplanan genel kurulun kurucu unsuru eksik olacaktır. Bu sebeple alınan genel kurul kararları yok hükmünde kabul edilir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Hukuki İşlem, Yönetim Kurulu, Yönetim Kurulu Kararları, Genel Kurul.

ABSTRACT

In joint stock companies, the board of directors is the management and representative body. The management authority refers to the internal relations of the company, and the representative authority refers to the external relations. As a rule, the authority to call the general assembly meeting belongs to the board of directors. Decisions of the board of directors are in the nature of legal transactions. Therefore, the decisions must comply with the general and special validity conditions. In case of violation of the validity conditions, the decision of the board of directors will be invalid. The decisions taken at a general assembly convened on the basis of an invalid board of directors' decisions will be affected by this invalidity. General assembly resolutions are also in the nature of legal transactions. The validity of the resolution of the board of directors is a founding element in terms of general assembly resolutions. The founding element of the general assembly meeting based on an invalid board decision will be missing. For this reason, such general assembly decisions are considered null and void.

Keywords: Joint Stock Company, Legal Transaction, Board of Directors, Board of Directors' Decisions, General Assembly.

* KTO Karatay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Öğrencisi, Konya Barosu Avukatı. ORCID: 0000-0003-1513-6085

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Alperen ÖZTÜRK

E-posta/E-mail: av.alperenoztrk@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 28.03.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 20.06.2023

GİRİŞ

Günümüz gelişmeleri ve değişimleri neticesinde anonim şirketlerin kimi hallerde daha çabuk karar alması gerekir. Anonim şirketlerde yönetim ve temsil organının yönetim kurulu olması ise farklı sonuçlara yol açar. Hem iç ilişkide hem de dış ilişkide işlem yapma yetkisine sahip olan yönetim kurulu, görev ve yetkilerini belirli kurallara uygun kullanmak zorundadır. İlgili kurallara aykırı şekilde karar alan yönetim kurulunun kararları ise geçersiz olacaktır.

Yönetim kurulu kararlarının hukuki işlem niteliğinde olmasından dolayı, hukuki işlemler için öngörülmüş yaptırım çeşitleri, yönetim kurulu kararları açısından da geçerlidir. Bunun yanı sıra, yönetim kurulu kararları Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) öngörülen geçerlilik şartlarına da uygun olmak zorundadır. Geçersizlik halleri kararın usulüne ilişkin olabileceği gibi esasına yönelik de olabilir. Örneğin, toplantı ve karar nisaplarına uyulmadan karar alınması halinde ilgili yönetim kurulu kararı usulen geçersiz olacaktır. Buna karşın, Anonim Şirket ortağının vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden kararlar esas bakımından sakat olacaktır. Yönetim kurulu kararları hem esas sözleşmede hem de kanunda öngörülmüş olan geçerlilik şartlarına uygun olmalıdır.

Anonim şirketlerde genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi kural olarak yönetim kuruluna aittir. Genel kurulu toplantıya çağırma hususu, yönetim kurulu açısından hem hak hem de görevdir. Yönetim kurulu kararına dayanılarak toplanan genel kurul kararları ise, yönetim kurulu kararının geçersiz olması sebebiyle geçersiz olabilir. Esasında genel kurul kararlarının geçerli olabilmesi için, usulüne uygun bir çağrının varlığı şarttır. Çağrının usule uygun olmaması ise, genel kurul kararlarının geçerliliğini etkileyecektir. Geçersiz bir çağrının söz konusu olması halinde, ilgili genel kurul kararı yoklukla sakat olacaktır. Genel kurul kararları da, yönetim kurulu kararları gibi hukuki işlem niteliğinde olduğu için geçerlilik şartlarını taşımak zorundadır.

I. YÖNETİM KURULUNUN NİTELİĞİ VE TOPLANTILARI

A. YÖNETİM KURULUNUN NİTELİĞİ

Anonim şirket, tüzel kişiliğe sahip olduğu için haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, bunu organları vasıtasıyla gerçekleştirir¹. Yönetim kurulu ise; kanun, esas sözleşme ve genel kurulca verilen görev ve sorumlulukları yerine getirmek amacıyla kanunen kurulan, üyelerinin esas sözleşme veya genel kurul kararı ile seçildiği organdır². Yönetim kurulu, anonim şirketin zorunlu organlarından

- 1 GİZEM ÖZKER, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Toplantı ve Karar Alma Usulleri*, (Seçkin 2022) 19; AYDIN ALBER YÜCE, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçersizliği*, (4. Bası, Seçkin 2022) 23; FATİH BİLGİLİ VE ERTAN DEMİRKAPU, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, (15. Bası, Dora 2019) 183; GİZEM KILIÇ, 'Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları', (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2015) 2; FATMA İNAN, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Toplanması ve Karar Alması', (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2017) 1.
- 2 MERDAN ÇALIŞKAN VE RAHİMİ CAN ÖMÜR, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu*, (Adalet 2020) 24; YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SEÇİLMESİNE İLİŞKİN OLARAK DİĞER HALLER VE DETAYLI AÇIKLAMALAR İÇİN BAKINIZ. RIZA AYHAN, HAYRETTİN ÇAĞLAR, MEHMET ÖZDAMAR, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (Yetkin 2023) 215 vd; HASAN PULAŞLI, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (6. Bası, Adalet 2020) 386 vd; ORUÇ HAMİ ŞENER, *Ortaklıklar Hukuku*, (2. Bası, Seçkin 2015) 353; ÜNAL TEKİNALP, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, (5. Bası, Vedat 2020) 232 vd; NECLE AKDAĞ GÜNEY, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, (2. Bası, Vedat 2016) 7-8; AYRICA YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN BOŞALMASI HALİ GİBİ (TTK m 363) HALLERDE DE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SÖZLEŞME VEYA GENEL KURUL KARARI OLMASIZIN GÖREV YAPMASI MÜMKÜNDÜR.

bir tanesidir³. Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 359/1'e göre ise, yönetim kurulunun tek kişiden oluşması mümkündür. Yönetim kurulu, Genel Kurul'un yetkisine bırakılmayan işlerin tamamı açısından, karar almaya yetkilidir⁴. Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur⁵. Bu durum, TTK m. 365'te "Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur." şeklinde hüküm altına alınmıştır. Yönetim yetkisi şirketin iç ilişkilerini, temsil yetkisi ise dış ilişkilerini ifade eder. Yönetim kurulu kararlarını kural olarak kurul şeklinde verir⁶. Olağan dışı işler açısından mutlaka kurul halinde karar alınması gerekir. Örneğin, iç yönerge hazırlanması veya şirket genel kurul toplantısına karar verilmesi gibi hallerde, yönetim kurulu kurul olarak karar almak zorundadır⁷.

B. YÖNETİM KURULU TOPLANTILARI

Yönetim kurulunun kanun gereği bir takım hakları ve yükümlülükleri bulunur. Şirketin yönetimi ve temsil edilmesi, şirket bütçesinin hazırlanması, genel kurulun almış olduğu kararların uygulanması gibi, haller buna örnek olarak gösterilebilir. Bunun yanı sıra, TTK m. 375'te yönetim kurulunun bir takım devredilemez görev ve yetkileri de bulunmaktadır.

Yönetim kurulu, şirketi yönetim ve temsil yetkisine sahip olduğu için, alacağı kararlar kural olarak yönetim kurulu toplantılarında alınır⁸. Örneğin, borca batıklık durumunda mahkemeye bildirimde bulunulması, genel kurulun toplantıya çağırılması, gibi kararları kurul olarak almak zorundadır. Buna karşın, şirket defterlerinin tutulması, çalışanların tayini ve görevden alınmaları, gibi görevleri ise, kurul halinde toplanmadan yerine getirebilir⁹. Yönetim kurulunun kurul halinde alacağı kararlarda toplantı yapması gerekir. Toplantıların belirli bir usul ve esas dâhilinde ilerlemesi zorunludur. Yönetim kurulu, kendi görev ve yetkisine giren konularda karar alacağı zaman ilgili kurallara uymak zorundadır.

1. Toplantıya Çağrı ve Gündemin Belirlenmesi

Yönetim kurulu, TTK m. 366/1 gereği, kendi içerisinde bir başkan ve başkanın bulunmadığı durumlarda başkanlık yapmak üzere bir de başkan yardımcısı seçer. Toplantı fiziki veya elektronik

- 3 Hüsnü Turanlı, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü', (2013) 17(2) Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 940; Kılıç, (n 2) 3; İnan, (n 2) 3; Ahmet Necip Koçak, 'Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu', (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018) 15.
- 4 Çalışkan ve Ömür, (n 3) 24; Bilgili ve Demirkapı, (n 2) 265; Seda Seyman, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu*, (Adalet 2020) 75; Gözde Engin Günay, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu', (2013) 87(6) İstanbul Barosu Dergisi 168.
- 5 Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, (9. Bası, Beta 2003) 305; Özker, (n 2) 20; Seyman, (n 5) 92; Yüce, (n 2) 27; Soner Altaş, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler*, (10. Bası, Seçkin 2021) 277; Hakan Çebi, *Şirketler Hukuku*, (Seçkin 2020) 164.
- 6 Levent Uysal, '6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu -I', (2009) 80(1) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 318; Bünyamin Gürpınar, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli Ve Elektronik Toplantı Sistemi', (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel Armağanı, 1103; Engin Günay, (n 5) 172.
- 7 Bilgili ve Demirkapı, (n 2) 271.
- 8 Yüce, (n 2) 46.
- 9 İnan, (n 2) 56-57.

ortamda yapılabilir¹⁰. Ayrıca istisnai olarak, TTK m. 390/4 hükmü gereğince, yönetim kurulu üyelerinin toplantı yapmadan da karar alma imkânları vardır.

Yönetim kurulunu toplantıya kural olarak yönetim kurulu başkanı çağırır¹¹. Çağrıda, toplantının yeri, saati ve tarihi gibi hususlar mutlaka belirtilmelidir¹². Kanunda, toplantıya çağırının şekli ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple toplantıya çağrı, herhangi bir şekil şartına tabii değildir¹³. Toplantı yeri ve zamanı ile ilgili de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak toplantı yeri ve zamanı dürüstlük kuralına aykırı olmamalıdır. TTK m. 390 gereğince, yönetim kurulu toplantılarında üyelerin temsilci kullanması mümkün değildir. Yönetim kurulu üyelerinin toplantı yeri, zamanı ve tarihi ile ilgili olarak yeterli bir süre öncesinde haberdar edilmesi gerekir. Yönetim kurulu toplantılarında gündeme bağlılık ilkesi söz konusu değildir¹⁴. Dolayısıyla gündemde olmayan konularda karar alınabilir veya toplantı esnasında gündeme madde eklenebilir¹⁵.

