



KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



KIRKLARELİ UNIVERSITY
JOURNAL OF LAW FACULTY

CİLT: 1 / SAYI: 2

ARALIK 2023

K L Ü H F D

ISSN: 2980-2245

VOLUME: 1 / NUMBER: 2

DECEMBER 2023



KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: 1

SAYI: 2

ARALIK 2023

ISSN: 2890-2245

KIRKLARELİ 2023

DERGİ KURULLARI

Editörler Kurulu

- Dr. Öğr. Üyesi Eray Aksın Atar (Editör)
Arş. Gör. Volkan Erdur (Editör Yardımcısı)
Arş. Gör. Tekincan Akif Karaarslan (Editör Yardımcısı)
Arş. Gör. Gürkan Küçük (Teknik Editör)
Arş. Gör. Burak Taha Alpagut (Teknik Editör)
Dr. Öğr. Üyesi Burçin Aydoğdu (İngilizce Dil Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Rifat Cankat (Almanca Dil Editörü)
Arş. Gör. Dr. Barkın Asal (Fransızca Dil Editörü)

Dergi Kurulu

- Prof. Dr. Ahmet M. Güneş, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fulya Erlüle, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol Pohlreich, Europa-Universität Viadrina
Prof. Dr. Seçkin Yavuzdoğan, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Tahir Muratoğlu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet Türkmen, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Halil Altındağ, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Serdar Acar, Trakya Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi
Doç. Dr. Ali Ersoy KCONTACTI, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Güzide Burcu Günveren, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Asst. Dr. Maria Căzănel, Universitatea Ovidius Constanta

Yayın ve Danışma Kurulu

- Prof. Dr. Tolga Ayoğlu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Gökhan Antalya, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem Özen, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hacı Can, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süheyla Suzan Gökalp, Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim Subaşı, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Varol Karaaşlan, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İpek Sağlam, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ramazan Yıldırım, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yasemin Işıktaç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bernd Dieter Meier, Universität Leibniz, Fakultät Für Rechtswissenschaft
Prof. Dr. Andreas Fisahn, Universität Bielefeld, Fakultät Für Rechtswissenschaft
Prof. Dr. Chhaya Bhardwaj, Jindal Global University, Law School
Prof. Dr. Florica Brasoveanu, Universitatea Ovidius Constanta
Doç. Dr. Sevgi Kayak, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Asst. Prof. Dr. Erol Gökhan Tolay, Temple University, Beasley School of Law

AMAÇ VE KAPSAM

Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (KLÜHFD), Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez e-dergi olarak yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir.

KLÜHFD temelde hukuk alanında ve hukukla bağlantılı diğer bilim alanlarında, özgün ve nitelikli bilimsel çalışmalara dayanan makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkıda bulunmayı amaç edinmiştir. KLÜHFD temelde hukuk alanında ve hukukla bağlantılı diğer bilim alanlarında, özgün ve nitelikli bilimsel çalışmalara dayanan makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkıda bulunmayı amaç edinmiştir.

Gönderilen makaleler, çift taraflı kör hakem değerlendirmesine tabi tutulmakta ve en az iki hakemin olumlu görüşü sonrasında yayımlanmaktadır.

Dergimize gönderilecek makaleler hazırlanırken KLÜHFD Yazım Kuralları ve Etik İlkelerine dikkat edilmelidir. Yazarlar, Etik Beyan Formu ve Telif Hakkı Devir Formu'nu imzalı olarak sisteme yüklemelidir.

Dergide yayınlanmak üzere gönderilen tüm eserler, "Turnitin" intihal programında incelenir. Bu incelemenin sonucunda intihal/benzerlik oranı, kaynakçasız en fazla %25 olabilir.

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

- Dergimiz Dergipark portalı üzerinde “Hakemli Dergi” statüsünde Haziran ve Aralık aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanmaktadır.
- Dergi Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından çıkarılmakta olup kısaltması KLÜHFD’dir.
- Dergimiz yayın etiği ve açık erişim politikası gereği, Yayın Etiği Komitesi (Committee on Publication Ethics, COPE), Açık Erişim Dergiler Rehberi (Directory of Open Access Journals, DOAJ) ve Açık Erişim Akademik Yayıncılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association, OASPA) tarafından yayınlanan kılavuzlar ve politikalar doğrultusunda yayın sürecinin tüm bileşenlerinin bu etik ilkelere uymasını sağlamaya çalışır. COPE Yayın Etiği Kılavuzları, "Dergi Editörleri İçin Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama İlkeleri-Code Of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors" ile "Bilimsel Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkeleri-Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing" dergi editörler kurulu tarafından benimsenmiştir.
- Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
- Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.
- Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının %25’in üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.
- İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu’na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

- Hakemler, yalnız uzmanlık alanı ile ilgili makaleleri değerlendirmeyi kabul ederler. Değerlendirmeyi uygun bir süre içerisinde yansızlık ve gizlilik içinde yaparlar. Çıkar çatışması-çıkar birliği olduğunu anladıklarında, makaleyi değerlendirmeyi reddederek, editörlere bilgi verirler.
- Hakem raporlarının sonucunda eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının derginin hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Her makale en az iki hakeme gönderilir, eğer iki hakem de kabul verirse makale yayımlanmak üzere kabul edilir. Makaleye iki hakemin de ret vermesi durumunda makale reddedilir. Hakemlerden biri kabul biri ret verirse makale üçüncü bir hakeme gönderilir ve onun kararına göre kabul veya reddedilir.
- Makalelerle ilgili olumlu ya da olumsuz karar verirken, makalelerin özgün değeri, alana katkısı, araştırma yönteminin geçerli ve güvenilirliği, anlatımın açıklığı ile derginin amaç ve kapsamını göz önünde tutulur.
- Dergide makale yayımlamak isteyen yazarlar, 200-300 kelimededen oluşan özete, en az 5 en fazla 10 adet anahtar kelimelere, 200-300 kelimededen oluşan İngilizce özete (abstract), İngilizce en az 5 en fazla 10 adet anahtar kelimelere (keywords) eserlerinde yer vermelidir.
- Almanca ya da Fransızca dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; İngilizce ve Türkçe özet ve anahtar kelimelere yer verilmelidir.
- İngilizce dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; Türkçe özet ve anahtar kelimelere yer verilmelidir.
- Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Dergipark sistemi üzerinden makaleye ilişkin bilgiler girilirken, yazar veya yazarların iletişim bilgilerine (unvanları, kurumları, kurumsal elektronik posta adresleri, ORCID numaraları) tam olarak yer verilmelidir.
- Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities) (4. Ed) atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf.

- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
- Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları ile bu haklar için gerekli manevi hakların kullanım yetkisi basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.
- Dergide makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. FSEK gereğince çeviri metni ile birlikte asıl eser ve hak sahibinin izni de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.
- Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk, Kamu Hukuku ve tüm sayılarda eşit makale dengesini koruma amacı güderek belirleyecektir.
- Yazarlar, Etik Beyan Formu ve Telif Hakkı Devir Formu'nu imzalı olarak sisteme yüklemelidir. Etik Beyan Formu için <https://dergipark.org.tr/tr/download/journal-file/27562>, Telif Hakkı Devir Formu için <https://dergipark.org.tr/tr/download/journal-file/27561> taslakları kullanılmalıdır.

İÇİNDEKİLER

Araştırma Makaleleri

- FRANZ VON PAPEN'İN YARGILANMASI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER
REFLECTIONS ON THE TRIAL OF FRANZ VON PAPEN
Akın TUNA.....271-288
- ULUSLARARASI TERÖR GRUPLARINDAN ETA VE IRA ÜZERİNE
HUKUKİ BİR DEĞERLENDİRME
ETA AND IRA FROM INTERNATIONAL TERRORIST GROUPS
Nisa BULUT.....289-312
- SUBSIDIARITE İLKESİNİN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDAKİ
GELİŞİMİ VE İŞLEVİ ÜZERİNE BİR İNCELEME
A REVIEW ON THE DEVELOPMENT AND FUNCTION OF THE
PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN THE LAW OF THE EUROPEAN
UNION
Uğur ELİBÜYÜK.....313-345
- HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ÇATIŞMASI
CONFLICT OF RIGHTS AND FREEDOMS
Arş. Gör. Leyla ŞENEL.....347-379
- YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA ANONİM ŞİRKETİN ORGAN
YOKLUĞU SEBEBİYLE FESHİ DAVASINDA ŞİRKETE TESİS
EDİLEN YÖNETİM KAYYIMLIĞINA İLİŞKİN YARGILAMANIN
MEDENİ YARGI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ
EVALUATION OF THE PROCEDURE REGARDING THE LEGAL
PROCEEDINGS OF ADMINISTRATIVE TRUSTEESHIP
ESTABLISHED IN THE CASE OF DISSOLUTION OF THE JOINT
STOCK COMPANY DUE TO LACK OF AN ORGAN IN
ACCORDANCE WITH THE DECISIONS OF THE COURT OF
CASSATION WITHIN THE SCOPE OF CIVIL PROCEDURE
Burak KEÇECİOĞLU.....381-428

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDA DÜZENLENEN REF
DAVASININ DAVA ŞARTI (ZORUNLU) ARABULUCULUK
KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

THE EVALUATION OF THE CASE OF CESSATION OF
INFRINGEMENT REGULATED BY LAW ON INTELLECTUAL AND
ARTISTIC WORKS WITHIN THE SCOPE OF MEDIATION AS A
CAUSE OF ACTION (COMPULSORY)

Arş. Gör. Şeyma IŞIK YAŞLI.....429-470

TÜRK HUKUKUNDA VEKALETSİZ İŞ GÖRMENİN YERİ VE
NİTELİĞİ

THE PLACE AND NATURE OF THE FORM OF PERFORMING THE
WORK WITHOUT A POWER OF ATTORNEY IN TURKISH LAW
SYSTEM

Dr. İsmahan GÜLEN ERDOĞAN.....471-504

SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDE CULPA IN CONTRAHENDO
AÇISINDAN GÜVEN SORUMLULUĞU

TRUST RESPONSIBILITY IN TERMS OF CULPA IN
CONTRAHENDO IN CONTRACT NEGOTIATIONS

Arş. Gör. Atanur KARAAHMETOĞLU.....505-543

ROMA HUKUKUNDA BELİRLİ MAL VASİYETİ

LEGACY IN ROMAN LAW

Arş. Gör. Dr. Ekin ŞENTÜRK.....545-558

KÜÇÜK EV (TINY HOUSE) VE AĞAÇ EVLERİN (BUNGALOV)
İMAR HUKUKUNDAKİ YERİ

THE PLACE OF TINY HOUSE AND BUNGALOW IN ZONING LAW

Dr. Hasan GÖK.....559-574



FRANZ VON PAPEN'İN YARGILANMASI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Akın TUNA

Araştırma Makalesi

Avukat, Edirne Barosu, akintuna92@gmail.com, ORCID:0009-0005-2754-9380.

ÖZET

Franz von Papen hukuk tarihine Nürnberg Yargılamalarında sanık olarak yargılanmasıyla geçmiş eski bir asker ve devlet adamıdır. İkinci Dünya Savaşı'nın bitiminde Almanya'nın Nasyonal Sosyalist düzeninin sorumluları savaş boyunca işlemiş olduğu suçlardan dolayı yargılanmışlardır ve yargılananlardan biri, hem Birinci Dünya Savaşında hem İkinci Dünya Savaşında Türkiye'de görev almış olan Franz von Papen olmuştur. Bu makale; Franz von Papen'in Türkiye'deki tasarruflarının savaş suçu teşkil edip etmediğini, Nasyonal Sosyalist Parti'nin iktidara yükselişindeki rolünün Denazifikasyon Mahkemesinde nasıl değerlendirildiğini ve Nazi yönetiminde üstlendiği görevler dikkate alınarak Nürnberg yargılamalarında yargılanmasını ele almaktadır.

ANAHTAR KELİMELELER: Franz von Papen, Nürnberg Yargılamaları, İkinci Dünya Savaşı, Savaş Suçu, Almanya

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



Bu çalışma Creative Commons Atf-GayrıTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

REFLECTIONS ON THE TRIAL OF FRANZ VON PAPEN

Akın TUNA

Research Article

Attorney-in-Law, Edirne Bar Association, akintuna92@gmail.com, ORCID:0009-0005-2754-9380.

ABSTRACT

Franz von Papen is a former soldier and statesman who went down in legal history as a defendant in the Nuremberg Trials. At the end of the Second World War, those responsible for Germany's National Socialist regime were put on trial for crimes committed during the war, and one of them was Franz von Papen, who had served in Turkey during both the First and Second World Wars. This article examines whether Franz von Papen's actions in Turkey constituted war crimes, how his role in the rise of the National Socialist Party to power was evaluated by the Denazification Tribunal, and his trial at the Nuremberg Trials in view of his role in the Nazi administration.

KEYWORDS: Franz von Papen, Nuremberg Trials, World War II, War Crimes, Germany

GİRİŞ

Franz von Papen, Almanya'nın eski şansölyesidir. 1933 yılından itibaren Adolf Hitler'in iktidara yükselmesinde kilit bir rol oynayan kişilerden biridir. İki dünya savaşı arasında Hitler'in desteğiyle siyasi arenada etkili olmuştur. Ancak, savaşın ardından Nürnberg yargılamalarında savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar işlemekle suçlanmıştır.

Papen, Nürnberg yargılamalarında Hitler'in yükselişindeki rolü nedeniyle mahkeme tarafından suçlu bulunmuştur. Papen'in, Hitler'in iktidara gelmesinde etkili bir rol oynadığı doğrudur. Ayrıca, İkinci Dünya Savaşının başlamasından önce ve İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya'nın uluslararası politikalarının şekillenmesine çok önemli katkıları olmuştur. Tüm bunların yanı sıra, İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya'nın işlemiş olduğu savaş suçlarına karşı sessiz kalmıştır.

Bununla birlikte, Nürnberg Mahkemesi tarafından Papen'in mahkum edilmiş olduğu suçlarına dair, yargılamalarının bitiminden sonra ciddi bir ceza verilmemiştir. Papen, suçlu bulunmuş olmasına rağmen cezasız kalmıştır. Papen'in müdafileri, yargılama boyunca etkin biçimde çalışarak Papen'in savunmasını yapmışlardır.

Papen'in Nürnberg yargılamalarında cezasız kalması, o dönemin tartışmalı bir konularından biri olmuştur. Papen'in avukatları, Papen'in savaş suçu işlemediğini sıkı bir biçimde savunarak yargılama sürecinde etkin rol oynamışlardır. Papen, yargılamalar sırasında Hitler ve Nazi Partisi'ne karşı bir muhalefet figürü olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, Papen'in Nürnberg yargılamalarının ardından cezasız bırakılması, o dönemde pek çok otorite tarafından bir taviz olarak görülmüştür.

Papen, savaş öncesinde ve sırasında Alman uluslararası siyasetinde önemli bir rol oynamıştır. Papen davası, Almanya'nın savaş suçlarından sorumlu tutulması

konusunda önemli bir emsal teşkil etmiştir. Papen'in davasının cezasız kalması, bu tarihi hesap verebilirlik sürecinin eksikliği olarak görülmüştür¹.

Franz von Papen, Türk tarihinde de önemli bir şahsiyettir. Papen, Birinci Dünya Savaşı sırasında Alman ordusunda subay olarak görev yapmıştır. Savaş sonrası dönemde Türkiye'ye giderek Osmanlı ordusuna subay olarak katılmış, Dünya Savaşı sırasında Almanya'nın Ankara Büyükelçisi olarak görev yapmıştır.

Papen'in Türkiye misyonu, ülkenin savaşa katılmama kararında belirleyici rol oynamıştır. Türkiye, İkinci Dünya Savaşı'nda tarafsız kalmayı seçmiş ve bu seçim, ülkenin uluslararası ilişkilerinde önemli bir konu olmuştur. Papen, Türkiye'deyken Alman çıkarlarını savunurken, Türk yetkilileri de savaşa katılmama noktasında ikna etmeye çalışmıştır. Nitekim Franz von Papen hakkındaki iddianamede yer alan suçlamalar arasında, Franz von Papen'in Ankara'daki büyükelçilik görevini de Nazilerin savaş suçlarını işlemelerini kolaylaştırmak için kullandığı iddiası yer almıştır².

Papen'in Türkiye'deki ofisi de ülkede bir arabanın bombalanmasına yol açan olaylarla karşı karşıya kalmıştır. Ankara'da her ne kadar suikast girişiminde bulunulmuşsa da Papen saldırıdan sağ çıkmıştır. Bu olay, Türkiye'nin uluslararası düzeydeki siyasi öneminin örneklerinden biri olarak kabul edilmektedir.

Bütün bu bilgiler ışığında Franz von Papen' in hem Alman hem de Türk tarihinde önemli bir şahsiyet olduğu anlaşılmaktadır. Papen, Nürnberg Duruşmalarında savaş suçlarından suçlu bulunmuş ancak cezalandırılmamıştır. Türkiye'deki konumu ise ülkenin uluslararası ilişkilerinde önemli bir rol oynamıştır. Papen,

¹ Onur Kınılı ve Elif Yeneroğlu, 'İnsanlık Suçunun Siyaseten İnşası: Nürnberg ve Mirası', (2019) 48 (48) Kebikeç İnsan Bilimleri İçin Kaynak Araştırmaları Dergisi 7, 35.

² Telford Taylor, The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir (Knopf Doubleday Publishing Group 2012)
<<https://ebookcentral.proquest.com/lib/klu/detail.action?docID=6085927>> Son Erişim Tarihi: 08.04.2023, 505.

Türkiye'nin Batı dünyasıyla ilişkilerini güçlendirmeye çalışmış ve ülkenin NATO'ya katılım sürecini başlatmıştır. Bu çalışma ile Franz von Papen' in siyasi yaşamında yer aldığı konularının ve tercihlerinin farklı mahkemelerde nasıl ele alındığı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

I. YAŞAMI

Franz von Papen, 29 Ekim 1879 yılında Almanya'da doğmuştur.³ Sahip olduğu “von” adından da anlaşılacağı üzere aristokrat kökenli bir Alman ailenin çocuğudur⁴. 1891 yılında henüz on bir yaşındayken askeri okula girmiştir. 1913 yılında Amerika Washington Askeri Ataşeliğine atanmıştır. 1916 yılında ABD'de diplomatik görevi devam ederken Amerika'nın, İngiltere'ye cephane ikmalini önlemek için Black Tom bölgesindeki fabrikaları Alman ve İrlandalı sabotajcılar vasıtasıyla havaya uçurtmuştur. Bu olayların arkasında izi olduğu anlaşılınca Amerika'dan kovulmuştur. Sonrasında 1. Dünya Savaşı sona erinceye kadar Filistin Cephesindeki Osmanlı ordusuna kurmay başkan olarak atanmıştır⁵.

Savaş sonrasında ülkesine dönerek siyasete yönelmiş ve milletvekilliği yapmıştır. 1932 yılında şansölye olmaya hak kazanmış ancak şansölyeliği 6 ay kadar sürmüştür. Seçim sonucu şansölyeliğe Hitler seçilmiş ve Franz von Papen'i şansölye yardımcısı olarak seçmiştir. 30 Haziran 1934 tarihli Uzun Bıçaklar Gecesi ya da diğer adıyla Sinekkuşu Operasyonu sonrası bizzat yardımcısının ve çalışma arkadaşlarının da öldürülmesi sebebiyle istifa etmiştir. Her ne kadar istifa etmiş ise de ilerleyen süreçte Hitler'in talebini kabul ederek Avusturya'ya büyükelçi olarak atanmıştır. Anılarını anlattığı kitapta Uzun Bıçaklar Gecesi sonrası mesai arkadaşlarının öldürülüp kendisinin 3 gün ev hapsinde tutulmuş olmasına rağmen Viyana Büyükelçiliği görevini kabul etmesi hakkında, “*Viyana*

³ Ferda Kocaçimen, İkinci Dünya Harbi'nin Meşhurları (Akba Kitapevi 1945) 130.

⁴ Kendisi Nürnberg mahkemelerinden yargılanan iki ‘aristokrat’ kökenli Almandan biridir. Öbürü Konstantin von Neurath'tır. Bkz. Taylor (n 2) 469.

⁵ Necip Azakoğlu, Franz von Papen'in Anılarından (Tarihçi Yayınevi 2015) 72.

görevini kabul etmeden önce olduğu gibi, bir kez daha Almanya'yı ve dünyayı bir felaketten kurtarabilme umuduyla atanmayı kabul ettim” ifadelerini kullanmıştır.⁶

1939 yılında Türkiye'ye büyükelçi olarak atanmış ve 2. Dünya Savaşı süresince Türkiye'nin savaşta tarafsız kalmasını ve Almanya ile iyi ilişkiler kurulmasını sağlamaya çalışmıştır. Bu süreçte Çiçero kod adlı casus sayesinde Türkiye'de bulunan İngiltere Büyükelçiliğinden önemli bilgiler sızdırılmış ve Almanya'ya iletilmiştir. Türkiye'nin 1944 yılında 2. Dünya Savaşının sonlarında müttefik devletler yanında yer almaya karar vermesi sonucu Almanya ile diplomatik ilişkiler resmi bildirim ile kesilmiştir. Bunun üzerine Franz von Papen ülkesine geri dönmesi için çağırılmış, akabinde ülkesine dönmüştür.⁷

2. Dünya Savaşı bittikten sonra Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesinde savaş suçlusu olarak yargılanmış ve nihayetinde beraat etmiştir. Ancak bu kez Almanya hükümetince Nürnberg Eyalet mahkemesince “Nazizmden ve Militarizmden Arındırma Yasası” gereği yeniden yargılanmış ve bu kez suçlu bulunmuştur. Hapis cezası temyiz mahkemesince para cezasına çevrilmiş ve serbest kalmıştır.

II. FRANZ VON PAPEN'E TÜRKİYE'DE DÜZENLENEN SUİKAST

24 Şubat 1942'de Ankara'da Almanya Büyükelçisi Franz von Papen'e karşı bir suikast girişiminde bulunulmuştur. Franz von Papen ve eşi kent merkezinde yürürken bir bomba patlamış ancak suikastın faili bombayı erken ateşlediği için olay yerinde ölmüştür. Suikastı hazırlayanların İstanbul'daki Sovyet konsolosluğu ile bağlantılı olduğu tespit edilmiştir. Sovyet ticaret heyetinin bir üyesi ile Makedonya'dan Türkiye'ye göçmen olarak gelip Türkiye vatandaşlığını

⁶ Azakoğlu (n 5) 423.

⁷Reiner Möckelmann, Franz Von Papen Hitler'in Türkiye Büyükelçisi, Selma Türkis Noyan (çev) (Kitap Yayınevi 2019) 208.

alan iki kişinin bu suikasttan sorumlu oldukları saptanmıştır⁸. 1942 Nisan ayında bu kişilere dava açılmış ve iki buçuk ay sonra karara varılarak Sovyet kökenlilere suçu azmettirmekten yirmi yıl, Türk uyruklulara ise suça yardım etmekten on yıl hapis cezası verilmiştir. Karar temyiz edildi ise de sonuç değişmemiştir⁹. Ancak Almanya ile 2 Ağustos 1944'te Türkiye'nin resmi ilişkilerini kesmesi sonrasında, suikast davasında yeni bir gelişme olmuştur. Bu gelişme, İsmet İnönü tarafından 8 Ağustos 1944 günü Pavlov ve Kornilov' un affedilerek serbest bırakılmasıdır. Ardından da iki ajan Moskova'ya dönmüştür¹⁰.

III. NÜRNBERG ULUSLARARASI ASKERİ CEZA MAHKEMESİ

8 Ağustos 1945 tarihinde ABD, İngiltere, SSCB ve Fransa İngiltere'nin başkenti Londra'da Londra Antlaşmasını imzaladılar. Bu antlaşmanın 2. Maddesinde yer verildiği üzere, Nürnberg'de Uluslararası Askeri Mahkemenin kuruluşu, yetki ve işleyişi antlaşmaya ekli bir Statü ile belirlenmiştir¹¹.

Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi statüsünün 6. maddesine göre Mahkemenin yetki alanına giren suçlar savaş suçları, barışa karşı suçlar ve insanlığa karşı suçlar olmak üzere üç grup halinde sayılmıştır. Mahkemenin yetki alanı dışında kalan suçlar için yargılama yetkisi Almanya Kontrol Konseyi'nin 10 Sayılı Yasasıyla Alman Ulusal Mahkemelerine verilmiştir¹².

Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi kapsamında duruşmalar 20 Ekim 1945 yılında başlayıp 01 Ekim 1946 yılında sona ermiştir. Yargılama

⁸ Möckelmann (n 7) 150.

⁹ Möckelmann (n 7) 152.

¹⁰Banu El ve Mehmet Perinçek 'Von Papen Suikastını Kim Düzenledi?', (2010) (196) Toplumsal Tarih 34, 46.

¹¹Tevfik Odman, 'Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı', (1996) 45 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131, 137.

¹²Cengiz Başak, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Suçlar (Turhan Kitapevi 2003) 29.

kapsamında; dünya barışına karşı suç işlemek, bir saldırı savaşı çıkarmak, planlamak ve uygulamak, savaş hukukuna karşı işlenen suçlar ve aykırı hareketler ve insanlığa karşı işlenen suçlar ele alınmıştır. Mahkemede dört hâkim ve dört savcı bulunmakta olup hakimler için yedek 4 hâkim daha belirlenmiştir. Tüm hâkim ve savcılar galip devletler olan ABD, İngiltere, SSCB ve Fransa vatandaşları arasından birer kişi olacak şekilde belirlenmiştir.¹³

Mahkemenin hangi hukuk sistemine göre kurulacağı müttefik devletler arasında tartışma konusu olmuştur. Zira dört üye devlet arasında üç farklı hukuk sistemi mevcuttur. Taraf devletler arasında yapılan müzakerelerden sonra her birinden çeşitli hükümler derlenmiştir¹⁴. Zaman bakımından ise savaşın başladığı 1 Eylül 1939 ile 8 Ağustos 1945 tarihleri arasında kalan zamanı yargı yetkisi içine almıştır¹⁵.

Nürnberg Mahkemesinde kararlar oyçokluğuyla alınmış; eşitlik durumunda başkanın oyu belirleyici olmuştur¹⁶. Nürnberg Mahkemesi'nin verdiği kararlar, Kontrol Konseyi'nin denetiminden geçtikten sonra kesinlik kazanmaktadır. Konsey'e, mahkemenin verdiği cezaları indirme yetkisi tanınmış ancak artırma yetkisi tanınmamıştır¹⁷.

Nürnberg Mahkemesi gerek kuruluşu gerek yetkileri ve işleyişi bakımından birçok temel hukuk ilkesi ile ters düşmektedir. Özellikle mahkemenin suçların işlenmesinden sonra kurulması bakımından doğal hâkim ilkesini ihlal ettiği açıkça görülebilmektedir. Ayrıca yargılamaya konu edilen eylemlerin, eylemler

¹³ Türkan Melis Parlak, "Galiplerin Adaleti: Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemeleri", (2015) (37) Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi 37, 43.

¹⁴ Mehmet Şahin, 'Nürnberg Mahkemeleri Üzerine Bir İnceleme', (2010) 2 (1) Aksaray Üniversitesi İİBF Dergisi 49, 57.

¹⁵ Ezeli Azarkan, Nüremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri (Beta 2003) 142.

¹⁶ Başak (n 12) 31.

¹⁷ Azarkan (n 15) 178.

gerçekleştikten sonra suç olarak belirlenmesi ve yine eylemlerden sonra düzenlenen cezalar üzerinden ceza takdirinde bulunulması da kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile örtüşmemektedir. Kaldı ki suç ve cezalar bir kanun ile de ortaya konulmamıştır. Mahkeme hakimlerinin ve savcılarının yalnızca 2. Dünya Savaşının galip devletleri arasından seçilmiş olmaları dahi yargılamaların bağımsız ve tarafsız yürütülme amacı taşımadığını göstermektedir. Nihayetinde mahkemenin taraflara eşit mesafede olduğundan da bahsetmek olanaklı değildir. Mahkeme kararlarına karşı bir üst mahkemenin olmayışı ve yine galip devletlerin üyelerinden oluşan bir Konsey'in itiraz mercii olarak belirlenmesi de etkin bir yargı yolu sunulmadığını göstermektedir. Yargılamanın süre açısından makul bir sürede tamamlandığından ve yargılamanın aleni yapıldığından söz edebilmek mümkündür.

Alman devletince imzalanmayan bir antlaşmada Alman topraklarında işlenen fiiller gereği yargı yetkisinin cezai yönden Alman ulusal mercilerinden alınıp uluslararası bir mahkemeye devredilmesinin egemenlik haklarına aykırılık oluşturacağı dile getirilmiştir¹⁸.

Nürnberg Mahkemesine getirilebilecek bir diğer eleştiride yetki alanına giren suçlar, savaş suçları, barışa karşı suçlar ve insanlığa karşı suçlar olsa da bu suçlar kapsamında savaşa dahil olan Almanya dışındaki hiçbir ülkenin özellikle de galip devletlerin vatandaşlarının suçlanmaması ve yargılanmamasıdır. Bu husus mahkemenin bağımsız, tarafsız ve taraflara karşı eşit olmadığını göstermektedir.¹⁹

Prosedürel adalet ilkelerine uyulup uyulmadığı açısından Nürnberg Mahkemelerini ele aldığımızda öncelikle suçların ve cezaların bir kanunla değil uluslararası antlaşma ile ortaya konulduğunu belirtmek gerekmektedir.

¹⁸ Parlak (n 13) 50.

¹⁹ Parlak (n 13) 50.

Mahkemenin kuruluşu ve yargılaması ise tamamen geçmişe yürür niteliktedir. Mahkeme, kuruluşundan ve suç ile cezaların belirlenmesinden önce meydana gelen eylemleri yargılamaktadır. Bu açında antlaşma ile belirlenen hükümler geriye yürümektedir. Bu sebeple diğer ilkeler açısından bir tespit yapılabilmesi de olanaklı olmamaktadır.

Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin özellikle doğal hâkim ilkesi ile kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal ediyor olması ilerleyen süreçte Birleşmiş Milletlere bağlı Lahey'deki Uluslararası Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi yeni uluslararası yargı mekanizmalarının geliştirilmesini gündeme getirmiştir.

IV. FRANZ VON PAPEN'İN NÜRNBERG MAHKEMESİNDE YARGILANMASI

Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, Almanya Devletinin yönetiminde yetki sahibi kişileri, Nazi yönetimin temsilcilerini belirlemiş ve bu kişilerin yargılamasını yapmıştır. Franz von Papen'in de üstlendiği görevler sebebiyle bu kişiler arasında yer aldığı kabul edilmiştir. Kendisine yöneltilen suçlamalar ana hatlarıyla: Nazi devletinde başbakanlık yapmış olmak, Adolf Hitler'in başbakanlığında başbakan yardımcılığı yapmış olmak, Viyana'da ve Ankara'da Nazi devletinin büyükelçiliğini yapmak idi. İddianameye göre Franz von Papen geldiği bu makamları Nazilerin iktidara yükselişini ve savaş suçlarını işlemesini kolaylaştırmak için kullanmıştı²⁰. Mahkeme süreci 20 Ekim 1945 yılında başlamış ise de Franz von Papen, 9 Nisan 1945 tarihinden itibaren tutuklu²¹ olup tüm yargılama boyunca da tutuklu kalmıştır. Mahkeme öncesi soruşturmalar 3 Eylül 1945 tarihinde başlamış, yöneltilen suçlamalar 19 Ekim

²⁰ Taylor (n 2) 505.

²¹ Banu El, Franz Von Papen'in Ankara Büyükelçilik Yılları (Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi 2006) 211.

1945 tarihinde Franz von Papen'e bildirilmiştir²².

Mahkeme dünya barışını bozmak amacıyla birlik kurmak, saldırı savaşı tasarlamak ve uygulamak, savaş hukukunu ihlal etmek ve insanlık ilkelerine karşı eylemleri teşvik etmek suçlamaları kapsamında yargılama yapmıştır. Franz von Papen ilk iki suçtan yargılanmıştır²³. Askeri Mahkemece, Papen'in, Nazi rejiminin güçlenmesine ve Avusturya'nın Almanya'ya ilhakını sağlayarak, Nazi zihniyetinin Avrupa'da yayılmasına katkıda bulunduğu tespitleri yapılmıştır. Buna karşı Papen' in dünya barışını bozmak için kurulan komploya ve saldırı savaşını tasarlayanlara katılmış olduğu iddiası kanıtlanamamıştır. Avusturya topraklarının silah zoruyla işgal edilmesini teşvik ettiğine dair kanıtlar da bulunamamıştır²⁴.

Franz von Papen, duruşmalarda hazır bulunarak yargılamalar sırasında gerek kendi beyanları gerekse de avukatı ile savunma hak ve imkanına sahip olmuştur. Papen, suçlamaları reddetmiş, Nazilere ve Hitler'e en çok karşı çıkan kişinin kendisi olduğunu beyan etmiştir. Von Papen kendini savunurken, Nazi rejimine değil, sadece vatanına hizmet etme amacında olduğunu ileri sürmüştü, kendisini Nazi rejiminin değil "Öteki Almanya"nın temsilcisi olarak tanıtmıştır. Duruşma sırasında, gayet safiyane bir tavırla, "*siz gerçekten tamamen dürüst niyetlerle vatanına hizmet etmeye hazır bütün insanları da suçlayacak mısınız?*" diye sormuştur²⁵.

Franz von Papen, Nürnberg Mahkemesi sırasında Britanyalı sorgu yargıcının kendisine yönelik söylediği 30 Haziran cinayetlerini ve katliamlarını açıklayıp sonra istifa etmesi gerektiği, bu şekilde bir davranışın yurt dışından tepki gelmesini sağlayarak olayların akışını değiştirebileceği söylemine karşılık olarak:

²² El (n 21) 213.

²³ Möckelmann (n 7) 355.

²⁴ Möckelmann (n 7) 355.

²⁵ Möckelmann (n 7) 17.

“Göbels radyo yayınlarını, basını öyle yöntemlerle kontrolü altında tutuyordu ki, böyle bir şey yapmış olsaydım bile hiç etkili olmayacağını biliyorum. Bu arada bir noktayı göz önünde bulundurmakta fayda var: o zamanlar diğer memleketler Almanya'daki olayları anında haber alıyor, biz yurt içinde yaşayan Almanlardan daha iyi bilgileniyorlardı. Hitler'in Bolşevizme karşı olduğuna inandıkları sürece ne 30 Haziran cinayetleri, ne uluslararası anlaşmaların ihlal ediliyor olması dış güçleri Hitler'i desteklemekten alıkoyamazdı. Benim gibi bir tek adamın, titri ve derecesi ne olursa olsun, gelişmeleri engellemesi imkansızdı. Amacım Almanya'yi aklamak değil, ama diğer ülkelerin de bütün bu olanlardan gerçek payları ve sorumlulukları var.”²⁶ cevabını vermiştir. Bu cevabı ile yargılayan konumunda olan galip devletlerin de en az kendisi kadar sorumlu olduklarını ve yaşananlara göz yumduklarını belirtmiştir.

Yargılama sürecinde taraflara tanık deliline başvurulabilmesi adına imkân verilmiştir. Franz von Papen'in avukatı Dr. Kubuschok, savunma amacıyla Türkiye'deki sürgünlerin sözcülüğünü üstlenmiş olan Dermatolog Dr. Alfred Marchionini'nin yeminli ve tasdikli ifadesini temin etmeye çalışılmış ve başarılı olmuştur. Tanıklık ifadesinde yer alan: “Özellikle 1944'ün baharında gerçekleşen bir olayı çok iyi anımsıyorum. O tarihte Yahudi Ajansının Mülteciler Komiseri Bay Barlas'ın ricası üzerine Büyükelçi Franz von Papen'i ziyaret ettim ve 10.000 Yahudinin imha edilmek üzere Fransa'dan Polonya'ya gönderilmesinin önlenmesini, bu insanların kurtarılmasına yardım etmesini rica ettim. Söz konusu Yahudiler önceleri Türkiye vatandaşıyken daha sonra vatandaşlıklarını değiştirmişlerdi. Bay von Papen benim ricamı kabul etti ve onun müdahalesi sayesinde bu insanlar ölümden kurtuldu.”²⁷ beyanları Franz von Papen'in elini güçlendirse de beyanı doğrulayacak herhangi bir kaynak tespit edilemediğinden Mahkeme tarafından bu beyan tek başına yeterli görülmemiştir. Ayrıca mahkeme

²⁶ Azakoğlu (n 5) 347.

²⁷ Möckelmann (n 7) 340.

tarafından ifade de yer alan “*imha edilmekten kurtarıldıkları*” açıklaması Franz von Papen'in toplama kamplarından ve bu kamplarda gerçekleşen olaylardan haberdar olduğu şeklinde yorumlanmıştır. Baş yargıç Sir Geoffrey Lawrence, Papen'e, Yahudilerin öldürüldüğünü ilk defa ne zaman öğrendiğini sorduğunda, Papen, “*Bize, Yahudilerin Polonya'daki kamplara nakledildikleri bildirildi. Bunun bilinçli bir Yahudi soykırımı olduğunu ancak şimdi burada öğreniyoruz.*” demiştir. Franz von Papen toplama kampları hakkındaki bilgisine dair anılarında: “*Unutulmaması gerekir ki, yabancı basında bile kampların adları savaştan sonra verilmeye başlanmıştır. Genel bilgisizliği anlatabilmek için örneğin şunları söyleyebilirim: Savaş sırasında oğlum, Thuringe yakınında Gotha'da bir kampta altı ay boyunca eğitim yaptı. Buchenwald adlı kamp ise orada sadece yirmi kilometre uzaklıktaydı. Ama orada geçirdiği süre zarfında oğlum o civarda bir toplama kampı olduğunun farkına varmamıştı. Buchenwald dendiğinde bizler, her seferinde sadece orada bulunan SS karargahından söz edildiğini düşünürdük.*”²⁸ sözleri ile yargılanmasından yıllar sonra da toplama kampları ve soykırım hakkında bilgi sahibi olduğu iddiasını reddetmiştir.

Yargılama sürecinde taraflara huzurda bulunan tanıklara soru sorma imkânı da tanınmıştır. Franz von Papen'in avukatı Kubuschok, mahkemede bulunan tanık Dr. Hans Kroll'dan, savaş yılları boyunca müvekkilinin, Yahudilerle ilişkileri hakkında bilgi vermesini talep etmiş, tanık beyanında: “*Büyükelçi von Papen'in kamuya açık konuşmalarında ve genel davranışlarında, Nazi Partisinin Yahudi karşıtı politikasını onaylamadığını belirttiğini*”²⁹ ifade etmiştir.

Franz von Papen'in Marburg Söylevi de Nürnberg'te oldukça etkili olmuştur. Franz von Papen, Marburg söyleviyle de kabinedeki oturumlarda da Hitler'e en

²⁸ Möckelmann (n 7) 340.

²⁹ Möckelmann (n 7) 353.

çok karşı çıkan isim olduğunu ifade etmiş ve mahkemeyi ikna edebilmiştir³⁰.

Franz von Papen yargılama neticesinde 1 Ekim 1946'da beraat etmiştir. Mahkeme tarafından verilen karar gerekçelendirilmiş ve açıklanmıştır. Mahkemenin Sovyet Üyesi beraat kararına katılmamış olup karşı oyunu da gerekçeli olarak açıklamıştır. Karşı oyda von Papen'in; Hitler'in şansölye görevine atanmasının yolunu açtığı ve iktidara aktif olarak yardım ettiği hususlarında bir itirazının yargılama süresince olmaması, Nazilerin, Avusturya'yı ele geçirmesinde etkin rol oynaması, Hitler'e yazdığı bir mektupta “Özgürlük Birliği” olarak bilinen Nazi örgütüne “Yahudilere karşı mücadele” için mali yardım yapılmasını tavsiye etmesi, Hitler'in, Franz von Papen'i Türkiye faaliyetleri için Liyakat Nişanı ile ödüllendirmesi hususlarının cezalandırmaya yeterli olacağı belirtilmiş ve beraat kararına karşı çıkmıştır³¹.

Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesinin her ne kadar bağımsız ve tarafsız olduğunu söylemek mümkün olmasa da yargılamalar esnasında sanıklara delil toplanabilmesi açısından imkân verilmesi silahların eşitliği ilkesinin görünümü olarak kabul edilebilir. Ayrıca yargılama sürecinde sanığın kendi aleyhine delil sunmaya zorlanmadığı görülse de sanığın masumiyetini ispat etmek zorunda bırakıldığı görülmektedir. Yargılama süresince sanığın beraate odaklı savunma yaptığı, suçsuz olduğunu ispat çabası içinde olduğu ve daha baskın olarak savunmada siyasi retorik kullanıldığı görülebilmektedir. Yargılamanın gerek mahkemenin kuruluşu gerek yetkileri gerekse de hâkim ve savcılarının seçimi noktasındaki şartları ele alındığında adli bir davadan öte siyasi bir dava olduğunu söylemek mümkündür. Davanın siyasi niteliği daha ağır bastığından adaletin yerini bulması asli amaç olmamış, galip devletler, savaş sonrası

³⁰ Eugene Davidson, *The Trial Of The Germans 1945-1946* (The Macmillan Company 1966) 217.

³¹ <https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf> Son Erişim Tarihi: 08.04.2023.

oluşturdıkları mahkeme ile hukuk zeminde bir güç gösterisi sergilemiştir.

V. FRANZ VON PAPEN'İN DENAZİFİKASYON MAHKEMESİNDE YARGILANMASI

Franz von Papen, Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama neticesine beraat etmiş ise de tutukluluğu sona ermeden bu kez 5 Mart 1946 tarihli, “104 sayılı Nazizmden ve Militarizmden Arındırma Yasası” kapsamında; Nazi baskı yönetimini fiilen desteklemiş olmakla, adalet ve insaniyet ilkelerini ihlal etmekle ve bundan kaynaklanan koşulları kendi yararına kullanmış olmakla suçlanmış ve tutuklu olarak yargılanması yapılmıştır. Franz von Papen, Nazilerin yönetime geçtiği dönemde şansölye yardımcısı olması, daha sonra da büyükelçi olarak iki farklı ülkede görevlendirilmesi sebebiyle hükûmet memurları kategorisine dahil sayılmış dolayısıyla esas failer grubunda yer aldığı kabul edilmiştir³².

Bu yargılama 30 Ocak 1947'de başlayıp 24 Şubat 1947'de sonuçlandırılmıştır. Yargılama sonucunda alınan kararlar Franz von Papen'in sekiz yıl boyunca çalışma kampında tutulmasını, 5000 Alman Markı ödemesini ve tüm sivil haklarının alınmasını öngörmekteydi³³. Ayrıca Papen'e emeklilik maaşı hakkı da tanınmamıştır. Papen kararı temyiz etmiştir. Bavyera Temyiz Mahkemesi birçok tanığı dinleyerek, Papen'in özellikle Yahudi meselesinde Hitler üzerinde yatıştırıcı ve engelleyici bir etkisi olduğuna, hatta bu bakımdan Hindenburg'u Hitler üzerindeki otoritesini kullanmaya teşvik ettiğine kanaat getirmiştir. Netice olarak Papen esas failerden sayılmayıp ikinci derece suçlular grubundan kabul edilmiş, cezası 30.000 Alman Markı para cezası olarak belirlenmiştir³⁴.

Papen, Nazizmden Arındırma Mahkemesinin yargıç heyetinde bulunan kişilerin

³² Möckelmann (n 7) 356.

³³ El (n 21) 215.

³⁴ Möckelmann (n 7) 359.

hukuk eğitimi görmemiş olduklarını ve çoğunlukla kendi siyasi rakiplerinden oluştuklarını, bunların da öncelikle sanıkla kişisel bir hesaplaşma fırsatından yararlanmak istediklerini ileri sürmüştür³⁵.

SONUÇ

Birinci Dünya Savaşında ve İkinci Dünya Savaşı'nda Türkiye'de bulunmuş olmasına rağmen Franz von Papen'e isnat edilen savaş suçlarının hiçbirisi Türkiye'de işlenmemiştir ve Osmanlı ya da Türkiye Cumhuriyeti devleti ile ilgili olmamıştır. Her iki savaşta da Türkiye'de görev almış olmasına rağmen, İkinci Dünya Savaşına ilişkin olarak kendisine isnat edilen savaş suçlarını Türkiye'de büyükelçi olarak görevlendirilmesinden önceki yıllarda, İkinci Dünya Savaşının arifesinde Almanya'da işlemiştir.

Nürnberg Mahkemesi, Franz von Papen'i Hitler'in yükselişindeki rolü nedeniyle suçlu bulmuştur. Franz von Papen'in, Hitler'in iktidara gelmesinde etkili bir rol oynadığı doğrudur. Ayrıca, İkinci Dünya Savaşının başlamasından önce ve İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya'nın uluslararası politikalarının şekillenmesi çok önemli katkıları olmuştur.

Papen, Nürnberg yargılamaları sırasında Nazi liderleri arasında en yüksek düzeyde görev yapmış olan kişilerden biridir. Papen, 1943'ten 1944'e kadar Türkiye'de Almanya'nın büyükelçisi olarak görev yapmıştır. Türkiye, o dönemde henüz savaşa girmemiş olmasına rağmen, Almanya'nın en önemli müttefiklerinden biri olarak kabul ediliyordu. Bu nedenle, Papen'in Türkiye'deki diplomatik faaliyetleri, o dönemde Türkiye'nin uluslararası politikalarında önemli bir rol oynamıştır. Ancak bu faaliyetlerin hiçbir savaş suçu isnat edilecek bir nitelik taşımamaktadır. Franz von Papen'in rolü daha çok Türkiye'yi Almanya'nın yanında İkinci Dünya Savaşına girmeye ikna etmek, girmese bile

³⁵ Franz von Papen, Der Wahrheit eine Gasse (Paul List 1952) 664.

Almanya'nın karşısında savaşa girmemesini sağlamak ve savaş sırasında Almanya'yla iyi ilişkiler kurup Almanya'nın düşmanlarıyla arasına mesafe koymasını sağlamak yönündeydi. Bunların hiçbiri teknik olarak savaş suçu değildir.

Bununla birlikte, uluslararası hukukun gelişmesine önemli bir katkı sağlayan Nürnberg yargılamaları, doğrudan Türkiye'ye ilişkin olmasa da, içtihatları bakımından, modern uluslararası hukuku gözeten her ülkeyi ilgilendirdiği gibi Türkiye'yi de ilgilendirmektedir.

Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, yukarıda izah edilen süreç çerçevesinde gerek kuruluşu gerek işleyiş biçimi gerek verdikleri kararları bakımından evrensel hukuk ilkeleri açısından tartışmalıdır.

Mahkemenin iddia edilen suçların işlenmesinden sonra kurulması, doğal hâkim ilkesine ters düşmektedir. Ayrıca yargılanan kişilerin eylemlerini gerçekleştirdikleri tarihlerden sonra eylemlerinin suç sayılıp yargılama yapılmış olması mahkemenin icraatlarını usulen tartışmalı duruma getirmektedir.

Mahkemedeki savcılarının ve hakimlerin galip devletler tarafından seçilmesi kararlarını tartışmalı hale getirmiştir. Bu durum neticesinde bağımsız bir uluslararası mahkeme ihtiyacı ortaya çıkmış olup, bu doğrultuda Birleşmiş Milletlere bağlı Lahey'deki Uluslararası Adalet Divanı gibi mekanizmalar kurulmuştur. Ayrıca bütün zanlılar yargılanmamıştır. Bazı Nazi savaş suçlularının yargılanmadığı, Lyon katili olarak tanınan Klaus Barbie isimler işledikleri suçlardan edindikleri deneyimlerden yaralanmak için benzer yöntemler kullanarak Güney Amerika gibi ülkelerde Komünizme karşı görevlendirilmiştir. Bu durum da esastan bir sorun yaşanmıştır. Bu çerçevede yukarıda detayları verilmiş olan, Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin Franz von Papen' i yargılamasında siyasi faktörlerin ön plana çıktığı görülmüş olup, hem esasa yönelik hem de usule yönelik hatalar

gözlemiştir.

Sonuç olarak bu çerçevede Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin Franz von Papen'in yargılamasında da görülen bu eksiklikler Birleşmiş Milletlere bağlı Lahey'deki Uluslararası Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi yeni uluslararası yargı mekanizmalarının geliştirilmesine yol açmıştır.

KAYNAKÇA

Azakoğlu N, Franz von Papen'in Anılarından (Tarihçi Yayınevi 2015).

Azarkan E, Nüremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri (Beta 2003).

Başak C, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Suçlar (Turhan Kitapevi 2003).

Davidson E, The Trial Of The Germans 1945-1946 (The Macmillan Company 1966).

El B ve Perinçek M 'Von Papen Suikastını Kim Düzenledi?', (2010) (196) Toplumsal Tarih 34, 47.

El B, Franz Von Papen'in Ankara Büyükelçilik Yılları (Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi 2006).

Kocaçimen F, İkinci Dünya Harbi'nin Meşhurları (Akba Kitapevi 1945).

Kınlı O ve Yeneroğlu E, 'İnsanlık Suçunun Siyaseten İnşası: Nürnberg ve Mirası', (2019) 48 (48) Kebikeç İnsan Bilimleri İçin Kaynak Araştırmaları Dergisi 7, 40.

Möckelmann R, Franz Von Papen Hitler'in Türkiye Büyükelçisi, Selma Türkis Noyan (çev) (Kitap Yayınevi 2019).

Odman T, 'Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu

ve Yasal Dayanağı', (1996) 45 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131, 151.

Papen F, Der Wahrheit eine Gasse (Paul List 1952).

Parlak TM, "Galiplerin Adaleti: Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemeleri", (2015) (37) Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi 37, 53.

Şahin M, 'Nürnberg Mahkemeleri Üzerine Bir İnceleme', (2010) 2 (1) Aksaray Üniversitesi İİBF Dergisi 49, 61.

Taylor T, The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir (Knopf Doubleday Publishing Group 2012).

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf>

<<https://ebookcentral.proquest.com/lib/klu/detail.action?docID=6085927>>



ULUSLARARASI TERÖR GRUPLARINDAN ETA VE IRA ÜZERİNE HUKUKİ BİR DEĞERLENDİRME

Nisa BULUT

Araştırma Makalesi

Yüksek Lisans Öğrencisi, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim
Dalı Tezli Yüksek Lisans, 205206018@kocaeli.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7748-8425.

ÖZET

Uluslararası alanda terörizm, geçmişten beri çözüme kavuşturulmaya çalışılan bir sorun olmuştur. Bu sorunla mücadelede genellikle müdahaleci, sert yöntemler tercih edilmektedir ve sert müdahaleler özellikle etnik kökenli gruplara karşı benimsendiğinde, bu etnik gruptaki kişiler ile halk arasındaki etkileşimlerin olumsuz sonuçlar ortaya koyduğu gözlenmektedir. Günümüzde genel kabul olarak gelişmiş ülke niteliğinde olduğu benimsenen birçok ülkenin tarihi incelendiğinde, aslında mücadele yöntemlerinin zaman ilerledikçe değiştirildiği, dönüşüme uğradığı ve bu dönüşümün sert müdahalelerin kısa vadeli çözüm olup uzun vadede çözümden uzaklaştırdığının tespiti dolayısıyla olduğu görülmektedir. Uluslararası alanda faaliyet gösteren terör gruplarının faaliyetlerine karşı takınılacak tavrın önemi de vurgulamaya çalışılmıştır zira bu gruplara karşı yürütülecek ortak mücadele mücadelenin başarılı olmasında karşımıza çıkabilecek en önemli faktörlerden biridir. Dolayısıyla çalışmanın içeriğinde sadece ulusal düzeyde değil uluslararası düzeyde de mücadelenin yürütülmesine vurgu yapılmıştır. Bu çalışmada uluslararası faaliyet gösteren terörist gruplarından ETA ve IRA incelenmiştir. Çok sayıda araştırmaya konu olan bu terör grupları uluslararası alanda faaliyet gösteren büyük gruplar arasında yer almaktadır. ETA, 1960-2011 yılları arasında faaliyetlerine aktif olarak devam etmiştir. IRA ise aynı dönemlerde kurularak faaliyet gösteren Kuzey İrlanda kökenli bir gruptur. Her iki grubun da faaliyet gösterdiği alanlar mevcuttur zaman içerisinde her iki terör grubunun da faaliyetleri farklılaşma geçirmiş ise de temel olarak insanlığa zarar verme sonucu doğuran birçok eylem gerçekleştirmişlerdir. Bu çalışmada, terörizm, uluslararası terörizm, ETA, IRA, Belfast Antlaşması'nın uluslararası alanda ortaya çıkan terörizm kavramı üzerindeki etkileri incelenmiştir.

ANAHTAR KELİMELELER: ETA, IRA, Terör Örgütü, Belfast Antlaşması, Terörizm, Uluslararası Terörizm.