2. Toplantı ve Karar Yeter Sayıları

Toplantı yeter sayısı, alınan kararların geçerliliği açısından önem arz eder¹⁶. TTK m. 390 hükmü, “*Esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır...*” şeklindedir. Kanunda yer alan düzenlemeden dolayı, yönetim kurulu esas sözleşmede veya kanunda belirtilen toplantı ve karar yeter sayılarına uygun olarak toplanmalıdır. Mevcut düzenleme, toplantı ve karar yeter sayısında aranan nisabın artırılmasına izin verirken azaltılmasına izin vermemektedir¹⁷.

Şirket esas sözleşmesine toplantı ve karar nisaplarıyla ilgili hüküm konulması halinde, TTK m.390’da öngörülen nisaplar uygulanmayacaktır. Örneğin, yönetim kurulu, üye tam sayısının üçte ikisi ile toplanır ve kararlarını hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır, şeklinde bir düzenlemenin şirket esas sözleşmesinde yer alması halinde TTK m.390’da öngörülen nisaplar uygulanmayacaktır.

10 Türk Ticaret Kanunu madde 1527: “(1) Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi, bazı üyelerin fiziken mevcut buldukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılması yoluyla da icra edilebilir. Bu hâllerde kanunda veya şirket sözleşmesinde ve esas sözleşmede öngörülen toplantı ile karar nisaplarına ilişkin hükümler aynen uygulanır.”

11 Özker, (n 2) 67; Bilgili ve Demirkapı, (n 2) 271; Gürpınar, (n 7) 1105; Esra Hamamcıoğlu, ‘Yargıtay Kararları Işığında Bir Veya Birkaç Yönetim Kurulu Üyesine Toplantı Davetinin Hiç Ya Da Kararlaştırılan Usule Uygun Yapılmamasının Sonuçları’, (2021) 16(197-198) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 126.

12 Özker, (n 2) 70; Hamamcıoğlu, (n 12) 132.

13 Çebi, (n 6) 198; Yüce, (n 2) 51; Kılıç, (n 2) 58; Özker, (n 2) 68; Koçak, (n 4) 74; İnan, (n 2) 59.

14 Rasim Can Çakır, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu’, (2014) 88(5) İstanbul Barosu Dergisi 124, Yüce, (n 2) 53, Hamamcıoğlu, (n 12) 133.

15 Bilgili ve Demirkapı, (n 2) 271; Çalışkan ve Ömür, (n 3) 42; Koçak, (n 4) 73.

16 İnan, (n 2) 64.

17 Altaş, (n 6) 299; Çebi, (n 6) 199; Özker, (n 2) 91; Gürpınar, (n 7) 1108; Kılıç, (n 2) 62; Engin Günay, (n 5) 176; Hediye Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, (On İki Levha Yayıncılık 2015) 55, Ancak 6762 Sayılı TTK’da ise toplantı ve karar nisaplarının hafifletilmesi mümkündür, Aynı yönde Bknz. Sami Karahan, ‘Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantı Nisapları’, (1988) 1(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 197.

II. YÖNETİM KURULU KARARLARININ GEÇERSİZLİĞİ

Yönetim kurulu kararları hukuki işlem niteliğinde olduğu için kararların kamu düzenine ve kanuna aykırı olmaması ayrıca emredici kurallara da uygun olması gerekir¹⁸. Hukuki işlemler için öngörülen yokluk, butlan ve iptal edilebilirlik yaptırımları, yönetim kurulu kararları açısından da geçerlidir¹⁹. Her ne kadar iptal edilebilirlik yaptırımının yönetim kurulu kararları açısından mümkün olmadığı düşünülse de, kanun koyucu TTK'da istisnai olarak yönetim kurulu kararlarının da iptal edilebilirlik yaptırımına tabii olacağını düzenlemiştir²⁰. Buna karşın doktrinde, yönetim kurulu kararlarına karşı askıda geçersizlik yaptırımının da uygulanabileceğini düşünen yazarlar bulunmaktadır²¹.

Yönetim kurulu kararlarının geçerli olabilmesi için, gerek hukuki işlemler için öngörülen genel geçerlilik şartlarına gerekse özel olarak yönetim kurulu kararları için öngörülen geçerlilik şartlarına uygun olması gerekir²². İlgili geçerlilik şartlarına uygun olmayan yönetim kurulu kararları geçersizdir.

Hukuki işlemlerin geçersizliği açısından özellikle butlan ve yokluk yaptırımları arasında fark bulunmaktadır²³. Yokluk ve butlan arasındaki fark, hukuki sebeplerdedir²⁴. Yokluk halinde, yönetim kurulu kararının geçerli olabilmesi için gereken kurucu unsurlarda eksiklik söz konusudur. Örneğin, toplantı ve karar nisaplarına uyulmaksızın alınan yönetim kurulu kararları yoklukla sakat olacaktır. Yokluk halinde hukuki işlem içerdiği eksiklikler nedeniyle şeklen dahi geçerlilik kazanamamaktadır²⁵. Butlan halinde ise hukuki işlemin tahvil yoluyla ayakta tutulması ve hukuki işleme hüküm ve sonuç

18 Kadir Özdemir, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü', (2011) 6(53) Terazi Hukuk Dergisi 27; Çalışkan ve Ömür, (n 3) 63; Özker, (n 2) 114.

19 Çalışkan ve Ömür, (n 3) 63; TTK m. 391'in gerekçesinde "Yönetim kurulu kararları iptal edilemez..." şeklinde düzenleme yer almaktadır. Buna karşın TTK m. 192/2 ve 460/5'de yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açma hakkı istisnai olarak tanınmıştır.

20 Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin olarak yönetim kurulu tarafından karar verilmesi hali açısından TTK m. 192/2 hükmü, "Kararın bir yönetim organı tarafından verilmesi hâlinde de bu dava açılabilir." şeklindedir. Ayrıca kayıtlı sermaye sisteminin kabul edildiği anonim şirketlerde yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmasını düzenleyen TTK m. 460/5 hükmü ise, "Yönetim kurulu kararları aleyhine, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri, 445 inci maddede öngörülen sebeplerin varlığı hâlinde kararın ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde iptal davası açabilirler..." şeklindedir.

21 İnan, (n 2) 117; Koçak, (n 4) 88; Akın Erkan, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı', (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2021) 26; Yüce, (n 2) 225.

22 Özker, (n 2) 114.

23 Butlan ve yokluk halinin ayırımına ilişkin olarak Yargıtay'ın değerlendirmesine ilişkin olarak, Yargıtay HGK, E 2002/2-441 K 2002/433, 29.05.2002, " Bilindiği gibi bir hukuki işlemin konusu (içeriği) itibarıyla olduğu gibi meydana geliş bakımından emredici hukuk kurallarına aykırı olabilir, işlemin meydana gelişine ilişkin olan emredici hukuk kuralları hukuki işlemin unsurlarını oluşturan onun mevcudiyeti şartlarını belirleyen şekli nitelikli hükümlerdir ve bu özellikleri itibarıyla konuya (içeriğe) ilişkin olan maddi nitelikteki hükümlerden ayrılırlar. Şekli nitelikteki emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde kurucu unsurlarını, örneğın irade beyanının, icap kabulün bulunmaması halinde hukuki işlem şeklen dahi meydana gelmemektedir; İsviçre Alman ve Türk Hukukunda hukuki işlemin şekli unsurlarını tespit eden emredici hukuk kurallarına aykırılık sebebiyle hukuki işlemin mevcudiyet kazanmaması halinde hukuki işlemin yokluğundan söz edilir..." (Legalbank).

24 Pulaşlı, (n 3) 352, Ayrıca butlan halinde hukuki işlemin özünde, içeriğında emredici hukuk kurallarına aykırılığın bulunduğu yönünde baknz. Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, (8. Bası, On İki Levha 2017) 33.

25 Moroğlu (n 25) 36; Şekil ve usul açısından emredici hükümlere aykırılığın yokluk sonucunu doğuracağı yönünde baknz. Yargıtay 11 HD, E 2015/15625 K 2016/3083, 21.03.2016 (Legalbank).

bağlanabilmesi mümkündür²⁶. Özetle, yokluk ve butlan hali hukuki işlemin kurucu unsurlarına yönelik olsa da, yokluk halinde ilgili hukuki işlem doğmamıştır. Butlan halinde ise, hukuki işlem meydana gelmesine karşın geçerlilik şartlarını taşımasından dolayı hukuki sonuçlarının meydana gelmesi mümkün değildir.

A. YOKLUK

Yönetim kurulu kararlarının kurucu unsurlarının eksik olması halinde, karar yok hükmündedir²⁷. Yönetim kurulu kararları açısından iki farklı kurucu unsur söz konusudur. Bunlar, mevcut bir yönetim kurulu toplantısı ve emredici hükümlere uygun alınan kararlardır²⁸.

Kurucu unsurlara aykırı şekilde alınan yönetim kurulu kararı yokluk yaptırımına tabii olacaktır. Örneğin, toplantı ve karar yeter sayılarına uyulmadan karar alınması yönetim kurulu kararlarının yok hükmünde olmasına neden olacaktır²⁹. Ayrıca, yetkili kişiler tarafından çağrı yapılmaması³⁰, oylama yapılmaksızın karar alınması³¹, üye sıfatı bulunmayan kişilerin katılımıyla karar alınması³², yönetim kurulu üyelerinden bir veya bir kaçının toplantıya çağrılmadan toplantı yapılması ve karar alınması³³ gibi haller, alınan kararların yok hükmünde olmasına sebep olacaktır.

Yok hükmünde olan kararların tespiti için, menfaati bulunan her ilgili mahkemeden talepte bulunulabilir³⁴. Bu taleple açılan dava, tespit davası niteliğindedir³⁵. Yokluk halinin söz konusu

26 İbid 37.

27 Ufuk Ünlü, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçersizliği', (2017) 12(127) Terazi Hukuk Dergisi 114; Çalışkan ve Ömür, (n 3) 64, Ayhan, Çağlar ve Özdamar, (n 3) 240.

28 İnan, (n 2) 105-106; Yüce, (n 2) 67; Hakan Şeker, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü', (2020) 39(149) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 211; Yönetim kurulu toplantısında yer alan üyelerin beyanının alınması ve bu beyanların tutanağa geçirilmesinin de kurucu unsur olduğu yönünde baknz. Ceren Su, 'Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları', (2005) 2(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi Dergisi 222; Mehmet Emin Doğan, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantısı', (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2018) 55.