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



Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

ETA AND IRA FROM INTERNATIONAL TERRORIST GROUPS

Nisa BULUT

Research Article

LL.M. Student, Kocaeli University, Institute of Social Sciences, Public Law LL.M.,
205206018@kocaeli.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7748-8425.

ABSTRACT

In the international arena, terrorism has been a problem that has been tried to be solved since the past. Interventionist, harsh methods are generally preferred in the fight against this problem, and when harsh interventions are adopted, especially against ethnic groups, it is observed that interactions between people in this ethnic group and the public reveal negative results. When the history of many countries, which are generally accepted as developed countries today, is examined, it is seen that the methods of struggle are changed and transformed as time progresses and that this transformation is due to the determination that harsh interventions are short-term solutions and away from the solution in the long term. The importance of the attitude towards the activities of terrorist groups operating in the international arena has also been tried to be emphasized, since the joint struggle against these groups is one of the most important factors that may arise in the success of the struggle. Therefore, in the content of the study, it was emphasized that the struggle should be carried out not only at the national level but also at the international level. In this study, ETA and IRA, which are among the terrorist groups operating internationally, were examined. These terror groups, which are the subject of numerous researches, are among the large groups operating in the international arena. ETA continued its activities actively between 1960 and 2011. The IRA is a group of Northern Irish origins that was founded and operated around the same time. Although the activities of both terrorist groups have undergone differentiation over time, they have carried out many actions that have resulted in harm to humanity. In this study, the effects of terrorism, international terrorism, ETA, IRA, Belfast Agreement on the concept of terrorism emerging in the international arena were examined.

KEYWORDS: ETA, IRA, Terrorist Organization, Belfast Agreement, Terrorism, International Terrorism

GİRİŞ

Uluslararası alanda çeşitli şekillerde faaliyet gösteren terör grupları, ülkelerin askeri, ekonomik, siyasi alanlarına yönelik saldırılar gerçekleştirmektedir. Ülkelerin çeşitli gruplara karşı vermiş oldukları mücadele karşısında terör gruplarının saldırılarına ara vermeyerek faaliyetlerine devam etmeleri sonucunda çok sayıda askeri personel ve sivilin ölümüne sebebiyet vermişlerdir. Bu çatışma ortamının tüm insanlık üzerindeki oldukça sarsıcı ve fevkalade olumsuz etkileri yadsınamayacaktır. Zira bu çatışma ortamı içerisinde hayatını idame ettirmeye çalışan kadın, erkek, çocuk, yaşlı ya da dezavantajlı grupların psikolojik açıdan da problemler yaşaması kaçınılmazdır. Ülkelerin uluslararası alanda vermiş oldukları bu mücadele diğer ülkelerle olan hukuki, siyasi, askeri ve ekonomik ilişkilerini de etkilemektedir. Bu kapsamda terör gruplarına diğer ülkelerin yaklaşımları önem arz etmektedir zira uluslararası alanda etkileme konusu olan bölge her ne kadar terör gruplarının hedef aldığı bölge olmakta ise de sonrasında takip eden süreçte birbirleriyle çeşitli nedenlerle etkileşim halinde olan devletlerin bu durumu hasar almadan atlattığı pek de mümkün olmamaktadır.

Uluslararası alanda terörizm kavramının ortaya çıkış tarihi hakkında net bilgi elde

edilememiş ise de belirli olaylar terörizmin uluslararası alanda kabul edilmesine yönelik ilk adımlar olarak saptanmıştır. 1960 yıllarından itibaren de bazı grupların ve bu grupların eylemlerinin uluslararası terörizm kavramı altında incelendiğini söyleyebilmek mümkündür¹. Terör gruplarının yapmış olduğu saldırı faaliyetleri çeşitli bombalamalar, ulaşım araçlarının kaçırılması, sivil ve askerlerin rehin tutulması, devlet başkanı veya devlet erkânında önemli konumda bulunan kişilere yönelik eylemler, teknolojik saldırılar ve bu gruplar tarafından üstlenilen çeşitli planlar başta olmak üzere sıralanabilmektedir. Bu eylemlerin daha birçok farklı görünümü mevcuttur. Burada şu husus dikkat çekmektedir ki bu gruplar sadece askeri ya da yetişkinleri hedef almamakta, sivil, çocuk ya da dezavantajlı grupları da hedef alabilmektedir. Bu açıdan savunmasız insanları da eylemlerine alet eden bu grupların oldukça tehlikeli ve zarar verici amaç taşıdığı söylenebilecektir. Ülkeler onlara zarar verme kastıyla hareket eden belirli muhataplar yerine belli belirsiz gruplar bulduklarından bu gruplarla mücadele hususunda oldukça zorlanmaktadırlar. Bu grupların uluslararası hukuk düzleminde varlıklarının kabul edilmesi ve verdikleri zararlardan sorumlu tutulabilmeleri hususu zaman zaman mümkün olmadığından eylemleri sonucunda yaptırımların uygulanması da zorlaşmaktadır. Uluslararası hukuk düzleminde kişilikleri bulunan süjelere karşı kişiliği bulunmayan gruplara uygulanacak yaptırımların da uluslararası hukukun izin verdiği ölçüde, uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak, uluslararası hukuk kuralları çiğnenmeden gösterilecek karşılık niteliğinde olması gerekecektir.

Terörizme karşı tavır alan devletler bulunduğu gibi, terör faaliyetlerinin devlet destekli olduğuna da rastlamak mümkündür. Bu aşamada devletlerin politik ve siyasi tavırlarının terör gruplarını bir nevi araç olarak kullanmak suretiyle kendi hedeflerine ulaşma çerçevesinde şekillendirdiği görülmektedir. Terör grupları

¹ Ahmet Hamdi Topal, 'Uluslararası Hukukta Devlet Destekli Terörizme Karşı Kuvvet Kullanma' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2004) 38 vd.

üzerinden faaliyet gösteren devletlerle terör grupları arasında ispata elverişli, net ve somut bir bağlantı bulunmadığından devletlerin terör gruplarının faaliyetlerinden sorumlu tutulamaması hususu devletlerin bu yöneme başvurusunu artırmıştır. Terör grupları da bu sayede her ne kadar kendi eylemlerinden sorumlu olsalar da muhtaç oldukları ekipmanlara, stratejilere, eğitime vb. birçok kaynağa erişim sağlayabildiklerinden bu kaynakları finanse etme sorununu ortadan kaldırmaktadırlar ve bu grupların da devlet desteklerinden faydalanma motivasyonları artmaktadır².

Terörizm, karşısında uluslararası barış ve güvenliğin ortaya çıkarılması için ciddi adımlar atılması gerekmektedir. Terörizmin tamamen ortadan kaldırılması mümkün olmayacaksa bile minimize edilmesi için uluslararası hukukun kabul ettiği sùjelerin, çeşitli uluslararası kuruluşların ortak amaç olarak uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına yönelik faaliyet gösterilmesini belirlemesi gerektiği yönündeki düşüncelere katılmaktayız. Zira uluslararası alanda faaliyetlerine devam eden gruplara karşı uluslararası birliktelikle verilecek mesajların, mücadelenin ve ortaya konulacak tavrın daha etkili olabileceği yönünde kanaat oluşmuştur. Bu yüzden de uluslararası hukukun uygulamalarının, kurallarının, yargı mercilerinin benzer husustaki kararlarının dikkate alınmasının, terörizmle ve terör gruplarıyla mücadelede oldukça önemli bir rol üstlendiği düşünölmektedir.

Bu çalışmada da terör gruplarından kabul edilen, birbirleriyle de bağlantılı iki grup: ETA ve IRA incelemeye konu edilmiştir. ETA ve IRA'nın oluşum sürecine değinilmeden önce terör kavramı somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu aşamada uluslararası alanda terörizmin yerinden bahsedilmiştir. ETA ve IRA'nın üstlendiği çeşitli eylemler ortaya konulmuş ve sonuç olarak uluslararası terörizmle mücadelenin gerekliliği ve uluslararası hukuktaki yerinden

² Topal (n 1) 50.

bahsedilmek suretiyle neler yapılabileceğine vurgu yapılmak istenmiştir. Bu kapsamda sadece ETA ve IRA terör örgütleri bağlamında değil terör eylemi gerçekleştirmek üzere faaliyet gösteren grupların uluslararası barışa zarar vermemesi adına çaba gösterilmesi gerektiğine değinilmiştir.

I. KAVRAMSAL OLARAK TERÖRİZM

A. GENEL OLARAK

Terörizm, farklı dillerde *terreur*, *terror*, *terrere* gibi farklı isimlendirilmelerle ifade edilmektedir. Ayrıca, bu kavram farklı tanımlamaları da bünyesinde barındırmaktadır. Ergil'e göre, tanımlamanın zorluğu içinde birçok kavramı barındırmasından kaynaklanmaktadır³. Terörizm teriminin ortaya çıkış süreci Fransız İhtilali'ne kadar dayandırılmakla birlikte, takip eden yıllarda uluslararası hukuk alanında da kendine yer edinmiştir⁴. Terör eylemleri, güçsüz bir grup, topluluk ya da bir oluşum tarafından çeşitli amaçlarla devlete yöneltilmiş faaliyetleri içermektedir. En geniş tanımlamalardan biri olarak terörizmin "*Saldırılan veya korkutulan sivil ve masum kurbanlar aracılığı ile hedeflenen daha büyük bir kitleyi, yıldırıp, korkutarak, yasa-dışı stratejik ve siyasal amaçlarını gerçekleştirmek için bir grubun veya devletin, bilinçli ve planlı bir biçimde şiddet kullanması veya şiddet kullanma tehdidinde bulunmasıdır.*" tanımını karşıladığı kabul edilmektedir⁵. Elbette bunun dışında daha birçok terörizm tanımına rastlamak da mümkündür. Kaldı ki yapılan tanımlamalar her uluslararası hukuk süjesi tarafından ve zaman zaman aynı ülkelerde değişen hükümetlere ya da devletlerin siyasi dönemlerine göre farklılık gösterebilmektedir. Bu yüzden de ülkelerin kendi yararları doğrultusunda

³ Doğu Ergil, 'Uluslararası Terörizm' (1992) 47 (03) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 139, 143.

⁴ Murat Saraçlı, 'Uluslararası Hukukta Terörizm', (2007) 11 (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1049, 1051.

⁵ Ergil (n 3) 141.

şekillenen tanımlamalara yer vermeleri de oldukça doğal karşılanmaktadır. Terörizm kavramının tanımı değişen zamanın şartlarına, uluslararası hukukun gereklerine ve ülkelerin takınmak istedikleri tavra göre, ülkelerin uluslararası konumlarına bağlı olarak ve benzeri birçok etken çerçevesinde değişiklik gösterebilmektedir. Bu kapsamda değişen çeşitli şartlar ekseninde tüm devletler tarafından kabul edilen terörizm tanımının net olarak belirlenmesi mümkün olmamıştır.

Değinilmesinde fayda görülen diğer bir husus da terör ve terörizm kavramlarıdır. Terör ve terörizm kavramları birbirlerinden farklı değerlendirilmektedir, bu aşamada terör eylemleri ve terörizm siyasi faktörleri bünyesinde bulundurup bulundurmama durumuna göre ayrılmaktadır⁶. Her iki kavram da çeşitli korkutma amacı taşıyan, saldırı niteliğindeki, zarar verici faaliyetleri kapsıyor olsa da terörizm siyasi amaç da taşımaktadır. Terör, korkutma amaçlı saldırıları, eylemleri ve zarar verici faaliyetleri kapsıyor ise de terörizm siyasi amaç güderek sistematik saldırıları, sürekli nitelik taşıyan eylem, faaliyet vb. davranışları içeren bir kavram olarak ifade edilmektedir⁷. Bu aşamada terörizm kavramından sistematik eylemleri içeren, siyasi bir amacı olan ve bu amaç uğruna faaliyetlerini gerçekleştiren çeşitli eylem gruplarını kapsadığı düşünülebilecektir. Şu da söylenebilir ki bu faaliyetleri gösteren grupların zaman zaman sadece o ülkeye zarar verme amacı ekseninde genişleyen bir siyasi amacı olabileceği gibi zaman zaman da bağımsızlık elde etme düşüncesine dayalı siyasi bir amacı da ortaya koyabileceklerdir.

Terörizmin ortaya çıkışında Fransız İhtilali ve Fransız İhtilali'ni takip eden siyasi, ekonomik, tarihi ve daha birçok alandaki gelişmeler etkili olduğu söylenebilecektir. Fransız İhtilali ile yaşanan gelişmeler uluslararası alanda da

⁶ Topal (n 1) 20 vd.

⁷ Topal (n 1) 20 vd.

hukuki yapılanmaları, gruplaşmaları, çeşitli sorunları beraberinde getirmiştir. “1789 Fransız Devrimini izleyen 1793 Konvansiyon döneminde jakoben yönetimde uygulanan sistematik şiddet politikası, siyaset ve hukuk alanlarında “terörizm” kavramının doğmasına yol açmıştır. Terörün vatanperverlikle eşanlı tutulduğu bu dönem boyunca, binlerce Fransız giyotinle idam edilmiş ve binlercesi de hapsedilerek işkenceden geçirilmiştir.” Ülkelerarası ve ülkesel iç sorunların ana faktörlerinden biri olarak kendine yer bulan terörizm, doğrudan savaş anlamına gelmese de barışa engel rol üstlendiği kabul edilmektedir⁸.

B. ULUSLARARASI HUKUKTA TERÖRİZM

Uluslararası terörizm kavramı uluslararası faaliyet gösteren terör gruplarının artmasıyla sık sık gündeme gelmeye başlamıştır. Bu kapsamda “*Terörizmin Bastırılmasının Evrenselleştirmesi İçin Uluslararası Sözleşme*” ve çeşitli ülke temsilcilerinin öldürülmeleri sonucunda Milletler Cemiyeti bünyesinde yapılan çalışmalarla uluslararası faaliyet gösteren terör gruplarının önüne geçilmesine yönelik adımlar atılmaya başlanmıştır⁹. Terörizm faaliyetlerinin uluslararası alanda gündeme gelmesiyle birlikte uluslararası hukuk sükeleri, terörizmle mücadele hususunu ciddiye almak durumunda kalmışlardır. Uluslararası faaliyet gösterme kavramından anlaşılacak olan birden fazla ülke toprağını ilgilendiren terör faaliyetleri olarak açıklanabilmektedir. Dolayısıyla ülkelerin sınırlarını aşan, birden fazla ülkeyi ilgilendiren terör eylemleri söz konusu olduğunda uluslararası terör faaliyetinin de gündeme geleceği söylenebilecektir. Uluslararası terör gruplarının eylemleri karşısında, devletlerin bu grupların eylemlerini desteklemeye yönelik faaliyet gerçekleştirip gerçekleştirmediği de ayrı bir önem arz etmektedir. Bu kapsamda destek sayılabilecek durumların başında terör gruplarının gerçekleştirdikleri terör faaliyetlerine ilişkin kullandıkları her türlü

⁸ Saraçlı (n 4) 1051 vd.

⁹ Saraçlı (n 4) 1051 vd.

kaynağın finansmanı olunup olunmaması, siyasi ve hukuki açıdan destek sağlanmasına yönelik her türlü faaliyet gelmektedir.

Uluslararası alanda meydana getirilen terör eylemleri, uluslararası terörizmi ilgilendirmektedir. Bu kapsamda devletlerin kendi sınırlarını aşan ve ulusal üstü eylemleri bünyesinde barındıran faaliyetler uluslararası terörizm kapsamında değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmeden yola çıkılarak şu söylenilebilir ki terör faaliyeti gösteren grupların, kişilerin ya da oluşumların kendileri ile aynı kapsamda değerlendirilen (yurttaşlık, uyruk vb. hususlarında yapılacak değerlendirmede) kişilere karşı yapılacak eylemler aynı ülkede gerçekleştiriyorsa uluslararası terörizm bağlamında değerlendirilmeyecektir. Zira örneğin aynı uyruk ya da aynı vatandaşlık bağı taşıyan kişilere karşı aynı ülkeyi paylaşmaları durumunda ortaya çıkacak şiddet eylemleri uluslararası hukuku ilgilendiren eylemler kapsamında değerlendirilmemektedir¹⁰. Ülkelerin kendi sınırlarına yapılacak ülke dışı terör müdahaleleri uluslararası terörizm kavramı altında incelenmektedir. Bu müdahaleler şiddet eylemlerini, tehdit eylemlerini vb. faaliyetleri içermektedirler¹¹. Yani terörün ülkesel sınırları aşan yönü uluslararası hukuku ilgilendirmektedir. Gerçekleşen faaliyetlerin ise çok çeşitli amaçları olabilmektedir bu amaçlar terör eylemlerini ortaya koyan grupların kendilerine yönelik siyasi, ekonomik, sosyal vb. hususlarda çıkar elde etmek istemeleri olarak sıralanabilir.

Devletlerin terörist gruplara bakış açısı birçok açıya göre değişiklik göstermektedir. Devlet terörizmi kavramının da kaynağı olan yaklaşım devletlerin kendi kurum, kuruluş ve personeli ile açıkça gerçekleştirmediği stratejileri uygulaması anlamına gelmektedir. Bu şekilde sorumluluğundan sıyrılarak nihai amacına yönelik eylemleri uygulamakta olan devlet yabancı

¹⁰ Ergil (n 3) 140.

¹¹ Ergil (n 3) 140.

ülkelere yönelik stratejilerini uygulamaktadır. Devletin doğrudan böyle bir yaklaşımla hareket etmediği ancak yine de yönetici ya da çeşitli ekipman yahut ihtiyaçları giderici politikalar yürüttüğü durumlarda da devlet desteğinden söz edilmektedir. Bu durumda devlet ön planda sahada değildir ancak arka planda ve terör grubunun faaliyetlerini denetleyen konumdadır.

Devlet hoşgörüsü kavramı da bir diğer devlet yaklaşımı olarak değerlendirilmektedir¹². Bu halde devlet nötr kalmaktadır. Yani aktif destekleme faaliyetleri yürütmediği gibi terör faaliyetlerini, terör gruplarını engellemek üzere de girişimlerde bulunmamaktadır. Bunun karşılığında da terörist gruplar faaliyetlerini kendilerine tepki göstermeyen ülkede göstermemektedirler ve bu durum bir nevi yazılı olmayan anlaşma kuralı gibi görünmektedir. Terörist gruplar kendi faaliyetlerine engel olmaya çalışmayan bir devlette buldukları ve yabancı ülkelerde faaliyet göstermeleri kendileri için kaynak temini açısından da kolaylık sağlamaktadır. Devlet zaafı söz konusu olduğunda ise, ortada terörist grupları desteklemeyen faaliyetlerine karşı çıkan bir devlet bulunmaktadır¹³. Bu devlet çeşitli sebeplerle (güçsüz askeriye, yetersiz ordu, yetersiz silah, düzensiz yapılaşma, teknolojik gerilik vb. gibi) terörist gruplara karşı çıkamamakta veya onlarla baş edememektedir. Bu durumda devlet zaafından bahsedilmektedir. Devlet zaafı gündeme geldiğinde başka ülkelere yardım istemesi söz konusu olabilmektedir. Bunun birçok örneği de mevcuttur. Diğer devletler yardımda bulunan ülkelere terörle mücadele adına destek verebilmektedirler. Devlet zaafı olmasına rağmen diğer ülkelerin yardımını istemeyen devletler de olabilmektedir. Bu durumda karşımıza yurttaşını korumak isteyen devletlerin yurttaşlarına yardım etme politikasının uygulanabilirliği sorunu ortaya çıkmaktadır ve bu konu tartışmalara konu olmuştur. Genel kabul edilen görüşe göre, yurttaşın bulunduğu diğer devlet yardımı kabul etmek istemese de devletin vatandaşını korumak için

¹² Ergil (n 3) 140.

¹³ Ergil (n 3) 143.

tüm imkanlarını kullanmak istemesi hukuka uygun olup meşru amaç gütmektedir. Dolayısıyla bu durumda vatandaşına sahip çıkan devlet yaklaşımı, diğer devletin yardım etmek isteyip istememesiyle bağlantılı görülmemektedir¹⁴.

II. BASK BÖLGESİ VE BASK MİLLİYETÇİLİĞİ

Bask, İspanya'nın kuzeydoğusunda bulunan, İspanya'nın diğer kesimlerine kıyasla geliri yüksek konumdaki bölgelerinden biridir hatta gelir ortalaması Avrupa Birliği ortalamalarının da üzerindedir. 7.234 km² yüzölçümüne, 2.125.000 nüfusa sahip Bask bölgesinin başkenti Vitoria-Gasteiz'dir. 1979 yılında bağımsızlığını kazanan Bask Bölgesi Özerk Bölgesi, güvenliğini Ertzaintza olarak bilinen kolluk kuvveti ile sağlamaktadır şeklindeki genel bilgilendirme ile Bask hakkında fikir sahibi olunabilecektir. Bask Milliyetçileri, Baskların tarihi incelendiğinde kendilerine ait olduğu anlaşılacak olan Navarre topraklarının kendilerine ait olduğunu iddia ederek başkentlerini Pamplona'ya taşımışlardır ve bu noktada Laurak Bat amblemi kullanılmaktadır. Bask Hükümeti tarafından yıllarca Navarre'ın sembolü olarak kullanılmıştır. Bu sayede Bask Hükümeti tarafından kullanılmaya devam edilmiştir. Çiftçi'den aktarılanlara göre, Bask Bölgesi 17.yüzyıl öncelerinden beri özerkliğini sürdüren bölge olmasıyla da ayrı bir öneme sahiptir¹⁵. Yüzyıllardır özerk olan bu bölgenin 1930 yılında özerklik hakkı askıya alınmıştır. Bu askı hali Bask Milliyetçiliği kavramının ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Zira uzun yıllardan beri gelen özerklik hakkı halk tarafından benimsenmiş ve askıya alınması halinde çeşitli tepkilere neden olmuştur. Halk, bu durum karşısında İspanya'ya karşı harekete geçmiş ve aşırı milliyetçi grupların oluşmasına neden olmuştur.

Bask milliyetçiliğinin, Bask ırkının korunması ve özerklik haklarının korunması

¹⁴ Ergil (n 3) 142.

¹⁵ Bilal Sevinç ve İrfan Çiftçi, Terorrism- Türkiye Avrupa Amerika (Karınca Politika Dizisi 2017) 169, 190.

amaçlarına yönelik ortaya çıktığı söylenebilmektedir. Bask milliyetçiliğinin daha geniş kesimlere yayılmasında din sınıflarının da oldukça etkili olduğu düşünülmektedir. Zira aynı din ve mezhep mensubu kişilere fikirlerin ulaşması, bu fikirlerin onlar tarafından da yayılması diğer kimselere göre oldukça kolaylaşmıştır. Bu sayede Bask milliyetçiliği kavramı geniş kitlelere ulaştırılmış ve fikir daha fazla kişi tarafından benimsenmeye başlamıştır. Buna karşın fikri benimsemek istemeyen bazı bürokrat kişiler ise ETA tarafından yakalanıp öldürülmüştür. Bu durum karşısında İspanya, Bask Bölgesi'ne özerklik hakkını tekrar tanımıştır. Bu sefer de ülke içindeki gruplar arasında sivil savaşın başlamasıyla özerklik hakkı tekrar askıya alınmış ve savaşı General Franko'nun savaşı kazanmasıyla bu hak tümden ortadan kaldırılmıştır. General Franko'nun diktatör olarak yönetici olduğu yıllar boyunca baskı altında kalan Bask Milliyetçili Partisi (PNV) yöneticileri, liderleri ülkeden ayrılmak zorunda kalmışlardır. Şiddeti bir araç ve yöntem olarak benimseyen ETA örgütünün kurulması, Franco'nun Basklara karşı artan baskısını ve milliyetçi Baskların kendilerini hukuken ifade etmek için oluşturdukları PNV'nin etkisiz hale getirilmesini kolaylaştırmıştır¹⁶. ETA'nın Franco'nun diktatörlük rejiminin bir sonucu olarak doğduğu düşünülmektedir.

III. ETA TERÖR ÖRGÜTÜ

ETA terör örgütü incelemeye konu edilen ilk terör grubudur. ETA (Baskça: Euskadi Ta Askatasuna)¹⁷ ya da Bask Yurdu ve Özgürlük, aslında Bask milliyetçiliği temelinde, Bask halkının haklarını geri almak ve Bask dilini, kültürünü korumak amacı taşıyan bağımsız bir Bask Devleti'nin kurulmasını savunan bir etnik kökenli grup olarak ortaya çıkmıştır. Her ne kadar kuruluş dönemindeki Bask halkına yönelik amaçları nedeniyle destek görmüş olsa da

¹⁶ Saraçlı (n 4) 1051 vd.

¹⁷ Süleyman Bayat, 'Ayrılıkçı Etnik Çatışmalar: Eta ve Ira Analizi' (Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi 2020) 50 vd.

sonrasında amacını aşan ve terör eylemlerine yönelik faaliyetler göstermesi sebebiyle tepki çekmiştir. Sonraki yıllarda da şiddet eylemlerini artırarak Dünya gündeminde yerini almıştır. İlk olarak eylemleri kültürel, Bask halkına yönelik, ekonomik tabanlı olduğundan taban kitlesini oluşturması uzun zaman almamıştır. ETA için öğrenci grupları da ideolojik anlamda etkin olmuştur. Zira öğrencilerin fikirleri ve etkileşiminden faydalanmıştır. 1968 yılında ilk silahlı eylemini gerçekleştiren ETA, Dünya basınının ilgi odağı halin gelmek için eylemlerini hızlandırmıştır. Silahlı faaliyetlerini dünyaca tanınmış kişilere yönelmiştir¹⁸.

ETA 1968 haziran ile başladığı silahlı terör faaliyetlerine çeşitli birçok eylem eklemiştir. Bu aşamada *“Guipozcoa'nın kuzeyindeki köyün girişinde Guardia Civil görevlilerinin geçiş kontrolü gerçekleştiği zaman kontrole tabii aracın içerisinde bulunan terör örgütü Txabi Etxebarrieta'nın çeşitli sebeplerle plansız bir şekilde tedirginleşerek silahlı saldırı gerçekleştirmesi sonucu bir hükümet yetkilisinin hayatını kaybederek başka bir örgüte üye olan Sarasqueta'nın tutuklanması olayı (Clark, 1984:48) ETA'nın ilk terör eylemi”* olarak kabul edilmiştir¹⁹. Bu olayla birlikte ETA'nın silahlı faaliyetler gerçekleştirdiği hususu uluslararası alanda yer almaya başlamıştır.

Aslında 1960'lı yıllarda değişen ideolojinin gündeme gelmesi çeşitli aşamaları takip etmiştir. Zaman içerisinde etkileşim ve değişim geçiren ideolojiler özellikle çalışan işçi sınıfının haklarının savunulması ideolojisi, ulusal gerilla taktiğini savunan grup ideolojisi ve şiddet içermeyecek şekilde etnik tabanlı Bask kültürünü yeniden canlanmasını sağlayacak stratejileri benimseyen ideoloji grubu olarak şekillenmiş ve temel olarak üç ideoloji sınıfı ortaya çıkmıştır²⁰. Bu

¹⁸ Fatma Anıl Öztop, 'Devlet İçi Etnik Çatışmaların Çıkış Nedenleri: İspanya'daki Bask Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme', (2015) 1 (2) PESA Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi 56, 75.

¹⁹ Bayat (n 17) 67 vd.

²⁰ Sevinç ve Çiftçi (n 15) 170.

gruplardan baskın çıkan ideoloji grubu ise ulusal gerilla taktiğini savunan grup olmuştur. Zamanla diğer ideolojileri baskılayan bu grup dolayısıyla ETA'nın amacı artık başkalaşma evresine geçiş yapmıştır²¹. Luis Carrero Blanco'nun da ETA tarafından düzenlenen suikaste kurban gittiği kabul edilmektedir.

Franco'nun ölmesi ve Luis Carrero Blanco'nun öldürülmesi eylemini takip eden süreçte İspanya ideolojik anlamda değişime uğramaya başlamıştır. Bu süre zarfında baskıcı müdahalelerin azalmasıyla Bask halkı siyasi suçluları serbest kalmıştır. 1977 yılında Bask halkı ve İspanya hükümet yetkilileri arasında imzalanan antlaşma ile Navarra dışında Bask bölgelerine özerklik hakkı yeniden verilmiştir. Sonrasında İspanya ideolojisinde de değişim yaşanmaya başlanmıştır. Yeni anayasa oluşturularak özerklik hakkı da yasal zemine oturtulmuştur. İspanya'nın demokratikleşme süreci ETA'ya olan halk desteğini olabildiğince azaltmıştır²². Çiftçi'ye göre, ETA'nın tarihsel açıdan geçirdiği evreler incelendiğinde İspanya'nın ETA oluşumuna karşı izlediği stratejilerin değiştiği gibi, ETA'nın da İspanya hükümetine karşı politikalarını değiştirdiği görülmektedir²³. Diktatör General Franko döneminde ETA'nın orijinal stratejisi, halen birçok etnik temelli terör örgütünün kullandığı “eylem, baskı, eylem” iken, “amaçsız eylem” ve “acıyı tüm topluma yayma” stratejisine dönüşmüştür. İlk dönem stratejisi, hükümete yönelik (asker, polis, politikacı ve devlet memurları) yapılan eylemleri hükümetin baskı politikaları ile cevaplayarak ETA'nın Bask halkı gözünde daha sonra yapacağı eylemlere meşruluk zemini hazırlaması temel mantığı üzerine oturmaktaydı. Bu dönemde ETA'nın saldırılarının hedefinde yalnızca İspanya hükümeti vardı fakat özellikle 1980 sorasında Basklılara tekrar bölgesel özerklik hakkı da tanıyan İspanya, sivil ve demokratik anayasanın kabulü ile ETA'nın stratejisi değişmiş ve saldırılarını İspanyol ve Basklı sivillere

²¹ Sevinç ve Çiftçi (n 15) 170.

²² Öztop (n 18) 165.

²³ Sevinç ve Çiftçi (n 15) 170.

yöneltmeye başlamıştır²⁴. ETA örgütünün uluslararası alanda dikkat çekmesine sebebiyet veren ilk ciddi hamlesi iç savaşı başlatan askeri ayaklanmanın 25. yıldönümü münasebetiyle 18 Temmuz 1961'de San Sebastian'a giden treni havaya uçurmasıdır²⁵.

Eylemin başarıyla sonuçlanmadığı görülmesine rağmen gerçekleştirilen saldırı İspanyol hükümetinin dikkatini çekmiştir ve yüzden fazla kişinin tutuklanmasıyla sonuçlanmıştır. Bu tür olaylardan cesaret alan ETA, ilk planlı hamlesini yapmıştır. Guipuzcoa bölgesinin siyasi ve sosyal işler komiseri Meliton Manzalas'ın öldürülmesine yönelik gerçekleştirilen Sagarra Operasyonu'nda Meliton Manzalas'ın eylemde hedef alınması sonucunda Manzalas, 1968'de evinin önünde vurularak öldürülmüştür. ETA örgütü için sancılı ve olumsuz süren bu dönemde Aralık 1970'te başlayan "*Cás Burgos Davası*", ETA örgütünün yeniden canlanmasının merkezinde yer almıştır. Meliton Manzanas cinayetinden yargılanan on altı yapılanma üyesinin askeri mahkemede yargılandığı davada, altı üye için idam, diğerleri için ağır hapis cezaları istenmiştir. İspanyol hükümeti örgüt üyelerinin ağır cezalarla cezalandırılmasını istemesine rağmen olaylar tam aksine gelişip ilerlemeye başlamıştır²⁶. "*Cás Burgos Davası*" ile Bask bölgesinde bugüne kadarki en büyük protestoları gündeme getirmiştir. Burgos Olayı, Alman Fahri Konsolosu'nun bir ETA üyesi tarafından kaçırılmasıyla uluslararası toplumun da dikkatini çekmiştir²⁷.

Ayrıca ETA örgütü ile demokrasiye geçiş konusunda müzakereler başlamış ve 2005 yılına kadar örgütle birçok müzakere gündeme gelmiştir. Müzakereler terör yaptırımları nedeniyle engellenmiş, öte yandan da terör eylemlerini kullanan devletin başka refleksleri de kullanması gerekmiştir. Bunlardan en önemlisi

²⁴ Sevinç ve Çiftçi (n 15) 170.

²⁵ Bayat (n 17) 67 vd.

²⁶ Bayat (n 17) 67 vd.

²⁷ Bayat (n 17) 67 vd.

1980'lerde ortaya çıkan “Terörist Gruplara Karşı Kurtuluş” adlı paramiliter bir örgüt olup bu örgüt ETA örgütünün tam aksine faaliyet göstermeyi hedeflemiştir²⁸. Fransa'nın güneybatı bölgesinde eylemler yapan paramiliter örgüt ile İspanya arasında organik bir bağ bulunduğu yargı mercileri tarafından ortaya konulmuştur²⁹. Bu kapsamda paramiliter örgüt ile İspanya arasındaki organik bağın İspanya hükümeti tarafından inkar edilmesi imkansız hale getirilmiştir ve elbette ki uluslararası alanda da İspanya hükümetinin hem faaliyetlerini artıran ETA örgütü ile olsun hem de diğer terör gruplarıyla olsun mücadele yöntemi sorgulanmıştır³⁰. Zira terör gruplarının faaliyetlerine karşılık İspanya'nın da başka paramiliter örgütleri destekleyici nitelikteki tavrı, uluslararası güvenlik ve barışın sağlanmasına yönelik olmadığı kabul edilmektedir.

ETA örgütünün yöneticilerinden otuzlu yaşlarındaki *Gurruchaga* ve *Aramburu* Fransa Cauna kasabasında 2012 Mayıs'ında yakalanmış ve örgütün yöneticileri bu şekilde etkisiz hale getirilmiştir. 21.yüzyıl başlarında örgütte yer almaya başlayan *Gurruchaga* ve *Aramburu* örgüt yöneticisi ve yardımcısının kısa süre içerisinde bu mevkilere yükselmesinin temel sebebi İspanyol ve Fransız polisinin kısa sürede tutuklanan her ETA liderinin halefini hedef almış olması olarak kabul edilmektedir. Bask sorununun tartışılmasıyla ve İspanya'nın terör karşısındaki tutumunun siyasi bir meseleye dönüşebileceği öngörülerek geniş kapsamlı değerlendirilen düşünce özgürlüğü, anayasal düzlemde kendine yer bulmuştur. Bu meselenin terörle mücadelede uluslararası iş birliğinin bir sonucu olarak gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bu aşamada ETA örgütü sadece uluslararası alanda izole edilmekle kalmamış, Bask siyasetini de olabildiğince etkilemesi

²⁸ Cenker Demir, ‘Terörizmle Mücadelede Örgütsel Yaşam Evreleri Yaklaşımı’ (2015) 11 (22) Güvenlik Stratejileri Dergisi 131, 167.

²⁹ Demir (n 28) 140.

³⁰ Demir (n 28) 140.

engellenmiş ve ETA örgütünün etkisinin azaltılmasına yönelik çözüme kavuşturulmuştur³¹.

IV. IRA TERÖR ÖRGÜTÜ

IRA, İngiltere ve Kuzey İrlanda'yı ilgilendiren büyük temel problemlerden biridir ve kökeni itibariyle mezhep ayrılıklarına da dayandırılmaktadır. İngiltere'nin İrlanda'ya yönelik baskıcı politikaları ve mezhep ayrılıklarının etkisiyle İrlanda'da milliyetçi düşünce oluşmaya başlamıştır. İrlanda halkının milliyetçi düşünceye bağlılığının artması karşısında, İngiltere baskıcı politikalarını artırarak sürdürmüş ve hatta İrlanda'nın toprakları azalmaya başlamasına sebep olmuştur. İrlandalıların topraklarını ele geçiren İngilizlere karşı İrlanda halkı direnmeye çalışmıştır. Böyle bir durumda da aralarında birçok çatışma yaşanmıştır. Sayıca oldukça fazla kişinin ölümü ile sonuçlanan bu durum tam olarak çözüme kavuşturulamamıştır. 1845-1848 yılları arasındaki kıtlık, sürecin doruk noktası olmuştur. İrlanda'da yaşayan insanların yaklaşık dörtte biri, tarihsel olarak patates kıtlığı olarak bilinen olayda hayata gözlerini yummuştur. Bu olaydan etkilenen insanların çoğunu ekonomik durumu kötü İrlandalılar oluşturmuştur. Birçok İrlandalı, başta Amerika Birleşik Devletleri'ne olmak üzere Dünya'nın birçok ülkesine göç etmek zorunda kalmışlardır. Bunun yanında, bazı İrlandalılar İngiltere'ye sadık kalmak istemişlerdir ve bu grubun mensubu İrlandalılar, Kuzey İrlanda'nın Ulster bölgesine yerleşerek orada buluşmayı, hayatlarını idame etmeyi hedeflemişlerdir³². Amerika Birleşik Devletleri'ne göç eden İrlandalılar, burada IRB'yi (Irish Republican Brotherhood) (İrlanda Cumhuriyetçi Kardeşliği) kurmuşlardır. IRB mücadele için silahlanmanın gerekliliğini savunmuştur. Zaten silahlı saldırı dönemi çok süre geçmeden başlamıştır. Silahlı saldırı dönemlerinin

³¹ Sevinç ve Çiftçi (n 15) 170.

³² İbrahim Halil Kan 'Terörle Mücadelede Güvenlikçi Yaklaşımlar; PKK ve İra Terör Örgütleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi 2018) 38 vd.

yanında I. Dünya Savaşı'nı fırsat bilen IRB, savaş sırasında İrlanda'da ayaklanma başlamasına sebep olmuştur. İngilizler bu ayaklanmayı ölümlerle sonuçlanacak şekilde bastırmışlardır. Bazı IRB üyeleri esir alınmış, bazı üyeler ise itirafa zorlanmışlardır. IRA bir süre sonra Sinn Fein'in silahlı kanadı olduğunu kabul etmiştir. İrlanda Cumhuriyetçi Ordusu (Irish Republican Army-IRA) ve bu ordunun siyasi kanadı Sinn Fein'in faaliyetleri 1956-1962 arasında sürmüş, silahlı yapılanmanın içerisinde yer almamış, sivil kuruluşlarda varlığını sürdürmüştür³³. İtirafa zorlanan üyelerden biri, itiraflarında kendini İrlanda Cumhuriyetçi Ordusu (Irish Republican Army-IRA) Komutanı olarak tanımlamış ve İrlanda Cumhuriyetçi Ordusu (Irish Republican Army-IRA) incelendiğinde gerçekten de ordu niteliği taşıyan bir yapılanma olduğunun anlaşılacağını söylemiştir³⁴. Saldırıları ve baskıcılığını zaman içerisinde iyice artıran IRA, iki ayrı özerk bölge hakkını elde etmiştir. 21.yüzyıla kadar süren İngiliz-İrlanda çatışmasının bugün itibarıyla bakıldığında sona erdiği anlaşılmaktadır ve amacının bir kısmına ulaşan İrlanda Cumhuriyetçi Ordusu (Irish Republican Army-IRA) silahlı mücadeleye son vermiştir³⁵. Ancak Katolikler tarafından ortaya konulan gösteriler Kuzey İrlanda güvenlik güçleri ve Protestanlar tarafından şiddet gösterileriyle bastırılınca Ekim 1968'de insan hakları ve sosyal adalet talepleri olarak ortaya çıkmaya başlayan gösteriler, IRA militanlarını kirleterek şiddeti tırmandırmıştır³⁶.

Gürses'e göre, İrlanda Cumhuriyetçi Ordusu'nun yeniden faaliyet göstermeyi 1969 sonrası gerçekleşen gelişmelere bağlı olmuştur³⁷. IRA'nın bölgede yeniden faaliyete girmesiyle birlikte huzursuzluk ve kargaşa ortamı hüküm sürdüğünden

³³ Tolga Ökten, 'Demografik ve Sosyo-Kültürel Ölçütler Bağlamında PKK-Ira Mukayesesi' (Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi 2013) 40 vd.

³⁴ Kan (n 32) 78 vd.

³⁵ Kan (n 32) 78 vd.

³⁶ Ökten (n 33) 47 vd.

³⁷ Emin Gürses, *Ayrılkıç Terörün Anatomisi / IRA-ETA-PKK* (2. Bası, Bağlam Yayıncılık 1997) 39 vd.

İrlanda Cumhuriyetçi Ordusu'na karşı İngiltere'nin tavrı da sert olmuştur ve benzer baskıyı İngiltere de IRA'ya karşı göstermiştir. IRA'ya karşı İngiliz Özel Operasyon Takımı'nın yürüttüğü operasyonda, IRA üyelerinin terör faaliyetleri kapsamında eylem gerçekleştireceğinden bahisle üç İrlanda Cumhuriyetçi Ordusu üyesi silahla öldürülmüştür³⁸. Öldürülen bu kişilerin silahla vurulmayı gerektirecek eylemlerinin bulunmadığı hatta operasyon sorumlularına teslim olmak istemelerine rağmen on sekiz el ateş edilerek öldürüldüğü görülmüştür³⁹. Olay karşısında tanıklar, vurulan kişilerin silahlı olmadığını, onların vurulmasının evrensel hukuk kurallarına ve genel insanlık ilkelerine aykırı olduğunu söylemiştir hatta bu insanların IRA terör örgütü üyesi olmayabileceği ihtimalini değerlendirmişler ve bu kişilerin terör örgütü üyesi olup olmadığının usulüne uygun sorgulanmak suretiyle ortaya çıkarılabileceğini belirtmişlerdir. Bu aşamada İngiliz hükümetinin kasti olarak İrlanda Cumhuriyetçi Ordusu'na karşı İngiliz Özel Operasyon Takımı'na operasyon düzenlediği bu aşamada bilerek ve isteyerek insanların ölümüne sebebiyet verdiği, kamuoyunu farklı yönlendirerek halk arasında yanlış bilgi aktarımına neden olduğu kabul edilmektedir⁴⁰.

IRA, terör örgütünün faaliyetleri benzeri şekillerde devam etmekle birlikte, IRA'nın terör faaliyetlerinin sona erdirilmesi adına çeşitli yöntemler kullanılmıştır. Bu yöntemlerden bazıları: kolluk kuvvetlerinin askeri desteği yalnızca aynı amaçlar doğrultusunda birliktelik arz edecek şekilde kullanmasının sağlanması, İrlanda topraklarında yer alan Ulster bölgesindeki askeri personelin sayıca aşağıya çekilmesi, IRA (İrlanda Cumhuriyetçi Ordusu) bünyesinden ayrılarak terörist eylemlere devam eden gruplara karşı İngiliz hükümetinin ortaya koyduğu demokratik tavır ve bu tavrın uluslararası hukuk bünyesindeki yeri hatta diğer uluslararası hukuk sükeleri tarafından olumlu karşılanması, İngiltere'nin bu

³⁸ Ökten (n 33) 47 vd.

³⁹ Ökten (n 33) 47 vd.

⁴⁰ Ökten (n 33) 47 vd.

sürece Avrupa Birliği(AB) ve Amerika Birleşik Devletleri(ABD)'ni de dâhil ederek tavrına karşılık söz konusu AB oluşumu ve ABD tarafından destek görmesi hususları olarak sıralanabilecektir⁴¹.

V. BELFAST ANTLAŞMASI VE ETKİLERİ

Belfast Antlaşması, “Hayırlı Cuma” Antlaşması olarak bilinmektedir. Paskalya Cuma’sı olarak da anılmaktadır. Ulster'deki Katolikler ve Protestanlar, 1998'de Kuzey İrlanda'da güçleri ayıran “Hayırlı Cuma” anlaşmasından sonra ayrı taraflarda yer almışlardır ve 1998'de, Paskalya Cuma günü olarak adlandırılan günde, iki taraf bir güç paylaşımı mutabakatına varmışlardır⁴². Yalnız ortaya konulan bu çözüm yöntemi Kuzey İrlanda'nın, Özgür İrlanda Cumhuriyeti'ne katılma temel sorununa bir öneri getiremediğinden kısa sürede belirsiz hale gelmiştir⁴³. Katoliklerin bu aşamada Protestanlar karşısındaki talepleri de Protestanlar tarafından oldukça katı bir tutumla reddedilmiştir. Mutabakatın sağlandığı süreci takip eden süreçte siyasi gelişim diğer alanlardaki gelişimi yakalayamamış olsa da ekonomik, güvenlik, ülkeler içerisindeki huzur ve sükunun sağlanması hususlarında halkın refah düzeyi artırılmış ve halktan da olumlu yönde tepkiler alınmıştır⁴⁴. Bunun yanında halkın da terör gruplarına karşı süren mücadelenin başarılı olacağı hususunda genel bir inanış oluşmuş bundan sonra ortaya çıkabilecek grupların da ülkeler tarafından daha başarılı bir şekilde etkisiz hale getirileceği, artık insanlara zarar verme amacına yönelmiş terör örgütlerinin başarı sağlayacakları fikri yerleşmiştir⁴⁵.

⁴¹ Mehmet Özer, ‘Dünyanın Farklı Bölgelerinde Terörizm: ETA, IRA ve PKK Terör Örgütlerinin Karşılaştırılması’, (2022) 4 (1) Cappadocia Journal Of Area Studies 89, 111.

⁴² Yusuf Ertuğral, ‘Britanya’nın İç Jeopolitik Sorunu İrlanda ‘IRA’: Belfast “Hayırlı Cuma” Anlaşması Ardından Devam Eden IRA’nın Varlığı’, (2016) 1 (2) EURO Politika 34, 41.

⁴³ Ertuğral (n 42) 35.

⁴⁴ Ertuğral (n 42) 35.

⁴⁵ Ertuğral (n 42) 35.

İrlanda devleti ile Birleşik Krallık arasında ortaya çıkan sorunlardan biri de iki devletin de bünyesinde bulunan, diğer devletin varlığını ve ırkını kabul etmeyen iki farklı düşünce yanlılarının ortaya çıkması olmuştur. İrlanda lehine şekillenen görüş sahiplerinin ortaya koydukları düşünceler her ne kadar IRA faaliyetlerini sonlandırmış, silahlanmayı bırakmış olsa da hala düşünceleri halkı tesir altında bırakmıştır ve Kuzey İrlanda'da yaşayan halk arasında hala önceki düşüncelere dayanan bir kutuplaşma gözlenmektedir⁴⁶.

Bu kapsamda şu da söylenebilir ki Kuzey İrlanda'nın merkezlerinden olan Belfast şehrinde 2015 yılında gerçekleşen bir olay mutabakat sürecinin sonuçlanmasının IRA terör örgütünün faaliyetlerinin bir daha gerçekleşmemek üzere sonuçlanmamış olabileceği ihtimalini düşündürmektedir. Bu olayda birkaç ay arayla gerçekleşen öldürme fiillerinin anlaşma sağlanmasına rağmen IRA tarafından gerçekleştirildiğinin açıklanması da bu düşünceyi destekleyen bir örnek olmuştur. IRA tarafından üstlenilen öldürme fiillerinin sıklaşması üzerine IRA terör örgütünün eylemlerine yeniden başladığı, faaliyetlerine devam ettiği, benzer nitelikteki eylemlerini sürdürebileceği ihtimallerini gündeme getirmiştir. Böylelikle ortaya çıkan kargaşa ortamı üzerine Sinn Fein'in, IRA'nın meclisteki ayağı olduğu belirtilerek Sinn Fein üyesi ülke başbakanının görevden uzaklaştırılması sağlanmıştır⁴⁷. Kuzey İrlanda başkenti Belfast'ta, meclisin aldığı kararla 2013 yılında yüzyıllardır bölgede dalgalanan Birleşik Krallık bayrağının indirilerek yalnızca özel günlerde yeniden dalgalandırılmasına karar verilmesi üzerine 2 ülke arasındaki gerginliğin de tırmandığı düşünülmektedir⁴⁸.

SONUÇ

Uluslararası terör örgütlerinden ETA ve IRA, benzer zamanlarda gösterdikleri

⁴⁶ Ertuğral (n 42) 35.

⁴⁷ Ertuğral (n 42) 35.

⁴⁸ Ertuğral (n 42) 35.

faaliyetler incelendiğinde bu grupların ilk olarak benzer faaliyetler gösterdiği söylenebilmektedir. ETA ve IRA yine benzer şekilde önce silahlı saldırılar gerçekleştirmek suretiyle eylemlerini sürdürmüş, bu süre zarfında oldukça yıkıcı etkiler meydana getirmişlerdir. İnsanlara verdikleri zarar sonucu halkta kalıcı hasar bırakmışlardır. Örgütlerin kuruluş dönemlerinde yaşanan ülkeler arasındaki toplulukların yer değişikliği, yapılanmaların yeni insanları uhdesine toplaması hususuna yardım etmiştir. Bu aşamada yaşanan göçler örgütlerin büyümesine neden olmuştur. Bunun yanında örgütlerin finansman sağlaması hususu ETA ve IRA için aynı şekilde gerçekleşmiştir, bazı devletlerin destekleri ve bazı devletlerin de bu süreçteki tavrı dolayısıyla örgütlere gerek finansal gerek askeri gerekse insan gücü katkılarının sağlanması konularında önem arz etmektedir. Örgütlerin kuruluş sürecinden itibaren yapmış oldukları eylemlerin niteliği, büyüklüğü, etkiledikleri insan sayısı da farklılık göstermiş ve bu örgütlerle mücadele süreci de benzer şekilde etkileşim göstermiştir. ETA, eylemlerini kuruluş bölgesi ve faaliyetlerini sürdürdüğü İspanya ve Fransa bölgelerinde yoğunlaştırmıştır IRA ise eylemlerine İngiltere ve İrlanda yakınlarında devam etmiştir⁴⁹. ETA ve IRA kuruluş dönemlerinden sonra faaliyetlerini siyasi oluşumlardan aldıkları destekler dolayısıyla siyasi faaliyetlere evirmiş ve başlangıçtaki siyasi olmayan eylemlerine son vermişlerdir. ETA ve IRA örgütlerinin ayrıca yapmış oldukları eylemler, faaliyetler, ortaya koydukları siyasi nitelikteki planlar dolayısıyla uluslararası alanda çeşitli örgütler, kurum ve kuruluşlar, uluslararası hukuk sùjeleri tarafından tepki çekmiş hatta bu örgütlere karşı benzer tavır ortaya konulmuştur⁵⁰.

Sonuç olarak, uluslararası alanda terör örgütlerinin faaliyetlerinin yıllardır süre gelmekte olduğu söylenebilir. Bundan sonraki süreçte de mutlaka terörizmin uluslararası alanda ülkeleri olumsuz yönde etkileyeceği muhakkaktır ancak

⁴⁹ Özer (n 41) 90 vd.

⁵⁰ Özer (n 41) 90 vd.

ulusların terörizmle, terör gruplarıyla, terör faaliyetleriyle mücadelesinin etkin olması gerekmektedir. Mücadelenin etkin yürütülmesi, insanlığın gelişimi açısından önem arz etmektedir. Bu açıdan kanaatimizce mücadelenin uluslararası alanda etkin kurum, kuruluş ve örgütlerle iş birliği içerisinde yürütülmesi, mücadele çabasının daha başarılı olmasında etkin rol üstlenmektedir. Her ne kadar terörle mücadele hususunda ülkelerin zorunlu olarak, ayırım gözetilmeksizin yaptırımlara tabi tutulması her şartta mümkün olmasa da bazı hususları göz önünde bulundurmakta fayda bulunacaktır. Bu kapsamda en azından ülkelerin yürüttükleri siyasi ya da hukuki süreçler dışında kendi ülkelerinin çıkarlarını düşünmeden uluslararası hukuk ilkelerini baz alarak, barışın korunması, güvenliğin sağlanması, ülkelerin bağımsızlık mücadelesinin anlamlı kılınması açısından uluslararası terör örgütlerine karşı asgari ölçüde birlik içerisinde olunup benzer tavırlar gösterilmek suretiyle yan yana mücadele edilmesi gerekmektedir. Eğer böyle bir bütünlük söz konusu olursa, uluslararası alandaki birlik sayesinde, ülkelerin ortaya koyacağı ortak tavır dolayısıyla, bu tarz örgütlerin uluslararası huzuru, güvenliği, bağımsızlığı, barışı zedeleyici tavırları son bulmaya yönelecektir. Bu yüzden geçmişten günümüze dek ortaya çıkan çeşitli terör örgütlerine karşı mücadele hususunda uluslararası hukuk genel ilkeleri, sadece örgütle muhatap olan ülkenin değil diğer ülkelerin de bu örgütlere karşı göstermiş oldukları tavır, yargı kararları, uluslararası faaliyet gösteren kurum kuruluş örgüt ya da benzeri oluşumların faaliyetleri oldukça önem arz etmektedir. Bu açıdan şu husus da söylenebilir ki uluslararası hukukta ortaya çıkan terör örgütleri, sadece örgütlerle mücadele hususunda başarısız olan devletleri değil aynı zamanda jeopolitik olarak veya siyasi olarak bu ülkelere yakın konumda bulunan diğer devletleri de etkilemektedir. Terör örgütlerinden etkilenen devletler arttıkça dünya genelinde de huzursuzluk artmaktadır. Bu yüzden terörle mücadele hususunda ortak tavır takınılmalıdır. Ülkesel çıkarların uluslararası barış, güvenlik ve huzurun önüne geçirilmemesi üzere çaba sarf

edilmesi öncelik arz etmelidir.

KAYNAKÇA

Bayat S, 'Ayrılıkçı Etnik Çatışmalar: Eta ve Ira Analizi' (Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi 2020).

Demir C, 'Terörizmle Mücadelede Örgütsel Yaşam Evreleri Yaklaşımı' (2015) 11 (22) Güvenlik Stratejileri Dergisi 131, 167.

Ergil D, 'Uluslararası Terörizm', (1992) 47 (03) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 139, 143.

Ertuğral Y, 'Britanya'nın İç Jeopolitik Sorunu İrlanda 'IRA': Belfast "Hayırlı Cuma" Anlaşması Ardından Devam Eden IRA'nın Varlığı', (2016) 1 (2) EURO Politika 34, 41.

Gürses E, Ayrılıkçı Terörün Anatomisi / IRA-ETA-PKK (2. Bası, Bağlam Yayıncılık 1997).

Kan İH, 'Terörle Mücadelede Güvenlikçi Yaklaşımlar; PKK ve Ira Terör Örgütleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi 2018).

Ökten T, 'Demografik ve Sosyo-Kültürel Ölçütler Bağlamında PKK-Ira Mukayesesi' (Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi 2013).

Özer M, 'Dünyanın Farklı Bölgelerinde Terörizm: ETA, IRA ve PKK Terör Örgütlerinin Karşılaştırılması', (2022) 4 (1) Cappadocia Journal Of Area Studies 89, 111.

Öztop FA, 'Devlet İçi Etnik Çatışmaların Çıkış Nedenleri: İspanya'daki Bask Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme', (2015) 1 (2) PESA Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi 56, 75.

Saraçlı M, 'Uluslararası Hukukta Terörizm', (2007) 11 (1) Gazi Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi 1049, 1051.

Sevinç B ve Çiftçi İ, Terorizm- Türkiye Avrupa Amerika (Karınca Politika Dizisi 2017) 169, 190.

Topal AH, 'Uluslararası Hukukta Devlet Destekli Terörizme Karşı Kuvvet Kullanma' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2004).



SUBSIDIARİTE İLKESİNİN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ VE İŞLEVİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Uğur ELİBÜYÜK

Araştırma Makalesi

Doktora Öğrencisi, Kırklareli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Doktora, ugurelbyk@hotmail.com.tr, ORCID: 0000-0002-3345-0652.

ÖZET

Avrupa Birliği'nde özellikle üye devletler ve Birlik arasındaki yetki paylaşımı bağlamında öne çıkan subsidiarite kavramının tarihsel kökenleri oldukça eskiye uzanmaktadır. Subsidiarite ayrıca federal devlet düşüncesi ve liberal düşünceye dair izler taşımaktadır. Yerel ve Bölgesel yönetimlerin güçlenmesini temel alan subsidiarite ilkesinin Birlik Hukukuna dahil oluşu Maastricht Antlaşması ile olmuştur. Bu ilke, aşırı müdahaleci bir AB istemeyen üye devletler bakımından güvence niteliğindedir. Bununla beraber, ilkenin kendisinden beklenen işlevi tam olarak yerine getirip getiremediği tartışılmaktadır. Subjektif kavramlar içermesi subsidiarite ilkesinin uygulanmasına ilişkin zorluklardan birisidir. Ayrıca, Lizbon Antlaşması ile subsidiarite ilkesinin uygulanması bağlamında idari ve hukuki bir denetim öngörülmüştür. Üye devletler ve ulusal parlamentoların ilkenin uygulanmasına ilişkin ihlalleri yargı önüne götürme yetkisi bulunmaktadır. Ancak, ABAD tarafından yürütülen yargısal denetimin sınırlı, biçimsel ve Birlik organları lehine olduğu belirtilmelidir.

ANAHTAR KELİMELER: Özerklik, Subsidiarite İlkesi, Maastricht Antlaşması, Erken Uyarı Sistemi, Hukuki Denetim

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



Bu çalışma Creative Commons Atf-GayrıTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

A REVIEW ON THE DEVELOPMENT AND FUNCTION OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN THE LAW OF THE EUROPEAN UNION

Uğur ELİBÜYÜK

Research Article

Ph.D. Student, Kırklareli University, Institute of Social Sciences, Department of Public Law Ph.D.,
ugurelbyk@hotmail.com.tr, ORCID: 0000-0002-3345-0652.

ABSTRACT

The historical origins of the concept of subsidiarity go long way back. It is seen that the idea of the federal state and liberal thought have traces of the concept. The inclusion of the principle, which is based on the strengthening of local and regional governments, into the Union Law was with the Maastricht Treaty. The principle is a safeguard for member states which do not want an overly interventionist EU. However, it is debated whether

the principle fully fulfills the expected function. One of the difficulties in applying the principle of subsidiarity is that it contains subjective concepts. In addition, administrative and legal inspection of the principle was put order with the Lisbon Treaty. Member states and national parliaments have the power to bring violations of the application of the principle to justice. However, it is possible to say that the judicial review carried out by the CJEU is limited, formal and in favor of the Union units.

KEYWORDS: Autonomy, Principle of Subsidiarity, Maastricht Treaty, Early Warning System, Legal Supervision

GİRİŞ

Ulusalüstü siyasal bir yapılanma olarak Avrupa Birliği, üye devletlerin egemenlik yetkilerinin bir kısmını Birlik organlarına devretmesiyle ortaya çıkmıştır. Ekonomik işbirliği amacıyla kurulan Avrupa Topluluklarının zamanla Avrupa bütünleşmesini hedefleyen siyasal bir birlik haline gelmesi kimi sorunları da beraberinde getirmiştir. Özellikle topluluktan birliğe geçiş sürecinde görülen genişleme ve merkezi otoritenin güçlendirilme çabaları yetki paylaşımına ilişkin tartışmaları kendisiyle birlikte getirmiştir. Üye devletlerin bir kısmı Birlik organlarının güçlenmesi yönünde tavır alırken, diğerleri tarihsel kimliklerine uygun olarak yerel yönetimlere tanınan özerkliklerin artırılmasını talep etmişlerdir. Bu bakımdan, subsidiarite ilkesinin Birlik hukuku içerisindeki gelişimini yukarıda ifade edilen siyasal gelişmelerden bağımsız ele almak mümkün değildir.

Subsidiarite ilkesi, merkezi ve yerel/bölgesel yönetimler arasındaki yetki paylaşımının belirlenmesinde uygulanma imkânı bulmaktadır. İlke, kararların halka en yakın düzeyde alındığı bir yönetim modelini öngörmektedir. Bu bakımdan, farklı düzeyler arasında paylaşılan yetkilerin kullanımı söz konusu olduğunda, subsidiarite ilkesi gereğince kararların vatandaşa en yakın birim tarafından alınması beklenmektedir. Üst birimlerin karar verme sürecine müdahale edebilmesi için faaliyetlerin alt birimler tarafından etkin bir şekilde gerçekleştirilemiyor olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile subsidiarite ilkesine göre toplumun merkezinde birey yer almaktadır. Bu anlayış, kaynakların etkin kullanımına katkı sunmakla beraber kararların halka en yakın düzeyde alınarak demokratik bir görünüm kazanmasını da sağlamaktadır.

Alt gruplara ve yerel yönetimlere daha fazla özerklik tanınması düşüncesini esas alan ikincillik veya yerellik olarak da adlandırılan subsidiarite kavramının felsefi ve siyasi temellerine dair izlerin eskiye dayandığı söylenebilir. Bununla beraber, subsidiaritenin bir ilke olarak AB hukukuna dahil oluşu 1993 yılında yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması ile gerçekleşmiştir. Subsidiarite ilkesi özellikle Maastricht Antlaşmasına giden süreçte bazı üye devletler tarafından, Birliğin fazlaca merkezileştiğine dair duyulan kaygıların telafisi olarak gündeme gelmiştir. Bunun yanında, bu ilke kimi çevreler tarafından Birlik organları lehine bir kazanım olarak değerlendirilmektedir. Birliğin merkezi otoritesinin güçlendiğini iddia edenler ise ilke ile Birlik organlarına geniş bir takdir alanı sağlandığını savunmaktadırlar. Ancak, tarihi gelişim süreci incelendiğinde subsidiarite ilkesi ile üye devletlere ve ulusal parlamentolara daha fazla özerklik tanınmasının amaçlandığı açıkça görülmektedir. Üye devletler tarafından yerine getirilmesi mümkün olan ve Birlik tarafından daha iyi gerçekleştirileceği açıkça ortaya konulmayan faaliyetlerin yerel ve bölgesel birimler tarafından gerçekleştirilmesi sağlanmalıdır.

Subsidiarite ilkesinin uygulanmasına ve denetlenmesine ilişkin esaslar ilk olarak Amsterdam Antlaşması neticesinde yürürlüğe giren ve daha sonra Lizbon Antlaşması ile yenilenen protokol ile belirlenmiştir. İlkenin hukuki denetimine yönelik, birisi yasama sürecinin öncesinde (erken uyarı sistemi) diğeri yasama sürecinin sonrasında (subsidiarite davası) olmak üzere iki ayrı denetim usulü öngörülmüştür. Avrupa Birliği'nin yargı organı niteliğinde olan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ise ilkeye yönelik ihtiyatlı bir tutum takındığı görülmektedir. ABAD içtihatlarında ilkeye daha çok biçimsel yaklaşılmakta, ilkenin içeriğine ilişkin değerlendirmelerden kaçınılmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde subsidiarite kavramının tarihsel gelişim süreci ele alınacaktır. İkinci bölümde, subsidiarite ilkesinin Birlik hukukuna dahil oluşu, işlevi, uygulanması ve denetimi incelenerek ABAD'ın konuya ilişkin yaklaşımı

değerlendirilecektir.

I. SUBSİDARİTE KAVRAMI VE GELİŞİMİ

A. GENEL OLARAK

Türk Dil Kurumu sözlüğünde karşılığı bulunmayan subsidiarite, “yerellik”, “yerindelik”, “ikincil olma”, “yedek”, “yetki ikamesi” gibi kavramlarla adlandırılmaktadır. Terim, ihtiyaç halinde desteğe çağrılacak olan askeri ihtiyat birliklerini tanımlayan Latince kökenli *subsidium* sözcüğünden türemiştir¹. Siyasal yönetim yaklaşımlarında ve Avrupa Birliği hukukunda önemli bir yer tutan kavram uzun sayılabilecek bir geçmişe sahiptir. Bu kavramın tarihsel kökleri, Aristo ve Aquinolu Thomas’ın organik toplum öğretisine dek uzanmaktadır. Bu öğretiye göre, toplumda yer alan bireyler ve gruplar, yüzleştikleri problemleri kendi imkanları ile çözmeli, sadece yetersiz kaldıklarında bir üst otoriteye başvurmalıdırlar. Alt gruplara tanınan özgürlük alanı daha geniş tutulmalı ve bu özgürlüğe devlet ile diğer üst gruplar tarafından saygı gösterilmelidir². Bünyesinde siyasi güç barındıran üst otorite ile alt gruplar arasındaki ilişkiyi tasvir eden, alt grupları koruyan ve sorunların olabildiğince alt kademelerde çözülmesini öngören yaklaşım subsidiarite ilkesinin temelini oluşturmaktadır³. Özerkliğe ve çoğulculuğa önem veren bu yaklaşım ile federal devlet yapısı arasında yakın bir ilişki bulunduğunu belirtmek gerekir⁴. Nitekim, federal düşünce organizasyonun en altında yer alan birey ile devlet arasında yer alan toplulukların varlığını kabul etmekte ve bu toplulukları dikkate almaktadır.⁵

¹ Christoph Henkel, ‘The Allocation of Powers in the European Union: A Closer Look at the Principle of Subsidiary’, (2002) 20 Mississippi College School of Law 359, 361-365.

² Eva Boka, “The Idea of Subsidiarity in the European Federalist Thought”, (2005) A Historical Survey 1, 4.

³ Gülçin Balamir Coşkun, ‘Althusius ve Yerindenlik İlkesinin Kökenleri’, (2007) (37) İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 1, 9.

⁴ Ruşen Keleş, ‘Hizmette Halka Yakınlık İlkesi ve Yerel Yönetimler’, (1995) 4 (1) Çağdaş Yerel Yönetimler 1, 5.

⁵ Kavram ile federal devlet yapısı arasındaki yakın ilişkiye rağmen subsidiarite ilkesine

Toplulukların özerklikleri korunarak, en alt kademede kendi kendilerine yetmeleri hedeflenmelidir. Üst kademeler tarafından yapılacak müdahale, bu grupların talepleri nispetinde gerçekleştirilmelidir⁶. Diğer yandan, subsidiarite kavramı ile aydınlanma dönemi neticesinde ortaya çıkan liberal devlet düşüncesi arasında bir yakınlık kurmak mümkündür. Subsidiarite, liberal devlet düşüncesini temel alan yaklaşım ile oldukça uyumludur. İlke, özgürlükleri ikinci plana iten geleneksel müdahaleci devlet modelini reddetmekte; bireyi temel alan etkin devlet modelini ise yüceltmektedir. Bununla birlikte, bu kavramı birey ile devlet arasında bir yetki paylaşımı olarak görmek doğru değildir. Liberal görüşe göre subsidiarite, daha çok devlete karşı bireyi koruyan bir emniyet mekanizması niteliğindedir⁷. Farklı kademelerde gerçekleştirilmesi mümkün kararların bireye en yakın düzeyde alınması hedeflenmektedir.

Subsidiarite kavramını daha iyi anlamak için, bu kavramın temellerinin dayandığı teolojik öğretiye de temas etmek gerekmektedir. Katolik felsefeyi esas alan ilke, toplum ve devlet ile birlikte birey ve devlet arasındaki ilişkiyi tanımlamaktadır. Bu bakımdan subsidiarite ilkesi, en açık biçimde ilk defa 1931 yılında Papa Pius XI tarafından yayınlanan *Quadragesimo Anno* isimli bildirmede tanımlanmıştır⁸. Bu dönem, totaliter ve baskıcı yapıların hakimiyet kazanmaya başladığı bir zamana denk gelmektedir. Bu nedenle, bildirme aynı zamanda, bireysel özgürlüklerin yanında hiyerarşik toplumsal organizasyon yapısını meşru

üniter devlet anayasalarında da yer verildiği görülmektedir. Örneğin Polonya Anayasası'nın giriş bölümünde Anayasa'nın vatandaşların ve toplulukların yetkilerinin güçlendirilmesini esas alan subsidiarite ilkesine dayandığı ifade edilmektedir. Bu bakımdan ilkenin hem federal hem de üniter devletlerde görülmesi mümkündür. Benjamin Gussen, *Axial Shift: City Subsidiarity and the World System in the 21st Century* (Palgrave Macmillan 2019) 201.

⁶ Coşkun (n 3) 12.

⁷ Emin Barlas ve Berkan Karagöz, 'Subsidiarite- İlkesi: Kavramsal Bir Çerçeve', (2007) (1) Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi 155, 158.

⁸ Kelime anlam olarak "kırkıncı yıl" şeklinde tercüme edilmektedir. Bildirme, 1891 yılında yayınlanan *Rerum Novarum* (yeni düzen) metninin yıl dönümü münasebetiyle kaleme alınmıştır.

gösterme gibi bir potansiyele de sahiptir⁹. Söz konusu bildirgeden bir bölümü şu şekilde özetlemek mümkündür:

*“Devlet, nispeten önemsiz işlerin halledilmesini daha küçük gruplara bırakmalıdır. Böylece, kendisine ait olan görevleri daha büyük bir özgürlük, güç ve başarıyla yerine getirecektir. Çünkü, ancak bu takdirde görevlerini koşulların gerektirdiği şekilde yönlendirerek, izleyerek, uyararak ve dizginleyerek etkili bir şekilde gerçekleştirebilir. Bu nedenle, iktidar sahipleri, bu ilkeye ve çeşitli gruplar arasındaki hiyerarşik yapıya ne kadar sadık kalırlar ise, bir bütün olarak toplumsal grupların ve iktidarın mutluluğu, etkinliği o oranda artar”*¹⁰. Kilisenin sahip olduğu toplumsal görüşe göre, devletin müdahalesi ile özgürlük arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Subsidiarite, toplumsal dengenin bir parçasını oluşturmakta ve müdahaleci, kaçınmacı unsurların bir arada kullanılmasını gerektirmektedir. Örneğin, herhangi bir sebepten ötürü geçimini sağlayamayan toplumsal bir gruba yardım müdahaleyi gerektirirken, aynı toplumsal grupların kararlarında özgür bırakılması ise bir kaçınmayı gerektirmektedir¹¹. Özetle, teolojik bağlamında subsidiarite iki ana özellik gösterir. İlk bu kavram, toplum ve devlet faaliyetlerinde, bireylerin ve daha küçük grupların sorumluluklarını yerine getiremedikleri durumlarda devreye giren alternatif bir müdahale aracı olarak anlaşılmalıdır. İkinci olarak, subsidiarite sadece siyasi bir kılavuz ya da ilke olarak hizmet edebilir. Ancak, uygulanmaya elverişli bir hukuk kuralı haline getirilmesi için yasal bir sisteme dahil edilmesi ve ilave düzenlemelerin yapılması gerekmektedir¹².

⁹ Bünyamin Bezci ve Bayram Coşkun, ‘Avrupa Birliği ve Sübzidiarite ilkesi: ilkenin AB’de Uygulanması ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme’, (2007) 16 (3) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 1, 7.

¹⁰ Henkel (n 1) 364.

¹¹ Coşkun (n 3) 10.

¹² Henkel (n 1) 366.

B. İLKENİN AVRUPA BİRLİĞİ'NDEKİ GELİŞİMİ

İkinci Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkilerinin ardından Avrupa'da barışı daim kılmak ve ülkeler arasında ekonomik iş birliğini tesis etmek amacıyla birleşik bir Avrupa oluşturulması fikri gündeme gelmiştir¹³. 1950'li yıllarda kurulan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT), Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET) ile bugünkü Avrupa Birliği'nin temellerinin atıldığını söylemek mümkündür¹⁴. Ekonomik bütünleşmeyi sağlamak amacıyla kurulan topluluk zamanla siyasi birliğin sembolü haline gelmiştir. Siyasi birliğin dayandığı kurumsal yapıyı güçlendirmek isteyen ve giderek genişleyen Avrupa Toplulukları aynı zamanda egemenlik yetkilerinin paylaşılmasına dair tartışmaların da merkezi olmuştur. Üye sayısı artan, yetkileri ve faaliyet alanları gittikçe genişleyen Avrupa Birliği ile egemenlik yetkilerine saygılı davranılmasını isteyen üye devletler arasındaki gerilim subsidiarite kavramının Avrupa Birliği düzeyinde tartışılmasına ve zamanla kurucu anlaşmalarda yerini almasına neden olmuştur.¹⁵

Subsidiarite ilkesinin AB hukukuna dahil olduğu döneme ilişkin görüşler ağırlıklı olarak Maastricht Antlaşmasını işaret etmektedir. Ancak, kavramın Birlik bünyesinde gündeme gelişi daha öncelere dayanmaktadır. Subsidiarite kavramına

¹³ Ahmet Mithat Güneş, *Avrupa Birliği Hukukuna Giriş* (5. Bası, Ekin Basım 2022) 3.

¹⁴ Ahmet Mithat Güneş, 'Avrupa Birliği'nde Subsidiarite İlkesinin Uygulanmasının Ulusal Parlamentolar Tarafından Denetlenmesi', (2014) 12 (141) *Legal Hukuk Dergisi* 37, 38.

¹⁵ Subsidiarite ilkesi daha çok AB hukuku ile özdeşleşmiş olmasına rağmen, farklı kurumsal yapılarda uygulanmasına ilişkin güncel kimi tartışmalara rastlamak mümkündür. Örneğin, Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) mevcut yönetim yapısının uluslararası öneme sahip halk sağlığı sorunları ile başa çıkmada yetersiz olduğuna ve ilkenin sunduğu ademi merkeziyetçi yaklaşımın küresel sağlık sistemi bakımından umut verici olabileceğine dair bir çalışma için bkz.: Thana Cristina de Campos, 'A European Take on Global Public Health: Applying the Catholic Principle of Subsidiarity to Global Health Governance', (2021) (1) *Journal of Moral Theology*, CTEWC Book Series 1 141, 142.

ilk olarak AKÇT’yi kuran anlaşmanın 5’nci maddesinde atıf yapıldığı görülür¹⁶. Komisyonun, ekonomik birliğe ilişkin 1975 yılında yayınladığı rapor bu kavrama temas eden belgelerden bir diğeridir. Rapora göre, topluluk güçlerinin devreye girmesi ancak üye devletlerin kendilerinden beklenen görevleri yerine getiremediği durumlarda mümkün olmalıdır¹⁷. Topluluk merkezi bir üst otorite görülmemelidir. Topluluğun görevleri sözleşme ile belirtilmeli ve bu alanlar dışındaki yetkilerin tamamı üye devletlere ait olmalıdır. Rapor ile aşırı merkezileşmeye yönelik kaygılara cevap verilirken, diğer taraftan da birliğin bütünleşme ve genişleme sürecinin devamına yönelik tedbirler düşünülmüştür. Yine 1984 yılında, Avrupa Birliği’ni kuran taslak anlaşmanın giriş kısmında İtalyan devlet adamı Althiero Spinelli tarafından subsidiarite terimine ilk defa İngilizce olarak yer verilmiştir. Söz konusu taslak, Avrupa Parlamentosu tarafından benimsenmekle birlikte federal düşünceleri fazlaca çağrıştırdığı gerekçesiyle ilerletilememiş ve antlaşma yürürlüğe girmemiştir. İlkenin birincil bir antlaşma metninde yer alması ise, 1987 yılında yürürlüğe giren Avrupa Tek Senedi (ATS) ile gerçekleşmiştir. ATS’nin 130’uncu maddesinde yer alan düzenlemeye göre: “*Topluluk, çevre konusunda, paragraf 1’de yer alan hedeflerin gerçekleştirilmesi amacıyla üye devletlerden daha iyi seviyede tasarrufta bulunacağı oranda devreye girmelidir*”¹⁸. Madde her ne kadar çevrenin korunmasına yönelik bir düzenleme içerse de ilkenin AB hukukundaki gelişimi bakımından önemli bir yer tutmaktadır.¹⁹ Zira bu düzenleme ile, ilkeyi

¹⁶ İlgili madde, ortak pazarla ilgili eylemde bulunma yetkisini topluluğa sadece koşulların kesinlikle gerekli kıldığı durumlarda vermektedir. Yine, AET’yi kuran anlaşmanın 235’inci maddesinde, net bir şekilde ifade edilmese de subsidiarite ilkesine yönelik bir ima olduğundan söz edilebilir. Simona Constantin, ‘Rethinking Subsidiarity and the Balance of Powers in the EU in light of the Lisbon Treaty and Beyond’, (2008) 4 (1) Croatian Yearbook of European Law & Policy 151, 154.

¹⁷ Margot Horspool and Matthew Humphreys, European Law (5th ed., Oxford University Press 2008) 99.

¹⁸ Horspool ve Humphreys (n 17) 100.

¹⁹ Feza Sencer Çörtoğlu, ‘Avrupalılaşıma Sürecinde AB Çevre Politikası ve Yerindenlik

topluluğun önemli ilgi alanlarından birisi haline getirecek koşullar yaratılmıştır. Bununla beraber, çevreye ilişkin problemlerin ulusal sınırlar dahilinde çözümüne ilişkin güçlük, ilkenin yetkilerin topluluğa devrinin meşrulaştırılmasında kolaylık sağladığına yönelik görüşlerin de ileri sürülmesine neden olmuştur²⁰.

Avrupa Birliği ve üye devletler arasındaki yetki paylaşımının sınırlarının belirlenmesi bakımından önemli bir yere sahip olan subsidiarite ilkesi, Maastricht Antlaşmasına giden süreçte tartışmaların odağında yer almıştır²¹. Subsidiarite Kavramı bu bağlamda, topluluk içerisinde federal düşünce yapısını hâkim kılmak isteyenler tarafından merkezileşme taraftarlarına karşı kullanılmıştır²². Ancak, Maastricht Antlaşması ile ademi merkezizetçi yönelimleri arttırmak isteyenlerin kazançlı çıktığını söylemek mümkün değildir²³. Federal bir Avrupa görüşüne karşı çıkan ülkelerin varlığı müzakereleri çıkmaza sürüklemiştir. Nitekim, her iki taraf için de ikna edici anlamlar içermesinden dolayı federalizm talebi yerine subsidiarite kavramı kullanılarak uzlaşmaya varılmıştır²⁴. Sonuç olarak, Maastricht Antlaşması ile subsidiarite kavramına açıkça yer verilmiş ve bir ilke olarak Birlik hukukunda yerini alması sağlanmıştır²⁵. Antlaşmaya giden süreçte, aşırı derecede

(Subsidiarity) İlkesi', (2009) 8 (2) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 29, 34.

²⁰ George A. Bermann, 'Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States', (1994) 94 (2) Columbia Law Review 331, 345-346.

²¹ Joseph H.H. Weiler, 'A Constitution for Europe? Some Hard Choices', (2002) 40 (4) Journal of Common Market Studies 563, 571.

²² Hans-Werner Sinn, 'How much Europe? Subsidiarity, centralization and fiscal competition', (1994) 41 (1) Social Journal of Political Economy 85, 85.

²³ Paul Craig, EU Law: Text, Cases and Materials (3rd ed., Oxford University Press 2003) 132.

²⁴ Bezci ve Coşkun (n 9) 9.

²⁵ Antlaşmanın 3'üncü maddesinin b fıkrasında yer alan düzenleme şu şekildedir: *"Topluluk, anlaşmasının kendisine tanıdığı yetkiler dahilinde ve belirtilen amaçlar için etkinlikte bulunur. Topluluk belirlenmiş yetkiler dışında kalan alanlarda ise süsidiarite ilkesi gereğince hareket eder. Üye devletler düzeyinde yeterli derecede yerine getirilmeyen ve 'belirlenen amaçlara Topluluk düzeyinde daha iyi ulaşılabileceği belirlenen etkinlikler süsidiarite ilkesi gereğince yerine getirilir. Topluluğun etkinliği antlaşmadaki amaca ulaşmak için gerekli olan ölçüden fazla olamaz"* Bezci ve Coşkun (n 9) 9-10.

merkezileşmiş ve müdahaleci bir yapıdan duyulan kaygının, mahalli yönetimlerin özerkliğini koruma çabasının ve demokrasi açığının²⁶ varlığına dair duyulan endişelerin de önemli rol oynadığı belirtilmelidir²⁷. Bunun yanında, karşıt görüşler arasında uzlaşma sağlama çabalarının sonucunda ortaya çıkması subsidiarite kavramının farklı şekilde yorumlanmasına yol açmıştır. İlgili hükümden ademi merkeziyetçi anlamlar çıkarılarak, ilkenin yerel ve bölgesel yönetimlerin özerkliğini koruduğunu, bu sebeple yetkinin üye ülkelere ve federal bölgelere bırakılması gerektiğini savunmaktadırlar. Merkeziyetçi görüş taraftarları ise ilkenin Birliğe, gerekli gördüğü durumlarda harekete geçme imkânı tanıdığını ileri sürmektedir²⁸. Subsidiarite ilkesi 1997 yılında kabul edilen Amsterdam Antlaşması ile de aynı şekilde korunmuştur. Amsterdam Antlaşması'na ilave edilen *Subsidiarite ve Orantılılık İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin Protokol* ile de ayrıntılı hükümler getirilmiş, içerik ve denetim konusunda önemli düzenlemelere yer verilmiştir²⁹. Protokolün 5'nci maddesi ile ilkenin uygulanmasına ilişkin esaslar belirlenmiştir. Buna göre, birlik tarafından gerçekleştirilecek bir eylemin subsidiarite ilkesine uygun olması için iki ihtiyacı karşılaması gerekmektedir. İlk olarak, Birlik tarafından ulaşılmak istenen hedef üye devlet tarafından ulusal anayasal sistem çerçevesinde yeterli bir şekilde gerçekleştirilemiyor olmalıdır. İkinci olarak bu eylemin Birlik tarafından daha iyi gerçekleştirilebiliyor olması gerekmektedir. Protokol ile Komisyon'a da bazı

²⁶ Demokrasi açığı terimi, ulusal parlamentoların ve Avrupa Birliği vatandaşlarının Birliğin karar alma sürecinden dışlanması anlamına gelmektedir. Kavram ile karmaşık işleyiş mekanizmaları nedeniyle AB ve kurumlarının demokrasiden yoksun olduğu ifade edilmektedir. Athinodoros D. Doussis and others, 'The Principle of Subsidiarity', (2019) 7 (7) International Relations and Diplomacy 317, 321.

²⁷ Enver Bozkurt ve Mehmet Özcan, 'Subsidiarite İlkesi (İkincilik İlkesi) ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme', (2001) 6 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi 1, 11; Güneş, Avrupa Birliği'nde Subsidiarite (n 14) 41.

²⁸ Henkel (n 1) 368; Boka (n 2) 35.

²⁹ Güneş, Avrupa Birliği'nde Subsidiarite (n 14) 42.

yükümlülükler getirilmiştir. 9’uncu maddeye göre, Komisyon her yıl subsidiarite ilkesinin uygulanmasına ilişkin olarak Avrupa Parlamento’suna ve Konsey’e rapor sunmalıdır. Bu rapor, aynı zamanda Bölgeler Komitesi ile Ekonomik ve Sosyal Komiteye de gönderilmelidir. Komisyon, yasama sürecine ilişkin tekliflerini, gizlilik gerektiren durumlar hariç ilgili birimler ile istişare etmeli ve uygun olduğu takdirde bu belgeleri yayınlamalıdır.

Karşılaşılan kimi zorluklara rağmen düzenli ve kademeli olarak sürdürülen bütünlüşme süreci Avrupa Birliği Anayasası ile tamamlanmak istenmiştir. Anayasa taslağı ile Avrupa Birliği’nin üç sütunlu yapısının tasfiye edilerek AB tüzel kişiliği altında tek sütunlu bir yapının sağlanması öngörülmüştür³⁰. Söz konusu taslak antlaşma, ilkeye ilişkin düzenlemelere de yer vermiştir. Taslağın 11’nci maddesine göre, Birliğin yetki alanları dışındaki ortak yetki alanlarında ilke olarak üye devletler yetkilidir. Birlik, ancak üye devletin yetersiz kaldığı ve hizmetin kendisi tarafından daha iyi gerçekleştirebileceği durumlarda devreye girecektir³¹. Üye devletlerin yetkilerin Birliğe devri konusunda gösterdikleri çekinceden dolayı antlaşmaya Subsidiarite ve Orantılılık İlkelerine İlişkin Protokol eklenerek mevcut kaygılar giderilmek istenmiştir. Ancak, Avrupa Birliği Anayasa Taslağı, Fransa ve Hollanda da yapılan halk oylamalarının

³⁰ Bülent Yücel, ‘Westphalia Antlaşmasından Nice Antlaşmasına: Egemenlik Kavramının Tarihsel Seyri ve Bir Prototip Olarak Avrupa Birliği’, (2006) 10 (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 165, 197; Güneş, Avrupa Birliği (n 13) 27.

³¹ Taslağın ilgili maddesi şu şekildedir:

“Subsidiarite ilkesi gereğince, Birliğin kendi münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, öngörülen faaliyetin hedeflerine üye devletler tarafından merkezi, bölgesel veya yerel düzeyde ulaşılamaması, ancak bu hedeflere Birlik düzeyinde ulaşılmamasının daha iyi olacağına anlaşılması halinde, Birlik buna müdahale eder.

Birlik kurumları, subsidiarite ilkesini, Anayasa’nın ekinde bulunan Subsidiarite ve Orantılılık- ilkelerinin Uygulanmasına Dair Protokol’de belirtildiği şekilde uygularlar. Ulusal Parlamentolar, bu ilkenin Protokol’de ortaya konulan prosedüre uygun olmasını sağlarlar.” Yeşim Kaya, ‘Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Yerel Yönetim Politikaları, Subsidiarite İlkesi Bağlamında Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Değerlendirmeler’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2006) 58.

olumsuz sonuçlanması nedeniyle yürürlüğe girememiş ve rafa kaldırılmıştır.

Anayasa taslağında yer alan ancak yürürlüğe girmeyen protokol 2007 tarihli Lizbon Antlaşmasında büyük oranda muhafaza edilmiştir. Lizbon Antlaşması ile taslakta öngörülen tek sütunlu yapı elde edilmiş, topluluk ifadesinin yerini Avrupa Birliği almıştır. Reform antlaşması olarak da adlandırılan anlaşma, AB'yi daha katılımcı, dayanışmacı ve özgürlükçü kılarak birliğin demokratik meşruiyetini artırma konusunda önemli katkı sunmuştur³². Lizbon Antlaşması, subsidiarite ve orantılılık ilkelerine de yer vermiştir. Antlaşma ile Avrupa Birliği'nin yetkilerinin belirlenmesinde sınırlı yetki ilkesinin esas alınacağı belirtilmiştir (md. 3b/1 c.1). Fıkranın devamında Birliğin sınırlı yetkisinin kullanılmasında subsidiarite ve orantılılık ilkelerinin geçerli olacağı ifade edilmiştir (md. 3b/1 c.2). Lizbon Antlaşması ile subsidiarite ilkesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir tanımın da yapıldığını belirtmek gerekir (md. 3b/3)³³. Antlaşmada yer alan hususlar kavrama ilişkin önceki düzenlemelerle büyük oranda aynıdır. Ancak, antlaşma ile merkezi yönetimlere ilave olarak bölgesel ve yerel yönetimlere de yer verilmiştir³⁴. Bununla birlikte, ilkenin uygulanmasına ve denetimine ilişkin esas değişiklik yeni protokolün yürürlüğe girmesiyle olmuştur. Lizbon Antlaşması ile 1997 yılında kabul edilen protokol kaldırılarak yerine *Subsidiarite ve Orantılılık İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin Protokol (No.2)* kabul edilmiştir. Yeni protokolün kabulü ile subsidiarite ilkesinin hukuki denetimine ilişkin önemli değişiklikler getirilmiş ve ulusal

³² Ahmet Mithat Güneş, 'Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği', (2008) 12 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 739, 742.

³³ Lizbon Antlaşmasında 3b/3'de yer alan düzenleme güncel Avrupa Birliği Antlaşmasının (ABA) 5/3'üncü maddesinde yer almaktadır:

"Subsidiarite ilkesine göre Birlik, münhasır yetki alanları dışında yalnızca, söz konusu faaliyetin hedefleri üye devletler tarafından; merkezi, bölgesel veya yerel düzeyde yeterli olarak yerine getirilemezse ve getirilemediği ölçüde ve ancak önerilen eylem, ölçüğü ya da etkileri nedeniyle Birlik düzeyinde daha iyi başarılabilirse harekete geçer."

³⁴ Andreas Follesdal, 'The principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law', (2013) 2 (1) Global Constitutionalism 37, 51.

parlamentoların Birlik içerisindeki etkinliği arttırılmıştır. Diğer taraftan, Birliğin münhasır yetkisinin söz konusu olduğu alanlarda subsidiarite ilkesi devre dışı kalmaktadır. İlkenin, sadece Birlik ile üye devletler arasında paylaşılan/ortak yetkiler söz konusu olduğunda gündeme gelmesi mümkündür.

II. SUBSİDARİTE İLKESİNİN İŞLEVİ VE DENETİMİ

A. İLKENİN UYGULANIŞINA İLİŞKİN ESASLAR

Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, subsidiarite ilkesinin Birlik hukukunda yerini alışı Maastricht Antlaşması ile gerçekleşmiştir. Bu tarihten itibaren, ilke hukukun üstünlüğü, dayanışma ve demokrasi gibi Birliğe ait ortak değerler arasında yerini almıştır³⁵. Subsidiarite ilkesinin kurucu antlaşmalarda yer almasını, merkeziyetçilik suçlamalarına bir cevap olarak değerlendirmek gerekir. Bununla birlikte, ilkenin Birlik içinde tartışılmasında ve gelişim göstermesinde Alman federe devlet temsilcilerinin önemli etkisinin bulunduğu ifade edilmelidir. Avrupa Birliği bünyesi altında, sahip oldukları yetkileri yitirme kaygısı duyan eyalet temsilcileri subsidiarite kavramını egemenlik haklarının koruyucusu olarak görmüşlerdir³⁶. Almanya, aynı zamanda ilkeye anayasasında bağlayıcı bir biçimde yer vererek kavramın Avrupa Birliği Hukuku'nda yerini alması bakımından esin kaynağı olmuştur³⁷.

Avrupa Birliği'nin merkeziyetçi ve aşırı müdahaleci tavırlarına karşı bir tepki olarak gelişim gösteren subsidiarite ilkesinden beklenen temel amacın anlaşılması bakımından Avrupa Birliği ile üye devletler arasındaki yetki paylaşımına ilişkin esaslara temas edilmesi yararlı görünmektedir. Öncelikle

³⁵ E. Brok, 'Intergovernmental Conference 1996: Not A „Maastricht II‘, (1997) 34 (1) Common Market Law Review 1, 9.

³⁶ Sedef Zeyrekli ve Rengül Ekizceleroğlu. 'Avrupa Birliği Bağlamında Hizmette Yerellik (subsidiarite) İlkesi ve İlkenin Türkiye Açısından Ele Alınışı', (2007) 16 (3) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 29, 37.

³⁷ Hakan Cavlak, 'Subsidiarite (Yerellik) İlkesi ve Avrupa Birliği Çevre Politikası', (2017) 6 (11) Balkan Sosyal Bilimler Dergisi 134, 137.

belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği Hukukunda Birlik ve üye devletler arasındaki yetki paylaşımı bağlamında münhasır yetki, paylaşılan yetki ve çerçeve yetki olmak üzere üç ayrı yetki kategorisine yer verilir³⁸. Bu yetkilerden münhasır yetkiler sadece Birliğin tasarrufla bulunabileceği alanları ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki subsidiarite ilkesi, sınırlı yetki ilkesi uyarınca Birliğin bir konuda yetki kullanmasının gerekli olup olmadığı sorusuna cevap aradığından münhasır yetki alanı bakımından ilkenin uygulanması mümkün değildir³⁹. Bu bağlamda, subsidiarite ilkesi Birliğin münhasır yetkiye sahip olmadığı alanlar dışında, yani sadece paylaşılan yetki ve çerçeve yetkinin söz konusu olduğu durumlarda geçerlidir.⁴⁰ Belirtilen iki yetki türünden Avrupa Birliği'nde en sık görüleni paylaşılan yetkidir. Paylaşılan yetkiden söz edilebilmesi için kurucu antlaşmalarda Avrupa Birliği'ne bu yönde bir yetkinin tanınmış olması gerekmektedir. Ancak, Birliğin kendisine tanınan bu yetkinin kullanımında öncelik yerel ve bölgesel yönetimlerdeki. Birlik, bu eylemin etkileri ve boyutu nedeniyle kendisi tarafından daha iyi gerçekleştirileceği durumlarda müdahalede bulunur⁴¹. Avrupa Birliği İşbirliği Antlaşması'nın (ABİA) 4/2'nci maddesinde paylaşılan yetkinin geçerli olduğu alanlar sayılmıştır. Buna göre paylaşılan yetki daha çok çevre, tüketicinin korunması, iç pazar, ulaştırma ve enerji gibi alanlarda söz konusu olmaktadır⁴². Avrupa Birliği'nin kurucu antlaşmalarında öngörülen diğer yetki türü ise çerçeve yetkidir. Çerçeve yetkinin geçerli olduğu alanlarda esas yetki üye devletlere bırakılmıştır. Birlik sadece üye devletler tarafından gerçekleştirilen düzenlemelerin koordinasyonunu ve uyumunu sağlayacak

³⁸ Güneş, Avrupa Birliği'nde Subsidiarite (n 14) 43.

³⁹ Ani Matei and Adrian Stelian Dumitru, 'The Subsidiarity Principle and National Parliaments Role: From Formal Need to Real Use of Powers', (2020) 10 (2) Administrative Sciences 1, 6.

⁴⁰ Isabelle Bosse-Platiere and Marise Cremona, Facultative Mixity in the Light of the Principle of Subsidiarity, EU External Relations Post-Lisbon (Brill Nijhoff 2020) 59.

⁴¹ Nicolas de Sadeleer, 'Principle of Subsidiarity and the EU Environmental Policy', (2012) 9 (1) Journal for European Environmental & Planning Law 63, 68.

⁴² Güneş, Avrupa Birliği (n 13) 138.

şekilde çerçeve tedbirler alma yetkisine sahiptir⁴³. ABİA'nın 6'ncı maddesine göre çerçeve yetkinin geçerli olduğu alanlar şunlardır: İnsan sağlığının korunması ve iyileştirilmesi, sanayi, kültür, turizm, eğitim ve mesleki eğitim, gençlik ve spor, sivil savunma ve idari işbirliği.

Subsidiarite ilkesi, Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) md. 5'de belirtildiği üzere, sadece AB'nin münhasır yetkisine girmeyen alanlarda ve faaliyetin Birlik tarafından daha iyi gerçekleştirileceği durumlarda Birliğin devreye girmesini düzenlemektedir. Subsidiarite ilkesi yalnızca çerçeve ve paylaşılan yetkiler temel alındığında gündeme gelen bir ilkedir. Subsidiarite ilkesi ile, sınırlı yetki ilkesi gereğince AB'nin bir konuda yetki kullanmasına gerek olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılmaktadır. Dolayısıyla, ilk olarak Birliğin kendisine tanınmış yetkiyi kullanıp kullanamayacağı sorusuna cevap aranmalıdır⁴⁴. Bu bakımdan, ilkenin uygulanması için iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. İlk olarak, söz konusu faaliyet alanında merkezi, yerel ya da bölgesel devlet tarafından alınan tedbirler Birlik hedeflerine ulaşma bakımından yetersiz kalmalıdır. Bunun yanında, bu hedefler, sahip olduğu ölçek ve etki bakımından Birlik müdahalesiyle daha iyi gerçekleştirilebiliyor olmalıdır. Ancak yukarıda belirtilen şartlar sağlandığı takdirde Birliğin herhangi bir faaliyet alanında harekete geçmesi mümkündür. Bu yönüyle subsidiarite ilkesi, aynı zamanda Birlik tarafından gerçekleştirilecek faaliyetin düzeyinin belirlenmesine ilişkin bir araç vazifesi görür ve gereksinim, orantılılık, etkinlik gibi kavramlarla da yakın ilişki içerisindedir⁴⁵.

⁴³ Güneş, Avrupa Birliği (n 13) 138, 139.

⁴⁴ Yüksel Metin ve Yakup Altan, 'Lizbon Antlaşması Sonrasında Subsidiarite ilkesi', (2011) 16 (3) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 131, 139.

⁴⁵ Arif Köktaş, 'Topluluk/Birlik ile Üye Devletler Arasında Yetki Paylaşımı: Avrupa Birleşik Devletleri Mi? Birleşik Devletlerin Avrupası mı?', (2005) 54 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219, 231.

Subsidiarite ilkesi ile ulusal parlamentoların daha etkin bir konuma kavuştuğu ve AB'nin yetkilerine üye devletler lehine sınırlama getirildiği söylenebilir. Özellikle, ilkenin denetimine ilişkin düzenlemeler üye devletlerin yetkilerinin korunması bakımından önemli hususlar içermektedir. Diğer taraftan, ilke ile kararların halka yakın alınması sağlanarak yerel ve bölgesel özerkliğin güçlenmesine katkı sunulmaktadır⁴⁶. Kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin kararların yurttaşların yararına olacak şekilde yerel veya bölgesel yönetimler tarafından alınması özerkliği temin etmenin en işlevsel yollarından birisidir⁴⁷.

Subsidiarite ilkesinin birlik hukukuna uygulanmasında kaydedilen tüm ilerlemelere rağmen ilkenin ne anlama geldiği konusunda tam olarak bir fikir birlikteliğinden söz etmek mümkün değildir⁴⁸. İlkenin yerel ve bölgesel yönetimlere daha fazla yetki bırakması gerekirken merkezi yönetimin güçlenmesine neden olma potansiyeli taşıdığı ifade edilmelidir. Bu bakımdan subsidiarite ilkesinin iki yönlü olarak karşımıza çıktığı söylenebilir. Bunlardan ilki *bottom up* yani aşağıdan yukarıya yerindelik ilkesi olarak tanımlanırken, diğeri ise *from above*, yani yukarıdan aşağıya yerindelik ilkesi olarak adlandırılmaktadır⁴⁹. Aşağıdan yukarıya subsidiarite ilkesi yerel yönetimlere merkezi otorite karşısında öncelik sağlamak ve ulaşılmak istenen neticenin mahalli birimler tarafından yerine getirilemediği durumlarda üst idari birimlerin müdahil olmasını öngörmektedir. Yukarıdan aşağıya subsidiarite ilkesi ise, Birlik organlarının ulaşılmak istenen hedefin gerçekleştirilmesi için gerekli gördüğü

⁴⁶ Bezci ve Coşkun (n 9) 11-12.

⁴⁷ Christian Kirchner, 'Competence Catalogues and the Principle of Subsidiarity in a European Constitution', (1997) 8 (1) Constitutional Political Economy 71, 73.

⁴⁸ Michael Schneider, 'Europe Must Deliver at the Level Closest to the Citizens Subsidiarity: Past, Present and Future', (2019) 18 (1) European View 16, 18.

⁴⁹ Subsidiarite ilkesini pozitif (*from above*) ya da negatif (*bottom up*) bir normatif ilke olarak ifade eden çalışma için bkz.:

Michael Seigel, 'Building Global Sustainability Through Local Self-reliance: Exploring Landcare as a Means of Implementing the Principle of Subsidiarity', (2022) Australian Centre for International Agricultural Research 23, 25.

durumlarda ve ölçekte müdahalede bulunması anlamına gelmektedir. Üst birimlere devreye girme konusunda takdir hakkı tanıyan bu durum ilkenin Birlik oranları lehine yorumlanması olasılığını barındırmaktadır⁵⁰. Dolayısıyla hem merkezi birimlerin hem de yerel yönetimlerin subsidiarite ilkesinin mevcudiyetini gerçekleştirdikleri faaliyetlerin hukuki dayanağı olarak gösterme imkânı bulunmaktadır. Bu açıdan ilkenin merkezileşmiş bir Avrupa Birliği ifadesini açıkça vurgulamak yerine *de facto* bir konsey üstünlüğü sağladığı da söylenmektedir⁵¹.

Subsidiarite ilkesinin uygulanmasına ilişkin diğer bir sıkıntı ilkenin karışıklığa ve belirsizliğe yol açmasıdır⁵². Zira ilke farklı çıkar grupları tarafından farklı yorumlanabilmektedir. Aynı nedenden dolayı, kimi zaman politik olarak popüler olmayan kararların gerekçesi olarak öne sürülmekte ve bir nevi günah keçisi ilan edilmektedir. Bu durum, ilkeye ilişkin zayıf yönlerden birisini oluşturmaktadır⁵³. Ancak, tüm tartışmalara rağmen subsidiarite ilkesinin Avrupa Birliği'nin entegrasyon ve politika oluşturma sürecini açıklamada kilit unsur olduğu gereceği kabul edilmelidir. Subsidiarite ilkesi ile karar mekanizmaları ve Birlik bünyesinde yer alan uluslar arasındaki mesafenin en aza indirilmesi hedeflenmektedir⁵⁴.

B. ÖNLEYİCİ DENETİM: “ERKEN UYARI SİSTEMİ”

Daha önce ifade edildiği üzere, ilk defa Amsterdam Antlaşması neticesinde kabul edilen protokol ile subsidiarite ve orantılılık ilkelerinin Birlik hukukunda ne

⁵⁰ Nicholas Emmiliou, ‘Subsidiarity: An Effective Barrier Against the Enterprises of Ambition’, (1992) 17 European Law Review 383, 384.

⁵¹ Beril Dedeoğlu, Adım Adım Avrupa Birliği (Çınar Yayınları 1996) 153. (Aktaran: Bozkurt ve Özcan (n 27) 10).

⁵² Bermann (n 20) 333.

⁵³ Bozkurt ve Özcan (n 27) 10.

⁵⁴ Alexandra Porumbescu, ‘Subsidiarity, Regions and Cohesion in the European Union’, (2019) XX Anuarul Institutului de Cercetări Socio-Umane „CS Nicolăescu-Plopșor 181, 183.

şekilde uygulanacağı ayrıntılı bir biçimde ortaya konmuştur. Avrupa Birliği Anayasa Taslağı ile protokolde esashi değişiklikler yapılmış ancak taslağın kabul görmemesi sebebiyle söz konusu değişiklikler büyük oranda korunarak Lizbon Antlaşmasının ekinde yer alan 2 numaralı protokole taşınmıştır⁵⁵. Protokol ile subsidiarite ilkesinin denetim yetkisi ilk kez ulusal parlamentolara verilmiştir⁵⁶. Ulusal parlamentolara tanınan denetim yetkilerinden ilki, Birlik organları tarafından hazırlanan yasama tasarılarına subsidiarite ilkesi gereğince itiraz edebilmesine imkân tanınmış olmasıdır⁵⁷. *Ex ante* bir denetim içeren bu yöntem erken uyarı sistemi olarak adlandırılmaktadır. Erken uyarı sistemi, subsidiarite ilkesine aykırı olduğu tespit edilen yasama tasarılarının⁵⁸ ulusal parlamentolar tarafından girişimde bulunularak durdurulması esasına dayanmaktadır. Lizbon Antlaşması ile getirilen erken uyarı sistemi, ulusal parlamentolara, Birliğin münhasır yetki alanına girmeyen alanlarda hazırlanan taslak yasa tasarılarını subsidiarite ilkesine uygunluk bakımından izleme yetkisi tanımaktadır⁵⁹. Herhangi bir ulusal parlamento ya da meclis, yasa taslağının kendisine ulaşmasından itibaren “sekiz hafta”⁶⁰ içerisinde itiraz edebilir. Bu itirazda yasa taslağının neden subsidiarite ilkesine aykırılık teşkil ettiğinin gerekçeleri bildirilmelidir. İlgili protokolün 6’ncı maddesinde, Avrupa parlamentosu, Konsey ve Komisyon başkanları gerekçeli itirazın gönderilebileceği birimler

⁵⁵ Protocol (No.2) on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality, Official Journal of the European Communities, C 202/206, 07.06.2016.

⁵⁶ Sevgi Çilingir, ‘AB Hukukunda Subsidiarite İlkesi ve Uygulanması’, (2017) 19 (3) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 349, 358.

⁵⁷ Güneş, Avrupa Birliği’nde Subsidiarite (n 14) 44-45.

⁵⁸ Protokolün 3’üncü maddesine göre, taslak yasama işlemleri; Komisyon’un önerisi, üye devletler ve Avrupa Parlamentosu’nun girişimi, Adalet Divanı ile Avrupa Yatırım Bankası’nın talepleri ve Avrupa Merkez Bankası’nın tavsiyeleri olarak tanımlanabilir.

⁵⁹ Tomasz Jaroszyński, ‘National Parliaments’ Scrutiny of the Principle of Subsidiarity: Reasoned Opinions 2014–2019’, (2020) 16 (1) European Constitutional Law Review 91, 97.

⁶⁰ Taslak Avrupa Birliği Anayasa Antlaşmasında bu süre 6 hafta olarak belirlenmiştir.

arasında sayılmıştır⁶¹. 7'nci maddenin birinci fıkrası ile Birlik organlarına ulusal parlamentolar tarafından yapılan itiraz karşısında sorumluluk yüklenmiştir. Buna göre, Avrupa Parlamentosu, Konsey, Komisyon, Adalet Divanı, Avrupa Merkez Bankası, Avrupa Yatırım Bankası ve yasama taslağının kendilerinden geldiği durumlarda üye devletler grubu, ulusal parlamento tarafından bildirilen gerekçeli görüşü (itiraz) dikkate almalıdırlar. İlgili Birlik organlarından ise kendisine sunulan gerekçeli görüşleri tartışarak bir kanaate varmaları beklenmektedir.