29 Yargıtay 11 HD, E 2001/7442 K 2001/7269, 01.10.2001 (Sinerji); Benzer nitelikte kararlar için bkz. Yargıtay 11 HD, E 1998/4708 K 1998/8221, 26.11.1998 (Sinerji); Yargıtay 11 E 2001/ 11392 K 2002/427, 24.01.2002 (Sinerji); Yargıtay HGK, E 11-825 K 2002/ 998, 20.11.2002 (Sinerji); Yargıtay 11 HD, E 2013/2111 K 2013/15128, 06.09.2013 (Sinerji); Yargıtay 11 HD, E 2005/10433 K 2006/11322, (Sinerji); Yargıtay 11 HD, E 2001/3660 K 2001/5777, (Sinerji); Yargıtay HGK, E 2017/23-859 K 2017/1719, 13.12.2017 (Sinerji); Yargıtay 11 HD, E 2016/2190 K 2017/4998, 03.10.2017 (Sinerji); Aynı yönde bkz. Çebi, (n 6) 203; Çalışkan ve Ömür, (n 3) 64; Yüce, (n 2) 82-83, Şeker, (n 24) 212; Kılıç, (n 2) 83; Koçak, (n 4) 83, Doğan, (n 25) 56.

30 Şeker, (n 24) 212, Yüce, (n 2) 71, Hamamcıoğlu, (n 12) 153.

31 Yüce, (n 2) 83.

32 İnan, (n 2) 108; Yüce, (n 2) 73.

33 Hüzin Üçışık, 'Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Sakatlığı Konusunda Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi', (2011) 3(5) Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi 58; Aksi yönde Bknz. Hamamcıoğlu, (n 12) 153; Aynı şekilde Yargıtay, yönetim kurulu üyeleri arasında bulunan husumetten dolayı üyenin toplantıya çağrılmamasını haklı neden olarak kabul etmiştir, Yargıtay 11 HD, E 2014/6772 K 2014/12693, 02.07.2014 (Yargıtay); Yargıtay bir başka kararında ise, toplantı ve karar nisaplarına uyulması koşuluyla toplanan ve görev dağılımını yaptığı yönetim kurulu toplantısına, bir veya birkaç yönetim kurulu üyesinin çağrılmaması halinde alınan kararların geçerli olacağına hükmetmiştir, Yargıtay 11 HD, E 2016/5382 K 2017/3443, 06.06.2017 (Yargıtay).

34 Poroy, Çamoğlu ve Tekinalp, (n 6) 302; Çebi, (n 6) 203; Turanlı, (n 4) 948, Yargıtay HGK, E 2013/11-1048 K 2014/430, 02.04.2014 (Yargıtay); Aksi yönde Bknz. Turanlı, (n 4) 948 dipnot 41'de yer alan yazarlar.

35 Yargıtay 11 HD, E 1988/3414 K 1989/260, 26.01.1989 (Sinerji); Aynı yönde Bknz. Yüce, (n 2) 90, Mehmet Cemil Türk, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali*, (Adalet 2019) 57.

olduğu durumlarda, dava açma süresi bulunmamaktadır³⁶. Ancak, davanın iyi niyet kuralına aykırı olacak şekilde ileri sürülmemesi gerekir³⁷. Davada davalı ise, anonim şirket tüzel kişiliği olacaktır³⁸.

Yokluk yaptırımı, kurucu unsurları eksik olan hukuki işlemler açısından söz konusu olacaktır. Kurucu unsurun eksik olduğu hallerde, ilgili karar hiç ortaya çıkmamaktadır. İlgili kararın daha sonra geçerli hale gelmesi de mümkün değildir. TTK'da özel bir düzenleme söz konusu olmadığı için, yokluk halinde yapılan değerlendirmeler genel kurallara göre yapılacaktır.

B. BUTLAN

Batıl kararlar başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmazlar, kurucu unsurları tam olmasına rağmen geçerlilik unsurları eksiktir³⁹. Buna göre, işlem başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacak, butlan sebebi ortadan kalksa dahi geçerlilik kazanmayacaktır⁴⁰. TBK m.27'de aranan geçerlilik şartları, uygun düştüğü ölçüde yönetim kurulu kararları açısından da uygulama alanı bulacaktır⁴¹. TTK m. 391'de ise, yönetim kurulu kararlarının batıl olacağı haller örnekleme yoluyla sayılmıştır⁴². Yönetim kurulu kararlarının hem TBK m. 27'ye hem de TTK m. 391'e uygun olması gerekir.

Türk Ticaret Kanunu m. 391'e göre, yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunun tespiti mahkemeden istenebilir. Tüm ilgililer herhangi bir süre sınırı olmaksızın tespit isteminde bulunabilir⁴³. Menfaati bulunan herkes bu davayı açma hakkına sahiptir⁴⁴.

36 Çebi, (n 6) 204; İnan, (n 2) 109; Yüce, (n 2) 91; Ünlü, (n 23) 115, Duygu Apaydın, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlük Halleri Ve İptali', (2019) 11(119) Fasikül Hukuk Dergisi 8; Rıdvan Alkan, *TTK Bağlamında Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali*, (Legal 2021) 50; Aynı yönde Yargıtay 11 HD, E 2011/3387 K 2013/4278, 07.03.2013 (Sinerji).

37 Aksi yönde görüşler için; Üçışık, (n 30) 58; Şeker, (n 24) 215; Yüce, (n 2) 197. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da yok hükmünde olan kararlara karşı dava açılması hususunda iyi niyet kuralının uygulama alanı bulmayacağı ve ilgili kararlara karşı her zaman dava açılabileceği yönünde karar vermiştir. "Yokluk ile butlan arasındaki en önemli fark ise TMK'nin 2. maddesi gereğince hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında ortaya çıkar. Butlan durumunda şekli anlamda bir genel kurul kararı mevcut olduğundan bu kararı ve butlan sebeplerini bilen bir kişinin aradan uzun bir süre geçtikten sonra dava veya itiraz yoluyla genel kurul kararının butlanına dayanması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabilir. Hâkim butlanın ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı veya hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığını her olayda re'sen ve ahval ve şartların heyeti umumiyesini göz önünde tutarak serbestçe takdir edecektir. Oysa yokluk durumunda, ortada şekli bakımdan dahi bir genel kurul kararı bulunmadığından bunun yokluğunun tespit edilmesinin istenmesi hiçbir şekilde hakkın kötüye kullanılmasında değerlendirilemeyecektir..." Yargıtay HGK, E 2021/701 K 2022/275 08.03.2022 (Lexpera).

38 Alkan, (n 33) 51.

39 Ünlü, (n 23) 115; Kılıç, (n 2) 85; Yüce, (n 2) 97; Çebi, (n 6) 204; Özker, (n 2) 83; Şeker, (n 24) 214.

40 Yüce, (n 2) 102-103, İnan, (n 2) 109.

41 Aynı yönde bkznz. Yüce, (n 2) 102 vd; Koçak, (n 4) 84; Çalışkan ve Ömür, (n 3) 65; Kılıç, (n 2) 89.

42 Apaydın, (n 33) 8; Erkan, (n 21) 27; Ünlü, (n 23) 115; Çalışkan ve Ömür, (n 3) 65.

43 Çebi, (n 6) 204; Çalışkan ve Ömür, (n 3) 69, Pekdiñer, Tamer, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçerliliği (Özellikle Batıl Yönetim Kurulu Kararları) (TTK m. 391)', (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 675; Benzer yönde baknz. Yargıtay HGK, E 2013/11-1048 K 2014/430, 02.04.2014 (Legalbank).

44 İnan, (n 2) 110; Ünlü, (n 23) 115; Çalışkan ve Ömür, (n 3) 69; Pekdiñer, (n 40) 675 Aksi yönde bkznz. Çebi, (n 6) 204.

1. Eşit İşlem İlkesine Aykırılık

Eşit işlem ilkesi, aynı konum ve durumda bulunan şirket ortaklarına eşit davranılması ve eşit muamele yapılmasını ifade eder⁴⁵. Eşitlik ilkesi, anonim şirketlerde çoğunluğun haklarına kanuni bir sınır çekmek ve azınlık ile çoğunluk arasındaki menfaat dengesini korumayı amaçlar⁴⁶. Bu ilkeye aykırılık halinde, TTK m. 391 gereğince, yönetim kurulu kararı batıl olacaktır. Ayrıca eşit işlem ilkesine aykırılık hem genel kurul kararlarında hem de yönetim kurulu kararlarında söz konusu olabilir⁴⁷.

Mutlak eşitlik, ortaklar arasında çeşitli nedenlerle ortaya çıkan farklar göz önünde bulundurulmaksızın uygulanan eşitliktir⁴⁸. Mutlak eşitlik ilkesinin uygulandığı durumlarda yalnızca kullanılan ölçü eşit olduğu için sonuçlar eşitsizliğe sebebiyet verebilmekte ve mevcut şart ve durumların değişkenliğine göre eşitsizlik artış gösterebilmektedir⁴⁹. Özellikle; genel kurula katılma, oy kullanma, özel denetçi atanmasını isteme, sorumluk davası açma, bilgi alma ve inceleme hakkı gibi haklarda mutlak olarak eşit işlem ilkesi uygulama alanı bulacaktır⁵⁰. Bu gibi emredici hükümlerle koruma altına alınan hakların ortadan kaldırılması mümkün değildir⁵¹.

Nispi eşitlik ise, mutlak eşitlik ilkesinde yer alan herkes için eşitlik düşüncesinin aksine orantılı eşitlik düşüncesinden pay sahiplerinin aynı şartlar altında aynı işleme tabii tutulmasını, pay sahipleri arasında olumlu veya olumsuz ayırım yapılmamasını malvarlığı haklarında sermayeye katılım oranının esas alınmasını amaçlayan ilkedir⁵². Nispi eşitlik ilkesi, mutlak eşitlik ilkesinin aksine kimi durumlarda ortadan kaldırılabılır⁵³. Örneğin, karda imtiyazlı payların adi paylara oranla daha fazla kâr almasına yönelik karar verilmesi, pay bedeline mahsuben yapılan ödemeler yerine itibari değer in kâr dağıtımını açısından uygulanacağını belirlemek eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir⁵⁴.

Doktrinde; genel kurul kararlarında eşit işlem ilkesine aykırılık halinin iptal sebebi olarak düzenlenmesi, Sermaye Piyasası Kanunu m. 18/6'da da benzer bir düzenlenmenin yer alması ve TTK m. 357 hükmünün gerekçesinde⁵⁵ de eşit işlem ilkesine aykırılığın iptal sebebi olarak belirtilmesine karşın,

45 Pulaşlı, (n 3) 403; İnan, (n 2) 111; Özker, (n 2) 83; Pekdiçer, (n 40) 677, Aynı yönde Bknz. Yargıtay 11 HD, E 2016/6289 K 2016/9804, 26.12.2016 (Yargıtay); Yargıtay 11 HD, E 2018/353 K 2019/2685, 08.04.2019 (Yargıtay).