Protokolün 8'nci maddesi uyarınca, her ulusal parlamentonun iki oy hakkı bulunmaktadır. İki meclise sahip üye devletlerde ise oy hakkı birer oy olacak şekilde meclisler arasında paylaştırılmaktadır. Bu bakımdan, üye devlet tarafından yapılan her itiraz parlamenter meclis yapısının anayasal sistematiğine uygun olarak bir veya iki oy değerinde olacaktır⁶². Ulusal parlamentolar tarafından yapılan itirazlar toplam oyların üçte birine ulaştığı takdirde yasa tasarısını sunan Birlik organı tasarımı gözden geçirmeye zorlanmış olmaktadır⁶³. Birlik organı ya da gerektiğinde üye devlet tarafından yapılacak gözden geçirmenin ardından söz konusu taslakta ısrar edilmesi⁶⁴, taslağın değiştirilmesi ya da geri çekilmesi mümkündür. 7'nci maddede belirtildiği üzere, ne tür bir karar

⁶¹ Yasama taslağının kaynağı bir grup üye devlet ise Konsey Başkanı görüşünü üye devletlerin hükümetlerine iletacaktır. Yasama taslağının kaynağının Adalet Divanı, Avrupa Merkez Bankası veya Avrupa Yatırım Bankası olması durumunda ise Konsey Başkanı görüşünü ilgili kurum veya organa iletacaktır. (md. 6/1-2).

⁶² Martijn Huysmansa and Philippe van Gruisenb, 'Substance and Subsidiarity: The Economic Dimension of Conflict in the Early Warning System', (2022) 44 (3) Journal of European Integration 411, 413.

⁶³ Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın (ABİA) 76. Maddesi temelinde özgürlük, güvenlik ve adalet alanına ilişkin yasama taslağı sunulması durumunda bu oran 1 / 4 olarak uygulanacaktır. AB'nin mevcut üye sayısının 27 ve toplam oy hakkının 54 olduğu düşünüldüğünde, yeter sayıları 18 ve 14 oy olarak ifade edilebilir. (md. 7/1-2).

⁶⁴ Komisyon sunmuş olduğu yasa tasarısına dair teklifini sürdürme kararı verirse kendisinden kararını gerektirmesi ve tasarımın subsidiarite ilkesine uygun olduğunu ortaya koyması beklenmektedir. Söz konusu süreç "turuncu kart" prosedürü olarak adlandırılmaktadır. Reinhold Lopatka, 'Subsidiarity: Bridging the Gap Between the Ideal and Reality', (2019) 18 (1) European View 26, 28.

verilirse verilsin ilgili birim tarafından gerekçe sunulması zorunludur. Bununla birlikte, ulusal parlamentolar tarafından sekiz haftalık süre içerisinde sunulan gerekçeli görüş ile belirtilen oransal ağırlıklara ulaşılarak sunulan gerekçeli görüşün farklı etkiler doğurduğu ifade edilmelidir. İlk durumda yasa tasarıları karşısında sunulan gerekçeli görüşlerin Birlik organları tarafından dikkate alınması hususu bir temenni niteliğinde iken, ikinci durumda ise gözden geçirme ve verilecek karara ilişkin gerekçe sunma bir yükümlülük olarak belirtilmiştir. Olağan yasama usulünün⁶⁵ uygulandığı hallerde ise ulusal parlamentolara tahsis edilen oylar basit çoğunluğa ulaştığı takdirde teklifin gözden geçirilmesi gerektiği öngörülmüştür.

Komisyon tarafından yasa tasarısı üzerinde ısrar edilirse, tasarının subsidiarite ilkesine uygun olduğuna dair bir gerekçe sunulması gerekecektir. Protokolün 7/3'üncü maddesinde yer alan hüküm neticesinde, olağan yasama usulünün uygulandığı durumlarda subsidiarite ilkesinin uygulanmasına ilişkin başvuru yolu zorlaştırılarak Birlik organları lehine bir düzenleme getirildiği söylenebilir. Bunun yanında, ilk inceleme tamamlanmadan önce, Birlik yasa koyucuları (Avrupa Parlamentosu ve Konsey), Komisyonun ve ulusal parlamentoların gerekçeli görüşünü özel olarak değerlendirmeli ve ardından yasa tasarısının subsidiarite ilkesine uygun olup olmadığına karar vermelidirler. 7/3'üncü maddenin b bendine göre, konsey üyelerinin %55'lik bir bölümü veya Avrupa Parlamentosu'nun salt çoğunluğu yasa tasarısının subsidiarite ilkesine aykırı olduğu yönünde karar verdiği takdirde tasarının tekrar değerlendirmeye alınmayacağı öngörülmüştür. İlave olarak, Amsterdam Antlaşması ile getirilen protokolde yer alan ve Komisyon'a her yıl ilkenin uygulanmasına ilişkin rapor

⁶⁵ AB'nin kurucu antlaşmalarında üç tür yasama usulüne yer verildiğini söylemek mümkündür. Bunlar ABİA'nın 289 ve 294'ncü maddelerinde düzenlenen olağan yasama usulü ile danışma ve onay usulüdür. Bu bakımdan, olağan yasama usulü dışında yer alan danışma ve onay usullerinin birer özel yasama usulü olduğu ifade edilebilir.

sunma zorunluluğu getiren düzenlemenin Lizbon Antlaşmasının ekinde yer alan protokolün 9’uncu maddesi ile de korunduğu görülmektedir.

Subsidiarite ilkesinin uygulanmasına ilişkin protokol ulusal parlamentoların Birliğin yasama sürecine dahil olmasının sağlanması bakımından önemli düzenlemeler getirmektedir. Ancak, ulusal parlamentoların ve meclislerin sahip olduğu yetkinin biçimsel olduğu söylenebilir. Nitekim, ulusal parlamentolar tarafından sunulan itirazlar ya da bildirilen gerekçeli görüşler karşısında Birlik organlarının yasa tasarısını gözden geçirme dışında herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Sadece 7’nci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda yasa tasarısının iletilemesinin önüne geçilebilmektedir. Bu bakımdan, önleyici bir denetim sunmayı amaçlayan erken uyarı sistemine yönelik işlevsiz bir sarı kart prosedüründen ibaret olduğuna dair eleştiriler getirilmiştir⁶⁶. Subsidiarite ilkesinin uygulanmasına ilişkin siyasi bir kontrol mekanizması içeren *ex ante* denetim tasarıların yasama sürecine dahil olmasını engellemekte yetersiz kalmaktadır⁶⁷. Eleştirilerin haklılık payı bulunmakla birlikte, özellikle çok sayıda üye devletlin parlamentoları tarafından yapılacak itirazların Birlik organları üzerinde politik baskı oluşturmak suretiyle etki sağlayacağı belirtilmelidir. Lizbon Antlaşması tarafından getirilen erken uyarı sistemi hem üye devletlerde hem de Birlik organlarında azınlıklardan ziyade güvenli çoğunlukların iradesiyle tetiklenmektedir. Bu yönüyle de parlamentoların, dolaylı olarak yasa yapma sürecine dahil edilmesi anlamına

⁶⁶ Davor Petric, ‘The Principle of Subsidiarity in the European Union: ‘Gobbledygook’ Entrapped Between Justiciability and Political Scrutiny? The Way Forward’, (2017) 6 (3) Zagrebačka pravna revija 287, 307; Thomas Larue, ‘The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order: The Role of National Parliaments in the Early Warning System’, (2019) Journal of Common Market Studies 1203, 1204.

⁶⁷ Georgiana Ciceo, ‘‘Doing Less More Efficiently’’, or How Relevant the Enduring Principle of Subsidiarity is For the Current Debate on EU Reform’, (2019) 24 (2) JEIH Journal of European Integration History 317, 330.

gelmektedir⁶⁸.

C. YARGISAL DENETİM: “SUBSİDARİTE DAVASI”

Subsidiarite ilkesinin denetimine ilişkin diğer bir yöntem subsidiarite davasıdır. Erken uyarı sistemi, ilkenin önleyici denetimini (*ex ante*) içerirken, subsidiarite davası ise yasama işleminin tamamlanmasının ardından ABAD tarafından gerçekleştirilen *ex post* bir denetim usulüdür. *Ex post* denetim, olağan veya özel yasama usulü ile kabul edilen yasal düzenlemelerin yargısal denetimi için üye devletlere 2 numaralı protokol gereğince dava açma yetkisi vermektedir⁶⁹. Protokolün 8’nci maddesinde yer alan düzenleme ABİA’nın 263’üncü maddesine atıfta bulunmaktadır. Bu kapsamda, ABAD’ın üye devletler tarafından veya ulusal parlamentolar ya da onların meclisi adına yasal düzenlemelere uygun olarak bildirilen ihlal iddialarına dair yargılama yapma yetkisine sahip olduğu öngörülmüştür. Söz konusu hüküm, ilkenin AB birimleri nezdinde uygulanmadığına yönelik itiraz prosedürünü kurumsal bir hale getirmektedir. Bunun yanında, Bölgeler Komitesi⁷⁰ de ABİA’nın kendisine danışılmasını öngördüğü yasama tasarrufları subsidiarite ilkesine aykırılık oluşturduğu takdirde iptal davası açabilmektedir⁷¹. Söz konusu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, üye devletler yanında ulusal parlamentolara ya da meclislere de subsidiarite

⁶⁸ Philipp Kiiver, ‘The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity’, (2008) 15 (1) Maastricht Journal of European and Comparative Law 77, 82.

⁶⁹ Flavia Marisi, ‘The Protection of Subsidiarity in the EU: The Role of National Parliaments and the Committee of the Regions’, (2022) 17 Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas 14, 26.

⁷⁰ Maastricht Antlaşması ile kurulan ve 1994 yılında faaliyetlerine başlayan Bölgeler Komitesi, Avrupa parlamentosuna, Konseye ve Komisyona yerel ve bölgesel konularda danışmanlık yapmaktadır. Güneş, Avrupa Birliği (n 13) 103.

⁷¹ Ayça Yeniay, Avrupa Birliği’nde Yetki İkilemine Çözüm: Yerindelik İlkesi (Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi 2011) 43; Salvatore Fabio Nicolosi and Lisette Mustert, ‘The European Committee of the Regions as a Watchdog of the Principle of Subsidiarity’, (2020) 27 (3) Maastricht Journal of European and Comparative Law 284, 295.

ilkesinin uygulanmasına ilişkin ABAD nezdinde dava açma hakkı tanınmıştır. Ancak, bu davanın ABAD'a taşınma görevi üye devletlere bırakılmıştır⁷².

Diğer taraftan, subsidiarite ilkesinin yargısal bir ilke olup olmadığı uzunca bir süredir tartışılmaktadır⁷³. Subsidiarite ilkesinin yargısal bir ilke olup olmadığı sorusuna verilecek yanıt, ABAD tarafından yapılacak denetimin pratik sonuçları bakımından son derece önemlidir. İlkenin sadece siyasi içerikli olduğu kabul edilirse, ilkenin uygulanmasına ilişkin yargısal bir denetim yapmak mümkün olmayacak, denetim, Birliğin mevcut karar mekanizması içerisinde gerçekleştirilecektir. Subsidiarite ilkesinin yargısal denetime tabi tutulmaması gerektiğini savunanlar; merkezileşmeye karşı en uygun yöntemlerin politik olarak bulunabileceğini ileri sürmektedirler. Görüşün taraftarları, “üye devletlerin faaliyetlerinin yetersizliği”, “Birlik müdahalesinin daha iyi sonuçlar vermesi” gibi ifadelerin muğlak ve subjektif olduğunu, bu yüzden de yargılama bakımından elverişsiz bir durum yarattığını ileri sürmektedirler⁷⁴. Ancak, subsidiarite ilkesinin Avrupa Birliği'nde salt siyasi pazarlıklar sonucu yerini almış bir ilke olduğunu söylemek mümkün değildir. Subsidiarite ilkesi, Birlik ile üye devletler arasındaki ortak yetki alanlarında Birlik müdahalelerini sınırlandıran bağlayıcı bir hukuk normu niteliğindedir⁷⁵. Bu bakımdan subsidiarite ilkesinin hukuki yönden denetlenebilir olduğu kabul edilmelidir⁷⁶. Lizbon Antlaşması ile birlikte Subsidiarite ve Orantılılık İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin Protokolün yürürlüğe girmesiyle, subsidiarite ilkesinin yargısal denetimine ilişkin görüş

⁷² Güneş, Avrupa Birliği'nde Subsidiarite (n 14) 55.

⁷³ Metin ve Altan (n. 44) 139.

⁷⁴ Bermann (n 20) 391.

⁷⁵ Nicholas W. Barber, 'The Limited Modesty of Subsidiarity', (2005) 11 (3) European Law Journal 308, 325.

⁷⁶ Carlo Panara, 'The Enforceability of Subsidiarity in the EU and the Ethos of Cooperative Federalism: A Comparative Law Perspective', (2016) 22 (2) European Public Law 305, 331.

ayrılıklarının büyük ölçüde ortadan kalktığı söylenebilir⁷⁷.

Yargısal denetimin mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmalar günümüzde yerini Adalet Divanı tarafından yapılacak denetimin yoğunluğuna ilişkin tartışmaya bırakmıştır⁷⁸. ABAD tarafından yürütülen yargısal denetimin yoğunluğunda zamanla artış görülmekle beraber Divanın sınırlı bir denetim yürüttüğünü söylemek mümkündür. Özellikle eski tarihli kararlarında Birliğe ve organlarına geniş takdir yetkisi tanıyan Divanın subsidiarite ilkesinin denetimi konusunda ihtiyatlı bir tutum takındığı görülmektedir. İlkenin uygulanmasının en azından hukuki denetime tabi tutulabileceğine ilişkin ilk ima *Birleşik Krallık & Council*⁷⁹ davasında ortaya konmuş ve bu yaklaşım yargısal denetim taraftarları tarafından memnuniyetle karşılanmıştır⁸⁰. Bununla birlikte Divan, aynı davada Birlik direktifinin yetki sınırlarını aşmadığını ve subsidiarite ilkesine aykırılık iddiasının geçersiz olduğuna hükmetmiştir⁸¹. *Vodafone* davasında⁸² ise, Başsavcı tarafından Divan'a yapılan öneride "yasama makamının niyetinin" Birliğin harekete geçmesini yeterli gösteren bir gerekçe olarak görülmemesi istenmiştir. Bu davada görülen ve olumlu karşılanabilecek sınırlı tutum değişikliklerine rağmen Divan'ın Birlik organlarına geniş bir takdir marjı tanıdığı söylenebilir. Herhangi bir faaliyetin gerçekleştirilmesinde ulusal mevzuatın yetersiz olduğu ve Birlik organlarının müdahale etmesi gerektiğine ilişkin kanaat Divan tarafından genellikle yeterli bulunmaktadır⁸³. ABAD'ın kendisini Birlik hukukunun nihai

⁷⁷ Güneş, Avrupa Birliği'nde Subsidiarite (n 14) 54.

⁷⁸ Sanem Baykal ve İlke Göçmen, Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku (11. Bası, Seçkin Yayıncılık 2016) 274.

⁷⁹ European Court of Justice, C-84/94, 12.11.1996 (<https://eur-lex.europa.eu>, Son Erişim Tarihi: 12.05.2023).

⁸⁰ Constantin (n 16) 163.

⁸¹ Gabriel A. Moens and John Trone, 'The Principle of Subsidiarity in EU Judicial and Legislative Practice: Panacea or Placebo?', (2014) 41 (65) J. Legis 65, 73.

⁸² European Court of Justice, C-58/08, 08.06.2010 (<https://eur-lex.europa.eu>, Son Erişim Tarihi: 12.05.2023).

⁸³ Petric (n 66) 303.

yargılayıcısı ve kurumsal statüsünün koruyucusu olarak görmesi de bu yaklaşımında kuşkusuz etkilidir.

ABAD içtihatları incelendiğinde yargısal denetimin içerikten çok usule ilişkin gerçekleştiği görülmektedir. Lizbon Antlaşması ile yürürlüğe giren protokolün yeterince açık hükümler içermemesi denetimin biçimsel olmaktan öteye geçememesinin nedenlerinden bir diğeridir. Ayrıca, Birliğin tarihsel süreç içerisinde sürekli genişleme eğiliminde olması ve ortak yetki alanlarına ilişkin sınırlardaki belirsizlik ilkenin uygulanmasına ve denetimine ilişkin diğer zorluluklar arasında sayılabilir⁸⁴.

SONUÇ

Subsidiarite ilkesi ilk defa Maastircht Antlaşması ile Birlik hukukuna dahil olmuştur. Bununla birlikte, subsidiarite kavramının Birlik bünyesinde tartışılmaya başlanması yaklaşık kırk yıllık bir geçmişe sahiptir. Maastircht Antlaşması öncesinde Birlik bünyesinde gündeme gelen Komisyon raporları ve taslak antlaşmaların bir bölümünde kavramın dayandığı ilkelere atıf yapıldığı görülmektedir. Subsidiarite ilkesinin birlik bünyesine dahil edilme çabalarının altında yatan temel motivasyon aşırı müdahaleci bir Avrupa Birliğinin önüne geçmektir. Birliğin özellikle dış politika, ortak savunma gibi üye devletlerin egemenlik yetkileriyle sıkı bir ilişki içerisinde bulunan alanlarda geniş yetkilere sahip olması bazı üye devletler tarafından eleştiri getirilmesine neden olmuştur. Ulusal egemenliklerinden taviz vermek istemeyen devletler açısından endişe yaratan bu durum aynı zamanda Birlik içerisindeki demokrasi açığının da bir göstergesi olarak görülmüştür. Demokratik bir yönetimde şüphesiz yerel yönetimlerin yetkilerinin merkezi hükümet karşısında güçlendirilmesi beklenir. Ancak, Birlik organlarına terk edilen yetkilerin üye devletler ve ulusal parlamentolar tarafından yeterince kontrol edilememesi Avrupa Birliği'nde

⁸⁴ Çilingir (n 56) 366-369.

demokrasi açığının varlığına ilişkin söylemlerin artış göstermesine neden olmuştur. Bunun yanında, kuruluşunda sadece bir danışma organı olarak görülen Parlamento'nun yetkilerinin sınırlı olması da zamanla demokratik bir eksiklik olarak tartışılmıştır. Subsidiarite ilkesinin Birlik içerisindeki gelişimi ile birlikte Parlamento'nun da etkinliği arttırılmış ve demokratik eksiklik giderilmeye çalışılmıştır⁸⁵. Bu bakımdan subsidiarite ilkesi ile Birlik organlarının sahip olduğu yetkilerin üye devletler lehine kısıtlandığı ve ulusal parlamentolara daha fazla özerklik tanındığı söylenebilir. Diğer taraftan, subsidiarite ilkesinin Birliğin müdahalelerini sınırlamak bir yana Birlik organlarının güçlenmesine katkı sunduğunu ifade edenler de bulunmaktadır. Bu görüşü savunanlar, kavram ile daha güçlü ve daha otoriter bir AB yaratma çabalarının gizlendiğini belirtmektedirler. Ancak, subsidiarite ilkesi ile uygulama ve hukuki denetimde yaşanan tüm eksikliklere rağmen ulusal parlamentoların karar verme süreçlerine dahil olmaları sağlanmıştır⁸⁶. Yerel ve bölgesel yönetimler gerek yasama sürecinde görüş bildirerek gerekse yasama sürecinin tamamlanmasının ardından dava açma yetkisini kullanarak Birlik düzenlemelerini etkileme ve şekillendirme olanağına sahiptirler.

Subsidiarite ilkesinin Avrupa Birliği'ndeki gelişim süreci bağlamında tartışılan konulardan bir diğeri yargısal denetimine ilişkindir. İlkenin yargısal denetime konu olmaması gerektiğini savunanlar, kavramın siyasi niteliğine vurgu yapmaktadırlar. Buna göre, ilkenin uygulanmasına ilişkin esaslar Birliğin karar ve denetim mekanizması içerisinde ele alınmalı, ABAD tarafından yargısal bir denetim uygulanmamalıdır. Fakat, Amsterdam Antlaşması sonrasında yürürlüğe giren ve Lizbon Antlaşması ile değişikliğe uğrayan Protokol neticesinde bu

⁸⁵ Angela Tacea, 'From Legal to Political Reasoning: National Parliaments' Use of Reasoned Opinions in the Area of Freedom, Security and Justice', (2021) 59 (6) Journal of Common Market Studies 1573, 1578.

⁸⁶ Christian Calliess, 'The Future of Europe after Brexit: Towards a Reform of the European Union and its Euro Area', (2021) 40 (1) Yearbook of European Law 3, 25.

tartışmaların önemli ölçüde azaldığını söylemek mümkündür. Zira, Orantılılık ve Subsidiarite İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin Protokol açık bir şekilde subsidiarite davasına yer vermektedir. Subsidiarite davası ile üye devletler ve ulusal parlamentolar ilkenin uygulanmasına ilişkin ihlalleri ABAD önüne getirme imkanına kavuşmuşlardır. Subsidiarite ilkesinin yargısal denetimine ilişkin olumlu görülebilecek tüm bu gelişmeler karşısında yeterince etkin ve işlevsel bir denetim mekanizmasının varlığından söz etmek güçtür. ABAD'ın bu ilkenin yargısal denetimine dair yaklaşımı irdelendiğinde özellikle eski tarihli kararlarında fazlaca ihtiyatlı bir tutum takındığı ve Birlik organlarının lehine geniş takdir hakkı tanıdığı görülmektedir. Divan'ın bu yaklaşımında kuşkusuz kendisini Birliğin bütünleşme sürecinin bir parçası ve kurumsal yapısının güvencesi olarak görmesi de etkilidir. Ancak, subsidiarite ilkesinin yargısal denetiminin güçlenmesi için ABAD tarafından yürütülen denetimin şekli ve biçimsel olmaktan öteye geçmesi gerekmektedir. Birlik tarafından getirilecek düzenlemelerle ABAD içtihatlarının değişim göstermesi beklenebilir. Münhasır yetki alanları ile paylaşılan/ortak yetkiler arasındaki sınırın daha net çizilmesi, ilkenin uygulanmasına ve denetimine ilişkin esasların hukuki bakımdan açık ve kesin bir şekilde ifade edilmesi yargısal denetimin güçlenmesine katkı sağlayacak noktalardandır.

KAYNAKÇA

Barber NW, 'The Limited Modesty of Subsidiarity', (2015) 11 (3) European Law Journal 308, 325.

Barlas E ve Karagöz B, 'Subsidiarite- İlkesi: Kavramsal Bir Çerçeve', (2007) (1) Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi 155, 174.

Baykal S ve Göçmen İ, Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku (11. Bası, Seçkin Yayıncılık 2016).

Bermann GA, 'Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European

Community and the United States', (1994) 94 (2) 331, 456.

Bezci B ve Coşkun B, 'Avrupa Birliği ve Sübzidiarite ilkesi: ilkenin AB'de Uygulanması ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme', (2007) 16 (3) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 5, 27.

Boka E, 'The Idea of Subsidiarity in the European Federalist Thought', (2005) The Journal of the Institute of International Studies of the Corvinus University of Budapest 1, 38.

Bosse-Platiere I and Cremona M, Facultative Mixity in the Light of the Principle of Subsidiarity, EU External Relations Post-Lisbon (Brill Nijhoff 2020).

Bozkurt E ve Özcan M, 'Sübzidiarite İlkesi (İkincillik İlkesi) ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme', (2001) 6 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi 1, 21.

Brok E, 'Intergovernmental Conference 1996: Not A Maastricht II', (1997) 34 (1) Common Market Law Review 1, 9.

Calliess, C, 'The Future of Europe after Brexit: Towards a Reform of the European Union and its Euro Area', (2021) 40 (1) Yearbook of European Law 3, 55.

Cavlak H. 'Sübzidiarite (Yerellik) İlkesi ve Avrupa Birliği Çevre Politikası', (2017) 6 (11) Balkan Sosyal Bilimler Dergisi 134, 145.

Ciceo, Georgiana, '“Doing Less More Efficiently”, or How Relevant the Enduring Principle of Subsidiarity is For the Current Debate on EU Reform', (2019) 24 (2) JEIH Journal of European Integration History 317, 334.

Constantin S. 'Rethinking Subsidiarity and the Balance of Powers in the EU in light of the Lisbon Treaty and Beyond', (2008) 4 (1) Croatian Yearbook of European Law & Policy 151, 177.

Coşkun GB, 'Althusius ve Yerindenlik İlkesinin Kökenleri', (2007) (37) İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi1, 16.

Craig P, EU Law: Text, Cases and Materials (3rd ed., Oxford University Press 2003).

Çilingir S, 'AB Hukukunda Subsidiarite İlkesi ve Uygulanması', (2017) 19 (3) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 349, 371.

Çörtoğlu FS, 'Avrupalılaşıma Sürecinde AB Çevre Politikası ve Yerindenlik (Subsidiarity) İlkesi', (2009) 8 (2) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 29, 46.

D. Doussis A and others, 'The Principle of Subsidiarity', (2019) 7 (7) International Relations and Diplomacy 317, 324.

De Campos, TC, 'A European Take on Global Public Health: Applying the Catholic Principle of Subsidiarity to Global Health Governance', (2021) (1) Journal of Moral Theology, CTEWC Book Series 1 141, 151.

De Sadeleer N, 'Principle of Subsidiarity and the EU Environmental Policy', (2012) 9 (1) Journal for European Environmental & Planning Law 63, 70.

Dedeoğlu B, Adım Adım Avrupa Birliği (Çınar Yayınları, 1996).

Emmiliou N, 'Subsidiarity: An Effective Barrier Against the Enterprises of Ambition', (1992) 17 European Law Review 383, 407.

Follesdal A, 'The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law', (2013) 2 (1) Global Constitutionalism 37, 62.

Gussen B, Axial Shift: City Subsidiarity and the World System in the 21st Century (Palgrave Macmillan 2019).

Güneş AM, Avrupa Birliği Hukukuna Giriş (5. Bası, Ekin Basım 2022).

Güneş AM, 'Avrupa Birliği'nde Subsidiarite İlkesinin Uygulanmasının Ulusal

Parlamentolar Tarafından Denetlenmesi’, (2014) 12 (141) Legal Hukuk Dergisi 37, 62.

Güneş AM, ‘Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği’, (2008) 12 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 739, 772.

Henkel C, ‘The Allocation of Powers in the European Union: A Closer Look at the Principle of Subsidiary’, (2002) 20 Mississippi College School of Law 359, 385.

Horspool M and Humphreys M, European Law (5th ed., Oxford University Press 2008).

Huysmansa M and van Gruisenb P, ‘Substance and Subsidiarity: The Economic Dimension of Conflict in the Early Warning System’, (2022) 44 (3) Journal of European Integration 411, 427.

Jaroszyński, T, ‘National Parliaments’ Scrutiny of the Principle of Subsidiarity: Reasoned Opinions 2014–2019’, (2020) 16 (1) European Constitutional Law Review 91, 119.

Kaya Y, Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Yerel Yönetim Politikaları, Subsidiarite İlkesi Bağlamında Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Değerlendirmeler (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2006).

Keleş R, ‘Hizmette Halka Yakınlık İlkesi ve Yerel Yönetimler’, (1995) 4 (1) Çağdaş Yerel Yönetimler 3, 14.

Kiiver P, ‘The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity’, (2008) 15 (1) Maastricht Journal of European and Comparative Law 77, 83.

Kirchner C, ‘Competence Catalogues and the Principle of Subsidiarity in a European Constitution’, (1997) 8 (1) Constitutional Political Economy 71, 87.

Köktaş A, 'Topluluk/Birlik ile Üye Devletler Arasında Yetki Paylaşımı: Avrupa Birleşik Devletleri Mi? Birleşik Devletlerin Avrupası mı?', (2005) 54 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219, 247.

Larue T, 'The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order: The Role of National Parliaments in the Early Warning System', (2019) Journal of Common Market Studies 1203, 1204.

Lopatka R, 'Subsidiarity: Bridging the Gap Between the Ideal and Reality', (2019) 18 (1) European View 26, 36.

Marisi F, 'The Protection of Subsidiarity in the EU: The Role of National Parliaments and the Committee of the Regions', (2022) 17 Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas 14, 39.

Matei A and Dumitru AS, 'The Subsidiarity Principle and National Parliaments Role: From Formal Need to Real Use of Powers', (2020) 10 (2) Administrative Sciences 1, 15.

Metin Y ve Altan Y, 'Lizbon Antlaşması Sonrasında Subsidiarite ilkesi', (2011) 16 (3) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 131, 147.

Moens GA and Trone, J, 'The Principle of Subsidiarity in EU Judicial and Legislative Practice: Panacea or Placebo?', (2014) 41 (65) J. Legis 65-102.

Nicolosi SF and Lisette M, 'The European Committee of the Regions as a Watchdog of the Principle of Subsidiarity', (2020) 27 (3) Maastricht Journal of European and Comparative Law 284, 301.

Panara C, 'The Enforceability of Subsidiarity in the EU and the Ethos of Cooperative Federalism: A Comparative Law Perspective', (2016) 22 (2) European Public Law 305, 331.

Petric D, 'The Principle of Subsidiarity in the European Union: 'Gobbledygook' Entrapped Between Justiciability and Political Scrutiny? The Way Forward.', (2017) 6 (3) Zagrebačka pravna revija 287, 318.

Porumbescu, A, 'Subsidiarity, Regions and Cohesion in the European Union', (2019) XX Anuarul Institutului de Cercetări Socio-Umane „CS Nicolăescu-Plopșor 181, 190.

Schneider M, 'Europe Must Deliver at the Level Closest to the Citizens Subsidiarity: Past, Present and Future', (2019) 18 (1) European View 16, 25.

Seigel M, 'Building global sustainability through local self-reliance: Exploring landcare as a means of implementing the principle of subsidiarity', (2022) Australian Centre for International Agricultural Research 23, 38.

Sinn HW, 'How much Europe? Subsidiarity, centralization and fiscal competition', (1994) 41 (1) Social Journal of Political Economy 85, 107.

Tacea A, 'From Legal to Political Reasoning: National Parliaments' Use of Reasoned Opinions in the Area of Freedom, Security and Justice', (2021) 59 (6) Journal of Common Market Studies 1573, 1589.

Yeniay A, 'Avrupa Birliği'nde Yetki İnkilemine Çözüm: Yerindelik İlkesi' (Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, 2011).

Yücel B, 'Westphalia Antlaşmasından Nice Antlaşmasına: Egemenlik Kavramının Tarihsel Seyri ve Bir Prototip Olarak Avrupa Birliği', (2006) 10 (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 165, 202.

Zeyrekli S ve Ekizceleroğlu R, 'Avrupa Birliği Bağlamında Hizmette Yerellik (subsidiarite) İlkesi ve İlkenin Türkiye Açısından Ele Alınışı', (2007) 16 (3) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 29, 48.

Weiler JHH, 'A Constitution for Europe? Some Hard Choices', (2002) 40 (4)

Journal of Common Market Studies 563, 580.



HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ÇATIŞMASI

Leyla ŞENEL

Araştırma Makalesi

Araştırma Görevlisi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, leyla.kmip1500@gmail.com, ORCID:0000-0001-8445-5296.

ÖZET

Doğal hukuk anlayışına göre insan hakları, kişilerin salt insan olması gerekçesiyle doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlüklerdir. Bu nedenle haklı olarak kişinin insan haklarına bölünmez ve bütünsel olarak sahip olduğu ileri sürülür; nitekim insan hak ve özgürlükleri insanın insanca yaşaması için en temel hak ve özgürlükleri barındırmaktadır. Ancak günlük hayatta bu hak ve özgürlükler kimi zaman toplumda yaşayan diğer kişilerin veya grupların hak ve özgürlükleri ile çatışabilmektedir. Bu çatışmaları önlemek amacıyla hukuk normları günlük hayatta karşılaşılan hak ve özgürlüklerin çatışmasını çözmeyi amaçlarsa bile, hukuk normlarının da birbirleri ile çatışması, ilgili hak ve özgürlüklerin norm alanlarından kaynaklanabilmektedir. Yargıç kişi ve gruplar arasında günlük hayatta karşılaşılan hak ve özgürlüklere ilişkin çatışmaları mahkemede dava ile karşısına geldiği zaman; Anayasa ve diğer normlar arasındaki ilişki ile kurulan normlar hiyerarşisi piramidi, pratik uyum ilkesi, üst kural ilkesi –lex superior ilkesi–, sonraki kural ilkesi –lex posterior ilkesi–, özel kural ilkesi –lex specialis ilkesi–, effet utile –yararlı etki/etkililik– ilkesi, anayasanın bütünlüğü ilkesi, dinamik yorum, sistematik yorum, teleolojik yorum gibi ilke ve yorum yöntemleri aracılığı ile çözümlenmeye çalışacaktır. Bu çalışmada hak ve özgürlüklere ilişkin çatışma sorunu ele alınırken, hak ve özgürlüklere ilişkin çatışma sorunlarının nasıl çözümlenebileceğine ilişkin teoriler ve doktrinsel çalışmalar ele alınacaktır.

ANAHTAR KELİMELELER: Hak ve Özgürlüklerin Çatışması, Hak ve Özgürlüklerin Bölünmezliği İlkesi, Hak ve Özgürlüklerin Bütünlüğü İlkesi, Pratik Uyum İlkesi, Effet Utile İlkesi, Yorum Yöntemleri

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



Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

CONFLICT OF RIGHTS AND FREEDOMS

Leyla ŞENEL

Research Article

Research Assistant, Kırklareli University Faculty of Law, Department of Public Law, Department of Constitutional Law, leyla.kmip1500@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8445-5296.

ABSTRACT

According to the approach of natural law, human rights are the rights and freedoms that people have from birth on the grounds of being human. For this reason, it is rightly argued that human rights are indivisible and integral; as a matter of fact, human rights and freedoms contain the most basic rights and freedoms for human beings to live humanely. In order to prevent these conflicts, even if the legal norms aim to resolve the conflicts of rights

and freedoms encountered in daily life, the conflict of legal norms with each other may arise from the norm areas of the relevant rights and freedoms. When confronted in court with a case regarding the conflict of rights and freedoms encountered in daily life between individuals and groups; the pyramid of hierarchy of norms established by the relationship between the constitution and other norms, the principle of practical harmony, the principle of upper rule – the principle of *lex superior* – the principle of the next rule – the principle of *lex posterior* – the principle of special rule – the principle of *lex specialis* – *effet utile* – the beneficial effect/effectiveness -, principle of the integrity of the constitution, dynamic interpretation, systematic interpretation, teleological interpretation etc. the judge will try to analyze through principles and methods of interpretation. In this study, while dealing with the problem of conflict regarding rights and freedoms, theoretical and doctrinal studies on solutions will be discussed.

KEYWORDS: Conflict of Rights and Freedoms, Principle of Indivisibility of Rights and Freedoms, Principle of Integrity of Rights and Freedoms, Principle of Practical Concordance, *Effet Utile* Principle, Interpretation Methods

GİRİŞ

İnsan hakları insanın salt insan olmasından dolayı sahip olduğu¹ hak ve özgürlüklerdir. Ayrıca insan hakları kapsamında yer alan hiçbir hak veya özgürlüğün bir diğerinden üstün olmadığı kabul edilir². Ancak günlük hayatta bazı hak ve özgürlüklerin kullanılması diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin kullanılmasını engelleyebilmekte veya sınırlayabilmektedir. Bu durum genellikle toplum içinde farklı menfaatlara sahip farklı kişilerin birbiri ile çatışan hak veya özgürlüklere aynı anda sahip oldukları veya hak ve özgürlüklere ilişkin aynı konu hakkında farklı hükümler bulunduğu zamanlarda ortaya çıkmaktadır³. Kişilerin hak ve özgürlüklerini kullandıkları sırada bazen birbirlerinin hak ve özgürlüklerini sınırladığı, hatta bazı hak ve özgürlüklerin kullanımlarında ilgili hak veya özgürlüklerin kuşakları/sınıflandırmalarından kaynaklanan çatışmaların da ortaya çıkabileceği bilinmektedir⁴. Keza kodifiye edilen hak veya özgürlüğün

¹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel İlkeleri Cilt-2* (2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) 498; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Ekin Basım Yayın Dağıtım 2017) 85; Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2013) 30; Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2015) 477.

² Mehmet Akad ve diğerleri, *Genel Kamu Hukuku* (14. Baskı, Der Yayınları 2018) 286-287; Uygun (n 1) 507-508; Kapani (n 1) 7.

³ Ahmet Mithat Güneş, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 179.

⁴ Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2022) 88-89; İlhan F. Akın, *Kamu Hukuku* (3. Baskı, Üçdal Neşriyat 1980) 391-392; İbrahim Özden Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler* (DÜHF Yayınları 1989) 178.

düzenlendiği “norm alanı” açısından yaklaşıldığında; bazı insan hak veya özgürlüklerinin norm alanlarının başka bir hak veya özgürlüğün “norm alanı” ile kısmen ya da tamamen çatışmasının/yarışmasının söz konusu olabileceği ve bunun sonucunda çatışan her iki hak veya özgürlüğün birbirini engellemesi veya durdurmasına neden olacağı için her iki hak veya özgürlüğün belirli ölçüde sınırlanabileceği ileri sürülmüştür⁵. Hatta bazı durumlarda tek bir hak veya özgürlüğün çerçevesinde ilgili hak veya özgürlüğe sahip farklı süljelerin sahip oldukları ilgili hak veya özgürlüğe ilişkin menfaatlerinin farklılaşmasından kaynaklanan çatışmalar da söz konusu olabilmektedir⁶. Hukuk sistemlerinin temel amaçlarından biri de toplumdaki bireylerin hak ve özgürlüklerinin birbirleri ile çatıştığı durumlarda çatışan hak ve özgürlüklerin arasında bir denge kurabilmektir.

Diğer yandan bazı durumlarda bir kişinin birden fazla hak ve özgürlükten aynı anda yararlanması durumu ortaya çıkabilir; ancak bu durum hak veya özgürlüklerin çatışması durumundan çok hak veya özgürlüklerin yarışması adı verilen duruma sebebiyet vermektedir⁷. Mesela ötanazi hakkının hukuk sisteminde tanındığı bir ülkede yaşayan bir kişinin eğer dayanılmaz ıstıraba neden olan, tedavi edilemez bir hastalığı var ve kişinin bu yönde talebi mevcut ise yaşama hakkı ile ötanazi hakkının; bir muhalefet partisi liderinin düzenlenen mitingde iktidarı eleştirmesi hâlinde hem ifade özgürlüğünün hem toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının hem de muhalefet hakkının kullanılmasından bahsedilebileceği aşikârdır. Bu tür durumlarda kişi her bir hak ve özgürlüğün tanıdığı korumayı talep edebileceği gibi, ilgili hak veya özgürlüklerden birini

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu (n 4) 178; Akın (n 4) 391-392; Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1982) 136.

⁶ Kaboğlu (n 4) 178-179; Akın (n 4) 391.

⁷ Güneş (n 3) 179; Gözler, İnsan (n 1) 249-250; Christian Autexier, Introduction au Droit Public Allemand, (PUF 1997) 118 – Aktaran Gözler, İnsan (n 1) 249.

tercih edebilecektir. Birey, yarışan hak ve özgürlüklerden hangisi daha etkili bir koruma alanı sağlıyorsa, o hak veya özgürlüğe dayanarak talepte bulunabilir⁸. Hak ve özgürlüklerin yarışması konusuna bu çalışmanın kapsamını genişletmemek adına daha fazla değinilmeyecektir.

Hak ve özgürlüklerin çatışması konusuna insan hak ve özgürlüklerinin anayasalarda yer almasını sağlayan bildirgelerden biri olan 1789 “Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi” md. 4’te⁹ yer verildiği görülür. Bu durum hak ve özgürlüklerin çatışması sorunuyla insan haklarının kodifiye edilmeye başladığı tarihten itibaren karşılaşıldığını göstermektedir. Benzer düzenlemelere farklı anayasa ve insan haklarına dair metinlerinde yer verilmiştir¹⁰. Keza hak ve özgürlüklerin çatışması sorununa karşın genel bir çözüm, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından hazırlanan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) md. 29/2’de yer almaktadır¹¹.

⁸ Güneş (n 3) 180; Gözler, İnsan (n 1) 249.

⁹ Georg Jellinek, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine: Modern Anayasa Tarihine Bir Katkı, Rezzan İtişgen Dülger ve Muzaffer Dülger (çev) (Pinhan Yayıncılık 2017) 58; Gözler, İnsan (n 1) 250; Güneş (n 3) 180.

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. 1976 Portekiz Anayasası md. – 18/2, 1994 Belçika Anayasası md. – 11, 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası md. – 2/1, İspanya Anayasası md. – 10/1. *Constitute Project*, ‘Portugal’s Constitution of 1976 with Amendments through 2005’, <https://constituteproject.org/constitution/Portugal_2005?lang=en> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022; TBMM, TBMM Kütüphanesi Açık Erişim Koleksiyonu – Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları : Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, İspanya (Adalet Bakanlığı 2011) <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2778>> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022, 449, 106, 217, 540; *Constitute Project*, ‘Belgium’s Constitution of 1831 with Amendments through 2014’ <<https://constituteproject.org/countries/Europe/Belgium?lang=en>> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022; *Constitute Project*, ‘Germany’s Constitution of 1949 with Amendments through 2014’ <https://constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014?lang=en> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022; *Constitute Project*, ‘Spain’s Constitution of 1978 with Amendments through 2011’ <https://constituteproject.org/constitution/Spain_2011?lang=en> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022. Ayrıca ayrıntılı bilgi bkz. Gözler, İnsan (n 1) 251.

¹¹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından hazırlanan İnsan Hakları Evrensel

Bu çalışma ile öncelikle hak ve özgürlüklerin çatışması sorunu irdelenecek akabinde hak ve özgürlüklerin çatışmasının çözümüne ilişkin doktrinsel yaklaşımlar ele alınacaktır. Son olarak; hak ve özgürlüklerin çatışma sorununun çözümlenmeye çalışıldığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ile Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları incelenecektir.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Hak ve özgürlüklerin çatışması sorununa ilişkin olarak farklı dillerde değişik türde birçok bilimsel çalışma yazılmakla beraber kesin bir çözüm söz konusu değildir¹². Ancak hak ve özgürlüklerin çatışması kavramına ilişkin literatürde kavram karmaşası görülmektedir¹³; bu sebeple çalışmaya hakların yarışması kavramı dahil edilmemiştir. Hak ve özgürlüklerin çatışması kavramının temelindeki sorun şu şekilde özetlenebilir; bir norm bir hak veya özgürlüğe ilişkin bir davranışa yönelik bir düzenleme taşıırken, diğer bir norm ilk bahsedilen normun içeriği ile bağdaşmayan bir düzenleme içerdiğinde, bu normlar arasında çatışma olacağı için, çatışma giderilmediği takdirde bu iki normun aynı anda uygulanması sonucunda birbiriyle çelişen sonuçlar ortaya çıkacağı aşikârdır¹⁴. Çatışma hâli Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 1974 yılındaki kararında “*Kanunlar ihtilafı kuralının uygulanabilmesinin ön koşulu, iki kuralın birbiriyle çelişiyor olmasıdır. Çatışan normlar aynı konu ile ilgili olması değil, aynı muhataplara sahip olması ve içerik olarak birbiriyle çelişmesi gerektiği anlamına gelmektedir.*”¹⁵ şeklinde belirtmiştir.

Beyanamesi’ne şu linkten ulaşılabilir; İnsan Hakları Derneği, ‘İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ <<https://www.ihd.org.tr/insan-haklari-evrensel-beyanamesi/>> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022. Ayrıca ayrıntılı bilgi bkz. Gözler, İnsan (n 1) 251.

¹²Osman Korkut Kanadoğlu, Türk Alman Anayasa Yargısından Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması (Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2000) 3.

¹³Sibel Yılmaz Coşkun, Anayasal Hakların Çatışması (Adalet Yayınevi 2023) 30.

¹⁴Kanadoğlu (n 12) 3.

¹⁵BVerfGE 36, 342, 363. Ayrıca kararın doktrin tarafından yorumlanmasına ilişkin bkz. Kanadoğlu (n 12) 3.

Bazı yazarlarca bir hak veya özgürlüğün koruduğu değer –menfaat/çıkar– ile başka bir değerın karşı karşıya gelmesi durumu olarak açıklanmıştır¹⁶. Karşı karşıya gelen değerlerin, aynı hak veya özgürlük kapsamında korunan değerler olabileceği gibi, farklı iki hak veya özgürlüğün koruduğu değerler veyahut bir hak veya özgürlüğün koruduğu değer ile kamusal bir menfaat şeklinde ortaya çıkabileceği belirtilmiştir¹⁷.

Hak veya özgürlüklerin çatışmasının birinci durumu aynı anda hak veya özgürlüğü kullanan iki veya daha fazla kişi arasında kişilerin korunan değerlerinin çatışması ile meydana gelmektedir¹⁸. Buna en güzel örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Evans v. Birleşik Krallık kararı verilebilir. 2000 yılında Bayan Evans'ın yumurtalıklarında bulunan tümör hücreleri nedeniyle yumurtalıkları alınmadan önce in vitro şartlarında eşinin (J.) sperm hücreleri ile döllendirildiği sırada, İngiltere'de embriyoların saklanması ve kullanılmasına dair tarafların rızalarının, embriyoların rahme yerleştirilmediği süre zarfında geri çekilebileceğine dair Kanun yürürlüktedir. 2002 yılında Bayan Evans ve eşi J. ayrılmış ve J. embriyoların Bayan Evans tarafından kullanılmasına veya muhafaza edilmesine ilişkin verdiği rızayı geri çektiğini bildirmiştir. Bayan Evans ise kendi kan bağı bulunan bir çocuğu doğurma olanağından mahrum kalması nedeniyle önce iç hukuk yollarını tükettikten sonra dava AİHM önüne gelmiştir¹⁹. Burada iki tarafın yararlandığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md. 8²⁰ kapsamında Bayan Evans kendi kan bağından olan çocuk sahibi

¹⁶ Kale Özçelik, Fatmagül, 'Hakların Çatışması ve Dengelenmesi Bağlamında Çocuklara Yönelik Zorunlu Aşı Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme)', (2020) 10 (2) SDÜHFD 47, 49.

¹⁷ Kale Özçelik (n 16) 49.

¹⁸ Kale Özçelik (n 16) 50.

¹⁹ Evans v. UK App. No. 6339/05 Grand Chamber Decision (ECtHR, 10.04.2007).

²⁰ European Court of Human Rights, 'European Convention on Human Rights (Turkish) – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' <[https://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22convention%20tur%22\],\[%22sort%22:\[%22title%20Ascending%22\],\[%22contentcategory](https://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22convention%20tur%22],[%22sort%22:[%22title%20Ascending%22],[%22contentcategory)

olmanın (ebeveyn olmanın) engellenmesinden şikayetçi olurken, J. genetik anlamda ebeveyn olmamayı talep etmekte ve bundan dolayı hakların çatıştığı görülmektedir. Bu tür hak çatışmalarında uzlaşma sağlamak diğer hak veya özgürlüklerin çatışması türlerine göre daha zordur. Çünkü korunan değer aynı olduğu için birinin hak veya özgürlüğü korunurken, diğer kişinin/tafaflın hak veya özgürlüğü kullanılamayacak hâle gelmesine neden olacaktır. Nitekim ilgili AİHM kararında hukuki güvenlik, üye devletlerin ilgili konu hakkında konsensus oluşturmaması nedeniyle taraflar arasında denge kurmak koşuluyla rızanın önceliği, devletin takdir marjı gibi birtakım ilkeler ışığında değerlendirilerek AİHS md. 8 uyarınca ihlâl olmadığı yönünde karar verilmiştir²¹.

Hak veya özgürlüklerin çatışmasına ilişkin diğer bir durum, iki farklı hak veya özgürlüğün koruduğu değerlerin birbirleri ile çatışmasıdır. Bu sorunun çözümü yukarıda ele alınan aynı hak veya özgürlüğün kapsamındaki değerlerin çatışmasında olduğu gibi kolay değildir. Her şeyden önce hak ve özgürlüklerin bütünlüğü ve bölünmezliği ilkesi temelinde hak ve özgürlüklerin birbiri arasında hiyerarşi söz konusu olamayacağı için²², bir hak veya özgürlüğe öncelik tanınması mümkün değildir. Ancak uygulamada bazı hak veya özgürlüklerin diğerine tercih edilmesi zorunluluğu ortaya çıkabilir²³. Bu tür uyumsuzluklarda mahkemeler, hak veya özgürlükler arasında “dengeleme” yöntemi adı verilen, her bir hak ve özgürlüğe atfedilmiş nispi değerlerin ölçütünde farklı menfaatlerin tanımlanması sonucunda onları anayasal bir ölçüğe atıfla dengeleme esasına dayanmaktadır²⁴. Öğretide²⁵ ve Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) bazı bireysel

%22:[%22Document%22],%22contentlanguage%22:[%22TUR%22]}> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022.

²¹ Evans v. UK App. No. 6339/05 Grand Chamber Decision (ECtHR, 10.04.2007).

²² Kale Özçelik (n 16) 51.

²³ Kale Özçelik (n 16) 51; Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku (4. Baskı, Orion Kitabevi 2015) 123-124.

²⁴ Erdoğan (n 23) 123.

²⁵ Yüksel Metin, ‘Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi

başvuru kararları incelendiğinde²⁶, bu tür hak veya özgürlüklere ilişkin çatışma sorunu ortaya koyulan durumlarda, Anayasa md. 13 uyarınca ilgili mevzuatın koruduğu hukuki değerlerin dengelenmesi yoluyla hak veya özgürlükler arasında uzlaşa sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu tür hak veya özgürlüklerin çatışması sorununa örnek olarak bir tarafın ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü veya ‘toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı’ nı kullanması sırasında karşı tarafın, kişilik haklarına, seyahat ve dolaşım özgürlüğü gibi kişisel haklarına müdahalesinin söz konusu olduğu durumlar ortaya çıkmaktadır²⁷.

Hak veya özgürlükler arasında hiyerarşinin kurulmasının olanaklı olması hâlinde bu gibi sorunların çözümü daha kolay olabilirdi. Bununla beraber, bazı yazarlar haklar arasında değerlerin niteliği açısından hiyerarşi olduğunu savunmaktadır. Nitekim “hak teorileri daha karmaşık hale geldikçe, haklar çatışmasının birbiriyle

Evrensel Bir Anayasal İlke midir?’, (2017) 7 (1) SDÜHFD 1, 15.

²⁶ AYM, Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) Başvurusu Başvuru No: 2017/36889 Genel Kurul Kararı, 29.09.2022, R.G. Tarih ve Sayı: 08.12.2022-32037 para. 50.

²⁷ “...49. (...) Anayasa Mahkemesine göre yer ve güzergâh tayininde toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek isteyen bireylerin mekân seçme serbestisine sahip olmalarındaki bireysel yarar ile kamu düzeninin ve üçüncü kişilerin haklarının korunmasındaki kamusal yarar arasındaki hassas dengenin gözetilmesi orantılılık ilkesinin bir gereğidir....

50. (...) Temel hak ve özgürlüklerin çatışması durumunda ise özgürlükler arasında makul bir denge kurularak her ikisinin de gerektiği ölçüde korunduğu bir yol benimsenmelidir. Bu bağlamda bir kamusal alanda toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlenmesi başkalarının hak ve özgürlüklerini kısıtlaması hâlinde o alanda toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılmasının yasaklanması yerine her iki kesimin de haklarını kullanmalarını temin edecek uygun bir çözümün bulunması gerekir. Bu kapsamda mülki amirin kamu yararı ile bireysel yarar arasında dengeyi sağlamak için gerekirse toplantının büyüklüğüne ve amacına göre farklı yer ve güzergâhlar belirlemesi, bu mekânlar arasında kademelendirme yapması mümkündür....

52. Bununla birlikte meydanın şehrin merkezinde olduğunda ve burada gerçekleştirilecek bir toplanmanın farklı özgürlüklerin çatışmasına yol açacağına herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Yukarıda da zikredildiği üzere temel hak ve özgürlüklerin çatışması hâlinde özgürlükler arasında makul bir denge kurularak her ikisinin de gerektiği ölçüde korunduğu bir yolun benimsenmesi gerekmektedir...” AYM, Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) Başvurusu Başvuru No: 2017/36889 Genel Kurul Kararı, 29.09.2022, R.G. Tarih ve Sayı: 08.12.2022-32037 para. 50, 52.

kesiştığı durumları dikkate almamız gerekir: bu tür çatışmaları çözmek için, her bir hak talebinin özel öneminin tam olarak nasıl anlaşılması gerektiğini bilmek zorunludur.”²⁸ ifadesini kullanan yazarın bazı hak veya özgürlükler aracılığıyla korunan değerlerin, diğer hak veya özgürlüklerin koruduğu değerlere nazaran daha üstün nitelikli olduğu yönünde görüş beyan ettiği aşikardır²⁹. Ancak bu tür bir uygulamaya teoride hak ve özgürlüklerin “mutlak” olduğu düşüncesi engel olacağı gibi, bunun tüm hak ve özgürlüklere genellenmesi de mümkün değildir³⁰. Michael Freedon’ın belirttiği üzere, prensip olarak hak ve özgürlükler arasında hiyerarşi veya üstünlük kurmak mümkün olmasa da pratikte bazı hak ve özgürlüklerin koruduğu değerlerin diğer hak ve özgürlüklerin koruduğu değerlere nazaran korunması ve sağlanması daha aciliyet taşıyabilmektedir³¹.