46 Bahar Sayın, (n 18) 99; Setenay, Yağmur *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi*, (On İki Levha 2020) 16; Şükrü, Yıldız, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*, (Seçkin 2004) 23-59; Necla, Akdağ Güney, 'Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi' (2014) 18(3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121.

47 Ayrıntılı bilgi için baknz. Yağmur (n 48) 243 vd.

48 Bahar Sayın, (n 18) 101; Benzer yönde baknz. Yağmur, (n 48) 33.

49 Yağmur (n 49) 16; Yıldız (n 49) 33.

50 Pulaşlı, (n 3) 404; Çalışkan ve Ömür, (n 3) 66; Erkan, (n 21) 32; Yıldız (n 49) 17; TTK m. 437/2 düzenlemesinin eşit işlem ilkesine yönelik olduğuna ilişkin olarak baknz. Şener, (n 3) 520.

51 Akdağ Güney, (n 48) 123; Yağmur (n 48) 17.

52 Bahar Sayın, (n 18) 101; Yağmur (n 48) 19; Akdağ Güney (n 52) 123; Haklardan yararlanma durumunun esas sermayeye katılım oranının göz önünde bulundurulması dikkate alınmasından dolayı bu ilkeye "oransallık ilkesi" de denmektedir. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 6) 616.

53 Akdağ Güney (n 48) 123.

54 Yağmur (n 48) 20; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 6) 627.

55 "Pay sahipleri eşit işlem ilkesinden oyları ile ve somut olaya özgü olarak vazgeçebilirler. Ancak ilke bütünü ile ve her hâl için kaldırılamaz. Eşit işlem ilkesi bazı durumlarda mutlaktır. Eşit işlem ilkesine aykırılığın hukuki sonucu, somut olayın şartlarına bağlı olmak şartı ile iptaldir; iptal söz konusu tek sonuç değildir. İlke pay sahiplerinin "pay sahibi" sıfat ve konularıyla ilgili olduğu için, şirket dışı işlemleri düzenleyen bir hüküm olan 358 inci maddeye uygulanmaz."

TTK m. 391'de eşit işlem ilkesine aykırılığın butlan sebebi olarak düzenlenmesine dikkat çekilmektedir. Görüşe göre, yönetim kurulu kararlarında eşit işlem ilkesine aykırılığın söz konusu olduğu hallerde, genel kurul kararlarında olduğu gibi iptal edilebilirlik yaptırımı söz konusu olmalıdır⁵⁶. Ayrıca, kayıtlı sermaye sistemine tabii anonim şirketlerde eşitlik ilkesine aykırı kararlar açısından kimi hallerde iptal edilebilirlik yaptırımı söz konusu olurken, esas sermaye sistemine tabii anonim şirketler açısından ise butlan yaptırımının söz konusu olacağını düşünen yazarlar da bulunmaktadır⁵⁷. Kanaatimizce de, örneğin kayıtlı sermaye sistemine tabii anonim şirketlerde rüçhan hakkının eşit işlem ilkesine aykırı şekilde kısıtlanması halinde uygulanacak olan yaptırım türü, iptal edilebilirlik olacaktır⁵⁸.

Doktrinde, yönetim kurulu kararları açısından butlan ve iptal edilebilirlik yaptırımından başka hukuki sonuçların da ortaya çıkabileceğini düşünen bir görüşte bulunmaktadır⁵⁹. Ayrıca, doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, eşit işlem ilkesine aykırılık halinde iptal tek yaptırım türü değildir. Eşit işlem ilkesine aykırılık halinde ilgili kararlara karşı butlan davası açılması da mümkündür⁶⁰. Eşit işlem ilkesine aykırılık hali hem yönetim kurulu kararları hem de genel kurul kararları açısından mümkün olabilir. Zira her iki kurul kararı da hukuki işlem niteliğindedir. Ayrıca, eşit işlem ilkesine aykırılık halinde yaptırım türü belirlenirken “*süreklilik*” kriterinin kullanılması görüşüne katılmaktayız⁶¹.

2. Anonim Şirketin Temel Yapısına Uymayan veya Sermayenin Korunması İlkesine Uymayan Kararlar

Türk Ticaret Kanunu m. 391'de ayrıca, anonim şirketin temel yapısına uymayan kararların da batıl olacağı düzenlenmiştir⁶². Temel yapı kavramı, ilgili kanun maddesinin gerekçesinde⁶³, ifade edilmiştir. Anonim şirketin temel yapısına ilişkin kararlar ise örneğin⁶⁴, yönetim kurulunun

56 Ayrıntılı bilgi için bknz. Kılıç, (n 2) 87; İnan, (n 2) 112; İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, (BATİDER 2/2 2017) 85; Moroğlu, (n 24) 48 vd. Doktrinde genel kurul kararlarında eşit işlem ilkesine aykırılık halinde iptal davası açılabilmesinin gerekçesinin TTK m. 445 düzenlemesi ve dürüstlük kuralı ilkesinin olduğunu düşünen yazarlar da bulunmaktadır, ayrıntılı bilgi için baknz. Moroğlu (n 45) 213-214; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, (n 6) 619; Yıldız, (n 48) 54; Buna karşın doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre genel kurul kararlarına karşı eşit işlem ilkesine aykırılıktan dolayı iptal davasının açılabilmesinin nedeni kanuna aykırılıktır, Yağmur, (n 48) 249; Akdağ Güney (n 48) 127-128; Cafer, Eminoğlu, 'Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından "Eşit Şartlarda Eşit İşlem" İlkesi', (2015) 1(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 86.

57 Çalıkan ve Ömür, (n 3) 67, Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 3) 83.

58 Çağlar Manavgat, 'Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi', (2013) 29(1) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 77.

59 Ayrıntılı bilgi için baknz. Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, (n 3) 185, 243 vd.

60 Eşit işlem ilkesine aykırılık halinde “*butlanın ikinciliği*” ilkesi ve ayrıntılı bilgi için baknz. Yağmur (n 48) 249.

61 Ayrıntılı bilgi için baknz. Yağmur (n 48) 251; Benzer yönde, Akdağ Güney, (n 48) 128; Moroğlu (n 6) 207.

62 Yargıtay HGK, E 2013/11-1048 K 2014/430, 02.04.2014 (Yargıtay).

63 “...Anonim şirketin tanımına, pay sahiplerinin hakları ve borçları düzenine ve organsal yapısına aykırı kararlar temel yapıya aykırıdır. Temel yapı ile kastedilen, anonim şirketi taşıyan ana kolonlardır. Yukarıda verilen “ek ödeme yükümü” bu niteliktedir. Bir üçüncü kişinin meselâ büyük kredi veren bir bankanın pay sahibine eş (temettü, tasfiye payı, genel kurula katılma gibi) haklarla donatılması veya yönetim kurulu kararlarında ona veto hakkı tanınması temel haklar düzenine; üye olmayan bir kişinin yönetim kurulunda üye haklarına sahip kılınması, organsal yapıya aykırıdır.” şeklinde

64 Yüce, (n 2) 137 vd. Aynı şekilde Yargıtay, Anonim Şirketin tanımına, ortakların haklarına ve borçları düzenine, Anonim Şirketin organsal yapısına ilişkin kararları temel yapıya ilişkin karar olarak kabul etmektedir. Yargıtay 11 HD, E 2017/15026 K 2017/2343, (Naklen, ŞEKER, (n 24) 215, dipnot 26).

kanuna aykırı şekilde belirlenmesi, denetimin kaldırılması, kâr payının ortak olmayanlara tamamen dağıtılması, yönetim kurulu üyelerinin bireysel şekilde genel kurulu toplantıya çağırması, ortakların taahhüt ettikleri bedelin ödenmesinin ibra edilmesi, görev süresi dolmuş yönetim kurulu üyesinin görev süresinin yönetim kurulu tarafından uzatılmasıdır.

Sermayenin korunması ilkesi de, anonim şirketin temel yapısına ilişkin bir ilkedir. Adı geçen ilke anonim şirketin, sermaye şirketi olması ve ortakların başvurabileceği tek malvarlığının sermaye olması sebebiyle getirilmiştir⁶⁵. Örneğin, intifa hakkı sahiplerine oy hakkı tanınması, bedeli tamamen ödenmemiş paylar açısından hamiline yazılı pay senedi çıkarılması, itibari değer altında olacak şekilde pay ihracı gibi hallerde anonim şirketin temel yapısına aykırılık söz konusu olacaktır⁶⁶.

3. Pay Sahiplerinin Vazgeçilmez Nitelikteki Haklarını İhlal Eden veya Kullanılmalarını Güçleştiren ya da Ortadan Kaldıran Kararlar

Pay sahiplerinin hakları; rızası olmadan değiştirilememe, vazgeçilememe, imtiyazlı paylardan doğma, tanındıkları yer ve konular açısından sınıflandırılabilir⁶⁷. Vazgeçilmez haklar ise, sınırlandırılması veya kaldırılması pay sahibinin iradesine bağlı olmayan, pay sahibinin rızası olsa dahi ondan alınamayan ve pay sahibinin vazgeçemeyeceği cinsten haklardır⁶⁸. Vazgeçilmez haklar genel olarak; yönetim veya genel kurul kararlarının butlanının tespitinin istenmesi veya bu kararların iptalinin dava edilmesi, genel kurula katılma ve buna bağlı olan hakların kullanılması, sorumluluk davası açma gibi haklardır⁶⁹. Kanun metninde, “*özellikle*” ifadesinin yer almasından dolayı yalnızca vazgeçilmez hakların korunmadığı da anlaşılmaktadır.

Anonim şirket ortağının bazı durumlarda haklarını kullanmaktan vazgeçmesi mümkündür. Örneğin, ortak genel kurula katılmayabilir veya katıldığı halde oy kullanmayabilir. Burada önemli olan, ortağın hakkından peşinen vazgeçmemesi, onayı olsa dahi hakkın ondan alınamayacak olmasıdır⁷⁰. Kimi hallerde ortak sahip olduğu hakkı kullanmak istemese dahi, hakkın yönetim kurulu kararı ile ondan alınması mümkün değildir. Bu hakları ihlal edecek şekilde yönetim kurulu kararı alınması halinde, ilgili kararlar batıl olacaktır.

4. Diğer Organların Devredilemez Yetkilerine Giren ve Bu Yetkilerin Devrine İlişkin Kararlar

Anonim şirketin iki organı olmasından dolayı, kanunda yer alan “*diğer organlar*” ifadesinden genel kurul anlaşılmalıdır⁷¹. Kanun koyucu, iki organ arasındaki görev ve yetki ayrımını önemsemiş durumdadır. TTK m.375’te yönetim kurulunun, TTK m. 408/2’de ise genel kurulun devredilemez yetkileri sayılmıştır.

65 Yüce, (n 2) 155.

66 Çalışkan ve Ömür, (n 3) 68; Ünlü (n 23) 117.

67 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 6) 493; “*Mali ve Kişisel Haklar*” ayrımı için bkz. Çalışkan ve Ömür, (n 3) 68.

68 Çebi, (n 6) 206; İnan, (n 2) 114; Pulaşlı, (n 42) 405; Erkan, (n 21) 39.

69 Pulaşlı, (n 42) 405; Pekdinçer, (n 40) 679.

70 Koçak, (n 4) 87.

71 Aksi yönde bkz. Pekdinçer, (n 40) 679.

Yönetim kurulunun devredilemez yetkileri ise kanunda sınırlı olarak sayılmadığı için, esas sözleşme ya da genel kurul kararı ile birlikte bunlara ek olarak devredilemez yetkiler öngörülebilir⁷². Buna karşın, kanunda öngörülen devredilemez yetki ve görevlere ilişkin olarak sınırlama getirilemez. Yönetim kurulunun yetkilerini şirkete, ortaklara ya da üçüncü kişilere devretmesi halinde, ilgili karar batıl olacağı için yönetim kurulunun sorumluluğu devam edecektir⁷³. Aynı şekilde Yargıtay, yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinin genel kurul tarafından kullanılması halinde, genel kurulda alınan kararların batıl olacağına hükmetmiştir⁷⁴.

Batıl bir karar başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacağı için açılacak olan dava tespit davası niteliğindedir⁷⁵. Aynı şekilde butlanın tespiti davası, menfaati bulunan herkes tarafından herhangi bir süre şartına tabii olmadan ileri sürülebilir⁷⁶. Ancak butlanın tespiti davası, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde ileri sürülemez⁷⁷. Butlanın tespiti davasında da, şirket tüzel kişiliği davalı olacaktır.

C. İPTAL EDİLEBİLİRLİK

İptal edilebilirlik yaptırımına tabii olan işlemler, mahkeme kararı ile geçersizlikleri tespit edilene kadar hüküm ve sonuç doğurmaya devam eder⁷⁸. Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Aslında bu durum, TTK m. 391'in gerekçesinde de açıklanmıştır. Buna karşın, kanun koyucu iki halde yönetim kurulu kararlarının iptal edilebileceğini düzenlemiştir. Bu maddeler, TTK m. 192/2 ve m. 460/5'tir.

Türk Ticaret Kanunu m. 192'de yer alan hüküm, " (1) 134 ilâ 190 ncı maddelerin ihlali hâlinde, birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararına olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirmiş bulunan birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan şirketlerin ortakları; bu kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren iki ay içinde iptal davası açabilirler. İlanın gerekmediği hâllerde süre tescil tarihinden başlar. (2) Kararın bir yönetim organı tarafından verilmesi hâlinde de bu dava açılabilir." şeklindedir. Görüldüğü üzere kanun koyucu belirli şartların gerçekleşmesi halinde yönetim kurulu kararlarının iptal edilebileceğini düzenlemiştir.

Türk Ticaret Kanunu m. 460 hükmü ise, " Yönetim kurulu kararları aleyhine, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri, 445 inci maddede öngörülen sebeplerin varlığı hâlinde kararın ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde iptal davası açabilirler. Bu davaya 448 ilâ 451 inci maddeler kıyas yoluyla uygulanır." şeklindedir. Kanun koyucu, kayıtlı sermaye sisteminin uygulandığı anonim şirketlerde de yönetim kurulu kararlarının iptal edilebilir olduğunu düzenlemiştir.

72 Yüce, (n 2) 175.

73 Yüce, (n 2) 175.

74 Yargıtay 11 HD, E 2016/1448 K 2017/4198, 11.09. 2017 (Legal).

75 Apaydın, (n 33) 10, Türk, (n 32) 69; Yüce, (n 2) 182.

76 Çalışkan ve Ömür, (n 3) 70; Yüce, (n 2) 190-194; İnan, (n 2) 117; Erkan, (n 21) 25; Şeker, (n 24) 217, Ünlü, (n 23) 115.

77 Şeker, (n 24) 217; Çalışkan ve Ömür, (n 3) 69; Yüce, (n 2) 197; Moroğlu, (n 45) 37.

78 Şeker, (n 24) 217; Yüce, (n 2) 203; Turanlı, (n 4) 593.

Yönetim kurulu kararlarına karşı kural olarak iptal davası açılmaz.⁷⁹ Buna karşın, Yargıtay'ın kanunda yer alan düzenlemeden farklı olarak bazı yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davasının açılabileceği yönünde kararları mevcuttur⁸⁰. Ayrıca, Sermaye Piyasası Kanunu'na tabii anonim şirketler açısından da kimi hallerde yönetim kurulu kararına karşı iptal davası açılabilmesi mümkündür⁸¹.

III. GEÇERSİZ YÖNETİM KURULU KARARINA DAYANARAK TOPLANAN GENEL KURULDA ALINAN KARARLARIN GEÇERLİLİĞİ

A. YÖNETİM KURULUNUN GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞIRMASI

Genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi, kural olarak yönetim kuruluna aittir⁸². Yönetim kurulu, TTK m. 410/1 gereğince, görev süresi dolmuş olsa dahi genel kurulu toplantıya çağırma yetkilidir. Yönetim kurulunun görev süresinin dolmuş olması anonim şirketlerde organsızlığa sebebiyet vermez⁸³. Kanun koyucu ayrıca kimi istisnai hallerde azınlık ve diğer kişilere de genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi vermiştir. Yönetim kurulu, genel kurulu toplantıya çağrı kararını kurul olarak alacaktır.⁸⁴ TTK m. 390/1 gereğince, yönetim kurulu toplantı ve karar nisaplarına uygun olarak genel kurulu toplantıya çağırmalıdır. Ancak yönetim kurulu yalnızca toplantı ve karar nisaplarına uygun olarak karar almak zorunda değildir. Yönetim kurulu kararının geçersizliği doğuracak başka bir unsur da bulunmamalıdır. Bu durum, yönetim kurulu kararlarının hukuki işlem niteliğinde olmasından kaynaklanır. Yönetim kurulu kararının yokluk, butlan veya iptalini gerektiren bir durum söz konusu olursa, ilgili genel kurul kararı geçersiz olacaktır.

Genel kurul kararlarının geçerli olabilmesi için tüm ortakların, kanuna ve esas sözleşmeye uygun şekilde usulüne uygun olarak çağırılması ve usulüne uygun karar alması gerekir⁸⁵. Yönetim kurulu,

79 Aynı yönde bkz. Moroğlu, (n 45) 224; Pulaşlı, (n 42) 406; İnan, (n 2) 121; Turanlı, (n 4) 955; Kılıç, (n 2) 90; Apaydın, (n 33) 10; Şeker, (n 24) 219.

80 Yargıtay 11 HD, E 2009/11177 K 2011/10725, (Naklen, Özker, (n 2) 201, dipnot 87); Yargıtay 11 HD, E 1981/4052 K 1981/4027, 28.09. 1981 (Sinerji); Yargıtay 11 HD, E 2000/10580 K 2000/10123, 15.12.2000 (Sinerji).

81 Sermaye Piyasası Kanunu madde 18/6: "Yönetim Kurulunun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine, 6102 sayılı kanunun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri veya hakları ihlal edilen pay sahipleri, kararın ilanından itibaren otuz gün içinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler."

82 Hasan Karşlıoğlu, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul*, (Adalet 2019) 163; Çebi, (n 6) 133; Moroğlu, (n 45) 86; Türk, (n 32) 27; Merdan Çalışkan, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul*, (Adalet 2019) 118; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, (13. Bası, Vedat 2014) 482, Ağâh Kürşat Karauz, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Butlanı', (2013) 3(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79; Çağrısız genel kurul toplantısı için bkz. Yargıtay 23 HD E 2013/1631 K 2013/4092, 14.06.2013 (Legalbank).

83 Yargıtay 11 HD, E 2012/13135 K 2014/3515, 25.02.2014, (Legalbank).

84 Karşlıoğlu, (n 68) 164; Yunus Yılmaz, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Geçersizliği', (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2010) 27; Moroğlu, (n 45) 90; Türk, (n 32) 28.

85 Karşlıoğlu, (n 68) 157; Azize Akgül, 'Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Geçersizlik Halleri', (2019) 10(19-20) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131; Türk, (n 32) 26-27; Moroğlu, (n 45) 79; Işık Özer, 'Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve Genel Kurulun Elektronik Ortamda Toplanması ve Karar Alması', (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi 2006) 83; Poroy, Çamoğlu ve Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklık* (68) 527; Erdoğan Moroğlu, 'Anonim

TTK m. 390'a uygun şekilde genel kurulu toplantıya çağırmalıdır. Buna göre, esas sözleşmede ağırlaştırıcı nisap öngörülmemiş ise, üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanıp, toplantıda hazır bulunanların çoğunluğu ile karar alınmalıdır. Olağanüstü toplantıya çağrı halinde ise, dürüstlük kuralına uygun şekilde genel kurulun toplantıya çağrılması gerekir⁸⁶. Çağrının şekli TTK m. 414'de düzenlenmiştir. Yönetim kurulu, genel kurulu çağrı şekline uygun olarak çağırmalıdır. Çağrının içeriği ise, "Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik" m. 11'de düzenlenmiştir.

B. GEÇERSİZ YÖNETİM KURULU KARARI İLE TOPLANAN GENEL KURULDA ALINAN KARARLARIN DURUMU

Yönetim kurulu, genel kurulu toplantıya çağırma konusunda asli yetkili organdır. Ancak hangi hallerde çağrının geçerli olacağı ve çağrı yapma yetkisinin bulunduğu tespit hususu, genel kurul kararlarının geçerliliği açısından önem arz edecektir. Zira yönetim kurulu çağrısının geçerli olabilmesi için, yönetim kurulunda alınan kararların da geçerli olması gerekir. Kimi özel durumlar açısından genel kurulu toplantıya çağırma konusunda yönetim kurulunun yetkili olup olmadığı tespit edilmelidir.