Hak ve özgürlüklerin çatışma sorununa ilişkin son olarak bir hak veya özgürlüğün koruduğu değer kamusal menfaatler ile çatışması durumu söz konusu olmaktadır³². Bu tür hak veya özgürlüklerin koruduğu değer çatışmasına örnek olarak, bazı özel firmaların üretim sonrasında nükleer atık gibi imhası riskli atık açığa çıkardığı durumlarda; özel firma sahiplerinin çalışma ve sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı, girişimcilik özgürlüğü ile kamu sağlığı, –hatta o bölgede yaşayan kişilerin sağlık hakkı, çevre hakkı ve tehlikenin boyutuna göre yaşam hakkı doğrudan etkilendiği için– çatışması verilebilecektir.

II. HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ÇATIŞMASI SORUNUNUN ÇÖZÜMLENMESİNE İLİŞKİN DOKTRİNSEL ÖNERİLER

Hak ve özgürlüklere ait normların birbirleriyle veya başka bir hukuk normu çatışması durumunda; hak ve özgürlüklere ilişkin normların hak ve özgürlüklerin

²⁸Jeremy Waldron, ‘Introduction’, Theories of Rights (2nd edition, Oxford University Press 2009) 15.

²⁹Erdoğan (n 23) 123.

³⁰Erdoğan (n 23) 123.

³¹Michael Freedon, Rights (University of Minnesota Press 1991) 103; Erdoğan (n 23) 124.

³²Kale Özçelik (n 16) 51.

bölünmezliği ve bütünselliği gibi özelliklerinden dolayı yorum yöntemlerinde bazı farklılıklar ortaya çıkmakla beraber, hukuk normları arasındaki çatışmalarda uygulanan ilkelerin ilgili hak veya özgürlüklerin norm alanlarını optimuma getirmek amacıyla uygulama alanı bulabilecektir. Temel olarak hukuk normlarının –dolayısıyla hak ve özgürlüklere ilişkin normların– çatışması durumunda ilk olarak üst kural ilkesi, sonraki kural ilkesi, özel kural ilkesi uygulanarak hak veya özgürlüklerin çatışması sorununa çözüm aranması gerekir³³. Bu ilkeler uygulandığı hâlde, çatışma sorununun çözülemediği durumda; pratik uyuşum olarak adlandırılan ilkeye göre karşı karşıya gelen hak veya özgürlüklerin birinin diğerinin lehine sınırlandırılmasıyla, bu hak veya özgürlükler arasında denge sağlanmaya çalışılır³⁴. Tüm bu çözüm önerileri ile yorum yöntemlerinin ve ilkelerinin de hak ve özgürlüklere ilişkin çatışma probleminin çözümünde kullanılması, kavramsal çerçeve başlığı altında değinilen hak ve özgürlüklere ilişkin tartışmalara katkıda bulunacaktır. Ancak hak veya özgürlüklerin çatışması sorununa çözüm bulunmaya çalışılsa bile; hak ve özgürlüklere ilişkin normların dinamik bir yapısı olması, hatta insan hak ve özgürlüklerin bazıları anayasalarda tanınmamış olsa da insan onuru gereği ilgili hak veya özgürlüğün ‘depo hak’ olarak adlandırılan “kişinin maddi ve manevi açıdan bütünlüğü” hakkı kapsamında değerlendirilmesi gibi sebeplerden dolayı, diğer hukuk normlarının çatışması sorununa ilişkin çözümde olduğu kadar her zaman kesin bir çözüme ulaşılması mümkün olmayabilir. Bu nedenle mahkemelerin insan hak ve özgürlüklerine ilişkin çatışma sorunlarını çözerken takdir yetkisini kullanması bazı durumlarda söz konusu olabilecektir.

A. ÜST KURAL İLKESİ

Hak ve özgürlükler arasında hiyerarşinin varlığı kabul edildiğinde, hak ve

³³ Güneş (n 3) 180-181; Gözler, İnsan (n 1) 251-252; Ahmet Mithat Güneş, Hukuk Metodolojisi (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) 155-164.

³⁴ Güneş (n 3) 181.

özgürlüklerin bölünmezliği ve bütünlüğü ilkesiyle çelişki oluşmaktadır. Ancak günlük hayatta bazı hak ve özgürlüklerin varlığı olmadığı sürece diğer hak ve özgürlüklerin oluşamayacağı ya da uygulama alanı bulamayacağı gözlemlenmiştir. Örnek vermek gerekirse, yaşam hakkı olmadığı sürece; birey ne sağlık hakkını ne ifade özgürlüğünü ne de maddi ve manevi bütünlüğünü koruyabilir. Ancak bu durum hukuki açıdan bir hiyerarşiye sebebiyet vermez³⁵.

Üst kural ilkesini uygulamak için, normlar hiyerarşisi teorisine göre normun düzenlendiği konumuna bakılır³⁶. Örneğin normlar hiyerarşisinin en üst basamağı olan anayasada düzenlenen bir norm, kanun olarak düzenlenen başka bir norm ile çatıştığı zaman çatışma bu ilk normun lehine çözümlenecektir.

Normlar hiyerarşisine göre aynı seviyedeki hak ve özgürlüklere ilişkin normların arasında çatışma söz konusu olduğunda, üst kural ilkesinin uygulanması mümkün değildir; nitekim birçok temel nitelikteki hak ve özgürlük anayasacılık düşüncesine paralel olarak anayasa düzeyinde tanınmıştır. “Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi” gereği anayasa normları arasında hukuki açıdan bir hiyerarşiden bahsedilemez³⁷. Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler arasındaki çatışmayı çözmek için pratik uyuşum ilkesi ile lafzi yorum, sistematik yorum, amaçsal yorum gibi yorum yöntemleri kullanılarak iki çatışan hak veya özgürlük arasında denge kurulmaya çalışılabilir.

Türkiye’deki hak ve özgürlüklerden biri olan ‘sağlık hakkı’ Anayasa md. 56³⁸ uyarınca tanınmış olsa bile, 1998 tarihli “Hasta Hakları Yönetmeliği”³⁹ olarak

³⁵ Gözler, İnsan (n 1) 252.

³⁶ Güneş (n 3) 181.

³⁷ Sağlık (n 5) 154; Gözler, İnsan (n 1) 252; Güneş (n 3) 181-182.

³⁸ Mevzuat Bilgi Sistemi, ‘T. C. Anayasası’ <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTip=5>> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022.

³⁹ Mevzuat Bilgi Sistemi, ‘Hasta Hakları Yönetmeliği’ <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTip=5>> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022.

adlandırılan, yürütmenin düzenleyici işlemlerinden biri olan yönetmelik aracılığı ile hasta haklarının detayları ve tedaviyi reddetme ve onun özel bir görünümü olan pasif ötanazi hakkının norm alanı belirlenmiştir. Türkiye’de ötanazinin yasak olduğu Hasta Hakları Yönetmeliği md. 13 uyarınca açıkça yasaklanmıştır. Tedavisi mümkün olmayan ve dayanılamayacak ağrıya sebep olduğu bir hastalıktan mustarip bir hastanın tedaviyi reddetmesi hakkı anlamına gelen ‘pasif ötanazi hakkı’ ilgili yönetmelikte açıkça yazılmamakla beraber, hastanın tedaviyi reddetme hakkı olarak Hasta Hakları md. 25’te yer almaktadır⁴⁰. Bu durum şöyle bir sorunu açığa çıkarmaktadır; yönetmelik ile düzenlenmiş olan hasta hakları, pasif ötanazi gibi sağlık hakkının alt hakları olarak nitelendirilen hak ve özgürlükler, yürütmenin işlemlerine karşı hukuki güvence altına alınması amacıyla ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminin ele alındığı Anayasa md. 13 uyarınca ‘sadece’ kanun ile düzenlenmesi gerekirdi. Keza yasamanın düzenleyici işlemi olan kanun ile “Hasta Hakları Yönetmeliği”ne aykırı herhangi bir norm düzenlenmesi durumunda, normlar hiyerarşisinin hak ve özgürlüklere sağladığı hukuki güvenceden Hasta Hakları Yönetmeliği’nde yer alan tedaviyi reddetme hakkı ile bu hakkın özel görünümü pasif ötanazi, hasta hakları gibi hakların yararlanılması mümkün olamayacaktır. Örnek olarak verilen tedaviyi reddetme hakkı, pasif ötanazi veya hasta hakları gibi konular, içeriğine ilişkin tartışmaların geniş olması ve çalışmanın konu bütünlüğünü bozmamak amacıyla ele alınmayacaktır. Ancak bu bölümde vurgulanmak istenen içerikten ziyade, Anayasa md. 13’te yer alan ‘sadece kanun ile sınırlanır’ ifadesinin vurguladığı kanunilik ilkesine aykırı olarak; hasta haklarının, pasif ötanazi ve

⁴⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 13 uyarınca ötanazi yasağı maddesine rağmen Hasta Hakları Yönetmeliği md. – 25 uyarınca tanınan tedaviyi reddetme ve durdurma hakkı hükmü ile pasif ötanazi hakkının varlığından bahsedilebilmektedir. Mevzuat Bilgi Sistemi, ‘Hasta Hakları Yönetmeliği’ <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTip=5>,> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022.

ötanazinin yasaklanması gibi konuların yasamanın düzenleyici işlemi olan kanunla değil, yürütmenin düzenleyici işlemi olan yönetmelik ile düzenlenmesidir. İlgili Yönetmelik'te yer alan "hasta hakları" Anayasa'nın İkinci Kısım ve Üçüncü Bölüm'de yer alan 'Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler' kısmında md. 56 uyarınca yer alan çevre hakkına bağlı olarak düzenlenen "sağlık hakkı"nın alt haklarından biri olarak kabul edilmekle beraber, "hasta hakları" açısından devletin olumlu edimi söz konusu değildir; ilgili maddede devletin olumlu edimi sağlık hizmetlerine ilişkin konular Anayasa md. 56 uyarınca düzenlenmektedir⁴¹. "Sağlık hakkı"nın "hasta hakları" açısından kişiler açısından somutlaşması, Anayasa md. 17/2 uyarınca "maddi ve manevi bütünlüğün korunması ve geliştirilmesi hakkı" ile "yaşama hakkı"nın da kapsamı⁴² ve "sağlık hakkı"nın bağımsız olarak Anayasa'da bağımsız olarak düzenlenmemesi⁴³ nedeniyle Anayasa md. 13 uyarınca sadece kanunla sınırlanabileceği gibi; "hasta hakları"na ilişkin yürütmenin düzenleyici işlemleri ile "hasta hakları"na dair düzenleme yapılması Anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır. Doğal olarak, bu durumda, hasta hakları, tedavinin reddedilmesi hakkının özel bir durumu olan pasif ötanazi gibi hakların yönetmelik ile düzenlenmiş olması, Anayasa md. 13, 17/2 ve 56⁴⁴ uyarınca yasama tarafından

⁴¹ Mevzuat Bilgi Sistemi, 'T. C. Anayasası' <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTip=5>> Son Erişim Tarihi: 21.07.2023; Ayrıca hasta haklarının sağlık hakkı, yaşama hakkı ile maddi ve manevi bütünlüğün korunması ve geliştirilmesi hakkı ile olan ilişkisine dair detaylı bilgi için bkz. Hamide Tacir, 'Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2010) 60-63.

⁴² Mevzuat Bilgi Sistemi, 'T. C. Anayasası' <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTip=5>> Son Erişim Tarihi: 21.07.2023; Tacir (n 41) 63,65-67.

⁴³ Oktay Uygun, 'İnsan Hakları Açısından Yeni Anayasa Çalışmaları', iç Oktay Uygun (ed), Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2013) 199, 227; Tacir (n 41) 63-66-67.

⁴⁴ Mevzuat Bilgi Sistemi, 'T. C. Anayasası' <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTip=5>> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022.

düzenlenebilecek bir kanun hükmü ile getirilmesi muhtemel sınırlamanın ‘tedaviyi reddetme hakkı’ ile bu hakkın özel görünümü olan pasif ötanazi veya diğer hasta haklarının üst kural ilkesinin temelini oluşturan ‘normlar hiyerarşisi ilkesi’ne göre hakkın özüne dokunulmasına neden olacak sınırlamaların yapılmasına ve hakkın uygulama alanı bulamamasına neden olabilecektir⁴⁵. Sonuç olarak; Yönetmelik ile düzenlenen ‘tedaviyi reddetme hakkı’ ile bu hakkın özel görünümü olan pasif ötanazi veya diğer hasta haklarına aykırı bir normun normlar hiyerarşisi piramidinde yönetmeliğin bulunduğu basamağın üstünde yer alan kanun ile düzenlenmesi durumunda ilgili hakların korunmamasına ve bu haklara yönelik ihlallerin ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

⁴⁵ Güneş (n 3) 181.

Pasif Ötanazi: Kişinin yaşamını sürdürebilmesi için elzem olan ilaç vb. almama, araçları kesme veya tedavinin tamamen reddedilmesi. Dayanılmaz acı ve ıstıraplı tedavisi olmayan bir hastalık sonucunda kişinin kendisinin tedaviyi reddetmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Leyla Şenel, Anayasalarda İnsan Hak ve Özgürlüklerin Tanınması Sorunu (On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2020) 246; Bertil Emrah Oder, ‘Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme’ iç Nur Centel (ed), Hukuk ve Etik Boyutlarıyla Ötanazi (On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2011) 1, 2; Sibel İnceoğlu, Ölme Hakkı (Ayrıntı Yayınları 1999) 135-136. Pasif ötanazide kişi kendi hayatına dair karar vermektedir; dışarıdan bir müdahalenin varlığı söz konusu değildir; hatta dışarıdan yapılan tıbbi müdahalenin istenmemesi söz konusudur. Bu sebeple, yaşama hakkı her ne kadar Anayasa md. 17 uyarınca pasif ötanazi hakkını içeren ibare olmasa da bir hak veya özgürlüğün kullanıp kullanmama kişiye ait bir seçme hakkının bulunup bulunmamasına, hatta bir kişiyi dayanılmaz acı ıstırap içinde tedavisi olmayan bir hastalığı varken, insan onurunu sorgulatırcasına zorla yaşatmaya çalışmak; özellikle idam cezasının tekrar geri getirilmesine ilişkin bazı tartışmaların bazı dönemlerde parlatılması pek manidardır. Bunun dışında yukarıda sadece bir türüne değinilen ötanazi konusu etik açıdan yüzyıllarca tartışılmış, ancak net bir sonuç elde edilememiş bir konudur. AİHM’in Pretty v. UK, Koch v. Almanya ve Gross v. İsviçre gibi kararlar incelendiğinde, ötanaziye ilişkin olarak olumsuz kararlar daha baskın olmakla beraber tutarlı bir içtihadın bulunduğu bahsetmek mümkün değildir. Ancak çalışmanın içinde de bahsedildiği gibi vurgulanmak istenen içerikten ziyade, Anayasa md. 13’e aykırı olarak hasta haklarının ve ötanazinin yasaklanması gibi konuların yasamanın düzenleyici işlemi olan kanunla değil, yürütmenin düzenleyici işlemi olan yönetmelik ile düzenlenmesidir. AİHM kararlarını incelemek için bkz. Pretty v. UK App. No. 2346/02 (ECtHR, 29.04.2002); Gross v. Switzerland App. No. 67810/10 (ECtHR, 14.05.2013); Koch v. Germany App. No. 497/09 (ECtHR, 17.12.2012).

B. SONRAKİ KURAL İLKESİ

Sonraki kural ilkesi, üst kural ilkesinin uygulama alanı bulamadığı normlar hiyerarşisinin aynı basamağında olan hak veya özgürlüklerin normlarına ilişkin çatışma durumunda kullanılmaktadır⁴⁶. Aynı konudaki ve aynı norm düzeyindeki iki norm arasında daha sonraki tarihte düzenlenmiş olan norma öncelik tanınarak çatışmanın çözülmesini sağlayan ilke olan sonraki kural ilkesi, normlar hiyerarşisi piramidinde aynı düzeyde olan iki normdan sonradan düzenlenmiş olan normun ilk düzenlenmiş olan normu ilga edeceği düşüncesini taşımaktadır⁴⁷. Dolayısıyla önce – sonra ilişkisine göre diğer hukuk normları birbirini ilga edecektir⁴⁸. Ancak bu kuralın normlar hiyerarşisinin aynı basamağında yer alan iki farklı konudaki hak ve özgürlüğe ilişkin normların arasında gerçekleşen çatışmada her zaman uygulama alanı bulması mümkün değildir. Hak veya özgürlüklerin norm alanları ile korunan değerler farklıdır; iki farklı konuda düzenlenmiş hak ve özgürlüklere ilişkin hukuk normlarının çatışması durumunda, norm alanlarının sınırlarına ilişkin bir belirsizliğinden kaynaklı bir hukuki çatışma yer almaktadır. Bu sebeple sonraki kural ilkesi, hak veya özgürlüklerin çatışması sorununa çözüm üretememektedir⁴⁹.

C. ÖZEL KURAL İLKESİ

Yürürlükte bulunan ve normlar hiyerarşisi içinde aynı basamakta olan her iki hak veya özgürlüğün arasında çatışma gerçekleştiğinde, her iki ilgili normun içeriğine bakılarak genel–özel ilişkisinin varlığı araştırılır; bu tür bir ilişkinin varlığında hangisinin genel veya özel olduğu tespit edilir⁵⁰. Hak veya özgürlüklerin çatışmasına ilişkin sorun, özel norm lehine çözümlenir⁵¹. Genel hükümlere

⁴⁶ Güneş (n 3) 182; Güneş (n 33) 157-58; Gözler, İnsan (n 1) 253.

⁴⁷ Güneş (n 33) 157-158.

⁴⁸ Gözler, İnsan (n 1) 253-254.

⁴⁹ Güneş (n 3) 182; Gözler, İnsan (n 1) 254.

⁵⁰ Güneş (n 3) 182; Gözler, İnsan (n 1) 254

⁵¹ Güneş (n 3) 182-183; Gözler, İnsan (n 1) 254.

getirilen istisnalar özel hükümler aracılığıyla getirildiği için, bu ilkenin amacı istisnai durumlarda önceliğin özel hükümlere tanınmasıdır⁵².

Genel – özel kural ilişkisinin tespiti için, ilgili hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin içerikleri incelenerek, norm alanlarına bakılmalıdır. Bir normun alanı diğer normu kapsıyorsa genel hüküm diğeri özel hüküm olarak tespit edilir⁵³. Ayrıca genel hüküm – özel hüküm ayırımını yaparken üç unsura dikkat edilerek bu ayırım yapılabilir. İlk olarak, çatışan normların uygulama alanlarından geniş olan norm ‘genel hüküm’, uygulama alanı nispeten dar olan norm ise ‘özel hüküm’ olarak adlandırılır⁵⁴. İkinci olarak, genel hüküm içeriğinde ilgili konu genel açıdan ele alınırken, özel hüküm içeriğinde konulardan ayrılan istisna ve detaylara yer verildiği görülmektedir⁵⁵. Üçüncü olarak, genel hüküm özel hükmün varlığına gerek duymadan uygulama alanı bulurken, özel hüküm genel hükme bağımlı olarak genel hükümle beraber bir bütünlük sağlar⁵⁶. Genel – özel hükümlere anayasal haklardan örnek vermek gerekirse “maddi ve manevi bütünlüğün korunması ve geliştirilmesi hakkı” genel hüküm, “özel hayatın gizliliği hakkı”nı ise özel hüküm olarak nitelendirebiliriz. Bu bölümün başında bahsedildiği üzere, “depo hak” olarak tanımlanan “maddi ve manevi bütünlüğün korunması ve geliştirilmesi hakkı”, insan onuru gereği anayasada tanınan hak ve özgürlüklerin özünü oluşturduğu gibi, tanınmamış insan haklarını dahi kapsamında barındırmakta; yani norm alanının anayasada tanınmış olan diğer hak ve özgürlüklere nazaran daha geniş olduğu görülmektedir. Ancak örnek olarak verilen “özel hayatın gizliliği hakkı”nın varlığında da kişinin “maddi ve manevi bütünlüğün korunması ve geliştirilmesi hakkı” da söz konusu olacaktır, bununla beraber sadece özel hayatın gizliliğine özgülenebilecek bir norm alanına sahiptir.

⁵² Güneş (n 33) 159.

⁵³ Güneş (n 3) 183; Gözler, İnsan (n 1) 254.

⁵⁴ Güneş (n 33) 160.

⁵⁵ Güneş (n 33) 160.

⁵⁶ Güneş (n 33) 160.

Doğal olarak, Anayasa md. 17 ile Anayasa md. 20 hükümleri birbiri ile kıyaslandığında Anayasa md. 17 uyarınca “maddi ve manevi bütünlüğün korunması ve geliştirilmesi hakkı” daha genel olarak daha genel açıdan ele alınırken, “özel hayatın gizliliği hakkı”nın yer aldığı Anayasa md. 20’de istisnalara ve detaylara daha fazla yer verildiği görülmektedir. Son olarak, “maddi ve manevi bütünlüğün korunması ve geliştirilmesi hakkı”nın temelini oluşturan “yaşam hakkı” olmadığı sürece ne “özel hayatın gizliliği” hakkı ne de anayasada tanınmış diğer hak ve özgürlüklerden bahsedilebilmesi mümkün değildir; yani tüm hak ve özgürlüklerin varlığı “maddi ve manevi bütünlüğün korunması ve geliştirilmesi hakkı”nın özünü oluşturan insan onuru ve yaşam hakkına bağlıdır. Özetlemek gerekirse; ‘genel hüküm’ olan “maddi ve manevi bütünlüğün korunması ve geliştirilmesi hakkı” ile ‘özel hüküm’ olan “özel yaşamın gizliliği hakkı”nın yarışması veya çatışması söz konusu olduğunda, ‘özel hüküm’ olan “özel yaşamın gizliliği hakkı”nın normu uygulama alanı bulacaktır.

D. HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ARASINDAKİ İLİŞKİDE GERÇEK ÇATIŞMA VE GÖRÜNÜŞTE ÇATIŞMA

Zahiri çatışma olarak da adlandırılan görünüşte çatışma sorunu sonraki kural, üst kural veya özel kural ilkeleri ile çözümlenen hak ve özgürlüklere ilişkin çatışma sorunudur⁵⁷. İlgili hak veya özgürlüklerin çatışması durumunda üst kural, sonraki kural ve/veya özel kural ilkeleri uygulanarak çözüm sağlandığında uygulamada kullanılacak tek bir norm olacağı için; hak veya özgürlüklerin çatışması sorunu görünüşte çatışma sorunu olarak adlandırılmaktadır⁵⁸.

Sonraki kural ilkesi, üst kural ilkesi ve/veya özel kural ilkesi uygulandığı hâlde, çözülemeyen hak veya özgürlüklerin çatışması sorunu, gerçek çatışma olarak

⁵⁷ Gözler, İnsan (n 1) 257.

⁵⁸ Gözler, İnsan (n 1) 257.

adlandırılmaktadır⁵⁹. Hak veya özgürlüklerin gerçek çatışması durumunda birbirleri ile çatışan hak veya özgürlükler arasında uzlaştırma yapılmaya çalışılması; birinin lehine ya da her iki hak veya özgürlüğün karşılıklı sınırlandırılması yönünde uygulanması gerekliliği kabul edilmektedir⁶⁰.

Lorenzo Zucca'ya göre, gerçek çatışmalar tipik olarak anayasal ilkeler ışığında yorumlanmış olayın kurgusu içinde birbiriyle bağdaştırılamaz iki norm içerir, yani iki norm bir olayda çatıştığında aynı anda savunulamaz ve normlardan birinin uygulanmaması gerekir. Ancak, birbiriyle çelişen iddiaların bir noktada uzlaştırılabilmesi veya iki normun da olgusal olarak karşılanabilmesi durumu ortaya çıktığı zaman, gerçek bir haklar çatışmasından bahsedilemez⁶¹. Bazı yazarlarca savunulan görüşe göre, insan hakları arasındaki gerçek çatışmada belirli veya belirlenebilen sayıda hak sahibinin somut haklarını fiilen ve yeterince tehlikeye sokacak bir biçimde hakların çatışması söz konusudur⁶². Burada “belirli veya belirlenebilen sayıda hak sahibi” kavramı ile belirli kişi veya grubun hakları ile kamusal menfaatler arasında ayırım yapılmış; belirsiz sayıda kişilerin hak veya özgürlüklerinin çatışmasının kamusal menfaat olduğunu belirtilerek, kamusal menfaat – hak çatışmasının sahte çatışma olduğu ifade edilmiştir⁶³.

E. PRATİK UYUŞUM İLKESİ

Konrad Hesse tarafından geliştirilen ve “anayasa bütünlüğü ilkesinin”⁶⁴ sonucu

⁵⁹ Gözler, İnsan (n 1) 257; Güneş (n 3) 183.

⁶⁰ Güneş (n 3) 183; Gözler, İnsan (n 1) 258; Sağlam (n 5) 39-40.

⁶¹ Lorenzo Zucca, ‘Law, Dilemmas, and Happy Endings’, iç Stijn Smet ve Eva Brems (edr), When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony (Oxford University Press 2017) 95, 103; İsmail Köküarı, Anayasal Hakların Çatışması (Adalet Yayınevi 2020) 112.

⁶² Stijn Smet, Resolving Conflicts Between Human Rights: The Judge’s Dilemma (Routledge Press 2017) 53; Köküarı (n 61) 113.

⁶³ Smet (n 62) 54; Köküarı (n 61) 113-114.

⁶⁴ Anayasanın Bütünlüğü İlkesi: Anayasada yorum yapılırken tek bir norm üzerinden yorum yapılmaması, her bir anayasada yer alan hukuk kurallarının bulunduğu normların bütünselliği çerçevesinde oluşturduğu temel ilişki içerisinde yorumlama ilkesidir.

olarak ortaya çıkan ‘pratik uyuşum ilkesi’ne göre⁶⁵, ilgili hak veya özgürlüğün anayasa tarafından korunmuş herhangi bir hukuki değer veyahut başka bir hak veya özgürlük ile çatışması durumunda çözüm olarak hem ilgili hak veya özgürlük hem de diğer hak veya özgürlük ile çatışan anayasadaki hukuki değer ya da diğer hak veya özgürlüğün optimum ölçüde korunması amaçlanmıştır⁶⁶. Bu ilkeye göre hiçbir hak, özgürlük veya hukuki değerden vazgeçilmemektedir, her bir hak veya özgürlük veyahut hukuki değer için optimum koruma pratik uyuşum ilkesi ile sağlanmakta ve “pratik uyuşum ilkesi” uygulanması sonucunda hak ve özgürlüklere ilişkin ortaya çıkan sınırlar “içkin sınır” olarak kabul edilmektedir⁶⁷.

Pratik uyuşum ilkesi aracılığı ile gerçek çatışma görülen hak veya özgürlükler arasında bir uzlaştırma yolu ile dengenin kurulması amaçlanmaktadır⁶⁸. Pratik uyuşum ilkesi ile gerçek çatışmadan kaynaklanan sorunu çözmek amacıyla bir hak veya özgürlüğün feda edilmesi yerine, her bir hak veya özgürlüğün mevcudiyetini ve etki alanını optimal ölçüde sürdürmesi sağlanarak; çatışan hak veya özgürlüklerden biri veya her ikisinin de sınırlandırılarak denge oluşturulmaya çalışılmayı hedeflenmektedir. Çatışan hak veya özgürlüklerin her birinin koruduğu hukuki değerler optimal ölçüde korunmaktadır⁶⁹.

Pratik uyuşum ilkesi ile anayasanın bütünlüğü ilkesi arasında birbirini

Anayasa'nın normları arasında oluşan çelişkilerin denge sağlanacak bir şekilde çözümlenmesidir. “Anayasanın bütünlüğü ilkesi”ne sistematik yorumun bir uzantısı olarak da adlandırabiliriz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sağlam (n 5) 39-40; Müller, Juristische, 170 – Aktaran Sağlam (n 5) 40; Şenel (n 45) 212.

⁶⁵ Bkz. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (10. ergänzte Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag 1977) 28 – Aktaran Sağlam (n 5) 39-40; Friedrich Müller, Positivität der Grundrechte (Duncker & Humblot Verlag 1968) 89 – Aktaran Sağlam (n 5) 39-40; Friedrich Müller, Juristische Methodik, (2. Auflage, Duncker & Humblot Verlag 1966) 175 – Aktaran Sağlam (n 5) 39-40. Ayrıca bkz. Şenel (n 45) 212.

⁶⁶ Sağlam (n 5) 40; Şenel (n 45) 212.

⁶⁷ Sağlam (n 5) 40; Şenel (n 45) 212.

⁶⁸ Güneş (n 3) 183-184; Erdoğan (n 23) 123; Sağlam (n 5) 39-40; Gözler, İnsan (n 1) 258.

⁶⁹ Güneş (n 3) 184.

tamamlayan bir ilişki olduğundan bahsedilebilir. Eş zamanlı uygulanan ve birbirleriyle çelişen anayasal hakların farklı hukuki değerleri koruması nedeniyle; insan onuru ve hukukun etik ilkeleri doğrultusunda teleolojik bakış açısına ihtiyaç duyulurken, her bir anayasal hak ve özgürlüğün bir bütünlük içinde etki alanını koruyabilmesi amacıyla, zorunlu “sistematik” sınırlamalar karşılıklı olarak uygulanır⁷⁰. Anayasanın bütünlüğü ilkesi, her olay ile ilgili hükümleri birbiri ilişkilendirerek çelişkili yorum yapılmasından kaçınmayı amaçlar; Anayasanın bütünlüğü ilkesi, hakların çatışması sorununun ortadan kaldırılmasını zorunlu kılarken, haklar çatışmasına dair bu sorunun nasıl ortadan kaldırılacağına yönelik çözüm üretmez. Pratik uyuşum ilkesi anayasanın bütünlüğü ilkesi ile değerlendirildiğinde, haklar çatışması sorununun nasıl ortadan kaldırılacağına dair çözüm yolu ortaya koymaktadır⁷¹. Pratik uyuşum ilkesi ve anayasanın bütünlüğü ilkesi beraber uygulandığında anayasadaki tüm hak ve özgürlüklere uyulmak koşuluyla, anayasal normlar arasındaki çatışan değerlere çizilen sınırmın sayesinde çatışmaya konu olan menfaatin optimal etkinliği sağlanır⁷².

Pratik uyuşum ilkesi doğrultusunda hak veya özgürlüklerin arasındaki çatışmaların uzlaştırma ile giderilmesinde hak veya özgürlüklerin birisi ortadan kaldırılmadan –deyim yerindeyse feda edilmeden– bir denge kurulması esas olmakla beraber; hak veya özgürlüklerin uzlaştırılması konusunda kanun koyucunun – istisnai durumlarda yargı önüne gelen somut olayda hâkim – takdir yetkisine sahip olduğunun unutulmaması gerekir⁷³. Ancak hâkimin takdir yetkisi açık takdir hatası veya ölçülülük ilkesinin çiğnenmesi durumları ile sınırlı

⁷⁰ Yılmaz Coşkun (n 13) 417; Bertil Emrah Oder, ‘Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları – 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler–’, iç Ozan Ergül (ed) Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması Kamu Hukukçuları Platformu 29–30 Eylül 2012, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013) 121, 127.

⁷¹ Yılmaz Coşkun (n 13) 418; Oder (n 70) 127-128.

⁷² Yılmaz Coşkun (n 13) 419.

⁷³ Güneş (n 3) 185.

olacaktır; aksi hâlde, yerindelik tartışmasına neden olabilir⁷⁴. Ancak şu sorunun da eklenmesi gerekir: özellikle yeni hak veya özgürlüklerin, teknoloji ve bilimsel gelişmelerin hızı nedeniyle artan ihlaller sonucunda tanımlanmaya ve tanınmaya ihtiyaç duyan insan hak ve özgürlüklerine ilişkin gerçek çatışmaları –her iki tarafın da özgürlüğüne müdahale olarak gördüğü tanımlanmamış özgürlük olduğu durumda– mahkeme önüne gittiğinde hâkim davaya bakmayı reddedemeyeceğine göre ve yasamanın bu konuda hareketsiz kalması durumunda, hâkim takdir yetkisini kullanarak pratik uyuşum ilkesini uyguladığı zaman yerindelik sorunundan bahsedilebilir mi? Bu sorunun yanıtı hemen verilemese bile, hukuk normlarının bilim ve teknolojinin gerisinden gelmesi ve yasama organlarının bilim ve teknolojiye göre daha yavaş çalışması –hatta devlet üstü teknoloji şirketlerinin devletlerin siyasetinde de etkin rol oynamaya başladıkları düşünülürse – sebebiyle kişilerin birçok temel hak ve özgürlüğünü dahi kullanamaması durumlarının da göz önünde bulundurulması gerekir.

F. DİNAMİK YORUMUN HAK VE ÖZGÜRLÜKLER ARASINDAKİ GERÇEK ÇATIŞMA SORUNUNA KATKISI

İnsan hak ve özgürlüklerinin yorumlanmasına ilişkin yöntemler, anayasa hukuku çerçevesinde kullanılan yorum yöntemlerinden farklı değildir, ancak insan hak ve özgürlüklerinin doğal hukuk kaynaklı dinamik yapısı sebebiyle teleolojik⁷⁵ ve

⁷⁴ Güneş (n 3) 185; Gözler, İnsan (n 1) 259-260.

⁷⁵ Teleolojik–İşlevsel/Amaçsal–Yorum: Somut bir olaya ilgili hükmün uygulandığı sırada işlev ve amacının belirlenmesi için ilgili hükmün amacının araştırılması biçiminde yapılan yorum yöntemidir. Aşağıda belirtilen iki aşama Amacın belirlenmesi amacıyla uygulanır:

1. Somut bir olaya uygulanan hükmün amacının araştırılması,
2. Somut bir olaya uygulanan hükmün bulunduğu düzenlemenin temel amacının araştırılması şeklindedir. Detaylı bilgi için bkz. İbrahim Özden Kaboğlu, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar) (15. Baskı, Legal Yayıncılık A.Ş. 2020) 51; Bertil Emrah Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma (Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2010) 103-107, 163-171; Oya Boyar, ‘Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2008) 147; Şenel (n 45) 223.

sistemantik⁷⁶ yorum yöntemleri, uygulanması en uygun yorum yöntemleridir⁷⁷. Bu yorum yöntemleri ile anayasa metninin özü ve sisteminin norm üzerinde yapılan yoruma katkı sağlaması amaçlanmaktadır. Böylece hak ve özgürlüklerin temeli oluşturularak pozitif hukuka uyarlanması ile geliştirilir. Yazılı olmayan, henüz tanınmamış veya tanımlanmamış hak ve özgürlüklerin yorumun etkisi sayesinde pozitif hukuk tarafından tanınması sağlanır. Yaşayan hukuk anlayışı ile hukukun uyarlanmasına dair yöntemler, dinamik yorum olarak ortaya çıkar. Yargıç, norm üzerinde yaptığı yorum ile insan hak ve özgürlükleri hakkında genel kuramını oluşturur. Ayrıca yorum aracılığıyla hakların ortaya çıkarılması, yazılı olan metnin anlamının ortaya çıkarılmasından ziyade “yaratma” eylemine denk düşecektir⁷⁸.

Anayasa yargısı ile hâkimin kanunları denetlediği esnada “ölçü norm” olarak kullandığı “hukukun genel ilkeleri”nin içeriği, etkisi ve anlamı hâkim tarafından

⁷⁶ Sistemantik–Bağlamsal–Yorum: Sistemantik yorumun temel amacı normlar bütünlüğünün anlayışı ile her bir norm ilgili mevzuatta yer alan diğer normlarla ilgisi olduğu varsayımından hareket ederek bir bütünlük çerçevesinde tutarlı anlamının araştırılarak yorumlanması yöntemidir. Sistemantik yorumun temel düşüncesi hukuk normlarını bir arada tutan bağlamın normatif kurgu olmasıdır; normatif unsurların birbirleri ile olan bağlantısı normatif bütünlük normlarının sahip olduğu anlamlarının ortaya çıkartmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklere bağlamsal yorumun uygulanmasında:

1. Anayasada hak ve özgürlüklere ilişkin normlarının yorumlanmasında sistemantik yorum uygulandığı zaman “kanunlara uygun yorum” temel alınmaz. Yorumlamaya konu olan kanun hak ve özgürlüklerine dair Anayasa normunun yorumuna uymak zorunluluğu vardır.

2. Anayasada insan hak veya özgürlüklerine ait herhangi bir hükmün yorumu sırasında

a. İlgili normun ilgili maddesinde yer alan güvencenin kendine özgü özellikleri,

b. Anayasa’nın sınırlama ve sınırlamanın sınırına ait oluşturduğu ölçütler,

c. İlgili normun normun diğer normlarla ve hatta diğer hak ve özgürlükleri ile var olan ilişkisine dikkat edilmesi gereken unsurlardır. Detaylı bilgi için bkz. Oder (n 75) 55, 64; Kaboğlu (n 75) 51; Boyar (n 75) 147; Şenel (n 45) 222.

⁷⁷ Şenel (n 45) 222-223.

⁷⁸ Kaboğlu (n 75) 275; Şenel (n 45) 222-223. Ayrıntılı bilgi ve dinamik yoruma dair eleştirilere hakkında bkz. Oder (n 75) 223-245.

kullanıldığı sırada belirlenir⁷⁹. Bu eylem hâkimleri yorum ile farklı insan hak ve özgürlüklerin anlamını evrimleştirme sürecine sokma veya hakimlere var olan ilkeler aracılığı ile yeni haklar çıkartma serbestliği tanınması sebebiyle hak ve özgürlükler açısından ilgili toplumun evrimleşme sürecini takip eden bir anayasal koruma getirmektedir⁸⁰.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM) “anayasal normlar” kuramı aracılığı ile güncelleme yetkisini eski ilkeleri yorumlayarak kullanmaktadır. Buna benzer şekilde, Fransa Anayasa Konseyi ile İspanya, Polonya, İtalya ve Portekiz Anayasa Mahkemeleri içtihatlarında görülen siyasal, ekonomik, toplumsal ve ideolojik değişimlerin yansıdığı “güncelleştirme içtihadı” uygulamasının temel amacı; insan hak ve özgürlüklerine dair güncellemeler ile toplum ve mahkemenin hak ve özgürlüklere yaklaşımında eş zamanlı olarak aynı bakış açısına sahip olabilmelerini sağlamaktır⁸¹. Bu “güncelleştirme içtihatları” sayesinde insan hak ve özgürlüklerinin korunması sağlanırken, hâkimin insan hak ve özgürlükleri hakkındaki konularda doğrudan kişiler arasında oluşan uyumsuzlukların çözüm alanı yaratmasını sağlar⁸².

Anayasa yargısında doğal hukuk ile dinamik yorumun hak ve özgürlüklere dair olumlu etkileri belirtilmiş olsa da hâkimin öznel nitelikli kararlar vermesi, yasama organının ilgili normu oluştururken önem vermediği durumda veya düzenlenmeme belirsizliğinde hâkimin bir yasa koyucu gibi davranması, özellikle Kıta Avrupası hukuk sisteminde yargıcın normun anlamını aşarak hukuk yaratmasına neden olabilir⁸³.

⁷⁹ Kaboğlu (n 75) 275; Şenel (n 45) 223.

⁸⁰ Kaboğlu (n 75) 275; Şenel (n 45) 223.

⁸¹ Kaboğlu (n 75) 275; İbrahim Özden Kaboğlu, Anayasa Yargısı (4. Baskı, İmge Kitabevi 2007) 187-191; Şenel (n 45) 223-224.

⁸² Gustavo Zagrebelsky, ‘La Doctrine Du Droit Vivant’, (1986) II Annuaire International de Justice Constitutionnelle 55, 56-57 – Aktaran Kaboğlu (n 75) 275; Şenel (n 45) 224.

⁸³ Oder (n 75) 227.

Çalışmanın bu kısmında sistematik yorum, teleolojik yoruma ve dinamik yoruma değinilmesinin nedeni, bu yorum türleri ile hak veya özgürlüklerin gerçek çatışması durumunda pratik uyuşum ilkesi ile istenen dengenin teleolojik, sistematik ve dinamik yorum aracılığı ile oluşturulabileceğinin tarafımızca savunulmasıdır. Keza insan hak ve özgürlüklerinin yazılı metne dökülmüş olsa bile sürekli gelişen dinamik yapısı vardır. İlgili hak veya özgürlüğe ait norm alanı yorumlanırken, gerçek çatışmanın optimum dengeye getirilerek çözülmesi ancak ilgili normun içeriğine uygun bir şekilde dinamik yorum gerektirmektedir. Unutulmaması gereken diğer bir durum, teleolojik yorum ve dinamik yorumun ilgili normun sınırlarını zorladığı, yani ilgili normun anlam sınırını belirsizleştirdiği anlarda ortaya çıkar. Burada bu yorum türleri kullanılırken dikkat edilmesi gereken durum, hukuki belirliliğin kaybolmamasıdır; iki hak veya özgürlük arasında ortaya çıkan gerçek çatışmanın çözülemediği somut olaylardaki istisnai durumlarda hâkimin bu yorum yöntemlerini kullanması gerektiğidir. Nitekim AİHM AİHS’i yorumlarken yaşayan bir hukuk metni olarak değerlendirmekte, Sözleşmeyi günümüzdeki koşullara uygun olarak yorumlamaktadır⁸⁴. AİHS hükümlerini gelişimci ve dinamik olarak yorumlayan AİHM, zaman içinde Sözleşme’nin kapsamının genişletilmesini sağlayarak taraf devletlere yeni sorumluluklar yüklemekte; Sözleşmeyi yorumlarken, yapıldığı dönemdeki kültürel sosyal, siyasal, ekonomik ve hukuki şartları değil; yorumladığı dönemin şartlarını esas aldığını vurgulamak gerekir⁸⁵.

G. HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN YORUMLANMASINDA EFFET UTILE –YARARLI ETKİ/ETKİLİLİK– İLKESİNİN GERÇEK ÇATIŞMA SORUNUNA KATKISI

AİHS’de yer alan hak ve özgürlüklerin yorumlanmasına ilişkin olarak AİHM’in

⁸⁴ Marecx v. Belgium App. No.: 6833/74 (Commission Decision, 13.06.1979); Tyrer v. UK, App. No:5856/72 (Commission Decision, 25.04.1978); Güneş (n 3) 330.

⁸⁵ Güneş (n 3) 330.

göz önünde bulundurduğu yararlı etki ilkesi olarak da çevrilebilen effet utile ilkesine göre⁸⁶, AİHS hükümlerinde yer alan hak ve özgürlüklerin en etkili bir şekilde uygulanmasını amaçlayan uygulama ve yorum yöntemlerine öncelik verilmesini sağlamaktadır⁸⁷. Doğal olarak, effet utile ilkesinin AİHS'nin işlevselliğini korumayı amaçladığını; bu ilkenin uygulanmasının amaçsal yorumun bir uzantısı olduğunu belirtmek gereklidir⁸⁸.

Effet utile ilkesi Roma Hukuku'nda yer alan “bir şeyin etkin olması geçersiz olmasından yeğdir” –ut res magis valeat quam pereat– ilkesinin uzantısı olarak uluslararası hukukta sözleşmelerin yorumlanmasında, birçok ulusal yargı mekanizmasında yorum yöntemi olarak kullanılmaktadır⁸⁹. AİHM'in içtihatlarında AİHS'in yorumuna ilişkin meta – kural olarak kabul edilen effet utile ilkesine göre, hâkimin farklı yorumların arasında ilgili norm veya normların ve sözleşmenin etkililiğini uygulamada azami ölçüde sağlayan yorumu seçmesi gerekmektedir⁹⁰. Avrupa İnsan Hakları Komitesi tarafından 1973 senesinde ‘Golder v. Birleşik Krallık’ kararında AİHS yorumlanarak ulaşılmaması gereken amacın kişinin etkin olarak korunmasının sağlanması olduğunu belirtilmesi ile ilk defa effet utile ilkesi kullanılmıştır⁹¹

Effet utile/yararlı etki ilkesinin hak veya özgürlüklerin gerçek çatışması sorununun çözülmesi amacıyla uygulanmasının pratik uyum ilkesine katkısı olacağı bir gerçektir. Nitekim çoğu zaman hak ya da özgürlüklerin gerçek

⁸⁶ Golder v. UK App. No.: 4451/70 (Commission Decision, 21.02.1975); Soering v. UK App. No.: 14038/88 (Commission Decision, 17.07.1989); Klass ve diğerleri v. Germany App. No.: 5029/71 (Commission Decision, 06.09.1998); Marckx v. Belgium App. No.: 6833/74 (Commission Decision, 13.06.1979); Demir ve Baykara v. Turkey App. No.: 34503/97 (ECtHR, 12.11.2008); Güneş (n 3) 330.

⁸⁷ Güneş (n 3) 330.

⁸⁸ Güneş (n 3) 330-331.

⁸⁹ Osman Serkan Gülfidan, Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri – Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme (Yetkin Yayınları 2021) 274.

⁹⁰ Gülfidan (n 89) 274.

⁹¹ Gülfidan (n 89) 274.

çatışmasının norm alanı belirleyen içkin sınırlarının belirsizliği sebebiyle ortaya çıktığı göz önüne alınarak, effet utile ilkesinin her iki hak ya da özgürlüğe veya bu hak ya da özgürlük ile korunan hukuki değerlere uygulanması durumunda hak ya da özgürlüklere ilişkin ortaya çıkan gerçek çatışma sorunlarının çözümü her iki hak veya özgürlüklerin en etkili olarak kullanımını sağlayacaktır.

SONUÇ

Doğal hukuk anlayışında insan hak ve özgürlüklerine kişinin doğduğu zamandan itibaren sahip olduğu, bunların bütün ve bölünmez nitelikte olduğu vurgulanır. Ancak gerçek hayatta bu hak ve özgürlüklerin bazen yarıştığı görülürken, bazı durumlarda da çatıştığı görülebilmektedir. Bu durumda hak ve özgürlükler kullanılamaz hâle gelmekte ya da eşitsizlik oluşarak taraflardan biri hak ve özgürlüklerini kullanırken diğer kişilerin hak ve özgürlükleri kullanılamaz duruma gelmektedir. Bu tür durumlar hem hukuk güvenliğini sarsar hem de kişinin sahip olduğu hak ve özgürlükleri kullanamadığında en iyi olasılıkla hoşnutsuzluğa; en kötü ihtimalle ‘maddi ve manevi açıdan bütünlüğünü koruma hakkı’, ‘yaşam hakkı’ gibi bireylerin yaşamak için ihtiyaç duyduğu hak ve özgürlüklerden bile mahrum kalmasına neden olabilir. Oysaki hukuk sistemlerinin asıl amacı, toplumda asayişini sağlamak olduğu kadar, kişilerin arasında denge kurabilmek ve kişilerin doğdukları andan itibaren sahip olduğu insan hak ve özgürlüklerinin kişiler tarafından en etkin bir şekilde kullanımını sağlamaktır.

Bu çalışmada öncelikle hak ve özgürlükler arasında görülen çatışma sorunu ortaya konulmuştur. Hak veya özgürlüklerin çatışma sorunu şu şekillerde ortaya çıkabilir: İlk bir hak veya özgürlüğün kapsamında korunan hukuki değer iki taraf açısından da talep edilen menfaat olması sebebiyle hak veya özgürlük normunun kendi içinde farklı taraflarca çatışması söz konusu olabilir. Böyle durumlarda hak veya özgürlüklerin çatışmasına ilişkin çözüm yolu arandığı

zaman, genellikle taraflardan biri lehine çatışma çözülürken, diğer tarafın hak veya özgürlüğünü kullanamaz hâle gelmesi büyük bir olasılıktır. Diğer olasılık ise iki farklı hak veya özgürlüğün koruduğu değerlerin birbiriyle çatışmasıdır. Bu tür hak veya özgürlüklere ilişkin çatışmaların çözümündeki sorun hak ve özgürlüklerin bölünmezliği ve bütünlüğü ilkesi gereği hak ve özgürlüklerin birbiri arasında en azından teorik açıdan bir hiyerarşiden bahsedilememesinden kaynaklanmaktadır. Bu tür çatışmalarda bir hak veya özgürlüğün koruduğu hukuki değer lehine diğer hak ve özgürlüğün kullanılamaz hâle gelmesi söz konusu olabilir. Burada hak ve özgürlüklerin koruduğu değerler arasında “denge” kurulmaya çalışarak her iki hak veya özgürlüğün sınırlı ölçüde kullanılması sağlanmaya çalışılmaktadır. İnsan hak ve özgürlüklerinin bölünmezliği ve bütünselliği ilkesinden bahsedilse de bazı yazarlar hak ve özgürlüklere kişilerin duyduğu ihtiyacın aciliyetine göre ahlaki bir değer açısından üstünlüğünün kabul edilebileceğini ileri sürmüşlerdir: keza ‘maddi ve manevi açıdan bütünlüğünü koruma hakkı’, ‘yaşam hakkı’ gibi bazı hakların ortadan kaldırıldığı durumda bireylerin sahip olduğu diğer hak ve özgürlüklerini kullanması neredeyse olanaksızlaşmaktadır. Ancak belirtilmesi gerekir ki; hukuki açıdan hiçbir hak ve özgürlüğün arasında böyle bir hiyerarşiden bahsedilmesi mümkün değildir. Son olarak hak veya özgürlük ile kamusal bir değer çatışması söz konusu olabilir. Bununla beraber, kamu sağlığı gibi bazı kamusal değerler, ikinci ve üçüncü kuşak insan haklarından olan çevre hakkı, sağlık hakkı gibi ‘sosyal ve kolektif nitelikli hak ve özgürlüklerin’ kapsamında korunan hukuki değer olarak karşılaşılabilmektedir.

Hak ve özgürlüklerin birbiri ile çatışması sorununun ortadan kaldırılması için çeşitli yorum yöntemleri ve ilkeler kullanılmaktadır. Bu ilke ve yöntemlerin genel olarak amacı, somut olaya ve çatışma türüne bağlı olarak çatışmaya konu olan hak veya özgürlüklerin norm alanları arasında bir denge kurularak her bir hak veya özgürlüğün optimum ölçüde kullanılmasını ve hak veya özgürlüğe yönelik

müdahalenin asgari ölçüde tutulmasını sağlamaktır. Nitekim gerçek çatışma durumunda, pratik uyuşum ilkesi ile çatışan hak veya özgürlükler arasında optimal bir dengenin sağlanması amaçlanmaktadır. Bu ilke aracılığı ile çatışan hak veya özgürlüklerden birinin çatışmanın çözülmesi için diğerine tercih edilmesi yerine her bir hak veya özgürlüğün mevcudiyeti ve etki alanı duruma göre çatışan hak veya özgürlüklerden biri veya her ikisinin de sınırlandırılması aracılığı ile optimal ölçüde sürdürmesi sağlanarak denge oluşturulmaya çalışılması hedeflemektedir.

Bu ilkenin dışında insan hak ve özgürlüklerinin sürekli gelişen yapısı nedeniyle bazı yorum tekniklerinin hak veya özgürlüklerin çatışması durumunda da kullanılabileceği ileri sürülebilir. İnsan hak ve özgürlükleri zaman içinde geliştikçe; bilimsel, teknolojik, çevresel, ekonomik, sosyal değerler değıştikçe insan hak ve özgürlüklerinin norm alanları uygulama karşısında yetersiz kalmakta, yeni hak ve özgürlükler ortaya çıktıkça hak veya özgürlüklerin gerçek çatışması sorunu ortaya çıkmaktadır; hatta daha önceden tanınmış insan hak ve özgürlüklerin sahip oldukları norm alanları ile koruduğu hukuki değerleri korumamaya başladığı gözlemlenmektedir. Bu sebeple ortaya çıkan hak veya özgürlüklerin çatışması gerçek sorununu sistematik, teleolojik ve dinamik yorum yardımı ile deyim yerindeyse yaşayan norm alanlarına dönüştürülebilir; çatışan hak veya özgürlüklerin dönemin ihtiyacına uygun olarak yorumlanması ile hak veya özgürlüklerin çatışmasına ilişkin sorunlar çözülebilir. Nitekim buna ilişkin en güzel örnekleri AİHM'in bazı kararlarında görebilmekteyiz; yaşayan bir hukuk metni olarak değerlendirilen AİHS'in kapsamı geliştirmekte ve taraf devletlere yeni bazı sorumluluklar yükleyerek insan hak ve özgürlükleri bakımından daha etkin ve güncel bir koruma alanı oluşturabilmektedir. Ancak burada bir durumun belirtilmesi gerekir: Dinamik yorum insan hak ve özgürlüklerinin arasındaki çatışmaya insan hak ve özgürlüklerin yapısı ile uyum sağladığı için daha uygun görünmektedir. Ancak dinamik yorum mahkeme

aracılığı ile yapılacağı için hâkimin yasama organı yerine geçerek verdiği özne nitelikteki kararları yetki aşımı ve keyfiyete sebep olacaktır. Bu nedenle dinamik yorum ve takdir yetkisi kullanacak hâkimin özen göstererek ve bunun sorumluluğunun bilincinde olarak tarafsız ve objektif olması gerekir. Elbette yasama organının insan hak ve özgürlüklerine ilişkin gelişmelere daha hassas davranması gerekir. Ancak gerçek hayatta yasama organının daha yavaş çalıştığı görülmektedir. Bu sebeple mahkemelerin en azından Anayasa Mahkemesi gibi yüksek mahkemelerin takdir yetkisini ve dinamik yorumu belli kıstaslar çerçevesinde kullanması gerekli olacaktır. Sonuçta yaşam hızlı olarak devam etmekte ve gelişmekte; insan hak ve özgürlükleri de yaşama paralel olarak evrimleşmekte ve gelişim göstermektedir.