1. Azledilen veya Seçimi Geçersiz Olan Yönetim Kurulunun Çağrısı

Azledilen ya da seçimine dair karar yokluk veya batıl ile sakat olan ya da seçimine dair verilen iptal kararı kesinleşmiş olan yönetim kurulunun, genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi yoktur. Böyle bir yönetim kurulu tarafından toplantıya çağrılan ve karar alan genel kurulun almış olduğu kararlar yok hükmündedir⁸⁷. Ancak seçimine ilişkin genel kurul kararının iptali için açılan iptal davası devam ederken yönetim kurulu tarafından yapılan çağrı geçerlidir⁸⁸. Aslında bu durum, hukuki işlemler açısından öngörülen iptal edilebilirlik yaptırımının da bir görünümüdür. İptal edilebilirlik yaptırımı açısından, ilgili işlemler iptal edilinceye kadar bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Yönetim kurulu kararlarının da hukuki işlem olması sebebiyle, kararların geçersizliği tespit edilene kadar bütün hüküm ve sonuçların uygulanması gerekir.

Ortaklıkta Genel Kurulun Daveti Merasimine Aykırılığın Yaptırımı ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Uygulaması, (2004) 22(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 39; Asgari unsurları eksik olan çağrının genel kurul kararının iptaline sebebiyet vereceği yönünde baknz. Yargıtay 11 HD, E 2019/1941 2020/435, 15.01.2020 (Legalbank); Asgari şartlara yönelik Yargıtay kararına yönelik olarak baknz. Yargıtay 11 HD, E 2009/12744 K 2011/6060, 17.05.2011 (Legalbank).

86 Karşoğlu, (n 68) 164.

87 Yılmaz, (n 69) 26; Özer (n 70) 84; Moroğlu, (n 45) 87; Karşoğlu, (n 68) 164; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi I*, (2. Bası, Adalet 2015) 857; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, (n 45) 8; Aynı şekilde Yargıtay 11 HD, 20.2.1983 Gün ve E 6034 K 6409; 11 HD, 23.5.1986 Gün ve E 2403 K 3154, (Naklen, Moroğlu, (n 45) 87, dipnot 144), "Seçimlerine ilişkin karara karşı açılan iptal davası devam eden YK'nun yaptığı toplantı çağrısı ise geçerlidir. Çünkü iptal edilebilir kararlar, mahkemece kesin hükümle iptal edilinceye kadar geçerlidirler. Secim kararının, iptal davası sonunda kesin bir hükümle iptal edilmesi halinde de, hukuk güvenliğinin sağlanması için YK'nun yaptığı çağrının ve bu çağrı üzerine GK'da alınan kararların geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir. Yargıtay da Aynı kanaattedir. 11 HD, 06.07.1978, 3158/3661 Sayılı Karar" (Naklen, Özer (n 70) 84, dipnot 363).

88 Moroğlu, (n 45) 89.

Seçimlerine ilişkin iptal kararının kesinleşmesine karşın ticaret siciline tescil edilen yönetim kurulu üyelerinin yapmış olduğu çağrı geçersizdir. Kanunda açıkça öngörülme hallerde tescilin, hukuki işlemlerin sakatlığını giderici etkisi bulunmamaktadır. Yönetim kurulu üyeleri tescil edilmiş olsa dahi yapılan çağrı ve genel kurul kararları geçersiz olacaktır⁸⁹. Buna karşın doktrinde, yalnızca seçimi iptal edilebilir olan değil batıl veya yok hükmünde olan ancak tescil edilmiş ve göreve başlamış yönetim kurulu üyelerinin de, genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinin bulunduğunu ve yapılan çağrının geçerli bir çağrı olduğunu düşünen bir görüş de bulunmaktadır⁹⁰. İlgili görüşe göre, TTK m. 353'de yer alan hüküm kıyasen uygulanmalıdır. Zira genel kurul kararlarının geçersizliğinin geleceğe etkisi yalnızca üçüncü kişilerle sınırlı değildir. Ayrıca menfaatler dengesi açısından da çağrının geçerli olarak kabul edilmesi gerekir. Yapmış olduğu işlemler açısından sorumluluğu devam edecek olan yönetim kurulunun, genel kurulu toplantıya çağırması hali menfaatler dengesini bozacaktır. Kanaatimizce, yönetim kurulu üyelerinin seçimi herhangi bir sebeple geçersiz olursa tescilin varlığına rağmen çağrı geçersizdir. Yönetim kurulu üyeliğinin iptal veya butlanla sakat olması açısından bir fark bulunmamaktadır. Bu durumda, tescilin giderici etkisi söz konusu değildir. Yönetim kurulu üyesi seçme işlemi hukuki işlem niteliğinde olduğu için geçersizlik hali tescille giderilemez.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre ise, böyle bir durumda ikili bir ayırım yapmak gerekir⁹¹. İlgili görüşe göre, yönetim kurulu üyelerinin tescil edilip edilmeme durumuna göre bir ayırım yapılmalıdır. Yönetim kurulu üyeleri henüz ticaret siciline tescil edilmedi ise, yapılan yönetim kurulu toplantısı ve yönetim kurulu kararına dayanılarak yapılan genel kurul toplantı çağrısı yok hükmünde olacaktır. Buna karşın, yönetim kurulu üyelerinin tescil işlemi gerçekleşmiş ise, yönetim kurulu çağrısı ve genel kurul toplantıları geçerli olacaktır.

Kanaatimizce, yönetim kurulu üyelerinin tescil edilmesi yapılan çağrının geçersizliğini ortadan kaldırmaz. Bu durumda tescilin olumlu etkisinden söz edilemez. Ayrıca hali hazırda geçerli bir yönetim kurulundan söz edilemeyeceği için, yapılan çağrı da geçersiz olacaktır. Alınan kararların veya yapılan çağrının geçerli olabilmesi için, yönetim kurulu oluşumunun kanuna veya esas sözleşmeye uygun olması gerekir. İptal edilebilirlik yaptırımının söz konusu olduğu durumlarda, ilgili hukuki işlem iptal kararı kesinleşinceye kadar tüm hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecektir. İptal kararının kesinleşmesinin ardından, hukuki işlem geçersiz olacaktır. Yönetim kurulu kararları açısından da aynı durum söz konusu olacaktır. Yönetim kurulu kararına ilişkin iptal kararının kesinleşmesi halinde, geçerli bir yönetim kurulundan söz edilemeyeceği için yapılan çağrının da geçerli olması mümkün değildir. Bu durumda, genel kurulda alınan kararlar da yok hükmünde olacaktır.

2. Yönetim Kurulu Toplantısının Yetkili Kişilerce Çağrı Yapılmaksızın Gerçekleşmesi

Yönetim Kurulu toplantı çağrısının yetkili kişilerce yapılması gerekir. TTK m. 331'e göre, yönetim kurulunu toplantıya çağırma konusunda asıl yetkili kişi yönetim kurulu başkanıdır. Başkanın bulunmadığı hallerde ise, başkan vekili yönetim kurulunu toplantıya çağırma yetkisine sahiptir.

89 ibid 87-88.

90 Murat Gürel, 'Seçimi Sakat Olan Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirket Müdürlüğünün Genel Kurulu Toplantıya Çağrı Yetkisi Var mıdır?', Sabih Arkan'a Armağan, (On İki Levha 2019) 502 vd., Aynı şekilde Yargıtay 23 HD, E 2015/4261 K 2015/5856, 14.09.2015 (Sinerji).

91 Şafak Narbay, 'TTK Tasarısında Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi', (2006) (7) Hukuki Perspektifler Dergisi 172.

Yetkili kişilerce yapılmayan çağrılar üzerine toplanan yönetim kurulunun aldığı kararlar ise geçersiz olacaktır. Konuya ilişkin olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu karar özetle⁹²:

” Dava, limited şirket... Davalı şirketin iki müdürü olup ortaklar kurulunda alınan karara göre şirket her iki müdürün birlikte atacakları imza ile temsil ve ilzam olunmaktadır. İptali istenen ortaklar kurulu kararı 25.04.2013 tarihli toplantıda alınmış olup bu toplantıya çağrı şirketin müdürü olan... tarafından yapılmıştır. 6102 sayılı Yasa'nın 617/3. maddesinin atfıyla uygulanması gereken 410. maddeye göre anonim şirket genel kurul çağrısı kaideten yönetim kurulu tarafından yapılır...Ayrıca TTK'nın 416. maddesine göre de bütün pay sahipleri veya temsilcileri hazır bulunmak ve itiraz olmamak koşuluyla çağrıya ilişkin hükümlere uyulmaksızın da genel kurul toplanabilir. Somut olayda toplantıya çağrı hususunda müdürler kurulu tarafından herhangi bir karar alınmadığı hususu tartışmasızdır... Bu durumda çağrıya yetkili organın genel kurul toplantısı yapılmasına yönelik bir kararı olmadan yetkisi bulunmayan bir müdür tarafından yapılan çağrı ile toplantının yapıldığını, toplantı esnasında davacı ortak müdürün bu şekilde toplantı yapılamayacağına ilişkin itirazda bulunduğu, bu itirazını muhalefet şerhi olarak tutanağa derc ettirdiği anlaşıldığından bu toplantıda alınan tüm kararlar batıl olup mahkemece bu nedenle alınan kararların butlanına karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.”

Karara konu olan uyuşmazlık limited şirketlere ilişkindir. Ancak somut uyuşmazlığın çözümünde anonim şirketlere ilişkin öngörülen TTK m. 410 vd. hükümleri uygulanmıştır. Bu sebeple, anonim şirketler açısından da böyle bir değerlendirme de bulunmak gerekir. Başkan tarafından çağrı yapılmadan toplanan yönetim kurulu kararları geçersizdir. Nitekim Yargıtay'da bu görüşü benimseyerek, kanundaki ifadenin açık olduğu hususunu kabul etmiştir. Burada üzerinde durulması gereken nokta, alınan kararların hangi türden yaptırıma tabii olacağıdır.

Yargıtay, yetkili kişiler tarafından çağrı yapılmaksızın gerçekleştirilen toplantı sonucunda çağrılan genel kurulda alınan kararların batıl olacağını belirtmiştir. Doktrinde de, yetkisiz kişiler tarafından çağrılan ve karar alan genel kurulun almış olduğu kararların batıl olacağını düşünen bir görüş yer almaktadır⁹³. Buna karşın, yetkisiz kişiler tarafından yapılan çağrının ve bu çağrıya dayanarak toplanan genel kurulda alınan kararların yok hükmünde kabul edileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır⁹⁴. Menfaati bulunan herkes, herhangi bir süre sınırı olmaksızın ilgili kararın yokluğunun tespiti için dava açabilecektir⁹⁵.

92 Yargıtay 11 HD, E 2015/15527 K 2017/2736, 09.05.2017 (Legal); Ayrıca bkz. Moroğlu, *Uygulama* (n 70) 35-36, 1 ve 2 Numaralı dipnot; Aksi yönde bkz. Moroğlu, *Uygulama* (n 70) 36, 3 Numaralı dipnot; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin benzer yönde bir kararı daha bulunmaktadır, Yargıtay 11 HD, E 2015/3013, K 2015/8295, 15.06.2015 (Legalbank).

93 Karauz, (n 68) 92.

94 Pelin Atıla Yörük, Atılğan Barış Yörük, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarında Yokluk Ve Butlan', (2017) 16(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211; Karşloğlu, (n 68) 163; Hasan Pulaşlı, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi', (2014) 71(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 340; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklık* 527, Moroğlu, (n 45) 81; Buna karşın, Genel Kurul toplantı davetinin şekline aykırılık halinde, bu aykırılığın genel kurulda alınan kararları etkilemeyeceği görüşü de savunulmaktadır, Bknz. Ayşe Özman Boztosun, 'Anonim Şirkette Genel Kurul Toplantılarına Çağrıda Usulsüzlük', (2007) 2(7) Terazi Hukuk Dergisi 52.

95 Atıla Yörük ve Yörük, (n 78) 214; Akgül, (n 70) 131-132.

Kanaatimizce, yetkisiz kişiler tarafından toplanan ve genel kurulu toplantıya çağırma yönetim kurulunun almış olduğu kararlar yok hükmündedir. Zira genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi, yönetim kurulu tarafından usulüne uygun kullanılmamış olacaktır. Bu durumda da bir usulsüz çağırmanın varlığından söz edilir. Genel kurul toplantısının ve alınan kararların geçerli olabilmesi için, genel kurulun usulüne uygun çağırılması gerekir. Genel kurulda alınan kararların geçerli olabilmesi için hem genel kurulun hem de ortakların toplantıya çağırılması usule uygun olmalıdır. Genel kurul toplantı çağırmasının yönetim kurulu tarafından yapıldığı hallerde, yönetim kurulu toplantısının geçerliliği önem arz edecektir. Geçersiz bir yönetim kurulu toplantısı veya kararı söz konusu ise, yönetim kurulunun yapacağı çağrı da geçersiz olacaktır. Yönetim kurulu toplantısının ve çağırmasının usulüne uygun olması genel kurul kararları açısından kurucu unsurdur. Bu durum, genel kurul kararlarının da hukuki işlem niteliğinde olmasından kaynaklanır. Çağırmanın geçersiz olması hali, genel kurul kararlarının kurucu unsurlarına aykırılık teşkil edecektir. Böyle bir çağrı üzerine toplanan genel kurulun da almış olduğu kararlar yoklukla sakat olacaktır. Zira yönetim kurulu toplantısının kurucu niteliklerinden olan, toplantı çağırmasının yetkili kişilerce yapılması şartı gerçekleşmemiştir. Aynı şekilde, toplantı ve karar nisaplarına uyulmaksızın toplanan yönetim kurulu kararına dayanarak toplanan genel kurulda da alınan kararlar yok hükmündedir. Kurucu şart unsurlarını gerçekleştirilmeyen yönetim kurulunun alacağı kararlar geçersiz olacaktır.

Genel kurul açısından ise, yetkili kişilerce çağırılmama hali söz konusudur. TTK m. 414'e aykırılık hali kanaatimizce burada da oluşmuştur. Özetle, yönetim kurulu çağırmasının usulüne uygun olabilmesi için, alınan toplantı kararının da usule uygun olması gerekir. Bu sebeple, yetkisiz kişiler tarafından çağırılan yönetim kurulu toplantısına dayanarak toplanan genel kurulda alınan kararlar da yok hükmünde olacaktır.

Yetkisiz kişilerce çağrı yapılarak toplanan yönetim kurulunun, genel kurulu toplantıya çağırması ve genel kurulun almış olduğu kararların yok hükmünde olacağına ilişkin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bir başka kararında ise özetle şu açıklamalar yer almıştır⁹⁶.

“... Mahkemece,...davalı anonim şirketin yönetim kurulunun 5 üyeden oluştuğu, davacı ...'ın yönetim kurulu başkanı olduğu, anonim şirketlerde yönetim kurulunu toplantıya davet yetkisinin açıkça yönetim kurulu başkanına verildiği, bu yetkinin emredici nitelikte olduğu, somut olayda butlanla sakat olduğu belirtilen kararların alındığı yönetim kurulu toplantılarının ise yönetim kurulu başkanının daveti üzerine değil, toplantıya davet yetkisi olmayan üyelerin daveti üzerine yapıldığı, bu hususun anonim şirketin temel yapısına uymadığı ve TTK'nın 391/1-b maddesi uyarınca alınan bu yönetim kurulu kararlarının butlanı sonucunu doğurduğu, iptali istenilen genel kurul toplantısının da butlanla sakat yönetim kurulu kararına dayalı olarak yapıldığı, ayrıca bu toplantıda alınan şirketin tasfiyesine ilişkin kararın sermayenin en az %75'ini oluşturan pay sahiplerinin onayı ile alınmadığı, karar nisabının sağlanmadığı, dolayısıyla genel kurul toplantısında alınan kararın da yoklukla malul bulunduğu gerekçesiyle asıl ve birleşen davaların kabulüne, davalı şirketin 11.04.2013, 07.05.2013, 04.06.2013 ve 29.08.2013 tarihli yönetim kurulunda alınan kararlar ile 24.09.2013 tarihli genel kurulda alınan şirketin tasfiyesine kararın yok hükmünde olduklarının tespitine karar verilmiştir... davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...”

96 Yargıtay 11 HD, E 2015/3129 K 2016/804, 26.01.2016 (Yargıtay).

Yargıtay, son tahlilde genel kurul kararının yok hükmünde olduğuna karar vermiştir⁹⁷. Zira yönetim kurulu toplantısı yetkili kişilerce çağrı yapılmaksızın gerçekleşmiştir. Yönetim kurulunun yetkili kişilerce çağrı yapılmaksızın toplanması halinde, ilgili yönetim kurulu kararları yok hükmünde olacaktır. Esas sözleşmeye veya kanuna aykırılık söz konusu olduğu için, yönetim kurulu toplantısının kurucu unsurlarında sakatlık bulunmaktadır. Ancak Yargıtay, başkan çağrısı olmaksızın toplanılması halinde alınan yönetim kurulu kararlarının batıl olacağını belirtmiştir. Buna katılmak mümkün değildir. Açıklandığı üzere, yönetim kurulu toplantısının da usulüne uygun olarak gerçekleştirilmesi için, yetkili kişilerin çağrı yapması gerekir. Önemli olan nokta, geçersiz yönetim kurulu kararı ile toplanan genel kurulun almış olduğu kararların yok hükmünde olmasıdır. Kurucu unsuru bakımından eksiklik bulunan genel kurulun almış olduğu kararlar yoklukla sakat olacaktır.

Yargıtay, eski tarihli bir kararında ise genel kurulu toplantıya çağırma konusunda yönetim kurulu için bir toplantı yeter sayısı aranmayacağını, toplantı usulsüz de olsa, genel kurul kararının iptal edilmeyeceğine hükmetmiştir⁹⁸.

"...Mahkemece, iddia ve savunmaya, bilirkişiler raporuna ve toplanan kanıtlara nazaran davalı şirketin özvarlığını kaybetmediğinin belirlendiği ayrı ayrı zamanlarda istifa eden yönetim kurulu üyelerinin yerine geçici üye atanmasının TTK'nun 315. maddesine uygun ve yasal olduğu, genel kurul kararının iptali hususunda ileri sürülen nedenlerinde yerinde bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Dairemizin TTK. 315. maddesi ile ilgili 8.2.1990 tarih 1989/5478 E ve 1990/708 K. sayılı kararında da belirtildiği gibi, genel kurulun toplantıya çağrılmasında yönetim kurulunun toplantı nisabı aranmamalıdır. Yönetim kurulunun münhal üyeliklerinin doldurulması işleminde usulsüzlük bulunmadığından genel kurulun toplantıya çağrılması işlemi de mevzuata uygun sayılmalıdır. Esasen genel kurulun toplantıya çağrılması usulsüz olsa dahi mücerret bu husus genel kurul kararının iptalini gerektirmeyip TTK. 381. maddesi hükmünce aynı zamanda alınan kararların yasaya veya ana sözleşmeye veya objektif iyi niyet kurallarına aykırı olduğunun saptanması da gerekmektedir... hükmün onanmasına..."

97 Yetkisiz kişiler tarafından yapılan çağrı üzerine toplanan genel kurulda alınan kararların yoklukla sakat olacağı yönünde bknz: "Yetkisiz kayyım heyeti tarafından yapılan çağrı ile toplanan genel kurul toplantısının hükümsüzlüğünün tespiti veya iptali yönünde bir dava açılıp açılmadığının veya bu yönde kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunup, bulunmadığının araştırılması, böyle bir kararın varlığı halinde yetkisiz yönetim kurulunca yapılan çağrı üzerine toplanan genel kurulda alınan kararların salt bu çağrıdaki ağır usulsüzlük nedeniyle yoklukla malul olduğunun tespitine karar verilmesi..." Yargıtay 11 HD, E 2005/14116 K 2007/5618, 10.04.2007 (Sinerji); Aynı şekilde Yargıtay bir başka kararında da, geçersiz çağrı üzerine toplanan genel kurulda alınan kararların yok hükmünde olacağına hükmetmiştir: "...Davalı şirket ortaklarından.... hasımsız açtığı dava sonucunda verilen 24.10.2000 tarihli kararla olağüstü genel kurula çağrı ile yetkilendirilmiş, bu yetkiye dayalı çağrı üzerine 8.01.2001 tarihinde genel kurul toplanarak kararlar almış ise de, Dairemizin bozması sonrasında anılan dava reddedilmiş ve bu red kararı kesinleşmiş olmakla artık geçerli bir genel kurulu toplantıya çağrı yetkisinden söz edilemeyeceği açıktır. Bu durumda, ortadan kalkan yetki ve izin üzerine yapılan genel kurul toplantısı ve toplantıda alınan kararlar hukuki varlık kazanmamış olduğundan, davanın kabulü yerine yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmüştür. Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacılar yararına bozulmasına..." Yargıtay 11 HD, E 2003/242 K 2003/5649, 29.05.2003 (Legal); Ayrıca Yargıtay genel kurul toplantı çağrısının hiç yapılmaması halinin de yokluk yaptırımına tabii olacağı yönünde karar vermiştir, Yargıtay 11 HD, E 2019/3096 K 2020/2962, 17.06.2020 (Legalbank); Yargıtay 11 HD, E 2015/3475 2015/10856 21.10.2015 (Legalbank).