AİHM'in AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin yorumlanmasına dair kullandığı ilkelerden biri olan effet utile ilkesi amaçsal yorum yönteminin bir uzantısı olarak, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin en etkin hâlinin uygulanmasını amaçlayan yorum yöntemleri ve uygulamaların öncelik verilmesini sağlamaktadır. Hak ve özgürlüklerin arasında görülen gerçek çatışma sorunun çözümünde effet utile ilkesinin uygulanması, gerçek çatışmaya konu olan hak veya özgürlüklerin norm alanlarını belirleyen içkin sınırlarının belirsizliğini optimum ölçüde belirlemeye çalışan pratik uyum ilkesine katkı sağlayacağı bir gerçektir. Hak ve özgürlüklere ilişkin normlar dinamik bir yapıya sahip olmaları nedeniyle, daha önceden tanınmış ve norm alanları belirlenmiş olan hak ve özgürlüklerin somut olaylar ve zamanın ruhunun gerekleri çerçevesinde, hak veya özgürlüklerin arasında çıkan gerçek çatışmalardan dolayı, yeniden yorumlanmaya ve yeni alt unsurların veya yeni hak ve özgürlüklerin tanınmasına ve bunların norm alanlarının tanımlanmasına ihtiyaç duyulmakta ve gelecekte de duyulacaktır. Hak ve özgürlüklerin gerçek çatışmaları nedeniyle yeniden yorumlanmalarına ihtiyaç duyulduğunda, effet utile/yararlı etki ilkesi, pratik uyum ilkesi ve dinamik yorum yöntemi somut olaylardaki hak veya

özgürlüklerin arasındaki gerçek çatışma sorununun çözümünde önemli rol oynadığı gibi, zamanın ruhunun gereklerine bağlı olarak gerçek çatışma sonucunda yeni hak veya özgürlüklerin norm alanlarının belirlenmesini de sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Akad M ve diğerleri, Genel Kamu Hukuku (14. Baskı, Der Yayınevi 2018).

Akın İF, Kamu Hukuku (3. Baskı, Üçdal Neşriyat 1980).

AYM, Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) Başvurusu Başvuru No: 2017/36889 Genel Kurul Kararı, 29.09.2022, R.G. Tarih ve Sayı: 08.12.2022-32037.

Boyar O, 'Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2008).

BVerfGE, 36, 342, 363.

Demir ve Baykara v. Turkey App. No.: 34503/97 (ECtHR, 12.11.2008).

Evans v. UK App. No. 6339/05 Grand Chamber Decision (ECtHR, 10.04.2007).

Erdoğan M, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku (4. Baskı Orion Kitabevi 2015).

Freedon M, Rights (University of Minnesota Press 1991).

Golder v. UK App. No.: 4451/70 (Commission Decision, 21.02.1975).

Gözler K, İnsan Hakları Hukuku (Ekin Basım Yayın Dağıtım 2017) (Gözler, İnsan).

Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel İlkeleri, Cilt-2 (2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) (Gözler, Anayasa).

Gross v. Switzerland App. No. 67810/10 (ECtHR, 14.05.2013).

Gülfidan OS, Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri – Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme (Yetkin Yayınları 2021).

Güneş AM, İnsan Hakları Hukukuna Giriş (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).

Güneş AM, Hukuk Metodolojisi (3. Baskı Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020).

İnceoğlu S, Ölme Hakkı (Ayrıntı Yayınları, 1999).

Jellinek G, İnsan ve Yurттаş Hakları Bildirgesi Üzerine: Modern Anayasa Tarihine Bir Katkı, Rezzan İtişgen Dülger ve Muzaffer Dülger (çev) (Pinhan Yayıncılık 2017).

Kaboğlu İÖ, Kolektif Özgürlükler (DÜHF Yayınları 1989).

Kaboğlu İÖ, Anayasa Yargısı (4. Baskı, İmge Kitabevi 2007).

Kaboğlu İÖ, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar) (15. Baskı, Legal Yayıncılık A.Ş. 2020).

Kale Özçelik F, 'Hakların Çatışması ve Dengelenmesi Bağlamında Çocuklara Yönelik Zorunlu Aşı Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme)', (2020) 10 (2) SDÜHFD 47, 76.

Kanadoğlu OK, Türk Alman Anayasa Yargısından Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması (Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. 2000).

Kapani M, Kamu Hürriyetleri (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2013).

Klass ve diğerleri v. Germany App. No.: 5029/71 (Commission Decision, 06.09.1998).

Koch v. Germany App. No. 497/09 (ECtHR, 17.12.2012).

Köküsarı İ, Anayasal Hakların Çatışması, (Adalet Yayınevi 2020).

Marckx v. Belgium App. No.: 6833/74 (Commission Decision, 13.06.1979).

Metin Y, ‘Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?’, (2017) 7 (1) SDÜHFD 1, 71.

Oder BE, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma (Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2010).

Oder BE, ‘Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme’ iç Nur Centel (ed), Hukuk ve Etik Boyutlarıyla Ötanazi (On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2011) 1, 26.

Oder BE, ‘Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları –2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler–’, iç Ozan Ergül (ed) Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması Kamu Hukukçuları Platformu 29–30 Eylül 2012, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013) 121, 212.

Pretty v. UK App. No. 2346/02 (ECtHR, 29.04.2002).

Sağlam F, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1982).

Smet S, Resolving Conflicts Between Human Rights: The Judge’s Dilemma (Routledge Press 2017).

Soering v. UK App. No.: 14038/88 (Commission Decision, 17.07.1989).

Şenel L, Anayasalarda İnsan Hak ve Özgürlüklerin Tanınması Sorunu (On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2020).

Tacir H, ‘Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2010).

Tanör B, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2022).

Tyrrer v. UK App. No.: 5856/72 (Commission Decision, 25.04.1978).

Uygun O, 'İnsan Hakları Açısından Yeni Anayasa Çalışmaları', iç Oktay Uygun (ed), Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2013) 199, 235.

Uygun O, Devlet Teorisi (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2015).

Waldron J, 'Introduction', Theories of Rights (2nd edition, Oxford University Press 2009).

Yılmaz Coşkun S, Anayasal Hakların Çatışması (Adalet Yayınevi 2023).

Zucca L, 'Law, Dilemmas, and Happy Endings', iç Stijn Smet and Eva Brems (edr), When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony (Oxford University Press 2017) 95, 111.

İNTERNET KAYNAKLARI

<www.constituteproject.org>

<<https://hudoc.echr.coe.int/>>

<<https://www.ihd.org.tr/>>

<<https://www.mevzuat.gov.tr/>>

<<https://www.tbmm.gov.tr/>>



YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ANONİM ŞİRKETİN ORGAN YOKLUĞU SEBEBİYLE FESHİ DAVASINDA ŞİRKETE TESİS EDİLEN YÖNETİM KAYYIMLIĞINA İLİŞKİN YARGILAMANIN MEDENİ YARGI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Burak KEÇECİOĞLU

Araştırma Makalesi

Avukat, İzmir Barosu, burak.kececioglu@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6649- 251X.

ÖZET

Medeni yargı sınırları dahilindeki bir yargılamanın, çekişmeli yargı kapsamında mı yoksa çekişmesiz yargı kapsamında mı değerlendirileceği sorusunun cevabının, teorik önemi olduğu kadar pratik önemi de bulunmaktadır. Gerçekten de çalışmamıza esas teşkil eden dava olan anonim şirketin organ eksikliği sebebiyle feshi davası tesis edilen yönetim kayyımlığı yargılamasının, "re'sen harekete geçme ölçütü" uyarınca çekişmesiz yargıda olduğunun kabulü halinde kayyımlığı tesis edecek mahkemenin re'sen harekete geçme durumu söz konusu olmaktadır. Benzer bir durum, çekişmesiz yargıdaki hâkimin rol ve ödevlerinde de kendisini göstermektedir. Bu itibarla, yine çalışma konumuzu çekişmesiz yargı içerisinde kabul ettiğimiz takdirde, çekişmeli yargıdan farklı olarak, hâkimin takdir hakkı, re'sen araştırma ilkesinin uygulanmasının bir sonucu olarak daha geniş olacaktır.

Çalışmada öncelikle genel hatlarıyla anonim şirkette organ yokluğu ve organ yokluğu sebebiyle fesih davası ve ikinci bölümde de genel hatlarıyla anonim şirketteki yönetim kayyımlığı ve yönetim kayyımlığı tesisine ilişkin kararın hukuki niteliği incelenecektir. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise fesih davasında mahkemeye tesis edilen yönetim kayyımlığına ilişkin yargılamanın medeni yargı içerisindeki konumu konusundaki Yargıtay uygulaması değerlendirilecektir. Buna göre bölümde sırasıyla konu hakkında istikrar kazanmış Yargıtay uygulaması ve istikrar kazanmış kararlarına aykırı şekilde verilmiş olan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 17.06.2019 tarihli kararı incelenecek ve son olarak da söz konusu kararlar, öncelikle çekişmesiz yargının çekişmeli yargıdan ayırt edilmesine ilişkin ölçütler kapsamında ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesi kapsamında değerlendirilecektir.

ANAHTAR KELİMELER: Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Çekişmesiz Yargı, İhtiyati Tedbir

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



Bu çalışma Creative Commons Atf-GayrıTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

EVALUATION OF THE PROCEDURE REGARDING THE LEGAL PROCEEDINGS OF ADMINISTRATIVE TRUSTEESHIP ESTABLISHED IN THE CASE OF DISSOLUTION OF THE JOINT STOCK COMPANY DUE TO LACK OF AN ORGAN IN

ACCORDANCE WITH THE DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION WITHIN THE SCOPE OF CIVIL PROCEDURE

Burak KEÇECİOĞLU

Research Article

Attorney-at-Law, İzmir Bar Association, burak.kececioğlu@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6649-251X.

ABSTRACT

The answer to the question of whether a trial within the scope of civil jurisdiction will be considered as contentious litigation or non-contentious litigation is of both theoretical and practical importance. In fact, in the lawsuit that forms the basis of our study, which is the case for the dissolution of the joint stock company due to the lack of organs and the appointment of a management trustee, if it is accepted that the trial is within the scope of non-contentious litigation based on the "ex officio action criterion," the situation of the court that will appoint the trustee will be the case of the court taking action ex officio. A similar situation is also evident in the role and duties of the judge in non-contentious litigation. Therefore, if we accept our study within the scope of non-contentious litigation, as opposed to contentious litigation, the judge's discretion will be wider as a result of the application of the principle of ex officio investigation.

The study will first examine, in general terms, the absence of an organ in a joint-stock company and the dismissal lawsuit due to the absence of an organ, and in the second part, the legal nature of the decision regarding the appointment of a trustee in a joint-stock company will be examined. In the third and final part of the study, the judicial position of the trial related to the trustee appointed by the court in the dismissal lawsuit will be evaluated in the context of civil justice. Accordingly, the established precedents of the Supreme Court and its decisions that contradict the established precedents, such as the decision of the 11th Civil Chamber of the Supreme Court dated June 17, 2019, will be examined, and finally, these decisions will be evaluated within the criteria of distinguishing between uncontested and contested cases and the scope of Article 382 of the Law on Civil Procedure No. 6100.

KEYWORDS: Joint Stock Company, Board of Management, Ex Parte Proceeding, Cautionary Judgment

GİRİŞ

Medeni yargı sınırları dahilindeki bir yargılamanın, çekişmeli yargı kapsamında mı yoksa çekişmesiz yargı kapsamında mı değerlendirileceği sorusunun cevabının, teorik önemi olduğu kadar pratik önemi de bulunmaktadır. Gerçekten de çalışmamıza esas teşkil eden dava olan anonim şirketin organ eksikliği sebebiyle feshi davası tesis edilen yönetim kayımlığı yargılamasının, "re'sen harekete geçme ölçütü" uyarınca çekişmesiz yargıda olduğunun kabulü halinde kayımlığı tesis edecek mahkemenin re'sen harekete geçmesi söz konusu olmaktadır. Benzer bir durum, çekişmesiz yargıdaki hâkimin rol ve ödevlerinde de kendisini göstermektedir. Bu itibarla, yine çalışma konumuzu çekişmesiz yargı içerisinde kabul ettiğimiz takdirde, çekişmeli yargıdan farklı olarak, hâkimin takdir hakkı, re'sen araştırma ilkesinin uygulanmasının bir sonucu olarak daha geniş olacaktır. Buna göre organ eksikliği sebebiyle fesih davası kapsamında

anonim şirkete tesis edilecek yönetim kayımlığı yargılamasının, medeni yargının hangi alt alanında olduğu sorunun cevabının verilmesi söz konusu dava ve yönetim kayımlığı yargılaması bakımından büyük önemi haizdir.

Gerek istikrar kazanmış Yargıtay uygulaması gerekse de doktrindeki bir grup yazar tarafından yıllardır 6100 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun¹ (TTK) 530. maddesi uyarınca açılan fesih davası kapsamında anonim şirkete tesis edilen yönetim kayımlığına ilişkin yargılamanın, gerçek kişilere tesis edilen yönetim kayımlığı ile aynı kefeye konulmak suretiyle “çekişmesiz yargı” kapsamında olduğuna ilişkin kararlar verilmiş ve görüşler bildirilmektedir. Bu noktada Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 17.6.2019 tarihinde konu hakkında verdiği kararda, aynı konuda önceki tarihlerde verdiği kararlarda değinmediği husus ve ölçütlere değinmek suretiyle istikrar kazanmış kararların aksi yönünde bir karar vermişse de söz konusu karar, “münferit” bir karar niteliğinde kalmış ve aynı daire 17.06.2019 tarihinden sonra verilen kararlarda da istikrar kazanmış görüş yönünde kararlar vermeye devam etmiştir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, fesih davası kapsamındaki yönetim kayımlığı tesisinin medeni yargının hangi kolu içerisinde değerlendirileceği teorik önemi haiz olduğu gibi uygulama için de bir hayli önem arz etmektedir. Gerçekten de yönetim kayımlığı tesisinin, çekişmesiz yargı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği savunulduğunda başta mahkemenin re'sen harekete geçebilme yetkisi olmak üzere birçok usuli hüküm de çekişmesiz yargının haiz olduğu özelliklere değerlendirilecektir.

Çalışmamız üç bölümden meydana gelmekte olup ilk bölümde genel hatlarıyla anonim şirkette organ yokluğu ve organ yokluğu sebebiyle fesih davası ve ikinci bölümde de genel hatlarıyla anonim şirketteki yönetim kayımlığı ve anonim şirketteki yönetim kayımlığı tesisine ilişkin kararın hukuki niteliği incelenecektir. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise fesih davasında

¹ RG.: 14.02.2011, S. 27846.

mahkemece tesis edilen yönetim kayımlığına ilişkin yargılamanın medeni yargı içerisindeki konumu konusundaki Yargıtay uygulaması değerlendirilecektir. Söz konusu bölümde öncelikle istikrar kazanmış Yargıtay uygulaması ve sonrasında istikrar kazanmış kararlarına aykırı şekilde verilmiş olan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 17.06.2019 tarihli kararı incelenecektir. Yargıtay'ın konu hakkındaki kararlarının ifade edilmesi sonrasında ise söz konusu kararlar, öncelikle çekişmesiz yargının çekişmeli yargıdan ayırt edilmesine ilişkin ölçütler kapsamında sonrasında ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²'nin (HMK) 382. maddesi kapsamında değerlendirilecektir.

I. GENEL HATLARIYLA ANONİM ŞİRKETTE ORGAN YOKLUĞU VE ORGAN YOKLUĞU SEBEBİYLE FESİH DAVASI

A. ORGAN YOKLUĞUNUN ANLAM

1. Organın Mevcut Olmaması

Kendi fiilleriyle hak sahibi olma ve borç altına girebilme olarak tanımlanan fiil ehliyetinin (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu³ (TMK) m. 9) tüzel kişilerdeki görünümü, kanuna ve kuruluş belgelerine göre zorunlu olan organlardır (TMK m. 49). Tüzel kişiler, iradelerini gerekli organları aracılığıyla meydana getirirler ve açıklarlar (TMK m. 50/I). Organlar da yapacakları hukuki iş ve işlemler ile tüzel kişiyi borç altına sokarlar (TMK m. 50/II). Dolayısıyla gerekli organlardan yoksun bir tüzel kişinin, hukuken geçerli bir şekilde iradesini oluşturabilmesi ve oluşturduğu söz konusu iradeyi açıklayabilmesi, diğer bir ifade ile kendi fiilleriyle hak sahibi olup borç altına girebilmesi mümkün değildir⁴.

² RG.: 4.2.2011, S. 27836.

³ RG.: 8.12.2011, S. 24607.

⁴ Kemal Oğuzman ve diğerleri, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) (10. Baskı, Filiz Kitabevi 2010) 237; Bilge Öztan, Tüzel Kişiler (Ders Notları) (Turhan Kitabevi 1994) 32-33; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku C.II (Filiz Kitabevi 2019) 256; Teoman Akünal, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler (Filiz

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi her ne kadar tüzel kişiler açısından “organ” kavramı bu derece önemli olsa da kavramın ne TMK’da ne de TTK’da tanımlandığı görülmektedir. Doktrinde de organın, birden çok tanımı bulunmakla beraber⁵ organ, genel şekilde “*ilgili kanun hükümleri veya tüzel kişinin tüzüğü veya iç yönetmeliğiyle belirlenen ve hem üçüncü kişilerle olan dış ilişkilerde temsil etmesi için hem de tüzel kişinin iç yapısını organize etmesi için yetkilendirilen kişi veya kişi grupları*” şeklinde tanımlanabilir⁶.

Tüzel kişiliği haiz anonim şirketler, faaliyetlerini organları aracılığıyla yerine getirdikleri için (TMK m. 50), şirketin söz konusu organlardan çeşitli biçimlerde yoksun kalmasının da belirli hukuki sonuçlar doğuracağı açıktır. Buna göre bir anonim şirketin organsız kalması, öncelikli olarak söz konusu organları meydana getiren üyelerin, ilgili kanun hükümlerinde ya da esas sözleşmede bulunan nitelik ve şartları, çeşitli sebeplerle yitirmeleri, görev sürelerinin sona ermesi ve seçilmeleri muhtemel genel kurul kararının yoklukla veya butlanla batıl olduğunun tespiti ya da iptaline ilişkin davalar sırasında gündeme gelmektedir⁷.

Kitabevi 1988) 46 vd.; Poroy Reha ve diğerleri, Ortaklıklar Hukuku I (13. Baskı, Vedat Kitapçılık 2014) 326; Jale Akipek ve diğerleri, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C.I (12. Baskı, Beta Basım Yayın 2015) 549; Musa Can, Anonim Şirketlerde Zorunlu Organ Eksikliğinin Sonucu Olarak Fesih Davası (TTK m. 530) (Oniki Levha Yayıncılık 2020) 11. Organ konusunda detaylı bilgi için bkz. Bilge Öztan, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organ Fiillerinden Doğan Sorumluluk (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 272 1970) 3 vd.; Ergun Özsunay, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler (5. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2443 1982) 61 vd.; İsmail Cem Soykan, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu (Oniki Levha Yayıncılık 2012) 6 vd.

⁵ Oğuzman ve diğerleri (n 4) 237-238; Öztan, Organ (n 4) 3 vd.; Poroy ve diğerleri (n 4) 326; Soykan (n 4) 8; Organ kavramı konusunda doktrindeki farklı tanımlar için bkz. Öztan, Organ (n 4) 3 vd.; Özsunay (n 4) 61 vd.; Akipek ve diğerleri (n 4) 549; Öztan, Tüzel Kişi (n 4) 32; Dural/Öğüz (n 4) 256; Akunal (n 4) 46; Mustafa Alper Gümüş, Türk Medeni Hukukunda Kayımlık (Vedat Kitapçılık 2006) 108; Soykan (n 4) 8; Ferah Türkoğlu, ‘Anonim Ortaklıklarda Organ Boşluğu Ve Ortaklığa Kayım Atanması’, (2010) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127, 128.

⁶ Akipek ve diğerleri (n 4) 549; Soykan (n 4) 8.

⁷ Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı (Seçkin Yayıncılık 2012) 352; Gümüş (n 5) 112; Soykan (n 4) 64; Can (n 4) 45-63; Türkoğlu (n

Gerçekten de söz konusu durumlarda organın mevcudiyetini kaybettiği ve genel kurulun yeni bir seçim yapması ihtiyacı bulunmaktadır. Ancak kanun koyucu, yönetim kurulunda boşalan üyeliklerin belirli durumlarda geçici olarak doldurulabileceğini kabul etmekle beraber, söz konusu organlarda üyelerden bir veya birkaçının görevinin sona ermesi durumunda TTK m. 363 işletilerek, ilk genel kurulun toplanmasına kadar anonim şirketin organsız kalmasının önüne geçilmesine imkân sağlamıştır⁸. Zira üyelik boşalmasına rağmen söz konusu imkanlar kullanılmazsa, ilgili organın organ niteliğinin kaybı süreklilik kazanacak olup TTK m. 530 gereği anonim şirketin feshi gündeme gelecektir⁹.

2. Organın Şeklen Mevcut Olmakla Birlikte Faaliyette Bulunmaması

Yukarıda anonim şirketin organının bulunmamasına “fiilen organın yok olması” üzerinden değinilmiştir. Bu noktada şu sorunun da cevabının verilmesinde yarar vardır, anonim şirketin organının, şekli anlamda var olmasına rağmen farklı sebeplerle faaliyette bulunmaması durumlarında da anonim şirketin organının bulunmamasından söz edilebilir mi¹⁰?

Gerçekten de anonim şirketin organı usulüne uygun şekilde kurulmuş ve şeklen

5) 131; Ayşe Gülin Güralp, ‘Anonim Şirkette Kayyım’, (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2005) 51; Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Yadiğar İzmirli, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları (Nobel Yayın Dağıtım 2001) 55 vd.; Yönetim kurulunun yokluğuna ilişkin örnekler için bkz. Ersin Çamoğlu, ‘Anonim Ortaklığa Yönetim Kayyımı Atanması’, (2017) 91 (5) İstanbul Barosu Dergisi 15, 22.

⁸ Türkoğlu (n 5) 132; Soykan (n 4) 64.

⁹ Şener, Ortaklıklar (n 7) 593; Soykan (n 4) 64.

¹⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Ali Dural, ‘Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları’ (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2005) 140 vd.; Ali Murat Sevi, ‘Anonim Ortaklık Organlarında Kilitlenme Hali ve Hukuki Çözüm Yolları’, iç Havva Karagöz ve diğerleri (edr), Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Oniki Levha Yayıncılık 2021) 323 vd.; Umut Metin, Şirketlerde Yönetim Kurulu Krizleri ve Çözüm Yolları (Seçkin Yayıncılık 2022) 220 vd.; Soykan (n 4) 165 vd.

var olmakla birlikte çeşitli nedenlerle faaliyette bulunmuyor olabilir. Buna göre anonim şirket organlarının, üyelerinin veya pay sahiplerinin kendi aralarındaki menfaat çatışmaları ya da fikir ayrılıkları sebebiyle farklı yönde oy kullanmaları veya toplantıya katılmamaları gibi sebepler neticesinde organın geçerli toplantı ve karar yeter sayıları uyarınca hiçbir konuda yahut anonim şirket faaliyetleri ve işleyişi için büyük önem arz eden konularda sürekli şekilde karar alamayacak duruma gelmesi, doktrinde “kilitleme” (*deadlock*) şeklinde adlandırılmaktadır¹¹. Ancak bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki organın şeklen mevcut olmasına rağmen çalışmamasının bir “organ yokluğu olup olmadığı”na ilişkin doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlar, organ yokluğunun, organın sadece fiilen mevcut olmadığı durumlarda gündeme gelebileceğini savunan görüş ve organ yokluğunu geniş yorumlayan görüştür¹².

Organ yokluğunun, organın sadece fiilen mevcut olmadığı durumlarda gündeme gelebileceğini savunan görüşü savunan doktrindeki bir grup yazar, organsızlığın ancak organın gerçek anlamda var olmaması durumunda söz konusu olacağını, organı meydana getiren kişilerin sayılarındaki azalmaların, menfaat çatışmalarının ve tüzel kişinin tasfiyeye girmesinin ya da organ seçiminin zor ve uğraştırıcı olmasının organsızlık şeklinde nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir¹³. Organ yokluğunu geniş yorumlayan yazarlar, konuya daha çok TTK

¹¹ Sevi (n 10) 327; Soykan (n 4) 165.

¹² Çamoğlu (n 7) 24; Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Dural (n 10) 140; Soykan (n 4) 166 vd.

¹³ Öztan, Organ (n 4) 26; İmregün ise konuya ilişkin doğrudan bir görüş beyan etmemekle beraber, TTK m.530’a ilişkin organ yokluğunu örneklerken sadece organın gerçek anlamda yokluğuna ilişkin olasılıklara değinmektedir (Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar (Kutulmuş Matbaası 1968) 479-480); Dolayısıyla yazarın da organ yokluğunu dar anlamda yorumladığı sonucu çıkmaktadır. Benzer şekilde Türkoğlu’nun da şeklen mevcut olan bir yönetim kurulu açısından konuyu ele almaması ve bu varsayımın bir organ yokluğu olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini ayrıca incelememesi sebebiyle organ yokluğunu dar olarak yorumladığı sonucu çıkmaktadır (Türkoğlu (n 5) 127; Aynı yönde Mustafa Dural ve diğerleri, Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku C.III (Filiz Kitabevi 2019) 468).

m. 530 özelinden yaklaşmış ve hükümdeki “*ortaklığın zorunlu organlarının bulunmaması*” ifadesinin “*bu organların oluşturulmaması ve faaliyet göstermemesi*” anlamına geldiğini ifade etmişlerdir¹⁴. Kanımızca da anonim şirketlerde organ yokluğunun geniş yorumlanması gerekmekte ve “*şirketin organlarının var olmasına karşılık herhangi bir nedenle çalışamaması*” hali de organ yokluğu kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Zira doktrindeki organ yokluğunu geniş şekilde yorumlayan yazarların da değindiği gibi bir organın şeklen mevcut olmasına karşın faaliyet göstermemesi ile söz konusu organın gerçek anlamda var olmaması arasında bir fark bulunmamaktadır.

Anonim şirkette kilitlenmenin söz konusu olabilmesinin ön şartı, kurul organın birden fazla üyeden meydana gelmesidir. Esasen kavram olarak kurul organ, birden fazla üyesi bulunan tüzel kişi organını ifade etse de, tek kişilik anonim şirket (TTK m. 338) veya tek üyeli yönetim kurulu (TTK m. 359) mümkündür. Tek kişilik anonim şirket genel kurulunda yapılacak bir oylamaya nazaran tek pay sahibinin iradesi doğrultusunda karar alındığından, kilitlenme durumunun meydana gelmesi kural olarak mümkün olmayacaktır. Öte yandan tek kişilik anonim şirketin pay sahibi konumunda bulunan anonim şirketin kendisi birden fazla pay sahibine aitse-, hakim pay sahibi konumunda meydana gelebilecek bir

¹⁴ Halil Arslanlı, Anonim Şirketler Anonim Şirketin Hesapları-Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi C. IV-V, (Fakülteler Matbaası, İstanbul 1961) 188-189; *Moroğlu* da 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 435 (TTK m. 530)’deki ‘*şirketin kanunen lüzumlu organlarından biri mevcut olmaz, yahut umumi heyet toplanamazsa*’ ifadesiyle, genel kurulun uzun süredir toplanamamasının veya karar alınamamasının, ‘*yönetim kurulu üyelerinin seçilememelerinin veya seçilmiş olsalar bile toplanıp çalışamamalarının*’ kast edildiğini ifade etmektedir (Erdoğan Moroğlu, ‘Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih’, Makaleler (Oniki Levha Yayıncılık 2010) 96; Benzer şekilde doktrinde bir grup yazar, özellikle yönetim kurulunun sürekli şekilde kilitlenmesi ve işlevsiz hale gelmesi durumunda kurulun, kanunda ve esas sözleşmede belirtilen görevleri ifa edemeyeceklerinin açık olduğunu ifade etmektedir (Söz konusu yazarlar için bkz. Gümüş (n 5) 109; Dural (n 10) 141,143; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku (Dora Basım Yayın 2013) 570; Soner Altaş, ‘Anonim Şirkete TTK ve TMK Uyarınca Kayyım Atanması’ (2016) 11 (117) Terazi Hukuk Dergisi 52, 54; Sevi (n 10) 335 vd.; Can (n 4) 67.

kilitlenmenin, tek kişilik anonim şirket bakımından da etki doğuracağı unutulmamalıdır¹⁵.

Kilitlenmenin ilk unsuru, görüş ayrılığı ya da menfaat çatışması gibi sebeplerle aralarında ortaya çıkan bir anlaşmazlığa dayalı olarak, genel kurulda veya çıkarlarını temsil eden üyeler aracılığıyla yönetim kurulunda karar alınmasını önlemeye yönelik bir iradenin pay sahiplerinde varlığıdır¹⁶. Söz konusu unsur, ortak kontrole sahip pay sahiplerinden birisinin vefatı sonucunda mirasçıları arasındaki anlaşmazlıklar sebebiyle genel kurulun toplanamaması gibi farklı nedenlerle yaşanabilecek sürekli karar alamama durumudur¹⁷.

Kilitlenmenin ikinci unsuru, organda sürekli olarak karar alamama durumudur. Söz konusu durum çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Örneğin gündemde var olan bir önerinin kanun veya esas sözleşme ile öngörölmüş olan oy çoğunluğunu sağlayamaması veya olumlu ile olumsuz oyların birbirine eşit çıkması sonucunda o konuda genel kurul tarafından olumsuz şekilde karar verilmiş olur. Yönetim kurulunda da bir karar ancak üyelerin en az kanunda veya esas sözleşmede belirlenen karar yeter sayısını karşılayacak miktardaki olumlu oyları ile alınabilir. Yönetim kurulunda oylar eşit çıktığında ise, genel kuruldan farklı olarak, konu ikinci toplantıya bırakılacaktır. İkinci toplantıda da eşitlik devam ederse söz konusu öneri reddedilmiş sayılacaktır (TTK m. 390/V). Karar alınamama durumuna benzer bir durum da toplantı yeter sayılarının sağlanamamasıdır. Anonim şirketin genel kurul veya yönetim kurulunun toplantı yapabilmesi için gerekli yeter sayılar TTK'da öngörölmekle birlikte, esas sözleşmede de ağırlaştırılmış yeter sayılar düzenlenebilir. Bu itibarla toplantı yeter sayısının sağlanması için katılımı zorunlu olan kişi veya kişilerin, toplantıya katılmayarak

¹⁵ Sevi (n 10) 329; Soykan (n 4) 165-166.

¹⁶ Dural (n 10) 39; Sevi (n 10) 329.

¹⁷ Sevi (n 10) 329.

karar almaya engel olabilmesi mümkündür¹⁸. Buna ek olarak, karar alamama durumu, kurul organın yetkililer tarafından toplantıya çağrılmaması sebebiyle toplanamaması sonucunda da meydana gelebilir¹⁹. İşte bu ve benzeri durumlarda anonim şirket, tabiri caiz ise “kilitlenecek” ve faaliyetine devam edemez hale gelecektir. Buna göre organın karar mekanizmasının, bazı konulara münhasır olarak kısmen işlemediği durumlar, kısmi kilitlenme; organın karar alma fonksiyonunu tamamen yerine getiremediği, kurulun hiçbir konuda karar alamadığı durumlarda da tam kilitlenme söz konusu olmaktadır²⁰.

B. FESİH DAVASI

Anonim şirketlerde kanunen zorunlu organlarından birinin mevcut olmamasına veya genel kurulun toplanamamasına bağlanan en önemli sonuçlardan birisi de şirketin, TTK m. 530 uyarınca feshine karar verilmesidir. Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli olan organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığının²¹ istemi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, yönetim kurulunu da dinleyerek şirketin durumunu kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirler. Bu süre içinde durum düzeltilmezse,

¹⁸ Sevi (n 10) 330.

¹⁹ Dural (n 10) 66 vd.

²⁰ Dural (n 10) 64-66; Can (n 4) 68.

²¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG.: 30.06.2012, S. 28339) ile değişikliğe uğramadan önceki ilk halinde şirketin feshi davası açma yetkisi, ‘Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na verilmişse de Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG.: 08.06. 2011, S. 27958) ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı mülga hale gelmiş ve yerini Gümrük ve Ticaret Bakanlığı almıştır. Ancak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı da Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Kararname Numarası: 1) (RG.: 10.07.2018 10, S. 30474) ile mülga hale gelmiş ve nihayetinde yerini ‘Ticaret Bakanlığı’ almıştır. Dolayısıyla bugün anonim şirkette kayımlık tesisinin temelini oluşturan TTK m. 210/III, m. 353, m. 530 ve 531 hükümlerindeki fesih davası açma yetkisi Ticaret Bakanlığı’nda olup çalışmamız kapsamında da ilgili bölümlerde ‘Ticaret Bakanlığı’ şeklinde ifade edilecektir.

mahkeme şirketin feshine karar verir (TTK m. 530/I). Hükümden de görüleceği üzere kanun koyucu, maddenin uygulanmasını iki seçimlik şekildeki olguya bağlamıştır. Buna göre anonim şirkette ya uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli olan organlarından birisinin olmaması ya da genel kurulun toplanamaması, TTK m. 530'un uygulanabilirliğini mümkün kılmaktadır. Organsızlık halinin varlığı için, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan²² farklı olarak TTK ile “uzun süre” kriteri getirilerek²³, hükmün gerekçesinde organ eksikliği durumunun devamlılık arz etmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak devamlılıktan nasıl bir süre anlaşılması gerektiği hususunda TTK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Hükmün gerekçesinde ise, “*kötüye kullanmaların önüne geçmek ve somut olayın şartlarına göre değerlendirebilme imkanının tanınması amacıyla takdir yetkisinin hakime bırakıldığı*” ifade edilmektedir.

Anonim şirketinin denetiminin, Türk Ticaret Kanunu ile birlikte “organ” vasfından çıkarılması uyarınca TTK m. 530'da “*uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli organlarından biri mevcut değilse*” ifadesinden sadece yönetim kurulu anlaşılmaktadır²⁴.

²² RG.: 09.07.1956, S. 9353; Çalışmanın devamında 'ETTK' şeklinde anılacaktır.

²³ Kendigelen, maddeye eklenen 'uzun süreden beri' ibaresinin uygulamada geniş yorumlanması gerektiğini, organ yokluğu sebebiyle açılan davaların sadece bu nedenle reddedilmesi ihtimalinin oldukça yüksek olduğunu, aslında mahkemenin ortaklığın feshine karar vermeden önce durumun uygun hale getirilmesi için muhakkak süre vereceğine göre artık organ yokluğunun veya genel kurulun toplanamamasının ne kadar süre devam ettiğinin pratik olarak bir anlam ve öneminin de bulunmadığını ve hükme yapılan bu eklemenin isabetli olmadığını belirtmektedir (Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2016) 432-433).

²⁴ Dural ve diğerleri (n 13) 468; Bilgili ve Demirkapı (n 14) 570; Tamer Bozkurt, 'Yönetimsel Yetersizlikler Nedeni İle Anonim Şirketlere TMK m. 427/4 Gereğince Yönetim Kayyımı Atanması Sorunsalı', iç Havva Karagöz ve diğerleri (edr), Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Oniki Levha Yayıncılık 2021) 309; Soykan (n 4) 266; Kendigelen, hükümdeki '*şirketin kanunen gerekli olan organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa*' ifadesi karşısında, genel kurulun özel olarak zikredildiğini, ancak TTK sistematığına göre genel kurul dışında sadece yönetim kurulunun kanuni organ olduğunu

TTK m. 530'un yönetim organının bulunmaması yanında ikinci alternatif uygulama alanı da genel kurulun toplanamamasıdır. Buna göre hükümde geçen genel kurulun toplanamamasından anlaşılması gereken, kurulun toplanıp karar alamaması ve böylece kendisine kanun ve esas sözleşmeyle verilmiş görevleri yerine getirememesidir²⁵. Örneğin, genel kurul toplanmasına rağmen, toplantıda karar nisabının oluşmaması ya da muhalif oylar nedeniyle karar alamaması, kural olarak gerçek anlamda organ eksikliğine sebep olmamakla birlikte, bu durum, şirket işlerinde kilitlenmeye yol açacak seviyede devamlılık arz ederse, "organ eksikliği" sonucu ortaya çıkabilir²⁶. Dolayısıyla organ eksikliğinin mevcut olup olmadığının, her somut olay kapsamında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekliliği ortadadır²⁷.

Yukarıda da ifade edildiği üzere anonim şirketin yönetim kurulu şeklen mevcut olmayabilir veya şeklen mevcut olmakla birlikte yönetim kurulu işlevsiz veya faaliyetleri kilitlenmiş olabilir. Buna göre yönetim kurulunun uzun süreden beri toplanamaması²⁸, yönetim kurulunun görev süresinin dolması, tüm yönetim kurulunun istifa etmiş olması²⁹ ya da görevden alınmasına rağmen genel kurulca

belirterek hükmü eleştirmektedir (Kendigelen (n 23) 433).

²⁵ Bilgili ve Demirkapı (n 14) 570.

²⁶ Aynı yönde, Soykan (n 4) 266; *Altaş*'a göre, kilitlenmenin organsızlık seviyesine ulaşabilmesi için bu durumun uzun bir süre devam etmesi ve şirketin çalışamaz duruma gelmesi gerekmektedir (*Altaş* (n 14) 54). *Soykan* ise, yakın zamanda yapılacak genel kurul toplantı gündeminde yönetim kurulu üyelerinin değiştirilmesi varsa ya da çalışmayan yönetim kurulu üyeleri tarafından bu gündemle genel kurulun toplanması konusunda davet girişimlerinde bulunulmuşsa, mahkemece şirkete kayyım atanmaması gerektiğini belirtmektedir (*Soykan* (n 4) 268).

²⁷ Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11 HD, E 2014/1761 K 2014/16924, 05.11.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023).

²⁸ Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK, E 2017/11-160 K 2017/1370, 15.11.2017 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023).

²⁹ Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki yönetim kurulu üyelerinden birinin vefatı, iflası, ehliyetinin kısıtlanması ya da esas sözleşme ile öngörülen diğer bir sebebin gerçekleşmesi ile yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesi halinde, TTK m. 363/I gereği, yönetim kurulunun kanuni şartları haiz birini geçici üye olarak seçmesi mümkün olduğundan, salt yönetim kurulu üyelerinden birinin bu sıfatını kaybetmesi, şirkete

yeni yönetim kuruluna ilişkin seçim yapılamaması³⁰ veya genel kurulca seçim yapılmasına karşın genel kurul kararının yokluğunun veya butlanının tespitinin veya iptalinin istenmesi durumlarında da ³¹ TTK m. 530 gündeme gelecektir. Benzer şekilde yönetim kurulunun toplantıya davet edilmemesi nedeniyle toplanamadığı veya toplantı yeter sayılarının oluşmadığı gibi durumlarda da yine TTK m. 530 uyarınca fesih davası gündeme gelecektir.

II. GENEL HATLARIYLA ANONİM ŞİRKETTEKİ YÖNETİM KAYYIMLIĞI VE KAYYIMLIK TESİSİNE İLİŞKİN KARARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. ANONİM ŞİRKETTEKİ YÖNETİM KAYYIMLIĞI

Türk Ticaret Kanunu'nun 530. maddesi uyarınca organ yokluğu iddiasına muhatap olmuş bir anonim şirketin feshine karar verilebilmesi için, öncelikle

kayyım atanmasına neden olmaz. Dolayısıyla kalan üyelerin gerek genel kurulu toplantıya çağırarak gerekse de TTK m. 363/I'de öngörülen geçici üye seçimi ile bu boşluğun doldurulması imkânı bulunduğundan, TMK m. 427'de öngörülen 'yönetimin başka yoldan sağlanamaması' şartının gerçekleşmemesi nedeniyle, şirkete kayyım atanması talep edilemez. Aynı yönde bkz. Şükrü Yıldız, 'Sermaye Şirketlerine Yönetim Kayyımı Atanmasını Gerektiren Haller', (2017) 2 (32) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 95, 104; Aynı yönde örnek Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11 HD, E 1985/4821 K 1985/5036, 3.10.1985 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023). Ancak yönetim kurulunun geçici üye atamak için veya genel kurulu toplantıya çağırarak için gerekli toplantı ve karar yeter sayısını sağlayamaması durumunda, 'yönetimin başka yoldan sağlanamaması' şartı da gerçekleştiğinden şirkete, organ boşluğu sebebiyle yönetim kayyımı atanması gündeme gelebilir (Türkoğlu (n 5) 133, 142, 143). Türkoğlu, ETTK döneminde yazdığı makalesinde, yönetim kurulunun toplantı ve karar yeter sayısını sağlayamadığı durumlarda, eğer genel kurul kararı ile yönetim kurulu için yedek üye seçimi yapılmışsa, bu durumda da anonim şirkete kayyım atanmasına gerek olmadığı görüşündedir (Türkoğlu (n 5) 141-142).

³⁰ Konu hakkında örnek Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11 HD, E 2018/5372 K 2019/6823, 05.11.2019 (Sevi (n 10) 337 dn. 39); Yargıtay 12 HD, E 1994/1274 K 1994/421, 27.01.1994 (Gönen Eriş, Ticari İşletme ve Şirketler (Seçkin Yayınevi 2004) 1790.

³¹ Türkoğlu (n 5) 143; Aynı yönde örnek Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11 HD, E 2014/15320 K 2015/2749, 27.02.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023).

anonim şirkete, durumun kanuna uygun hale getirilmesi için mahkemece bir süre verilmesi şarttır ve bu süre tanınmadan anonim şirketin feshi yoluna gidilemez. Kanun koyucu, TTK m. 530'un lafzında "süre" ifadesini düzenlemekle birlikte mahkemece "verilecek sürenin ne kadar olacağı" konusunda bir ifadesi düzenlememiş olup uygun süreyi, mahkemenin takdirine bırakmıştır³². Uygulamaya bakıldığında uygulamada mahkemelerce farklı süreler verilmekle beraber genellikle altı aylık bir süre verildiği görülmektedir³³. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesi yerinde olacaktır. Mahkemenin, şirketin durumunun kanuna uygun hale getirilmesine ilişkin anonim şirkete 6 aylık bir süre tanıdığı durumda, söz konusu süre boyunca anonim şirketin yönetimi ve temsili nasıl sağlanacaktır?

İşte bu noktada mahkemenin tesis edeceği yönetim kayımlığı gündeme gelecektir. Esasen TTK m. 530 kapsamında yönetim kayımlığının gündeme gelişi, aşağıda detaylıca inceleneceği üzere, hem "*Dava açıldığında mahkeme, taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alabilir*" şeklinde düzenlenen TTK m. 530/II hükmünden hem de hükmün gerekçesinden³⁴ görülmektedir.

³² İzmirli (n 7) 136; Kendigelen (n 23) 433; Bilgili ve Demirkapı (n 14) 571; Murat Alışkan, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları (Legal Yayıncılık, 2007) 252; Soykan (n 4) 302; Muhammed Sulu, Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı (Oniki Levha Yayıncılık 2019) 223.

³³ Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. 11 HD, E 1981/5518 K 1981/5527, 21.12.1981 (Can (n 4) 102 dn. 128); 11 HD, E 986/2643 K 1986/3230, 27.5.1986 (Can (n 4) 102 dn. 128); TTK m. 530'a göre şirketin durumunu kanuna uygun hale getirmesi için verilen bir aylık sürenin 'uygun süre' olarak kabul edilmediğine yönelik örnek Yargıtay kararı için bkz. 11. HD., E. 1986/2643, K. 1986/3230, T. 27.05.1986 (Alışkan (n 32) 252 dn. 523). Öte yandan yukarıda da ifade edildiği gibi 'uygun süre' bakımından Yargıtay uygulaması altı ay olmakla beraber mahkeme tarafından üç aylık sürenin verildiği ve Yargıtay'ın da bu süreyi tartışmadığı, dolayısıyla somut olaya göre yetersiz bulmadığına ilişkin örnek karar için bkz. 11. HD., E. 2003/11168, K. 2003/3352, T. 07.04.2003 (Alışkan (n 24) 253 dn. 526).

³⁴ Bkz. TTK m. 530 hükmünün gerekçesi.

Kayyım (*Beistand, pfleger*), Arapça kökenli bir sözcük olup³⁵ sözlük anlamıyla, “belli bir malın yönetilmesi ya da belli bir işin yapılması için görevlendirilen kimse”dir³⁶. “Kayyımlık” kavramı ise hem TMK’da düzenlenen bir kurumun adı hem de yönetilen bir güç ve sıfattır³⁷. Söz konusu durum, kayyımlık kurumunun düzenlendiği TMK’daki konumundan da görülmektedir. Buna göre “kayyımlık” kurumunun, Türk Medeni Kanunu’nun Aile Hukuku Kitabının “Vesayet”e ayrılan üçüncü kısmının beşinci ayrımı, “Kayyımlık ve Yasal Danışmanlık” başlığı altında yasal danışmanlık ile birlikte düzenlendiği görülmektedir³⁸.

³⁵ ‘Kayyım’, Arapçadaki ‘kıyam’ kelimesinden türemiş olup ‘icra etmek’, ‘yürütmek’, ‘işini görmek’, ‘kaim olmak’ ve ‘yerine geçmek’ gibi anlamları vardır (‘Kayyım’ <<https://islamansiklopedisi.org.tr/kayyim>> Son Erişim Tarihi: 09.04.2023).

³⁶ ‘Kayyım’ <<https://sozluk.gov.tr/>> Son Erişim Tarihi: 09.04.2023; ‘Kayyım’ kavramı hukuk sözlüğünde ise benzer olarak ‘kayyım yasada belli durumlarda, gerçek hak sahibinin ehliyetsizliği, haklarını kullanamaması ve benzeri sebeplerin varlığı halinde, onun yerine (kanuni temsilci olarak) bir malı yönetmek veya bir işi görmek üzere atanan kimsedir’ şeklinde tanımlanmaktadır (Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü (Yetkin Yayınları 1996) 456; Doktrindeki farklı kayyım tanımları için bkz. August Egger, Aile Hukuku Üçüncü Kısım Vesayet, Volf Çernis (çev) (Yeni Cezaevi Matbaası 1952) 642; Cahit Oğuzoğlu, Medeni Hukuk, C.II (5. Baskı, Yeni Desen Matbaası 1963) 359; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Aile hukuku (Filiz Kitabevi 1986) 627; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, Aile Hukuku, (İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3388 1986) 339; Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku (2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2016) 729; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.II (19. Baskı, Beta Basım Yayın 2016) 497; Çamoğlu, (n 7) 16; Dural ve diğerleri (n 13) 425; Gümüş (n 5) 1 vd.; Güralp (n 7) 1 vd.

³⁷ Oğuzoğlu (n 36) 359; Köprülü ve Kaneti (n 36) 339; İzmirli (n 7) 129; Kayyımlık kurumu konusunda detaylı bilgi için bkz. Gümüş (n 5) 1 vd.

³⁸ Akıntürk ve Ateş (n 36) 497; Dural ve diğerleri (n 13) 427; Türk Medeni Kanunu’nun vesayete ilişkin hükümlerine baktığımızda doktrinde, ‘kayyımlık’ kavramının, kendi içerisinde ‘dar’ ve ‘geniş’ olmak üzere iki farklı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Dar anlamda kayyımlık da kendi içerisinde, temsil kayyımlığı (TMK m. 426), yönetim kayyımlığı (TMK m. 427) ve istek üzerine kayyımlık (TMK m. 428) türlerini barındırmaktadır. Geniş anlamda kayyımlığın ise dar anlamda kayyımlık kümesi içerisindeki kayyımlık türlerinin yanı sıra kendine özgü bir kurum olan yasal danışmanlığı (yönetim veya temsil danışmanlığını) da kapsadığı görülmektedir. Türk Medeni Kanunu’nda Aile Hukuku Kitabının üçüncü kısmı dışındaki kayyımlık kurumuna ilişkin diğer hükümlere baktığımızda münhasıran ‘dar anlamda kayyımlığı’ düzenlediği görülmektedir (Oğuzoğlu (n 36) 359-360; Kılıçoğlu (n 36) 729; Gümüş (n 5) 1-3). Mülga Medeni Kanun ve Medeni Kanun’un mehzazı olan İsviçre Medeni Kanunu’ndaki (İMK) kayyımlık kurumu konusunda detaylı bilgi için bkz. Egger (n 36) 642 vd.

Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen kayyımlik türlerinden biri olan yönetim kayyımlığı, Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesinde düzenlenmiştir. Hüküm, temsil kayyımlığını düzenleyen 426. maddeden farklı olarak yönetim kayyımlığını, bir malvarlığının yönetim ihtiyacı duyduğu her durum ve konuda yönetim kayyımlığı tesisini olanaklı kılan bir “genel hüküm” şeklinde düzenlemiştir³⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesine göre,

“Vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri alır ve özellikle aşağıdaki hâllerde bir yönetim kayyımı atar:

- 1. Bir kimse uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemezse,*
- 2. Vesayet altına alınması için yeterli bir sebep bulunmamakla beraber, bir kişi malvarlığını kendi başına yönetmek veya bunun için temsilci atamak gücünden yoksunsa,*
- 3. Bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin menfaatleri gerekli kılırsa,*
- 4. Bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa,*
- 5. Bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için halktan toplanan para ve sair yardımı yönetme veya harcama yolu sağlanamamışsa”.*

Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesine bakıldığında kanun koyucunun, başta kayyımlik tesisi olmak üzere, vesayet makamının gerekli önlemlere başvurabilmesi için “bir malvarlığının yönetiminin kimseye ait olmaması” olgusunu aradığı görülmektedir⁴⁰. Bu noktada TMK m. 427'nin lafzına göre

³⁹ Feyzioğlu, 627; Köprülü ve Kaneti (n 36) 339; Kılıçoğlu (n 36) 731; Dural ve diğerleri (n 13) 428; Gümüş (n 5) 61; Güralp (n 7) 9-10.

⁴⁰ TMK m. 427 hükmünün oluşturulması aşamasında kanun koyucunun, mülga Medeni

kayım tayini için bir malvarlığının yönetiminin mutlaka bir kişiye ait olup olmadığı konusunda doktrinde tartışmalar bulunmakla birlikte⁴¹ TMK m. 427'deki “*bir malvarlığının yönetiminin kimseye ait olmaması*” olgusunun, kendisini de kapsayan daha geniş bir ifadeyle “*bir malvarlığının gerekli yönetimden yoksunluğu*” olarak okunması kanımızca uygun olacaktır⁴². Dolayısıyla “gerekli yönetim yoksunluğu”, bir malvarlığının yönetiminin fiilen bulunmaması yanında yönetim altındaki bir malvarlığının kötü veya yetersiz yönetilmesi halini de kapsamaktadır⁴³. Bir diğer ifade ile TMK m. 427 uyarınca yönetim kayımlığı kurumunun uygulanması için ya bir malvarlığının “bilinen ve mevcut” yöneticisi tarafından özenli olarak malvarlığının yönetimini önleyen bir engel mevcut olmalıdır ya da bir malvarlığı, yetkili bir yöneticisinin yönetimi altında bulunmamalıdır (diğer ifadeyle yönetsiz bulunmalıdır)⁴⁴. Gerekli yönetim ihtiyacı, malvarlığının korunmasına yönelik ve sonuçta malvarlığı üzerindeki hak sahibi lehine olabileceği gibi, gerekli olan ve fakat hiç yapılmayan ya da gerekli dikkat ve özeni göstermeksizin yapılan yönetime ilişkin tasarruflar

Kanun'un 337. maddesindeki ‘*idareyi kimseye ait olmayan mallar*’ ifadesini aynı şekilde TMK m. 427'nin lafzına almayı tercih ettiği açıktır. Oysa ki İsviçre Medeni Kanunu'nun 393. maddesi ‘*bir malvarlığının gerekli olan yönetimden yoksunluğu*’ şartını aramakta olup söz konusu şart, *Gümüş*'ün de haklı olarak savunduğu gibi doğru bir tercihtir (*Gümüş* (n 5) 63).