98 Yargıtay 11 HD, E 1991/2331 K 1991/4669, 19.09.1991 (Sinerji).

Kanaatimizce, yönetim kurulu toplantısının toplantı ve karar nisaplarına uyulmaksızın yapılması halinde alınan kararlar yok hükmünde olacaktır. Geçersiz yönetim kurulu kararına dayanılarak yapılan genel kurul toplantı çağrısı da geçersiz olacaktır. Toplantı çağrısının yetkisiz kişilerce yapılması halinde olduğu gibi, toplantı ve karar nisaplarına uyulmaksızın alınan yönetim kurulu kararına dayanılarak toplanan genel kuruldaki kararlar da yoklukla sakat olacaktır. Ayrıca, yönetim kurulu kararının geçersizliğinin türünün bir önemi yoktur. İlgili yönetim kurulu kararı yokluk, butlan veya iptal edilebilirlik yaptırımına tabii olsa dahi, yönetim kurulu kararı genel kurul toplantısı açısından kurucu unsur olduğu için, genel kurul kararı yoklukla sakat olacaktır.

Genel kurul kararının yokluğu hali, genel kurul kararına dayanarak işlem yapan üçüncü kişiler açısından sorunlara yol açabilir. Örneğin, genel kurul kararına dayanılarak üçüncü kişi ile sözleşme yapılması ve ilgili genel kurul kararının yoklukla sakat olması durumunda iyi niyetli üçüncü kişilerin kazanımları zarar görebilir. Her ne kadar iyi niyetli üçüncü kişi anonim şirketin genel kurulunda alınan karara güvenerek işlem yapmış olsa da genel kurul kararının geçersizliği üçüncü kişi açısından da sonuç doğuracaktır. Yoklukla sakat bir işleme dayanarak yapılan diğer işlemler de kanaatimizce geçersiz olacaktır. Zira yoklukla sakat bir hukuki işlem daha sonra geçerli hale gelemez. Anonim şirket açısından yoklukla sakat işlem söz konusu olacağı için, ilgili işleme dayanılarak yapılan işlemlerle de şirket bağlı olmayacaktır. Genel kurul kararı üçüncü kişinin kazanımı açısından kurucu unsur niteliğindedir. Bu durumda da kurucu unsuru eksik hukuki işlem söz konusu olacaktır. Kanaatimizce, genel kurul kararına dayanılarak yapılan hukuki işlemler de kurucu unsur eksikliğinden dolayı yoklukla sakat olacaktır.

Genel kurulun kurucu unsurunun eksik olması hali genel kurulda alınan kararların ve üçüncü kişilerle yapılan işlemlerin de geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. İlgili genel kurul kararı herhangi bir şekilde geçersiz olursa karara dayanılarak yapılan işlemler de geçersizdir. Zira ortada hukuken geçerli bir genel kurul kararı söz konusu olmayacağı için, üçüncü kişilerin de bu karar doğrultusunda işlem yapması açısından bir fark bulunmamaktadır. Örneğin, yönetim kurulunun toplantı ve karar nisabına uymaksızın toplanması ve karar alınması halinde yönetim kurulu kararı yok hükmündedir. Böyle bir toplantıda bir yönetim kurulu üyesinin şirketin yönetimine ilişkin olarak alınan kararı uygulaması halinde ilgili karar yoklukla sakat olacaktır. Genel kurul kararının yoklukla sakat olması durumunda da benzer bir durum söz konusudur. Söz konusu işlemi yapma veya oluşturma yetkisi veren genel kurul kararının geçersizliği ilgili kararının uygulanmasında da kendisini gösterir.

SONUÇ

Yönetim kurulu hem yönetim yetkisine ilişkin hem de temsil yetkisine ilişkin haklarını ve görevlerini kullanırken belirli kurallara uymak zorundadır. Aksi halde alacağı kararlar geçersiz olacağı için ortakların, şirketin ya da üçüncü kişilerin menfaatini zedelenebilir. Yönetim kurulu kararlarının geçerliliği ve kararlar üzerine yapılan işlemlerin geçerliliği önemli etkiler doğurmaktadır.

Genel kurulun toplantıya çağırılması ise yönetim kurulu açısından hem hak hem de yükümlülüktür. Yönetim kurulu, geçerli bir karara dayanarak genel kurul toplantıya çağırma hakkına sahiptir. Buna

karşın, yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırması aynı zamanda yükümlülüktür. Genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi kural olarak yönetim kurulundadır. Yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırırken geçerli bir toplantı ve karara dayanarak hareket etmesi gerekir.

Genel kurul kararlarının kurucu unsurlarından bir tanesi olan usulüne uygun toplantı çağırması ise, yalnızca ortakların usulüne uygun çağırılmasını ifade etmez. Çağırının aynı zamanda, çağrıya yetkili organ tarafından usulüne uygun yapılmasını da ifade eder. Zira genel kurul istisnai halin haricinde çağrı üzerine toplanacaktır.

Genel kurul toplantı çağırmasının hem ortaklara hem de genel kurula kanuna ve esas sözleşmeye uygun olarak yapılması gerekir. Genel kurul çağırmasının geçersiz olması, genel kurulda alınan kararların geçerliliğini de etkileyecektir. Geçersiz yönetim kurulu kararına dayanılarak toplanan genel kurulda alınan kararlar ise yoklukla sakat olacaktır. Bunun sebebi, genel kurul kararlarının kurucu unsurlarından olan çağırının usulüne uygun olması şartının ihlal edilmesidir. Genel kurulda alınan kararlar da hukuki işlem niteliğinde olduğu için, kurucu unsuru eksik olan genel kurul kararı yoklukla sakat olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney N, 'Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi' (2014) 18(3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115-135.
- Akdağ Güney N, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, (2. Bası, Vedat 2016).
- Akgül A, 'Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Geçersizlik Halleri', (2019) 10(19-20) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 129-163.
- Alkan R, *TTK Bağlamında Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali*, (1. Baskı Legal 2021).
- Altaş S, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler*, (10. Baskı Seçkin 2021).
- Apaydın D, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlük Halleri ve İptali', (2019) 11(119) Fasikül Hukuk Dergisi 6-13.
- Atıla Yörük P ve Yörük B, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarında Yokluk ve Butlan', (2017) 16(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207-223.
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (Yetkin 2023).
- Bahar Sayın H, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, (1. Baskı On İki Levha 2015).
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, (15. Baskı Dora 2019).
- Çakır R C, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu', (2014) 88(5) İstanbul Barosu Dergisi 110-139.
- Çalışkan M, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul*, (1. Baskı Adalet 2019).
- Çalışkan M ve Ömür R C, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu*, (1. Baskı Adalet 2020).
- Çebi H, *Şirketler Hukuku*, (1. Baskı Seçkin 2020).
- Doğan M E, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantısı', (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2018).
- Eminoğlu C, 'Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından "Eşit Şartlarda Eşit İşlem" İlkesi', (2015) 1(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 79-88.
- Engin Günay G, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu', (2013) 87(6) İstanbul Barosu Dergisi 163-182.

- Erkan A, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı', (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2021).
- Gürel M, 'Seçimi Sakat Olan Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirket Müdürlerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağrı Yetkisi Var mıdır?', (On İki Levha 2019, Prof. Dr. Sabih Arkan Armağan) 481-517.
- Gürpınar B, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve Elektronik Toplantı Sistemi', (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel Armağanı) 1101 – 1126.
- Hamamcıoğlu E, 'Yargıtay Kararları Işığında Bir veya Birkaç Yönetim Kurulu Üyesine Toplantı Davetinin Hiç ya da Kararlaştırılan Usule Uygun Yapılmamasının Sonuçları', (2021) 16(197-198) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119-157.
- İnan F, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Toplanması ve Karar Alması', (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2017).
- Işık Ö, 'Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Ve Genel Kurulun Elektronik Ortamda Toplanması ve Karar Alması', (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi 2006).
- Karahan S, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantı Nisapları', (1988) 1(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195-204.
- Karauz A K, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Butlanı', (2013) 3(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-100.
- Karşlıoğlu H, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul*, (Adalet 2019).
- Kılıç G, 'Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları', (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2015).
- Kırca İ, Şehirli Çelik F H ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017).
- Koçak A N, 'Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu', (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018).
- Manavgat Ç, 'Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi', (2013) 29(1) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 45-78.
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, (8. Baskı On İki Levha 2017).
- Moroğlu E, 'Anonim Ortaklıkta Genel Kurulun Daveti Merasimine Aykırılığın Yaptırımı ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Uygulaması', (2004) 22(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 35-41 (Uygulama).
- Narbay Ş, 'TTK Tasarısında Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi', (2006) 7(1) Hukuki Perspektifler Dergisi 168-181.
- Odman Boztosun A, 'Anonim Şirkette Genel Kurul Toplantılarına Çağrı Usulsüzlük', (2007) 2(7) Terazi Hukuk Dergisi 43-52.
- Özdemir K, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü', (2011) 6(53) Terazi Hukuk Dergisi 27-29.
- Özker G, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Toplantı ve Karar Alma Usulleri*, (1. Baskı Seçkin 2022).
- Pekdincer T, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçerliliği (Özellikle Batıl Yönetim Kurulu Kararları) (TTK M. 391)', (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 671-882.
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I*, (13. Baskı Vedat 2014) (Ortaklık).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, (9. Baskı Beta 2003).

- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (6. Baskı Adalet 2020).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi I*, (2. Baskı Adalet 2015) (Şerh).
- Seyman S, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu*, (Adalet 2020).
- Su C, 'Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları', (2005) 2(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 215-242.
- Şeker H, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü', (2020) 39(149) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 209-223.
- Şener O H, *Ortaklıklar Hukuku*, (2. Bası, Seçkin 2015).
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, (5. Bası, Vedat 2020).
- Turanlı H, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü', (2013) 17(2) Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 939-960.
- Türk M C, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali*, (Adalet 2019).
- Uysal L, '6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu -I', (2009) (80) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 15-366.
- Üçışık H, 'Türk Hukuku'nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Sakatlığı Konusunda Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi', (2011) 3(5) Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi 57-65.
- Ünlü U, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçersizliği', (2017) 12(127) Terazi Hukuk Dergisi 113-120.
- Yağmur S, *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi*, (On İki Levha 2020).
- Yıldız Ş, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*, (Seçkin 2004).
- Yılmaz Y, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Geçersizliği', (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2010).
- Yüce A A, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçersizliği*, (14. Baskı Seçkin 2022).

YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI

- www.acikbilim.yok.gov.tr
- www.bilkent.edu.tr
- www.dergipark.org.tr
- www.istanbulbarosu.org.tr
- www.jurix.com.tr
- www.karararama.yargitay.gov.tr
- www.legal.com.tr
- www.legalbank.net
- www.lexpera.com.tr
- www.mevzuat.gov.tr
- www.safaknarbay.com
- www.sinerjias.com.tr
- www.tbddergisi.barobirlik.org.tr
- www.tez.yok.gov.tr
- www.turcademy.com