⁴¹ Doktrindeki tartışmalar için bkz. Kılıçoğlu (n 36) 731; *Gümüş* (n 5) 63; Zira TMK m. 427'nin lafzına bağlı kalınacak olursa, kayıım tayini için bir malvarlığının yönetiminin mutlaka bir kişiye ait olmaması gerekecektir. Bu durumda bir malvarlığının yönetiminin belirli bir kişiye ait olup da söz konusu kişinin yönetime ilişkin bir yetersizlik taşıdığı durumlarda, kayımlık tesisi mümkün olmayacaktır. Oysaki malvarlığına ilişkin yönetim ihtiyacı, uygulamada olmayan yönetimler kadar, yetersiz yönetimlere dayalı olarak da çok sık şekilde karşımıza çıkmaktadır. Buna ek olarak, TMK m. 427'de kayımlık tesisini gerektiren hallere ilişkin ‘uygulama örneği olarak’ sayılan beş bent incelendiğinde, özellikle 2., 3. ve 5. bentlerde sayılan durumlarda yönetimi belirli kişilere ait bir malvarlığına ilişkin yönetim eksikliğine dayalı olarak kayımlık tesisinin düzenlendiği görülmektedir.

⁴² Aynı yönde bkz. Dural ve diğerleri (n 13) 431; Kılıçoğlu (n 36) 731; Öztan, Organ (n 4) 24-25; *Gümüş* (n 5) 63.

⁴³ Oğuzoğlu (n 36) 363; *Gümüş* (n 5) 63.

⁴⁴ *Gümüş* (n 5) 63.

nedeniyle üçüncü kişilerin (örneğin bir alacaklının veya anonim şirketteki pay sahibinin) haklarının dolaylı olarak korunmasına da yönelik olabilir⁴⁵.

Sonuç olarak, bir malvarlığının gerekli yönetimden yoksunluğu, doğurduğu özel koruma ihtiyacı çerçevesinde ve kural olarak TMK m. 427’de beş bent olarak sayılan hallerde, kayyımlik tesisini gerekli kılmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu’nun ikinci kitabı olan “Ticaret Şirketleri” nin “Anonim Şirketler” başlıklı dördüncü kısmında, “kayyımlik” kurumunun düzenlenip düzenlenmediğine baktığımızda karşımıza “kayyım” kelimesinin geçtiği iki farklı hüküm çıkmaktadır.

Söz konusu hükümlerden ilki, pay sahiplerinin genel kurulu toplantıya çağırması veya genel kurul gündemine madde eklenmesine ilişkin istemlerin yönetim kurulu tarafından kabul edilmediği ya da söz konusu isteme, yedi iş günü içinde olumlu cevap vermediği halleri düzenleyen TTK m. 412’dir. Hüküm uyarınca pay sahiplerinin çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemleri, yönetim kurulu tarafından reddedildiği veya isteme yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği takdirde, aynı pay sahiplerinin başvurusu üzerine, genel kurulun toplantıya çağırılmasına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi karar verebilir. Mahkeme toplantıya gerek görürse, gündemi düzenlemek ve Kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atar. Kararında, kayyımın, görevlerini ve toplantı için gerekli belgeleri hazırlamaya ilişkin yetkilerini gösterir. Zorunluluk olmadıkça mahkeme dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir. Karar kesindir (TTK m. 412). Bir diğer hüküm ise TTK m. 441/III’de düzenlenen anonim şirkete özel denetçi atanması durumunda özel denetçiye bilgi verilmesidir. Hüküm uyarınca kurucular, organlar, vekiller, çalışanlar, kayyımlar ve tasfiye memurları önemli olgular konusunda özel denetçiye bilgi vermekle yükümlüdür. Uyuşmazlık hâlinde kararı mahkeme verir.

⁴⁵ Gümüş (n 5) 64; Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Çamoğlu (n 7) 24.

Mahkemenin kararı kesindir (TTK m. 441/III)⁴⁶.

Yukarıdaki Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketler kısmında düzenlenen hükümleri dışında TTK'da ve ilgili mevzuatta, anonim şirkette “yönetim kayımlığı” tesisinin nasıl gerçekleşeceğine ve hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak gerek doktrinde⁴⁷ gerekse de uygulamada⁴⁸ haklı olarak kabul gördüğü üzere anonim şirketin iç dinamiklerine ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde anonim şirkette kayımlık tesisinin, TMK m. 427/I-4'ün “bütün tüzel kişileri” kapsayacak şekilde düzenlenmiş olması⁴⁹ ve TTK m.1 ile TMK m. 5 uyarınca TMK m. 427/I-4'ün kıyasen uygulanması suretiyle gerçekleşmesi mümkündür. Dolayısıyla gerek anonim şirkette çıkar grupları arasındaki menfaat çatışmalarının önlenmesi amacıyla gerek yönetim organının maddi olarak yokluğu sebebiyle gerekse de şirket içi kilitlenmiş faaliyetlerin çözümlenmesi noktasında⁵⁰ vesayet makamınca anonim şirkette,

⁴⁶ Türk Ticaret Kanunu'nda geçen ‘kayımlık’ kavramının yer aldığı hükümler konusunda detaylı bilgi için bkz. Altaş (n 14) 53; Yıldız, Yönetim (n 29) 101; Bozkurt (n 24) 295-299.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. Öztan, Organ (n 4) 27; İzmirli (n 7) 129; Dural ve diğerleri (n 13) 437; Altaş (n 14) 54; Bozkurt (n 24) 297-298; Güralp (n 7) 10.

⁴⁸ Konu hakkında örnek Yargıtay kararları için bkz. 11. HD, E 1988/65 K 1988/3848, 10.06.1988 (İzmirli (n 7) 130); 11 HD, E 2004/14526 K 2005/11912, 05.12.2005 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023).

⁴⁹ Söz konusu durum, hükmün gerekçesinde de ‘*Maddenin (4) numaralı bendi bir kısım tüzel kişilerin sayılması yerine bütün tüzel kişileri kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre herhangi bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmışsa ve yönetimi başka bir yasal yolla sağlanamıyorsa yönetim kayımlı tayin edilebilecektir.*’ şeklinde kendisine yer bulmaktadır.

⁵⁰ Söz konusu durum, anonim şirketteki ‘organ yokluğu’ ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ile bağlantılıdır. Buna göre doktrinde bir grup yazar, anonim şirketteki yönetim organının faaliyetlerinin kilitlenmesi veya kötü yönetilmesi durumlarını, anonim şirkete yönetim kayımlı atanması için yeterli görmemektedir. Yazarlara göre söz konusu sorunun, genel kurulun toplanması veya yönetim kuruluna karşı sorumluluk davası açılması ile çözümü mümkündür (Çamoğlu (n 7) 24; Öztan, Organ (n 4) 26; Dural (n 10) 141-142; Altaş (n 14) 54;). Kötü yönetim iddiasının kayımlı atanmasına kanuni temel oluşturup oluşturmayacağı hakkında bir Bölge Adliye Mahkemesi kararı üzerinden yapılan tartışmalar için bkz. Şükrü Yıldız, Hukuki Mütalaalar-4 (Oniki Levha Yayıncılık 2020) 251-280; Yıldız, Yönetim (n 24) 105. Konu hakkında Yargıtay uygulaması

incelendiğinde, Yargıtay'ın, 'ortağın mahkemeye başvurarak yöneticilerin kötü ve kanuna aykırı yönetimi nedeniyle azli ve yerlerine yönetim kayyımı atanması' talepli dosyalarda yönetim kurulu üyelerinin kötü yönetim veya benzer bir 'haklı' olduğu iddia olunan sebepten dolayı mahkeme kararı ile geçici ya da nihai olarak görevden alınmaları ve dolayısıyla yerlerine geçici hukuki koruma kararıyla kayyım tesis edilmesine imkan veren bir düzenlemenin olmadığı gerekçesiyle bu talepleri reddettiği görülmektedir. Konu hakkında örnek Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11 HD, E 2016/1427 K 2017/3461, 7.6.2017 (Oruç Hami Şener, Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi (2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2020) 61); Yargıtay 11 HD, E 2017/3136 K 2019/338, 15.1.2019 (Şener, Yeni TTK (n 50) 60). Aksi yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11 HD, E 1994/1274 K 1994/421, 27.01.1994 (Dural (n 10) 141). Bizim de katıldığımız doktrindeki bir grup yazara göre ise anonim şirkette yönetim organı yokluğunun 'geniş' şekilde yorumlanması gereklidir. Buna göre şirketin yönetim organının kilitlendiği veya kötü yönetildiği durumlarda da anonim şirkete yönetim kayyımı atanması gereklidir (İzmirli (n 7) 133; Gümüş (n 5) 63; Bozkurt (n 24) 315; Soykan (n 4) 194; Güralp (n 7) 53). Gerçekten de örneğin anonim şirket, yönetim organından fiilen yoksun ise veya ortada şeklen ve kanuni şartları taşıyan TMK m. 427 uyarınca bir yönetim organı bulunmakla beraber bu organ, fiilen çalışmaması sebebiyle 'kilitlenmiş' ise şirkete yönetim kayyımının atanması, sürecin mahkeme tarafından takip edilmesi veya yeni koşulların meydana gelmesi (çıkar süjelerinin menfaat çatışmalarının ortadan kalkması veya sorunlu pay sahiplerinin paylarını devretmesi gibi) durumlarında gündeme gelmektedir. Bir diğer ifade ile faaliyetleri kendi iç yapısından kaynaklı 'kilitlenmiş' bir anonim şirkete atanacak kayyım, söz konusu kilidin 'anahtarı' vazifesi görecektir. Söz konusu olgunun tipik örneği de iki pay sahipli, %50-%50 ortaklık yapısının var olduğu ve birlikte imzanın var olduğu anonim şirketlerdir. *Türkoğlu*, anonim şirkette yönetim organının mevcut olmasına rağmen şirketin faaliyet alanına giren bir iş veya işlemin yapılmasında ya da şirketin malvarlığı kapsamına giren bir malın korunması için gerekli faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde mevcut yönetim organının çalışmasına engel bir sebep nedeniyle iş yapamaması (kilitlenmesi) durumlarında talep üzerine şirkete temsil kayyımı atanması gerektiğini savunmaktadır (*Türkoğlu* (n 5) 148). Kanımızca söz konusu görüş yerinde değildir. Temsil kayyımının anonim şirkete atanmasındaki temel neden, yönetim kurulunun, anonim şirketi temsilde görevini yerine getirememesidir. Bu durum özellikle, anonim şirket tarafından yönetim kurulu üyelerinin hepsine karşı açtığı veya yönetim kurulunun 'kurul' halinde (veya kurul üyelerinin hepsinin) anonim şirkete karşı açtığı davalarda gündeme gelmektedir. Söz konusu davalarda anonim şirket, davada temsil edilme ihtiyacı duymaktadır. Dolayısıyla anonim şirkete atanan temsil kayyımının başlıca görev ve yükümlülüğü anonim şirketi, davada temsil etmekten ibarettir. Oysaki, yönetim kayyımının temel amacı, 'yönetim' organı geçici süreyle bulunmayan anonim şirketin, ticaret hayatında yaşamına düzgün bir şekilde devam edebilmesini geçici de olsa sağlamaktır. Bir diğer ifade ile yönetim kayyımının başlıca görev ve yükümlülüğü, anonim şirketin yönetim kurulunun maddi olarak var olmadığı veya fiilen var olup da işlerliğini yitirdiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Anonim şirkette organ yokluğu ve organ yokluğunun kayyım atanması ile arasındaki ilişki konusunda detaylı bilgi için bkz. Soykan (n 4) 84-193; *Türkoğlu* (n 5) 129-148. Anonim şirkette yönetim kurulunun

yönetim kayyımlığının kurulması mümkündür.

B. KAYYIMLIK TESİSİNE İLİŞKİN KARARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Geçici Hukuki Koruma Kavramı

Yargılama prosedürleri içerisinde somut olaydaki maddi ilişkinin gün yüzüne çıkması için belirli bir zamana ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak davadaki yargılamaya ilişkin usuli işlemler ile taraflardan hangisinin haklı olduğu yönündeki inceleme bir hayli zaman almakta ve yargılamanın devamı sırasında ya daha önce meydana gelen değişik nedenlerden dolayı yargılama ile ulaşılmak istenen sonuçtan zaman zaman uzaklaşabilmekte ya da bu sonucun elde edilmesi güçleşebilmektedir. Bu sebeple yargılamanın sonucunun yargılamaya başlandığı sırada ve hatta ondan öncesinde güvence altına alınması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Söz konusu durumda da davacının sonuç ve istemleri, tabiri caiz ise “boşa düşmüş” olacak ve davanın kazanılması durumunda dahi “müddeabih” kaybedilecektir. İşte bu noktada da “geçici hukuki koruma” kavramı ortaya çıkmakta olup nihai hukuki koruma elde edilinceye kadar geçici hukuki koruma tedbirleri (özellikle teminat amaçlı ihtiyati tedbirler) devreye girecektir⁵¹.

Dolayısıyla geçici hukuki koruma, hem medeni yargılama hukukunun amaçlarına

kilitlenmesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Dural (n 10) 30 vd.

⁵¹ Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (Legal Yayınevi 2015) 498; Ramazan Arslan ve diğerleri, Medeni Usul Hukuku (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 605; Saim Üstündağ, İhtiyati Tedbirler (Fakülteler Matbaası 1981) 1-2; Murat Atalı ve diğerleri, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (Yetkin Yayınları 2018) 687; Şanal Görgün ve diğerleri, Medeni Usul Hukuku (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2018) 729; Muhammet Özekes, ‘Geçici Hukuki Koruma’ iç Hakan Pekcanitez ve diğerleri (edr), Pekcanitez Medeni Usul Hukuku C.III (15. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2017) 2435 vd.; Sanem Yılmaz, Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukuki Korumalar (İhtiyati Tedbirler) (Güncel Yayınevi 2004) 4-5; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku C.II (Yetkin Yayınları 2022) 211; Ejder Yılmaz, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C.I (Yetkin Yayınları 2005) 28 vd.; İhtiyati tedbirler konusunda detaylı bilgi için bkz. Evrim Erişir, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri (Oniki Levha Yayıncılık 2013) 4.

hizmet etmekte hem de asıl yargılamanın başından sonuna kadar geçen süreçte bir köprü görevi üstlenmektedir⁵².

2. “Anonim Şirketlere Kayyım Atanması” Kararının Geçici Hukuki Koruma Niteliğinde Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Buraya kadar yapılan açıklamalar geçici hukuki korumayla ilgili genel çerçeveyi çizmektedir. Bu noktada öncelikle şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır. Anonim şirkette kayyımlık tesisi ile nihai hukuki koruma mı amaçlanmaktadır yoksa kayyımlık tesisi kararı, geçici bir hukuki koruma niteliğinde midir?

Sorunun cevabını, çalışmamıza konu dava olan TTK m. 530’da düzenlenen fesih davası özelinde verdiğimizde örneğin Ticaret Bakanlığı’nın TTK m. 530 uyarınca anonim şirkete karşı “yönetim kurulunun yokluğu” sebebiyle açabileceği davanın konusu, “anonim şirketin organ yokluğundan kaynaklı feshi”dir⁵³. Söz konusu dava, inşai nitelikte bir davadır. Mahkemenin bu dava sonucunda vereceği “anonim şirketin feshi”ne ilişkin karar, inşai nitelikte bir karar olup, anonim şirket, mahkemenin vereceği bu inşai karar ile feshedilir⁵⁴. Hükmün ikinci fıkrası ise, fesih davasının açılması sonrası ve davanın taraflarından birisinin istemi üzerine, mahkemece gerekli tedbirlerin alınabileceğini düzenlemektedir. İşte bu noktada anonim şirkete, şirketin yönetim organının “geçici” şekilde yokluğu ve anonim şirketin yönetiminin başka yoldan sağlanamayacak olması sebebiyle TMK m. 427/I-4 hükmü uyarınca tesis edilecek yönetim kayyımlığı gündeme gelecektir⁵⁵. Dolayısıyla anonim şirkete kayyım atanması talebi ile nihai bir

⁵² Kuru, Ders Kitabı (n 51) 499; Üstündağ (n 51) 10; Özekes (n 51) 2436; Görgün ve diğerleri (n 51) 729; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 313.

⁵³ Arslanlı (n 14) 191-192; Gümüş (n 5)115; Alışkan (n 24) 256; Soykan (n 4) 258.

⁵⁴ Soykan (n 4) 263.

⁵⁵ Arslanlı (n 14) 188; İzmirli (n 7) 134; Şener, Ortaklıklar (n 7) 593; Çamoğlu (n 7) 21; Yıldız, Yönetim (n 24) 104; Soykan (n 4) 267; Gümüş (n 5)113; Bilgili/Demirkapı (n 14)

hukuki koruma amaçlanmamakta olup anonim şirkette kayımlık tesisi, gecikmesinde tehlike bulunan bir durumun engellenmesi ya da durdurulması amacıyla çalışma konumuz bakımından da TTK m. 530 uyarınca açılan davada anonim şirketin yargılama boyunca “yönetim organsız” kalması⁵⁶, durumlarında gündeme gelecektir.

Bu itibarla TTK m. 530 kapsamındaki fesih davasındaki anonim şirkette yönetim kayımlığı tesisine yönelik talepler, geçici hukuki koruma mahiyetindedir⁵⁷.

571; Soykan (n 4) 267; Yılmaz S, (n 51) 143, 154-155; Serhan Dinç, ‘6102 Sayılı Kanuna Göre Anonim Şirketlerde Sona Erme’, (2016) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 223, 239; Burcu Gültekin Günaydın, Anonim Şirkette Zorunlu Organ Eksikliğine Dayanan Fesih Davası (Beta Basım Yayın 2012) 60; Can (n 4) 97; Aynı yönde örnek karar için bkz. Yargıtay 11 HD, E 2005/12237 K 2007/826, 25.01.2007 (Çamoğlu (n 7) 21 dn. 14). *Dural*, TMK m. 427’de yer alan ‘yönetimin başka yoldan sağlanamamış olması’ unsuru dolayısıyla, anonim şirkette yönetimin tek başına imzaya yetkili bir üye veya müdür tarafından sağlanabildiği durumda kayyım atanması için gerekli şartların oluşmayacağını savunmaktadır (Dural (n 10) 145).

⁵⁶ Bu noktada akıllara fesih davası açmaksızın TTK m. 530’da öngörülen davacıların salt şekilde anonim şirkette yönetim kayımlığı tesisi talep edip edemeyecekleri ve talep etmeleri durumunda yönetim kayımlığı tesisinin artık bir ‘nihai hukuki koruma’ olup olmayacağı soruları gelebilir. Sorunun cevabını uygulamadaki örnekler üzerinden verdiğimizde Yargıtay’ın konuyu, şirketin ‘kötü yönetim’ veya ‘kilitleme’ iddiasıyla salt şekilde şirkete yönetim kayımlığı tesisi talepleri noktasında değerlendirdiği görülmektedir. Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de TTK m. 530 uyarınca açılan davada anonim şirkette kayımlık tesisinin, nihai hukuki koruma olmadığını ve kayımlık tesisinin geçici bir hukuki koruma olduğunu çeşitli kararlarında vurgulamış ve içtihat etmiştir. Konu hakkında örnek Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11 HD, E 2016/1427 K 2017/3461 T 7.6.2017 (Şener, Yeni TTK (n 50) 61-62); Aynı yönde bkz. Yargıtay 11 HD, E 2007/15194 K 2009/4144, 06.04.2009 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023); Aynı yönde Soykan (n 4) 278; Sulu (n 24) 222.

⁵⁷ Çamoğlu (n 7) 16; Yılmaz S, (n 51) 108, 140 ve 154; Gültekin Günaydın (n 55) 60; Can (n 4) 96; Metin (n 10) 413; Soykan (n 4) 264; Güralp (n 7) 20; *Ayoğlu* TTK m. 530/II hüküm uyarınca anonim şirkette kayımlık tesisinin nihai hukuki koruma olmayıp ‘tedbir mahiyetinde bir karar’ olduğunu özellikle vurgulamıştır (Tolga Ayoğlu, ‘Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi’, (2013) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu 219, 229). Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi doktrindeki yazarlar, TTK m. 530 kapsamında anonim şirkette tesis edilen yönetim kayımlığının, geçici bir hukuki koruma olduğu konusunda hem fikirdirler. Ancak söz konusu geçici hukuki korumanın türü konusunda doktrinde fikir birliğinin bulunmadığı görülmektedir. Bu noktada konunun daha iyi anlaşılması adına ‘anonim

şirkette yönetim kayımlığı' tesisinin hangi geçici hukuki koruma türü içerisinde olduğunun incelenmesinde yarar vardır. Doktrinde *Gültekin Günaydın* ve *Can*, anonim şirkette tesis edilen kayımlığın, aile hukukuna özgü geçici bir hukuki koruma olduğunu savunmaktadır (Gültekin Günaydın (n 55) 64; Can (n 4) 96). Yazarlar, kayımlık tesisiyle ilgili temel düzenlemelerin Türk Medeni Kanunu'nun 'vesayet' kısmında düzenlendiğini ve bu sebeple şirketteki kayımlık tesisinin de aile hukukuna özgü geçici hukuki koruma olduğunu savunmaktadır. *Gümüş* ise konuya anonim şirket özelinde yaklaşmamakla beraber '*Görevli ve yetkili vesayet makamının re'sen araştırma yetkisi çerçevesinde yürüteceği yargulama sonucunda belirli bir kişi, tüzel kişilik ve özel malvarlığı için kayımlı atanmasına ilişkin olarak ilgili TMK hükümlerinin aradığı maddi şartların gerçekleştiği ve dolayısıyla diğer vesayeti önlemlerin uygulanmasına orantılılık ilkesi kapsamında gerek olmadığı sonucuna varırsa, kişi için vesayeti bir önlem olarak kayımlığın tesisi kararı verir*' şeklinde ifade etmiştir (Gümüş (n 5) 327). Yazarın konu hakkındaki düşüncelerinden hareketle yazarın da anonim şirketteki kayımlık tesisini, bir 'vesayet önlemi' olarak nitelendirdiği sonucunu çıkarmamız mümkündür. Doktrinde bir grup yazar ise anonim şirketteki yönetim veya temsil kayımlığı tesisinin, bir 'ihtiyati tedbir' niteliğinde olduğunu savunmaktadır (Yıldız, Yönetim (n 24) 98; Sulu (n 24) 219; Bozkurt (n 24) 298; Yıldız, Mütalaa (n 50) 272; Ahmet Battal, 'Kayyum Denetimindeki Anonim Şirketin Yönetimi', (2016) 2 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi 23, 26). Bu itibarla *Soykan*, anonim şirkette kayımlık tesisini, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 101 vd. anlamında değerlendirmek suretiyle anonim şirkette kayımlık tesisinin ihtiyati tedbir niteliğinde olduğunu savunurken (*Soykan* (n 4) 264-265) *Yılmaz*, konu hakkında doğrudan bir görüş bildirmemekle beraber anonim şirkette tesis edilecek kayımlığı, 'Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri' adlı eserinin 'ihtiyati tedbirler' başlığı altındaki örnek Yargıtay kararlarıyla incelemektedir (Yılmaz E, Tedbir (n 51) 650, 691, 692, 693); *Ayoğlu*, TTK m. 530/II kapsamında tesis edilen kayımlığı, 'tedbir mahiyetinde bir karar' olarak nitelendirmiştir (Ayoğlu (n 57) 31). Bunlara ek olarak TTK m. 530'a bakıldığında hüküm, '*Dava açıldığında mahkeme, taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alabilir.*' şeklinde düzenlenmiş ve '*6762 sayılı Kanunun 435 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmünde yer alan 'taraflardan birinin talebi üzerine' hükmü, madde metninden çıkarılmıştır. Bunun sebebi, alınacak tedbirler hususunda mahkemenin takdir hakkının genişletilmesini sağlayarak, tarafların talebine gerek kalmaksızın, hakimin gerekli görmesi halinde kayımlı tayini gibi tedbirleri almasına imkân sağlamaktır.*' şeklinde gerekçelendirilmiştir. Konu hakkında uygulamaya baktığımızda Yargıtay'ın da fesih davası kapsamında anonim şirkette tesis edilen yönetim kayımlığına ilişkin taleplerin ihtiyati tedbir niteliğinde olduğunu içtihat ettiği görülmektedir. Anonim şirkette yönetim kayımlığı tesisini, 'ihtiyati tedbir' şeklinde içtihat eden örnek yüksek mahkeme kararları için bkz. Yargıtay HGK, E 2017/11-160 K 2017/1370, 15.11.2017 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023); Yargıtay 11 HD, E 2004/15284 K 2005/166, 24.1.2005 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023); Yargıtay 11 HD, E 2017/1736 K 2019/972, 7.2.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023). Bizim de katıldığımız görüş olan *Güralp*'e göre, anonim şirkette kayımlık tesisine ilişkin geçici hukuki korumanın, medeni usul hukukunda düzenlenen ihtiyati tedbir türlerinden hiçbirisine uymadığını ve söz konusu tedbir türleri ile şirketteki kayımlık tesisinin amaçlarının

Zira yönetim kayımlığı tesisi, fesih davasındaki asıl hukuki koruma ile karşılaştırıldığında tamamlayıcı niteliktedir. Diğer bir ifade ile anonim şirkette tesis edilen kayımlık, fesih davası süresince ortaya çıkabilecek sorunların (örneğin anonim şirketin dava boyunca yönetim organının bulunmaması sebebiyle yönetilememesi ve temsil edilememesi gibi) aşılmasını sağlayarak asıl hukuki korumaya hizmet etmektedir. Dolayısıyla anonim şirkette kayımlık tesis edilmesine ilişkin geçici hukuki koruma, kayımlık tesis nedenine konu olan dava ve davada talep edilen asıl hukuki korumayı tamamlamakta, hükmün icra edilebilirliğine yönelik alınan tedbirlerle onun etkinliğini artırmaktadır. Öte yandan anonim şirketteki kayımlık tesisine yönelik geçici hukuki koruma, dava sonucuna kadarki ara dönemin aşılması işlevini de görmektedir. Buna göre anonim şirkette yönetim organının yokluğu sebebiyle TTK m. 530 uyarınca açılan fesih davasında, vesayet makamınca anonim şirkette yönetim kayımlığı tesisi ile davada karar verilene kadar anonim şirket, ayakta tutulacaktır.

III. FESİH DAVASINDA MAHKEMECE TESIS EDİLEN YÖNETİM KAYYIMLIĞINA İLİŞKİN YARGILAMANIN MEDENİ YARGI İÇERİSİNDEKİ KONUMU KONUSUNDAKİ YARGITAY UYGULAMASININ, ÇEKİŞMESİZ YARGIYA İLİŞKİN ÖLÇÜTLERLE BERABER DEĞERLENDİRİLMESİ

A. YARGILAMANIN MEDENİ YARGI İÇERİSİNDEKİ KONUMU

farklı olduğunu belirterek anonim şirkette kayımlık tesisine ilişkin geçici hukuki korumanın, 'şirketler hukukuna özgü' bir geçici hukuki koruma olduğunu ifade etmektedir (Güralp (n 7) 22). Gerçekten de anonim şirkette kayımlık tesisi, 'düzenleme amaçlı ve şirketler hukukuna özgü bir geçici hukuki koruma'dır. Çalışmamıza konu olan TTK m. 530 hükmünden hareket ettiğimizde TTK m. 530 kapsamında kurulan anonim şirkette kayımlık tesisi, öncelikle madde hükmü esas alındığında ve sonrasında anonim şirketlerin kendisine has dinamikleri göz önünde bulundurulduğunda, kendisine özgü kuralları bünyesinde bulundurmaktadır. Buna göre kayımlık tesisinde örneğin öncelikle TTK m. 530 ve konuyla bağlantılı TTK hükümleri uygulama alanı bulacak, boşluk bulunduğu takdirde ve uygun düştüğü ölçüde HMK hükümleri uygulama alanı bulacaktır (Aynı yönde bkz. Budak/(Karaaslan) (n 52) 314; Yılmaz S, (n 51) 79; Güralp (n 7) 22).

KONUSUNDA YARGITAY UYGULAMASI

1. İstikrar Kazanmış Yargıtay Uygulaması: Anonim Şirketin TTK m. 530 Uyarınca Feshi Davasında Tesis Edilen Yönetim Kayyımlığı Yargılaması, Çekişmesiz Yargı Kapsamındadır

Anonim şirketin TTK m. 530 uyarınca feshi davasında tesis edilen yönetim kayyımlığı yargılamasının medeni yargı içerisinde çekişmeli kapsamında mı yoksa çekişmesiz yargı kapsamında mı değerlendirileceği konusunda Yargıtay uygulamasına baktığımızda Yargıtay'ın, mülga Medeni Kanun⁵⁸ ve ETTK zamanından günümüze kadar “*Davanın yasal dayanağı TMK 427/4 maddesi olup, bir tüzel kişinin gerekli organlarından yoksun kalması ve yönetiminin başka yoldan sağlanamaması durumunda yönetim kayyımı atanacağı düzenlenmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382/1 maddesinde⁵⁹, uyuşmazlığın, hangi ölçütlere göre çekişmesiz yargı işi sayılacağı açıklanmış, Yasa'nın 382/2. maddesinde çekişmesiz yargı kapsamında olan işler sayılmış, Yasa'nın 382/2- b- 19 maddesinde de vesayet işlerinin çekişmesiz yargı işlerinden sayıldığı düzenlenmiştir.*” şeklinde aynı yönde ve gerekçeyle karar verdiği görülmektedir⁶⁰. Bu itibarla Yargıtay, kayyımlık tesisinde gerçek kişi ve anonim şirket ayrımı gözetmeksizin ve anonim şirketteki kayyımlık tesisinin, geçici hukuki koruma niteliğini göz ardı etmek suretiyle anonim şirketin feshi davasında tesis edilen yönetim kayyımlığı yargılamasını medeni yargı içerisindeki

⁵⁸ RG.: 04.04.1926, S. 339.

⁵⁹ Hükümde ‘Aile hukukundaki çekişmesiz yargı işleri’ başlıklı ‘b’ bendinin ‘19.’ kısmında ‘Vesayet İşleri’ adlı düzenleme bulunmaktadır.

⁶⁰ Yargıtay 11 HD, E 1994/1274 K 1994/421 (Dinç (n 55) 239); Yargıtay 11 HD, E 2018/1916 K 2018/4982, 3.07.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023); Yargıtay 11 HD, E 2014/16402 K 2014/18216, 24.11.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023); Yargıtay 11 HD, E 2015/9737 K 2015/12044, 16.11.2015 (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023); Yargıtay 11 HD, E 2016/5709 K 2016 / 6631, 15.06.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023).

“çekişmesiz yargı” kolu içerisinde değerlendirilmektedir. Konu hakkında doktrine baktığımızda doktrinde bir grup yazar da⁶¹ anonim şirkette kayımlık tesisinin çekişmesiz yargı kapsamında olduğunu savunmaktadır. Yazarların, konu hakkındaki görüşlerini, tıpkı istikrar kazanmış Yargıtay kararlarında olduğu gibi, HMK m. 382’nin ikinci fıkrasının “b” numaralı bendinin 19. bölümünde “vesayet işleri”nin sayılmış olmasına bağladığı görülmektedir⁶².

2. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 17.06.2019 Tarihli Kararı

Yukarıda da ifade edildiği gibi Yargıtay, istikrar kazanmış kararları uyarınca anonim şirketteki yönetim kayımlığı yargılamasını çekişmesiz yargı işi olarak kabul etmekle beraber 11. Hukuk Dairesi, 17.6.2019 tarihinde verdiği kararda aynı konuda önceki tarihlerde verdiği kararlarda değinmediği husus ve ölçütlere değinmek suretiyle istikrar kazanmış kararların aksi yönünde bir karar vermiştir. Gerçekten de 11. Hukuk Dairesi, 17.06.2019 tarihli kararında⁶³ bu konudaki

⁶¹ Çamoğlu (n 7) 21; Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (8. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2017) 98; Şener, Yeni TTK (n 50) 423; Gümüş (n 5) 124; İbrahim Enes Kale, ‘Şirketler Hukukunda Çekişmesiz Yargı İşleri’ (Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 64. *Güralp*, konuyla ilgili doğrudan değerlendirmede bulunmasa da vesayet makamının da anonim şirkete re’sen kayımlık tesisinde bulunabileceğini ifade etmiştir (Güralp (n 7) 25); Aksi yönde bkz. Ahmet Hasan Kılıç, ‘Anonim Şirketin Temsili’ (Doktora Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021) 347.

⁶² Şener, Yeni TTK (n 50) 423.

⁶³ *‘İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, şirketi temsil edecek yetkili bir organın mevcut olmadığının belirlendiği, TTK’nun 530. maddesi uyarınca şirketin yetkili bir organının bulunmadığı hallerde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesinden şirketin eksik olan organını tamamlaması ve kanuna uygun hale getirmesi için bir sürenin verilmesi ve bu süre içerisinde durum düzelmezse şirketin feshine karar verilmesinin istenmesi gerektiği, ancak davacının bu yönde bir talebinin bulunmadığı, mahkemenin doğrudan tedbir niteliğinde kayyım atanmasına ilişkin ve ilanahaye devam edecek denetimi gerektirecek şirket yönetimi görevinin bulunmadığı gerekçesiyle Doktoroğlu Turizm ve Ticaret A.Ş’ye kayyım atanmasına ilişkin talebin reddine karar verilmiştir. Karara karşı davacı vekilince istinaf kanun yoluna başvurulmuştur. İstinaf mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, davacı idare tarafından ... olarak açılan huzurdaki davada vergi borcu bulunan dava dışı şirkete kayyım atanması talep edilmişse de, anonim şirkete kayyım tayininin HMK’nın ‘Çekişmesiz Yargı İşleri’ başlığını taşıyan 382. maddesinde ticaret hukukuna ilişkin bir*

istikrar kazanmış kararlara aykırı şekilde dosyaya bakan İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi'nin “anonim şirkete kayyım tayininin HMK'nın “Çekişmesiz Yargı İşleri” başlığını taşıyan 382. maddesinde ticaret hukukuna ilişkin bir çekişmesiz yargı işi olarak zikredilmediği, bu durumda şirket hasım gösterilmeden açılan bir davada şirkete kayyım atanması mümkün olmadığından davanın usul ve yasaya uygun bir şekilde açılmadığı, öte yandan, şirketin organsız kaldığı iddia edildiğine göre bu durumda TTK'nın 530. maddesi hükümlerinin uygulanması gerektiği, ancak davacı tarafça anılan maddeye uygun olarak açılmış bir dava ve yapılmış bir istem de bulunmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun esaslan reddine karar verilmiştir.” şeklinde gerekçelendirdiği kararı haklı bulmuş ve onamıştır⁶⁴. Ancak bu noktada önemle ifade edilmelidir ki Yargıtay'ın 17.06.2019 tarihli kararı, konu hakkında “münferit” bir karar niteliğinde kalmış olup Yargıtay söz konusu tarihten sonra

çekişmesiz yargı işi olarak zikredilmediği, bu durumda şirket hasım gösterilmeden açılan bir davada şirkete kayyım atanması mümkün olmadığından davanın usul ve yasaya uygun bir şekilde açılmadığı, öte yandan, şirketin organsız kaldığı iddia edildiğine göre bu durumda TTK'nın 530. maddesi hükümlerinin uygulanması gerektiği, ancak davacı tarafça anılan maddeye uygun olarak açılmış bir dava ve yapılmış bir istem de bulunmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun esaslan reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Yapılan yargılama ve saptanan somut uyumsuzluk bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığına anlaşılmaya göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b- 1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esaslan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir’ (Yargıtay 11 HD, E 2018 / 3092 K 2019 / 4430, 17.06.2019; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023).

⁶⁴ Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin işbu kararı, ‘anonim şirkete kayyım tayininin HMK'nın ‘Çekişmesiz Yargı İşleri’ başlığını taşıyan 382. maddesinde ticaret hukukuna ilişkin bir çekişmesiz yargı işi olarak zikredilmediği’ şeklindeki ifadesinin HMK m. 382'nin ‘sınırlı şekilde sayıldığı ilkesi’ne aykırı olmakla birlikte, ‘şirketin organsız kaldığı iddia edildiğine göre bu durumda TTK'nın 530. maddesi hükümlerinin uygulanması gerektiği, ancak davacı tarafça anılan maddeye uygun olarak açılmış bir dava ve yapılmış bir istem’ şeklindeki ifadenin bulunması ve anonim şirketteki kayyım tesisinin, nihai hukuki korumaya ilişkin hükme bağlı olduğunun içtihat edilmiş olması sebebiyle kanımızca yerindedir.

verilen kararlarda da istikrar kazanmış görüşü yönünde kararlar vermeye devam etmektedir⁶⁵.

B. YARGITAY KARARLARININ ÇEKİŞMESİZ YARGININ

⁶⁵ Konu hakkında örnek Yargıtay kararları için bkz. ‘Açıklanan yasal düzenlemeler karşısında TMK’nın 427/4. maddesinde hukuki dayanağını bulan eldeki kayyım tayini davası, HMK’nın 382/2-b-19. maddesinde düzenlenen vesayet işleri kapsamında bulunması nedeniyle çekişmesiz yargı işi olduğu...’ Yargıtay 11 HD, E 2020/871 K 2021/1558, 22.2.2021 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023); ‘Dava limited şirkete temsil kayyımı atanması talebine ilişkin talepler çekişmesiz yargı işlerindedir.’ Yargıtay 11 HD, E 2018/1983 K 2019/4972, 27.6.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023). Bu noktada Yargıtay’ın yıllarca aynı konuda karar vermesi ve kararının ‘matbu’ şekilde gerekçelendirmesine karşılık 11. Hukuk Dairesi’nin 17.06.2019 tarihli kararında daha önce tartışılmayan hususları tartıştığı ancak daha sonraki tarihli kararlarında neden 17.06.2019 tarihli kararda irdelediği hususları belirtmeden yine aynı yönde karar verdiği sorusu akıllara gelmektedir. 11. Hukuk Dairesinin, 17.06.2019 tarihli kararından sonra istikrar kazanmış kararlarına devam ettiği gözetildiğinde kanımızca 11. Hukuk Dairesinin 17.06.2019 tarihli kararı, doktrindeki yazarların benzer vakıalar için kullandığı ifadeyle bir ‘hatır kararı’dır (Konu hakkında bkz. Okan Taşdelen, ‘Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi’, (2016) 1 (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 987, 1000). Konu hakkında akıllara gelebilecek ikinci soru ise 11. Hukuk Dairesinin konu hakkında bu şekilde verdiği çelişkili kararların adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirilmesi nasıl olmalıdır? Sorunun cevabını, bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararı olan Karakaya/Türkiye başvurusunun (Karakaya/Türkiye (k.k.), B. No: 30100/06, 25.01.2011) incelenmesi suretiyle vermemiz mümkündür. Karara konu olayda başvuran kişi, ‘emeklilik yaşının geldiği’ iddiasıyla işten çıkartılması sonucu açtığı davada lehine ihbar tazminatı hükmedilmişse de söz konusu karar Yargıtay tarafından bozulmuş ve ilk derece mahkemesi bu karara uymuştur. Yargıtay da 2005 yılında başvuru aleyhine verilen hükmü onamıştır. Başvurucu da, kararı temyizen inceleyen Yargıtay’ın ilgili dairenin 2004 tarihli bir kararında kendi somut olayına benzer bir başka somut olayda verilen ihbar tazminatını onamış olmasına dayanmış ve yargılama kapsamında ‘adil yargılanma hakkının ihlal edildiği’ gerekçesiyle AİHM’e başvurmuştur. Şikayeti değerlendiren AİHM ise ‘davanın genel uygulamaya uyumlu biçimde sonuçlandırıldığı’ ve ‘dayanılan kararın yerleşik içtihattan sapan bireysel bir karar olduğu’ gerekçeleriyle herhangi bir sorun görmemiştir. Buna göre AİHM, ‘ayrıkısı’ nitelikte bir kararın hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı sonucuna ulaşırken, geçerli ve istikrar kazanmış kararlara aykırı şekilde bir karar verilmiş olmasını ‘talihsiz bir durum’ olarak belirtmiştir. (Söz konusu karar hakkında detaylı bilgi için bkz. Taşdelen (n 65) 1000). Bu itibarla, çalışma konumuza konu olan 11. Hukuk Dairesinin 17.06.2019 tarihli kararı, AİHM’in ifadesiyle, ‘ayrıkısı’ bir karar niteliğinde olmasına karşılık hukuki güvenlik ilkesine ve adil yargılanma ilkesine aykırılık taşımamaktadır.

ÇEKİŞMELİ YARGIDAN AYIRT EDİLMESİNE İLİŞKİN ÖLÇÜTLER KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak Medeni Yargı ve Çekişmesiz Yargının Çekişmeli Yargıdan Ayırt Edilmesi

Medeni yargı kendi içerisinde çekişmeli yargı ve çekişmesiz yargı şeklinde iki alt kola ayrılmaktadır⁶⁶. Her iki yargı türüne de baktığımızda her ikisi de bir uyumsuzluğun, mahkemece görülüp karara bağlanmasını amaçlamaktadır. Ancak söz konusu her iki yargı türü özel hukuk alanında olmakla birlikte çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargının birbirinden oldukça farklı olduğu görülmektedir. Çekişmeli yargıda subjektif hakkı ihlal edilen veya ihlal tehlikesine maruz kalan taraf, mahkemeden hukuki koruma talep etmektedir⁶⁷.

Çekişmeli yargının temel amacı, mahkeme aracılığıyla subjektif hakların korunması ve gerçekleşmesinin sağlanmasıdır⁶⁸. Diğer bir ifade ile çekişmeli yargı kapsamında mahkeme, eda, tespit ve inşai nitelikteki kararlar vermek suretiyle bir hukuki uyumsuzluğu kesin olarak açıklığa kavuşturmaktadır. Aynı durum çekişmesiz yargıda da bulunmakta olup mahkemenin yegâne görev ve ödevi, uyumsuzluğu teşhis etmek ve bu uyumsuzluğa uygun olan hukuk normunu olaya uygulamak, hukuki sonucu belirlemek ve kararını vermektir⁶⁹. Ancak çekişmesiz yargıda kural olarak taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmamakta

⁶⁶Kuru, Ders Kitabı (n 51) 706 vd.; Arslan ve diğerleri (n 51) 75; Görgün ve diğerleri (n 51) 65; Baki Kuru, Nizasız Kaza (Ajans Türk Matbaası 1961) 8 vd; Murat Atalı, 'Çekişmesiz Yargı', iç Hakan Pekcanitez ve diğerleri (edr), Pekcanitez Medeni Usul Hukuku C.III (15. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017) 2108; Ali Cem Budak, 'Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı', (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IV 2006) 128; Çekişmesiz yargı konusunda detaylı bilgi için bkz. Kuru, Nizasız Kaza (n 66) 9 vd.; Aslı Aras, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü (Yetkin Yayınları 2017) 17 vd.

⁶⁷ Kuru, Nizasız Kaza (n 66) 16 vd.; Atalı (n 66) 2109; Aras (n 66) 26.

⁶⁸ Arslan ve diğerleri (n 51) 76; Görgün ve diğerleri (n 51) 65; Aras (n 66) 25.

⁶⁹ Arslan ve diğerleri (n 51) 76; Aras (n 66) 25.

ve davacı tarafın da sübjektif hak ihlali bulunmamaktadır. Buna göre çekişmesiz yargıda hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasını gerektiren bir iş vardır⁷⁰.

Çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayırmak için bazı ölçütler bulunmaktadır. Söz konusu ölçütlere baktığımızda, Uyuşmazlık yokluğu ölçütü (hasım yokluğu ölçütü), sübjektif hakkın yokluğu ölçütü ve re'sen harekete geçme ölçütüdür⁷¹. Söz konusu ölçütlerden birisine veya birkaçına giren işler, doktrindeki yazarlarca kabul edildiği üzere⁷² çekişmesiz yargı işleridir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı ve hakim in re'sen harekete geçtiği durumlardan birine veya birkaçına giren işler, çekişmesiz yargı işleri olarak belirtilmiştir (HMK m. 382/I). Bu noktada konuyu daha iyi değerlendirebilmek amacıyla TTK m. 530'da düzenlenen fesih davası kapsamındaki kayımlık tesisinin, medeni yargı içerisindeki konumunun çekişmesiz yargıya ilişkin

⁷⁰ Görgün ve diğerleri (n 51) 65; Aras (n 66) 25.

⁷¹ Kuru, Ders Kitabı (n 51) 709; Arslan ve diğerleri (n 51) 78; Görgün ve diğerleri (n 51) 65; Budak/(Karaslan) (n 52) 323; Atalı (n 66) 2113; Nitekim kanun koyucu da aynı ölçüleri benimsemiş olup ölçütleri HMK m. 382/I hükmü '*Çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır: a) İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller. b) İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller. c) Hâkimin resen harekete geçtiği hâller.*' şeklinde düzenlemiştir. Medeni usul doktrininde yukarıda ifade ettiğimiz çekişmesiz yargının belirlenmesi noktasında üç temel ölçüt kullanılmakla birlikte doktrindeki bazı yazarlarca söz konusu üç ölçütten başka 'inşai-önleyici etki ölçütü'nün de var olduğu savunulmaktadır. Ölçüte göre özel hukuk ilişkilerinin yeni şekiller alması, tesisi, değiştirme ve kaldırılmasında ve bu hukuki ilişkilere henüz vaki olmamış ve fakat gelecekte meydana gelmesi muhtemel tecavüzlerin önlenmesi durumları da çekişmesiz yargı işi olarak sayılmaktadır. Örneğin mirasçılık belgesinin verilmesi (TMK m. 598) veya adın değiştirilmesi (TMK m. 27) gibi durumlar da 'inşai-önleyici etki ölçütü'ne göre çekişmesiz yargı işi sayılmaktadır (Budak/(Karaslan) (n 52) 323; Aras (n 66) 30); Ancak söz konusu ölçüte, çalışma konumuzla doğrudan bir ilgisinin bulunmaması ve konunun da uzamaması sebebiyle çalışma konumuzda yer verilmemektedir. Çekişmesiz yargı işlerindeki ölçütler konusunda detaylı bilgi için bkz. Aras 24-30.

⁷² Kuru, Nizasız Kaza (n 66) 16 vd.; Kuru, Ders Kitabı (n 51) 709; Atalı (n 66) 2113; Aras (n 66) 26; Çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayıracak gerçek bir kıtasın bulunmadığı konusunda görüş için bkz. Kuru, Nizasız Kaza (n 66) 11.

ölçütlerin kullanılması suretiyle incelenmesinde yarar vardır⁷³.

2. Çekişmesiz Yargıya İlişkin Ölçütler

a. Uyuşmazlık ve Hasım Yokluğu Ölçütü

Çekişmesiz yargıya ilişkin ilk ölçüt, uyuşmazlık ve hasım yokluğu ölçütüdür⁷⁴. Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, medeni usul doktrininde “*uyuşmazlık yokluğu ölçütü*” ile “*hasım yokluğu ölçütü*”, aynı manaya gelmekte olup söz konusu ölçüt uyarınca çekişmesiz yargıda kural olarak bir uyuşmazlık bulunmamaktadır⁷⁵. Ölçüt uyarınca somut olayda bir uyuşmazlığın bulunmaması sebebiyle talep eden tarafın karşısında karşı bir taraf da bulunmamaktadır. Bu itibarla, çekişmesiz yargıda “taraf” kavramı yerine “ilgili” kavramı bulunmaktadır.

Çekişmeli yargı kapsamında iddia ve karşı bir iddianın bulunmasıyla ortada bir ihtilaf, iki taraf ve dava vardır⁷⁶. Dava konusunu meydana getiren uyuşmazlık bu iki taraf arasında bulunmaktadır. Ancak çekişmesiz yargıda bir dava bulunmamakta olup birbirlerine karşı farklı taleplerde bulunan iki taraf da bulunmamaktadır. Dolayısıyla çekişmesiz yargıda karşı taraf bulunmadığından

⁷³ Söz konusu ölçütler, kanımızca çalışma konumuzun teorik önemi yanında pratik önemi de haiz olduğunu göstermektedir. Gerçekten de örneğin fesih davası kapsamında tesis edilen yönetim kayımlığı yargılamasının, ‘re’sen harekete geçme ölçütü’ uyarınca çekişmesiz yargıda olduğunun kabulü halinde kayımlığı tesis edecek mahkemenin re’sen harekete geçme durumu söz konusu olmaktadır. Benzer bir durum, çekişmesiz yargıdaki hâkimin rol ve ödevlerinde de kendisini göstermektedir. Bu itibarla, yine çalışma konumuzu çekişmesiz yargı içerisinde kabul ettiğimiz zaman, çekişmeli yargıdan farklı şekilde, mahkemenin takdir hakkı, re’sen araştırma ilkesinin uygulanmasının bir neticesi olarak daha geniş olacaktır (Aynı yönde Aras (n 66) 79). Dolayısıyla başta çalışma konumuz fesih davasındaki yönetim kayımlığı tesisi olmak üzere, bir yargılamanın çekişmeli mi yoksa çekişmesiz yargı kapsamında mı olduğunun teorik olduğu kadar pratik önemi de bulunmaktadır.

⁷⁴ Kuru, Nizasız Kaza (n 66) 20; Kuru, Ders Kitabı (n 51) 708-709; Atalı (n 66) 2114; Aras (n 66) 27.

⁷⁵ Kuru, Nizasız Kaza (n 66) 20; Atalı (n 66) 2114.

⁷⁶ Kuru, Nizasız Kaza (n 66) 27; Kuru, Ders Kitabı (n 51) 708; Aras (n 66) 27.

tek taraflı bir yargılama söz konusudur⁷⁷. Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, çekişmesiz yargı denildiğinde mutlak anlamda bir “çekişmesizlik” anlaşılmamalıdır. Zira yargılama sürecinde “ilgili”ler, birbirlerinden farklı şekilde iddia ve istemlerde bulunabilecekleri gibi ilgililerin tamamının aynı iddia ve istem birliği içerisinde olmaları da mümkündür. Çekişmesiz yargıda bir uyuşmazlık meydana geldiğinde, uyuşmazlık, ilgililerden birisinin veya birkaçının doğrudan subjektif hakkına yönelik olmayacağı gibi, ilgililerin aynı konuda görüş ve talep birliği içinde olmaları da hakimi bağlamayacaktır⁷⁸. Diğer bir deyişle, çekişmesiz yargıdaki “uyuşmazlık” kavramı, çekişmeli yargıdaki gibi iki taraf arasında bulunan bir “uyuşmazlık” kavramı ile aynı değildir⁷⁹.

Çalışma konumuza esas teşkil eden fesih davasını ve fesih davası kapsamında tesis edilen yönetim kayımlığını, uyuşmazlık ve hasım yokluğu ölçütü kapsamında değerlendirdiğimizde yukarıda da belirttiğimiz gibi fesih davası, inşai nitelikte bir davadır ve mahkemenin bu dava sonucunda vereceği fesih kararı da ileriye doğru (*ex nunc*) etki hüküm doğuran bir karardır. Anonim şirket de mahkemenin vereceği bu inşai karar ile feshedilir.

Fesih davasında pay sahipleri, şirket alacaklıları ve Ticaret Bakanlığı, “davacı” sıfatını haiz iken davalı da anonim şirkettir⁸⁰. Bu itibarla, fesih davasında hem uyuşmazlık hem de hasım bulunmakta olup dava, çekişmesiz yargı kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu itibarla, geçici hukuki koruma niteliğindeki anonim şirkete yönetim kayımlığı tesisi de nihai hukuki koruma olan fesih davasına bağlı olup kanımızca HMK m. 390/I hükmü, yönetim kayımlığı tesisi bakımından geçerli olacaktır. Buna göre TTK m. 530 uyarınca açılacak şirketin organ eksikliği nedeniyle açılacak fesih davasında davacı, yönetim kayımlığı

⁷⁷ Aras (n 66) 27.

⁷⁸ Aras (n 66) 27.

⁷⁹ Aras (n 66) 28.

⁸⁰ Soykan (n 4) 258.

tesisini, dava açılması öncesi esas hakkında yetkili olan asliye ticaret mahkemesinden⁸¹ ve dava açıldıktan sonra asıl davanın görüldüğü asliye ticaret mahkemesinden “anonim şirketi” hasım göstermek ve uyuşmazlığı ifade etmek kaydıyla talep edecektir. Diğer bir ifade ile yönetim kayımlığı tesisi talebinde de davacı, hasım gösterecek ve uyuşmazlığı dilekçesinde belirtecektir. Nitekim,

⁸¹ Kanun koyucu, şirketler hukukuna özgü geçici hukuki korumalarla ilgili özel bir görev düzenlemesi yapmamıştır. Bu noktada yukarıda da ifade ettiğimiz gibi şirketler hukukuna özgü geçici hukuki korumalarda boşluk bulunan hallerde uygulanacak HMK hükümlerinde de (özellikle ihtiyati tedbir hükümlerinde) özel bir görev düzenlemesi olup olmadığına bakılması gerekir. İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir (HMK m. 390/I). Dolayısıyla davanın esas bakımından hangi mahkeme görevli ise, kayımlık tesisi de o mahkemeden istenecek olup vesayet makâmı da söz konusu mahkeme olacaktır. Buna göre fesih davası kapsamında anonim şirketlerde kayımlığın tesis edilmesi veya kayımlık atanmasında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleridir. Gerek doktrindeki baskın görüş (Konu hakkında bkz. Çamoğlu (n 7) 25; İzmirli (n 7) 130; Dural (n 10) 142; Soykan (n 4) 271-272; Şener Ortaklıklar (n 7) 352; Türkoğlu (n 5) 144-145; Yılmaz S, (n 51) 141; Güralp (n 7) 22; Can (n 4) 95) ve gerekse de Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulaması da bu yöndedir (Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11 HD, E 1983/3378 K 1983/3517, 5.7.1983 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023); Yargıtay 11 HD, E 1988/65 K 1988/3848, 10.6.1988 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023); Yargıtay 11 HD, E 1996/1825 K 1996/1919, 21.3.1996 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023); Yargıtay 11 HD, E 2003/5621 K 2003/6912, 26.6.2003 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023); Yargıtay 11 HD, E 2014/16994 K 2015/5010, 09.04.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023); Yargıtay 23 HD, E 2015/3811 K 2016/22, 11.1.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023). Benzer bir durum yetkili mahkeme konusunda geçerlidir. Buna göre anonim şirketteki kayımlık tesisi veya kayımlık atanmasına ilişkin görevli mahkeme konusunda olduğu gibi yetkili mahkeme konusunda da doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple kanımızca HMK m. 390/I hükmü, yetkili mahkeme konusunda da geçerli olacaktır. TTK m. 530 uyarınca açılacak şirketin, organ eksikliği nedeniyle fesih davasında şirkette kayımlık tesisi kararını vermeye yetkili mahkeme, şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Aynı yönde örnek Yargıtay kararı için bkz. *‘Davacı organsız kalan davalı şirketin feshine, tasfiyeye sokulmasına ve tasfiye işlemlerini yürütmek üzere davalı şirkete bir tasfiye memuru atanması ile dava sonuçlanıncaya kadar şirkete kayımlık tayinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı şirketin merkez ikametgahının bağlı bulunduğu mahkemede dava açılması gereğine dayanılarak verilen yetkisizlik kararı hukuka uygundur.’* Yargıtay 11 HD, E 2005/4436 K 2006/5221, 4.5.2006 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023).

11. Hukuk Dairesi de 17.06.2019 tarihinde “*bu durumda şirket hasım gösterilmeden açılan bir davada şirkete kayyım atanması mümkün olmadığından davanın usul ve yasaya uygun bir şekilde açılmadığı, öte yandan, şirketin organsız kaldığı iddia edildiğine göre bu durumda TTK'nın 530. maddesi hükümlerinin uygulanması gerektiği...*” şeklinde verdiği kararda da fesih davasında yönetim kayyımlığı tesisinde “anonim şirket”in hasım olarak gösterilmesi gerektiğini ve kayyımlık tesisine ilişkin yargılamanın, TTK m. 530 hükümlerine tabi olduğunu açık bir şekilde ifade etmiştir.

Sonuç olarak, TTK m. 530 kapsamında açılan fesih davasında talep edilen yönetim kayyımlığı tesisinin yargılaması, çekişmesiz yargı ölçütlerinden “uyuşmazlık ve hasım yokluğu” ölçütüne uygun değildir.

b. Sübjektif Hakkın Yokluğu Ölçütü

Çekişmesiz yargıdaki bir diğer ölçüt de sübjektif hakkın yokluğu ölçütüdür⁸². Ölçüte göre çekişmesiz yargıda başvuruda bulunan kişinin, kural olarak sübjektif bir hakkı bulunmamaktadır.

Çekişmeli yargıda bir tarafın diğer taraftan bir hak talebi söz konusudur. Çekişmesiz yargıda ise bir başka kişi tarafından ihlal edilmiş bir sübjektif hak ve yine söz konusu sübjektif hakka yönelik koruma talebi mevcut değildir. Bu sebeple de şeklen ilgili olan herkes maddi ilgili değildir⁸³.

Ölçütü, fesih davası bakımından değerlendirdiğimizde TTK m. 530 uyarınca fesih davasını açmayı haiz olan kişilerin, anonim şirketin organlarının bulunmaması sebebiyle menfaatlerinin ihlal edildiği veya ihlal edilme riskine maruz kaldıkları için şirketin feshine ilişkin talepte buldukları ve mahkeme aracılığıyla da sübjektif haklarını korumaya çalıştıkları görülmektedir. Nitekim

⁸²Kuru, Ders Kitabı (n 51) 708; Kuru, Nizasız Kaza (n 66) 33; Arslan ve diğerleri (n 51) 78; Atalı (n 66) 2116; Aras (n 66) 29.

⁸³ Arslan ve diğerleri (n 51) 78; Atalı (n 66) 2116; Aras (n 66) 29.

11. Hukuk Dairesi de 17.06.2019 tarihli kararında fesih davası kapsamında anonim şirkete tesisi talep edilen yönetim kayımlığına ilişkin İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, “...ancak davacı tarafça anılan maddeye uygun olarak açılmış bir dava ve yapılmış bir istem de bulunmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir” ifadelerini kullanarak onayladığı kararında da bu durumu haklı şekilde vurgulamıştır. Gerçekten de TTK m. 530 uyarınca davacı olmayı haiz kişiler, menfaatlerinin ihlal edildiği veya ihlal edilme riskiyle karşı karşıya kaldıkları için⁸⁴ fesih davasını açmakta ve

⁸⁴ Bu noktada kanımızca konunun daha iyi anlaşılması adına ‘sübjektif hak’ kavramını, TTK m. 530 kapsamında davacı sıfatını haiz kişiler ve dava süresince anonim şirkette tesis edilecek yönetim kayımlığı özelinde değerlendirmemizde yarar vardır. Bu itibarla davacı sıfatını haiz kişiler arasında öncelikli olarak karşımıza ‘pay sahipleri’ çıkmaktadır. Pay sahiplerinin genel geçer şekilde anonim şirketteki menfaatleri, ortağı oldukları anonim şirketin meşru menfaatleri ile çatışmayacak şekilde, mali ve sosyal pay sahipliği hakları ile beraber şirketten alınacak kâr payını en üst noktaya çıkaracak bütündür. Buna göre anonim şirketin uzun süreden beri yönetim organının bulunmaması veya genel kurulun toplanılmaması, pay sahiplerinin başta mali hakları olmak üzere pay sahipliğinden kaynaklı bütün haklarının etkileneceği anlamına gelmektedir. Pay sahiplerinin de söz konusu sübjektif haklarının etkileneceği düşüncesiyle TTK m. 530’da düzenlenen fesih davasını açma hakları bulunmaktadır. Aynı şekilde yargılama süresince de pay sahipleri tarafından anonim şirket için yönetim kayımlığı tesisi talepleri de yine pay sahiplerinin başta mali hakları (kâr payı gibi) olmak üzere pay sahipliği haklarının korunmasına hizmet etmektedir. TTK m. 530 kapsamında kanun koyucunun dava hakkı tanıdığı ikinci grup da şirket alacaklılarıdır. Zira şirket alacaklılarının yegâne amacı, anonim şirket ile gerçekleştirdikleri hukuki işlemler neticesinde doğmuş veya doğacak alacaklarını vadesinde tahsil edebilmektir. Ancak fesih davasına neden olan unsurların gerçekleşmesiyle şirket alacaklılarının da alacaklarını tam veya vadesinde alamama riski doğması, diğer bir ifade ile şirket alacaklılarının da söz konusu sübjektif haklarının etkileneceği düşüncesiyle, şirket alacaklılarının da TTK m. 530’da düzenlenen fesih davasını açma hakları bulunmaktadır. Aynı şekilde fesih davasının yargılması kapsamında anonim şirkette tesis edilecek yönetim kayımlığı sayesinde şirket alacaklılarının, alacaklarını tam ve vadesinde şirketten tahsil edebileceği de unutulmamalıdır. TTK m. 530 hükmündeki son davacı sıfatını haiz grup da Ticaret Bakanlığıdır. ‘Devlet’in anonim şirket üzerindeki menfaatleri, şirketin ilgili mevzuata uygun şekilde devamlılığının sağlanması ve bu sayede ülke ekonomisine başta vergi, istihdam ve sosyal sorumluluk projeleri olmak üzere çeşitli sosyal ve mali yönlerden şirketin katkı sağlamasıdır. Ancak TTK m. 530’da düzenlenen seçimlik fesih nedenlerinden birisinin meydana gelmesiyle Devletin de menfaatleri etkilenecek ve Devletin de söz konusu menfaatlerini koruyabilmek, diğer bir ifade ile sübjektif haklarının etkileneceği düşüncesiyle Ticaret Bakanlığı aracılığıyla TTK m. 530’da

anonim şirkete yönetim kayımlığı tesisini talep etmektedirler.

c. Re'sen Harekete Geçme Ölçütü

Çekişmesiz yargıdaki son ölçüt de re'sen harekete geçme ölçütüdür. Ölçüte göre, çekişmesiz yargı işlerinin bazılarında hakim re'sen harekete geçebilir. Ancak çekişmeli yargıda, tasarruf ilkesi hakimdir, buna göre taraflar yargıya başvurup başvurmamakta serbesttir. Diğer bir deyişle çekişmeli yargıda mahkemenin re'sen bir davaya bakması mümkün değildir⁸⁵. Ancak çekişmeli yargıda da kamu yararının ön plana çıktığı bazı durumlarda Cumhuriyet Savcısının hukuk davası açma imkanının da bulunduğu unutulmamalıdır⁸⁶.

Anonim şirkette yönetim kayımlığı tesisine ilişkin geçici hukuki korumaya neden olan organ eksikliği sebebiyle fesih davasında davacı sıfatını haiz kişilerin, fesih davası açılması konusunda yargıya başvurup başvurmamakta serbest olduğu görülmektedir. Aynı durum, “*Dava açıldığında mahkeme, taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alabilir.*” biçimindeki TTK m. 530/II hükmü uyarınca fesih davası kapsamında talep edilebilecek yönetim kayımlığı tesisi için de geçerlidir⁸⁷. Dolayısıyla TTK sisteminde anonim şirkete kayımlı atanması

düzenlenen fesih davasını açma hakkı vardır. Tıpkı pay sahipleri ve şirket alacaklılarında olduğu gibi dava süresince anonim şirkette tesis edilecek yönetim kayımlığı sayesinde de Devlet'in subjektif hakları korunabilecektir. Sonuç olarak, fesih davasında davacı sıfatını haiz her bir aktörün fesih davasının açılması ve yargılama kapsamında anonim şirkette tesis edilecek yönetim kayımlığının talebi konusunda subjektif hakkı bulunmaktadır.

⁸⁵ Arslan ve diğerleri (n 51) 78; Atalı (n 66) 2117; Aras (n 66) 29.

⁸⁶ Arslan ve diğerleri (n 51) 79.

⁸⁷ Soykan (n 4) 275; Önemle belirtelim ki hükmün lafzı ile gerekçesi arasında bir uyumsuzluk bulunmakta olup gerekçede hükmün lafzının tersi yönünde açıklamalar bulunmaktadır. Gerçekten TTK m. 530/II, alınabilecek tedbirlerin açıkça ‘talep üzerine’ olacağını ifade etmişken, gerekçede aynen ‘6762 sayılı Kanunun 435 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmünde yer alan ‘taraflardan birinin talebi üzerine’ hükmü, madde metninden çıkarılmıştır. Bunun sebebi, alınacak tedbirler hususunda mahkemenin takdir hakkının genişletilmesini sağlayarak, tarafların talebine gerek kalmaksızın, hâkimin gerekli görmesi halinde kayımlı tayini gibi tedbirleri almasına imkân sağlamaktır.’ denilmektedir ki bu açıklamaların maddede düzenlenenin tam tersi olduğu açıktır. Aynı

için kural olarak bu yolda bir talepte bulunulması gerekecektir⁸⁸. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de bu durumu, 17.06.2019 tarihli kararındaki “açılan huzurdaki davada vergi borcu bulunan dava dışı şirkete kayyım atanması talep edilmişse...” şeklindeki ifadeyle anonim şirketteki kayyımlık tesisi yargılamasının ancak “bir talep” ile başlayabileceğinin altını çizmiştir. Sonuç olarak, fesih davası kapsamında anonim şirketteki yönetim kayyımlığı tesisi, tıpkı diğer ölçütlerde olduğu gibi, çekişmesiz yargının re’sen hareket etme ölçütüne uygun değildir.

3. Konunun HMK m. 382 Hükmü Kapsamında Değerlendirilmesi

Gerek istikrar kazanmış Yargıtay kararlarının gerekse de fesih davası kapsamında

yönde bkz. Kendigelen (n 23) 639.

⁸⁸ Aynı yönde Soykan (n 4) 276; Yılmaz S, (n 51) 142; Türkoğlu (n 5) 145; Şener de konuyu, her ne kadar limited şirket kapsamında ‘mahkemenin re’sen, herhangi bir talep olmaksızın, limited ortaklığa kayyım atanması olanaklı değildir’ şeklinde değerlendirmektedir (Oruç Hami Şener, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku (Seçkin Yayıncılık 2017) 959). Aksi yönde bkz. Bozkurt (n 24) 297; Güralp (n 7) 25; Kılıç (n 61) 339; Aksi yönde Yargıtay kararı için bkz. ‘Davalı ... şirket temsilcisi sıfatıyla verdiği 30...2014 tarihli dilekçesi ile davacı şirket adına açılan davadan feragat ettiğini bildirmiştir. Karşı taraf vekili ise 30...2014 tarihli duruşmada ve 09.04.2015 tarihli dilekçesinde davalı ...’nin davacı şirket adına açılan davadan feragatının geçersiz olduğunu belirtmiştir. Bir şirket müdürü iradesiyle şirket adına söz konusu taşınmaz satışının muvazalı olduğu iddiasıyla dava açılırken diğer bir şirket müdürü tarafından bu davadan feragat edilmiştir. Böylece davacı şirketi tek başına temsile yetkili müdürler arasında davanın sürdürülüp sürdürülmemesi konusunda görüş ayrılığı oluşmuş bulunmaktadır. Bu durumda somut olayın özellikleri ve menfaat çatışması sonucu doğuran hallerde davacı şirketin temsili konusundaki ilkeler dikkate alınarak davacı şirkete kayyım tayin edildikten sonra davacı şirket adına açılan dava yönünden bozma ilamında işaret edilen hususlar nazara alınmak suretiyle işin esasının incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu şekilde davacı şirket adına açılan davadan feragat edilemeyeceği nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.’ Yargıtay 11 HD, E 2016/10385 K 2016/8877, 01.12.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 25.04.2023). Karardan da görüleceği üzere Yargıtay, tarafların herhangi bir talebi olmaksızın mahkemece şirkete, kayyım tesis edilmesi gerektiğini içtihat etmektedir. Oysa ki, yukarıda da ifade edildiği üzere tıpkı kayyımlık tesisine ilişkin diğer davalarda olduğu gibi fesih davasına bakan mahkeme de kayyımlık tesisine ilişkin taleple bağlılık ilkesine tabidir. Bu sebeple kanımızca 11. Hukuk Dairesinin, ‘re’sen kayyımlık tesisi’ne ilişkin işbu kararı yerinde değildir.

anonim şirketteki yönetim kayımlığı tesisine ilişkin yargılamanın çekişmesiz yargı kapsamında değerlendirilmesini savunan doktrindeki yazarların görüşlerinin temeli, “Çekişmesiz yargı işleri”nin sayıldığı HMK m. 382 hükmü içerisinde “vesayet işleri”nin de sayılmış olmasıdır. Bu itibarla, konuyu HMK m. 382 kapsamında değerlendirdiğimizde, kanımızca anonim şirkette kayımlık tesisinin, maddi hukuk bakımından temeli (örneğin kayımlığın görevleri, hak ve borçları konuları gibi) TMK ve TBK hükümleri olsa da fesih davası kapsamında anonim şirketteki yönetim kayımlığı tesisinin, TMK kapsamındaki gerçek kişilere tesis edilen kayımlıktan farklı olduğu unutulmamalıdır. Buna ek olarak, her ne kadar “HMK m. 382” hükmü, sınırlı sayı ilkesiyle düzenlenmemiş olsa da ⁸⁹ HMK m. 382’nin “e) Ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:” başlıklı “e” bölümünde anonim şirkette kayımlık tesisine ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı da unutulmamalıdır. Bu tespit, 11. Hukuk Dairesinin, 17.06.2019 tarihli kararında da “*dava dışı şirkete kayımlı atanması talep edilmişse de, anonim şirkete kayımlı tayininin HMK’nın “Çekişmesiz Yargı İşleri” başlığını taşıyan 382. maddesinde ticaret hukukuna ilişkin bir çekişmesiz yargı işi olarak zikredilmediği*” şeklinde haklı olarak yer bulmuştur. Dolayısıyla gerek istikrar kazanmış Yargıtay uygulamasının gerekse de doktrindeki yazarların, “*fesih davası kapsamında anonim şirkette tesis edilen yönetim kayımlığına ilişkin yargılama çekişmesiz yargı kapsamındadır*” şeklindeki karar ve görüşlerini “*HMK m. 382’nin ikinci fıkrasının “b” numaralı bendinin 19. bölümünde “vesayet işleri”nin sayılmış olması sebebiyle anonim şirketteki kayımlık tesisi de çekişmesiz yargı kapsamındadır*” şeklinde gerekçelendirmeleri kanımızca yerinde değildir⁹⁰.

⁸⁹ HMK m. 382’de sayılan çekişmesiz yargı işlerinin ‘sınırlı sayıda olmadığı’ yönündeki görüş için bkz. Arslan ve diğerleri (n 51) 79; Görgün ve diğerleri (n 51) 65; Atalı (n 66) 2114; Aras (n 66) 31.

⁹⁰ Benzer şekilde Yılmaz da ‘*Kural olarak vasi ve kayımlı tayinine ilişkin, re’sen veya istek üzerine sulh hukuk mahkemesinde açılan davalar hasımsız açılmak ve verilen kararların*

SONUÇ

Medeni yargı sınırları dahilindeki bir yargılamanın, çekişmeli yargı kapsamında mı yoksa çekişmesiz yargı kapsamında mı değerlendirileceği sorusunun cevabının, teorik önemi olduğu kadar pratik önemi de bulunmaktadır. Gerçekten de çalışmamıza esas teşkil eden dava olan anonim şirketin organ eksikliği sebebiyle feshi davası tesis edilen yönetim kayyımlığı yargılamasının, “re’sen harekete geçme ölçütü” uyarınca çekişmesiz yargı dahilinde olduğunun kabulü halinde kayyımlığı tesis edecek mahkemenin re’sen harekete geçme durumu söz konusu olmaktadır. Benzer bir durum, çekişmesiz yargıdaki hâkimin rol ve ödevlerinde de kendisini göstermektedir. Çalışma konumuzu çekişmesiz yargı içerisinde kabul ettiğimiz zaman, çekişmeli yargıdan farklı olarak, hâkimin takdir hakkı, re’sen araştırma ilkesinin uygulanmasının bir sonucu olarak daha geniş olacaktır. Bu itibarla organ eksikliği sebebiyle fesih davası kapsamında anonim şirkete tesis edilecek yönetim kayyımlığı yargılamasının, medeni yargının hangi alt alanında olduğu sorusunun cevabının verilmesi söz konusu dava ve yönetim kayyımlığı yargılaması bakımından büyük önemi haizdir.

Gerek istikrar kazanmış Yargıtay uygulaması gerekse de doktrinindeki bir grup yazar tarafından yıllardır TTK m. 530 uyarınca açılan fesih davası kapsamında anonim şirkete tesis edilen yönetim kayyımlığına ilişkin yargılamanın, gerçek kişilere tesis edilen yönetim kayyımlığı ile aynı kefeye konulmak suretiyle “çekişmesiz yargı” kapsamında olduğuna ilişkin kararlar verilmiş ve görüşler bildirilmektedir. Bu noktada 11. Hukuk Dairesi, 17.6.2019 tarihinde konu hakkında verdiği kararda aynı konuda önceki tarihlerde verdiği kararlarda değinmediği husus ve ölçütlere değinmişse de söz konusu karar, “münferit”

temyizi kabil olmamakla birlikte anonim şirketlerle ilgili kayyım tayinine ilişkin davalar için bu genel kural kendiliğinden uygulanmamalıdır. Esasen vasi ve kayyım hakkında genel hükümlerle anonim şirkete kayyım atanması farklılık göstermektedir ve amaçları farklıdır’ şeklinde görüş bildirmiştir (Yılmaz S, (n 51) 142).

nitelikte ve bir “hatır kararı” olarak kalmış olup aynı daire söz konusu tarihten sonra verilen kararlarda da istikrar kazanmış görüşü yönünde kararlar vermeye devam etmektedir. Bu itibarla organ eksikliği nedeniyle fesih davasındaki anonim şirkete yönetim kayımlığı tesisi yargılamasını, çekişmesiz yargıya ilişkin ölçütlerin tornasına soktuğumuzda karşımıza öncelikle uyuşmazlık ve hasım yokluğu ölçütü çıkmaktadır. Çalışma konumuz kapsamındaki dava olan TTK m. 530 uyarınca fesih davasını ve dava kapsamında tesis edilen yönetim kayımlığını, uyuşmazlık ve hasım yokluğu ölçütü kapsamında değerlendirdiğimizde fesih davası, inşai nitelikte bir dava olup davacılar, pay sahipleri, şirket alacaklıları ve Ticaret Bakanlığı iken davalı, anonim şirkettir. Dolayısıyla fesih davasında hem uyuşmazlık hem de hasım bulunmakta olup dava, çekişmeli yargı alanındadır. Bu itibarla, “şirketler hukukuna özgü” bir geçici hukuki koruma niteliğindeki anonim şirkete yönetim kayımlığı tesisi de nihai hukuki koruma olan fesih davasına bağlı olup HMK m. 390/I hükmü, yönetim kayımlığı tesisi bakımından geçerli olacaktır. Buna göre TTK m. 530 uyarınca organ eksikliği nedeniyle açılacak fesih davasında davacı, yönetim kayımlığı tesisini, dava açılmadan önce esas hakkında yetkili olan asliye ticaret mahkemesinden ve dava açıldıktan sonra da asıl davanın görüldüğü asliye ticaret mahkemesinden “anonim şirketi” hasım göstermek ve uyuşmazlığı ifade etmek kaydıyla talep edecektir. Diğer bir ifade ile yönetim kayımlığı tesisi talebinde de davacı hasım gösterecek ve uyuşmazlığı dilekçesinde belirtecektir. Nitekim, 11. Hukuk Dairesi de 17.06.2019 tarihli kararında da fesih davası kapsamında yönetim kayımlığı tesisine ilişkin taleplerde “anonim şirket”in hasım olarak gösterilmesi gerektiğini ve kayımlık tesisine ilişkin yargılamanın, TTK m. 530 hükümlerine tabi olduğunu açık bir şekilde ifade etmiştir. Dolayısıyla TTK m. 530 kapsamında açılan fesih davasında talep edilen yönetim kayımlığı tesisinin yargılaması, çekişmesiz yargı ölçütlerinden “uyuşmazlık ve hasım yokluğu” ölçütüne uygun değildir.

Çekişmesiz yargıdaki bir diğer ölçüt de sübjektif hakkın yokluğu ölçütüdür. Ölçütü, fesih davası bakımından değerlendirdiğimizde TTK m. 530 uyarınca fesih davasını açmayı haiz olan kişiler, anonim şirketin organlarının bulunmaması sebebiyle menfaatlerinin ihlal edildiği veya ihlal edilme riskine maruz kaldıkları için şirketin feshine ilişkin talepte bulunmakta ve mahkeme aracılığıyla da sübjektif hakkını korumaya çalışmaktadırlar. Nitekim 11. Hukuk Dairesi 17.06.2019 tarihli ve fesih davası kapsamında anonim şirkete tesisi talep edilen yönetim kayımlığına ilişkin İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi'nin "...ancak davacı tarafça anılan maddeye uygun olarak açılmış bir dava ve yapılmış bir istem de bulunmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun esaslan reddine karar verilmiştir" şeklinde onayladığı kararında da bu durumu haklı şekilde vurgulamıştır. Gerçekten de TTK m. 530 uyarınca davacı olmayı haiz kişiler, menfaatlerinin ihlal edildiği veya ihlal edilme riskiyle karşı karşıya kaldıkları için fesih davasını açmakta ve anonim şirkete yönetim kayımlığı tesisini talep etmektedirler. Dolayısıyla anonim şirkete yönetim kayımlığı tesisine ilişkin yargılamaya ikinci çekişmesiz yargı ölçütü olan "sübjektif hakkın yokluğu ölçütü" de uygun değildir.

Çekişmesiz yargıdaki son ölçüt, re'sen harekete geçme ölçütüdür. Anonim şirkette yönetim kayımlığı tesisine ilişkin geçici hukuki korumaya neden olan bir davada, davacının, TTK m. 530 uyarınca fesih davası açılması konusunda yargıya başvurup başvurmamakta serbest olduğu görülmektedir. Aynı durumun, "Dava açıldığında mahkeme, taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alabilir." biçimindeki TTK m. 530/II hükmü uyarınca fesih davası kapsamında talep edilebilecek yönetim kayımlığı tesisi için de geçerli olduğu görülmektedir. Dolayısıyla TTK sisteminde anonim şirkete kayımlık tesisi için kural olarak bu yolda bir talepte bulunulması gerekecektir-. Diğer bir ifade ile fesih davası kapsamında anonim şirketteki yönetim kayımlığı tesisi, re'sen hareket etme ölçütüne de uygun değildir.

Söz konusu ölçütler yanında konuyu, HMK m. 382 kapsamında değerlendirdiğimizde, kanımızca anonim şirkette kayyımlık tesisinin, maddi hukuk bakımından temeli (örneğin kayyımın görevleri, hak ve borçları konuları gibi) TMK ve TBK hükümleri olsa da fesih davası kapsamında anonim şirketteki yönetim kayyımlığı tesisinin, TMK kapsamındaki gerçek kişilere tesis edilen kayyımlıktan farklı olduğu unutulmamalıdır. Buna ek olarak, “HMK m. 382 hükmü sınırlı sayı ilkesiyle düzenlenmemiş olsa da HMK m. 382’nin “e) Ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:” başlıklı “e” bölümünde anonim şirkette kayyımlık tesisine ilişkin herhangi bir düzenlemenin de bulunmadığı unutulmamalıdır.

Sonuç olarak, TTK m. 530 uyarınca açılan fesih davasındaki anonim şirkete yönetim kayyımlığı tesisine ilişkin yargılamanın, çekişmesiz yargının hiçbir ölçütüne uygun olmaması, HMK m. 382’de düzenlenen gerçek kişilere tesis edilen kayyımlıktan farklı olması ve HMK m. 382’nin “e) Ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:” başlıklı “e” bölümünde anonim şirkette kayyımlık tesisine ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması sebepleriyle çekişmeli yargı kapsamında değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

Akıntürk T ve Ateş D, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.II (19. Baskı, Beta Basım Yayın 2016).

Akıpek J, Akıntürk T ve Ateş D, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C.I (12. Baskı, Beta Basım Yayın 2015).

Akünel T, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler (Filiz Kitabevi 1988).

Alışkan M, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları (Legal Yayıncılık 2007).

Altaş S, “Anonim Şirkete TTK ve TMK Uyarınca Kayyım Atanması” (2016) 11

(117) Terazi Hukuk Dergisi 52, 57.

Aras A, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü (Yetkin Yayınları 2017).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, Medeni Usul Hukuku (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2021).

Arslanlı H, Anonim Şirketler Anonim Şirketin Hesapları-Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi C. IV-V (Fakülteler Matbaası 1961).

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (Yetkin Yayınları 2018).

Atalı, M, 'Çekişmesiz Yargı', iç Hakan Pekcanitez ve diğerleri (edr), Pekcanitez Medeni Usul Hukuku C.III (15. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2017).

Ayoğlu T, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi', (2013) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Oğuz İmregüne'e Saygı Sempozyumu 219-252.

Battal A, 'Kayyum Denetimindeki Anonim Şirketin Yönetimi', (2016) 2 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi 23, 31.

Bilgili F ve Demirkapı E, Şirketler Hukuku (Dora Basım Yayın 2013).

Bozkurt T, 'Yönetimsel Yetersizlikler Nedeni ile Anonim Şirketlere TMK m. 427/4 Gereğince Yönetim Kayyımı Atanması Sorunsal', iç Havva Karagöz ve diğerleri (edr), Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Oniki Levha Yayıncılık 2021).

Budak AC ve Karaaslan V, Medeni Usul Hukuku (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018).

Budak AC, 'Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı', (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IV 2006).

Can M, Anonim Şirketlerde Zorunlu Organ Eksikliğinin Sonucu Olarak Fesih Davası (TTK m. 530) (Oniki Levha Yayıncılık 2020).

Çamoğlu E, ‘Anonim Ortaklığa Yönetim Kayyımı Atanması’ (2017) 91 (5) İstanbul Barosu Dergisi 15, 29.

Dinç S, ‘6102 Sayılı Kanun’a Göre Anonim Şirketlerde Sona Erme’, (2016) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 223-248.

Dural A, ‘Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları’ (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2005).

Dural M ve Ögüz T ve Gümüş MA, Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku C.III (Filiz Kitabevi 2019).

Egger A, Aile Hukuku Üçüncü Kısım Vesayet, Volf Çernis (çev) (Yeni Cezaevi Matbaası 1952).

Erişir E, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri (Oniki Levha Yayıncılık 2013).

Feyzioğlu FN, Aile hukuku (Filiz Kitabevi 1986).

Görgün Ş ve diğerleri, Medeni Usul Hukuku (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2018).

Gültekin Günaydın B, Anonim Şirkette Zorunlu Organ Eksikliğine Dayanan Fesih Davası (Beta Basım Yayın 2012).

Gümüş MA, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık (Vedat Kitapçılık 2006).

Güralp AG, ‘Anonim Şirkette Kayyım’, (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2005).

İmregün O, Anonim Ortaklıklar (Kutulmuş Matbaası 1968).

İzmirli Y, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi

ve Hukuki Sonuçları (Nobel Yayın Dağıtım 2001).

Kale İE, ‘Şirketler Hukukunda Çekişmesiz Yargı İşleri’ (Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).

Kendigelen A, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2016).

Kılıç AH, ‘Anonim Şirketin Temsili’ (Doktora Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021).

Kılıçoğlu A, Aile Hukuku (2. Baskı, Turhan Kitabevi 2016).

Köprülü B ve Kaneti S, Aile Hukuku (İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3388 1986).

Kuru B, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (Legal Yayınevi 2015). (Ders Kitabı)

Kuru B, Nizasız Kaza (Ajans Türk Matbaası 1961). (Nizasız Kaza)

Moroğlu E, ‘Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih’, Makaleler (Oniki Levha Yayıncılık 2010). (Azınlık)

Moroğlu E, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (8. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2017). (Hükümsüzlük)

Mustafa D ve Tufan Ö, Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku (C.II, Filiz Kitabevi 2019)

Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) (10. Baskı, Filiz Kitabevi 2010).

Oğuzoğlu C, Medeni Hukuk, C.II (5. Baskı, Yeni Desen Matbaası 1963).

Özekes M, ‘Geçici Hukuki Koruma’ iç Hakan Pekcanitez ve diğerleri (edr), Pekcanitez Medeni Usul Hukuku C.III (15. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017).

Özsunay E, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler (5. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2443 1982).

Öztan B, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organ Fiillerinden Doğan Sorumluluk (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 272 1970). (Organ)

Öztan B, Tüzel Kişiler (Ders Notları) (Turhan Kitabevi 1994). (Tüzel Kişi)

Poroy, R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku I, (13. Baskı, Vedat Kitapçılık 2014).

Sanem Y, Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukuki Korumalar (İhtiyati Tedbirler) (Güncel Yayınevi 2004).

Sevi AM, ‘Anonim Ortaklık Organlarında Kilitlenme Hali ve Hukuki Çözüm Yolları’, iç Havva Karagöz, Ed. Beril Özcanlı ve Ed. Seda Palanduz (edr), Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Oniki Levha Yayıncılık 2021).

Soykan İC, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu (Oniki Levha Yayıncılık 2012).

Sulu M, Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı (Oniki Levha Yayıncılık 2019).

Şener OH, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı (Seçkin Yayıncılık 2012). (Ortaklıklar Hukuku)

Şener OH, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku (Seçkin Yayıncılık 2017) (Limited Ortaklıklar)

Şener OH, Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020). (Yeni TTK)

Tanrıver S, Medeni Usul Hukuku C.II (Yetkin Yayınları 2022).

Taşdelen O, ‘Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi’, (2016) 1 (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 987-1024.

Türkoğlu F, ‘Anonim Ortaklıklarda Organ Boşluğu Ve Ortaklığa Kayyım Atanması’, (2010) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127,149.

Üstündağ S, İhtiyati Tedbirler (Fakülteler Matbaası 1981).

Yıldız Ş, Hukuki Mütalaalar-4 (Oniki Levha Yayıncılık 2020). (Mütalaa)

Yıldız, Ş, ‘Sermaye Şirketlerine Yönetim Kayyımı Atanmasını Gerektiren Haller’, (2017) 2 (32) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 95, 106. (Yönetim)

Yılmaz E, Hukuk Sözlüğü (Yetkin Yayınları 1996). (Sözlük)

Yılmaz, E, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C.I (Yetkin Yayınları 2005). (Tedbir)

İNTERNET KAYNAKLARI

<<https://www.lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>>

<<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>>

<<https://www.islamansiklopedisi.org.tr>>

<<https://www.sozluk.gov.tr>>



FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDA DÜZENLENEN REF DAVASININ DAVA ŞARTI (ZORUNLU) ARABULUCULUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Şeyma IŞIK YAŞLI

Araştırma Makalesi

Araştırma Görevlisi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku
Ana Bilim Dalı, seymaisik@klu.edu.tr, ORCID NO: 0000-0003-2078-2858.

ÖZET

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan (FSEK) doğan uyumsuzluklar bir tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi şartıyla ticari davaya vücut verir. Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 5/A maddesindeki koşulları içeren ticari davalar ise zorunlu arabuluculuğa tabidir. Bu anlamda FSEK'te düzenlenen ref davasının zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı hem TTK m.5/A'daki koşullar hem de arabuluculuğa elverişlilik bağlamında incelenmelidir. Ref davasını genel olarak düzenleyen FSEK m.66, manevi hakların ihlalini özel olarak düzenleyen m.67 ve mali hakların ihlalini özel olarak düzenleyen m.68'deki üç misli bedel talebi dışındaki taleplerin konusu bir miktar paranın ödenmesi olmadığından bu talepler zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir. FSEK m.68'de düzenlenen üç misli bedel talebinin konusu her ne kadar bir miktar paranın ödenmesi ise de bu talebin hukuki niteliği medeni cezadır. Üç misli bedel talebinin hukuki niteliğinin medeni ceza olduğu dikkate alındığında bu talebin tarafların serbestçe tasarruf edebileceği alanın dışında olduğunun kabulü gerekir. Böylece üç misli bedel talebi arabuluculuğa elverişli olmadığından zorunlu arabuluculuk kapsamında da değerlendirilmemelidir.

ANAHTAR KELİMELER: Ref Davası, Zorunlu Arabuluculuk, Ticari Dava, Medeni Ceza, Üç Misli Bedel Talebi, Arabuluculuğa Elverişlilik

İntihal / Plagiarizm: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu çalışma Creative Commons Atf-GayrıTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

THE EVALUATION OF THE CASE OF CESSATION OF INFRINGEMENT REGULATED BY LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS WITHIN THE SCOPE OF MEDIATION AS A CAUSE OF ACTION (COMPULSORY)

Şeyma IŞIK YAŞLI

Research Article

Research Assistant, Kırklareli University, Faculty of Law, Department of Private Law, Department
of Commercial Law, seymaisik@klu.edu.tr, ORCID NO: 0000-0003-2078-2858.

ABSTRACT

Disputes arising from the Law on Intellectual and Artistic Works (LIAW) give rise to a commercial lawsuit, provided that it concerns the commercial enterprise of a party.

Commercial cases that contain the conditions in Article 5/A of the Turkish Commercial Code (TCC) are subject to compulsory mediation. In this sense, whether the case of cessation of infringement regulated in the LIAW is subject to compulsory mediation should be examined in terms of both the conditions in TCC article 5/A and the eligibility for mediation.

These requests in the article 66 of LIAW, which regulates the case of cessation of infringement in general, article 67, which specifically regulates the violation of moral rights, and article 68, which specifically regulates the violation of financial rights are not within the scope of compulsory mediation since the subject of the requests other than the request for the triple price in the article 68 of LIAW, is not the payment of an amount of money. Although the subject of the demand for triple price regulated in LIAW Article 68 is the payment of an amount of money, the legal nature of this demand is a civil penalty. Considering that the legal nature of the triple price request is a civil penalty, it should be accepted that this demand is outside the area that the parties can freely dispose of. Thus, since the triple price request is not eligible for mediation, it should not be evaluated within the scope of compulsory mediation.

KEYWORDS: The Case of Cessation of Infringement, Compulsory Mediation, Commercial Case, Civil Penalty, Triple Price Request, The Eligibility For Compulsory Mediation

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) eklenen 5/A maddesi ile belirli ticari davalarda arabuluculuğa başvurmak zorunlu hale gelmiştir. Böylece TTK m.5/A'da belirtilen koşulu sağlayan ticari davalar bakımından dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmuş olmak dava şartıdır. Bu düzenleme beraberinde zorunlu arabuluculuğa tabi olan ticari davaların hangileri olduğu tartışmasını beraberinde getirmiştir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan (FSEK) doğan uyuşmazlıklar bakımından zorunlu arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanıp kazanamayacağı, kazanacak ise ref davasının bu kapsamda olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekmektedir.

Çalışmamızda ilk olarak FSEK'ten doğan uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı bu uyuşmazlıkların ticari dava niteliğini haiz olup olmadıkları bakımından ele alınacaktır. Devamında ticari davalarda zorunlu arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanması için gereken koşulların FSEK'te düzenleme altına alınan ref davası bakımından geçerli olup olmadığı incelenecektir. Son olarak ise davaların yığılması halinde arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun varlığını devam ettirip ettirmeyeceği inceleme altına alınacaktır.

I. TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

TTK m.5/A-1'e göre: *"Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır."* Bu kapsamda zorunlu arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanması için ilk olarak davanın ticari nitelikte olması, ikinci olarak ise davanın alacak veya tazminat talepli olması gerekmektedir. Böylece kanun koyucu tüm ticari davaların arabuluculuk kapsamında kalmasını istememiş, ticari davalarda zorunlu arabuluculuk bakımından konu sınırlaması da getirmiştir¹. Bu sınırlamalar içerisinde kalan ticari davalar bakımından arabuluculuğa başvurmak özel bir dava şartıdır². Bu şartın yerine getirilmemiş olması halinde mahkeme herhangi bir işlem yapmaksızın davayı usulden reddeder. 7445 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle 01.09.2023 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere TTK m.5/A-1'deki *"paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında"* ibaresi *"para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında"* şeklinde değiştirilmiştir. Böylece 01.09.2023 tarihi itibarıyla ticari davalarda zorunlu arabuluculuk salt konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bakımından değil, bunlara ek olarak itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları bakımından da söz konusu olacaktır. İşte FSEK'ten doğan uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurmanın zorunlu olabilmesi bu davaların ticari nitelikte olmasını gerektirdiği gibi konu bakımından da belirtilen sınırlamanın içerisinde kalmasını gerektirir.

¹ Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (2. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 147.

² Kanun koyucunun zorunlu arabuluculuğu dava şartı olarak düzenlemesinin yerindeliliğine ilişkin eleştiri ve ilk itiraz olarak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz: Ömer Ekmekçi ve diğerleri, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2019) 153-154.

A. TİCARİ DAVA

TTK m.4/1'e göre: “Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;

a) Bu Kanunda,

b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde,

c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde,

d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta,

e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde,

f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde,

öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.”

Kanun koyucu ticari davaları üç farklı grupta düzenlemiştir. İlk grupta TTK m.4/1'de a-f bentleri arasında sayılan, tarafların sıfatına ve işin ticari işletmeyle

ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticari sayılan mutlak ticari davalar yer almaktadır³. Kanun koyucunun sayılan hususları tarafların sıfatına ve işin ticari işletme ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticari dava saymasının sebebi bu hususların ticaret hayatına mahsus olup ayrı bir uzmanlık gerektirmesidir⁴. Mutlak ticari davalar TTK m.4/1'in a-f bentleri arasında sayılanlarla da sınırlı değildir. Bazı kanunlarda özel hükümler aracılığıyla Kooperatif Kanunu m.99'da olduğu gibi kanundan doğan tüm uyuşmazlıkların ya da İcra ve İflas Kanunu m.154/3'te olduğu gibi kanunda düzenlenen belirli hususların ticari davaya vücut vereceği düzenlenmiştir.

İkinci grupta TTK m.4/1'in ilk cümlesinde ifade edilen, ticari sayılması için her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğması gereken nispi ticari davalar yer almaktadır⁵. Davanın ticari nitelikte olup olmadığının tespitinde ilk olarak uyuşmazlığın TTK'da sayılan mutlak ticari dava kapsamında kalıp kalmadığına bakılmalıdır. Uyuşmazlık mutlak ticari dava kapsamına girmiyorsa nispi ticari davanın şartlarının oluşup oluşmadığı incelenmelidir. Bu kapsamda

³ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku (28. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2022) 107; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku (19. Bası, Seçkin 2022) 140; Hüseyin Ülgen ve diğerleri, Ticari İşletme Hukuku (8. Bası, Vedat Kitapçılık 2022) 60; Rıza Ayhan ve diğerleri, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (15. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 77; Oruç Hami Şener, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı (2. Bası, Seçkin 2020) 117; Tamer Bozkurt, Ticari İşletme Hukuku (5. Bası, Yetkin Yayınları 2023) 256.

⁴ Arkan (n 3) 108. *Poroy/Yasaman* da kanun koyucunun ticari davayı kural olarak iki ticari işletme arasındaki uyuşmazlıklar olarak kabul ettiğini ancak bazı uyuşmazlık konularını doğrudan ticari hayatla ilgili olması sebebiyle mutlak ticari dava saydığını ifade etmiştir. (Poroy ve Yasaman (n 3) 146.) *Kaya* da mutlak ticari davaya konu edilen uyuşmazlıkların öz ticaret hayatıyla ilgili olmaları sebebiyle seçildiğini belirtmiştir. (Ülgen ve diğerleri (n 3) 62.)

⁵ Arkan (n 3) 107; Ülgen ve diğerleri (n 3) 71; Şener (n 3) 128; Ayhan ve diğerleri (n 3) 89. *Poroy/Yasaman* nispi ticari davayı "her iki taraf için de ticari sayılan hususlardan doğan dava" olarak tanımlamıştır. (Poroy ve Yasaman (n 3) 145.) Bu davalar şarta bağlı olarak -ticari işletmeyi ilgilendirmesi- ticari dava sayıldıklarından nispi ticari dava olarak adlandırılmaktadır. (Baki Kuru ve Burak Aydın, Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I (2. Bası, Yetkin Yayınları 2021) 137. Nispi ticari davaya ilişkin düzenlemenin eleştirisi için bkz: İsmail Kırcı, 'Nispi Ticari Davaya Dair', (2017) 33 (1) BATİDER 59-61.

bir nispi ticari davanın varlığı için uyuşmazlığın sadece taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili olması yeterli olmaz⁶. Taraflardan sadece birinin ticari işletmesini ilgilendiren bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık her ne kadar TTK m.19/2 uyarınca karşı taraf bakımından da ticari iş niteliğinde sayılacaksa da bu durum davanın ticari nitelik kazanmasını sağlamaz⁷. Kanun koyucu ticari davaları düzenlerken ticari davaların temelinde ticari işi koymamıştır. Aksine ticari iş niteliğindeki hususlardan doğan tüm uyuşmazlıkları ticari dava saymak yerine nispi ticari davaların belirlenmesinde ticari işletmeyi esas almıştır.

Son grupta ise TTK m.4/1'in son cümlesinde yer alan, ticari sayılması için havale, vedia veya fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğmakla birlikte en azından bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi gereken nispi ticari davalar bulunmaktadır⁸. Kanun koyucunun sayılan türden uyuşmazlıkların ticari davaya vücut vermesi için en azından bir ticari işletmeyle ilgili olmasını aramasındaki sebep bu türden muamelelerin herhangi bir ticari işletmeyle ilgili olmaması halinde uyuşmazlığa ticari hükümleri uygulamanın ve uyuşmazlığın ticari dava sayılmasının uygun

⁶ Arkan (n 3) 115; Poroy ve Yasaman (n 3) 145.

⁷ Arkan (n 3) 115-116; Ülgen ve diğerleri (n 3) 71; Şener (n 3) 128; Ayhan ve diğerleri (n 3) 89-90; Bozkurt (n 3) 273.

⁸ Bu davaları nispi ticari davalar arasında gören görüş için bkz: Arkan (n 3) 107; Poroy ve Yasaman (n 3) 139-140; Kırca (n 5) 56; Ekmekçi ve diğerleri (n 2) 302; Şener (n 3) 127; Ayhan ve diğerleri (n 3) 77; İlker Koçyiğit, 'Ticari Dava, Ticari İş ve Ticaret Mahkemeleri' iç Mustafa Artuç ve Ertan Aydın (edr), Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu, 8-10 Kasım 2017 (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 4; İlker Koçyiğit ve Ahmet Bulur, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk (ARCS Matbaacılık 2019) <<https://adb.adalet.gov.tr>> Son Erişim Tarihi: 21.07.2023, 89-90; İsmail Aydın, Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk (On İki Levha Yayıncılık 2022) 112. "Yarı nispi ticari dava" nitelemesi için bkz: Bozkurt (n 3) 269; Hasan Kadir Yılmaztekin ve Zeliha İnce, 'Dava Şartı Arabuluculuk Ekseninde Bazı Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları', (2019) 14 (159) Terazi Hukuk Dergisi 2174. Bu davaları mutlak ticari davalar içerisinde gören görüş için bkz: Ülgen ve diğerleri (n 3) 60; Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk (Adalet Yayınevi 2020) 191; R. Eda Giray, 'FSEK ve SMK Kapsamında Arabuluculuk', iç R. Eda Giray ve Deniz Merve Ersoy Pınar (edr), İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu 2018-2020 Faaliyet Yılı Özel Yayını (İstanbul Barosu Yayınları 2020) 67.

olmayacağı düşüncesidir⁹.

Kanun koyucu TTK m.4/1-d hükmü ile tarafların tacir olmasına bakılmaksızın fikri mülkiyet hukukundan doğan uyuşmazlıkların ticari dava teşkil edeceğini söylemekle birlikte TTK m.4/1'in son cümlesinde fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davaların herhangi bir ticari işletmeyle ilgili olmaması halinde ticari dava teşkil etmeyeceğini belirtmiştir¹⁰. O halde FSEK'ten doğan uyuşmazlıkların bir ticari işletmeyle ilgili olması halinde, dava ticari nitelikte olacaktır¹¹.

1. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan Doğan Uyuşmazlıkların Ticari Dava Niteliği

Kanun koyucu TTK m.4/1'de FSEK'ten doğan uyuşmazlıkların bir tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması şartıyla ticari davaya vücut vereceğini düzenlemiş olmasına rağmen bu davalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi değildir. FSEK m.76/1'e göre FSEK'ten doğan uyuşmazlıklarda görevli

⁹ Arkan (n 3) 114.

¹⁰ TTK m.4/1-d hükmünde belirtilen şekilde fikri mülkiyet hukukundan doğan uyuşmazlıklar mutlak ticari davaya vücut vermekle birlikte en azından bir ticari işletmeyi ilgilendiren ve FSEK'ten doğan uyuşmazlıklar nispi ticari dava niteliğindedir. Böylece ancak FSEK'ten doğan uyuşmazlıklar dışında kalan fikri mülkiyet hukuku kaynaklı uyuşmazlıklar mutlak ticari dava kapsamındadır. (Koçyiğit ve Bulur (n 8) 100; Levent Börü ve İlker Koçyiğit, Ticari Dava (2. Bası, Adalet Yayınevi 2021) 47.)

¹¹ Arkan (n 3) 115; Poroy ve Yasaman (n 3) 144; Ülgen ve diğerleri (n 3) 67,70; Şener (n 3) 129; Ekmekçi ve diğerleri (n 2) 303; Ayhan ve diğerleri (n 3) 91; Eminoğlu ve Erdoğan (n 8) 410; Koçyiğit (n 8) 16; Koçyiğit ve Bulur (n 8) 178-179; Börü ve Koçyiğit (n 10) 58; Bozkurt (n 3) 269; İlhan Dinç, Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk (2. Bası, Seçkin 2021) 218; Aydın (n 8) 130. *Arkan* örnek olarak bir piyesin, yazarının izni alınmadan temsil edilmesi halinde tiyatro sahibine karşı açılan davanın ticari nitelikte olacakken, bir bilim adamının eserinin başkası tarafından kendi adı altında yayınlanması halinde açılacak davanın ticari dava niteliğinde olmayacağını vermiştir. (Arkan (n 3) 115.) *Kuru/Aydın* ise FSEK'ten doğan uyuşmazlıkların ticari dava kategorisi bakımından TTK m.4/1-d altında, mutlak ticari davalar içerisinde ele almaktadır. (Baki Kuru ve Burak Aydın, Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt II (2. Bası, Yetkin Yayınları 2021) 1147.)

mahkeme ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesidir. İşte bu durum doktrinde FSEK'ten doğan uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı bakımından tereddüt yaratmıştır.

Bir görüş sonraki tarihli özel kanun niteliğindeki FSEK'te yer alan göreve ilişkin düzenlemenin TTK m.4/1-d hükmünü yürürlükten kaldırdığını ileri sürmüştür¹². Bu görüşe göre TTK m.4/1-d hükmü fikri mülkiyet hukukundan doğan uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemesinin görev alanına girdiği sonucunu doğuracak olması sebebiyle sonraki tarihli özel kanun olan FSEK ile birlikte yürürlükten kalkmıştır¹³. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ilgili uyuşmazlığa asliye ticaret mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesinin bakacak olması da FSEK'ten doğan uyuşmazlıkların ticari davalar arasında sayılmasının anlamını yitirmesine sebep olmuştur¹⁴. Yine FSEK'ten doğan uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemesinin görev alanından çıkarılmasıyla birlikte bu türden uyuşmazlıkların ticari davalar arasında

¹² Poroy ve Yasaman (n 3) 145; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku Cilt II (2. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 320. *Kırca* da fikri mülkiyetten doğan uyuşmazlıklarda ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevli olduğunun düzenlenmesi karşısında TTK m.4 hükmünün uygulanma kabiliyetini yitirdiği, gerekçede belirtilen görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olmamasının davanın niteliğine etki etmeyeceğine ilişkin tespit bir karşılığının olmadığı görüşündedir. (*Kırca* (n 5) 57-58.) Benzer şekilde *Erdoğan* da fikri mülkiyetten doğan uyuşmazlıkların fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görev alanına girdiğinin düzenleme altına alınmasıyla birlikte bu davaların ticari dava olarak kabul edilmesinin pratik bir öneminin kalmadığı, zira bir davanın ticari nitelikte olmasının o davanın görüleceği mahkemeyi belirlemesi dışında hukuki bir sonucu olmadığı görüşündedir. (Abdullah Erdoğan, 'Ticari Davalar', (2013) 3 (1) REGESTA 66-67.)

¹³ Poroy ve Yasaman (n 3) 145. Yazar bu görüşüne rağmen zorunlu arabuluculuk için gereken davanın ticari nitelikte olması şartının fikri ve sınai haklarla ilgili uyuşmazlıkların ihtisas mahkemesinde görülüyor olmasına rağmen sağlandığı görüşündedir. (Poroy ve Yasaman (n 3) 136.)

¹⁴ Tanrıver, Arabuluculuk (n 1) 150-151; Tanrıver, Medeni Usul (n 12) 320. *Bozkurt* da ihtisas mahkemelerinin olmadığı yerlerde fikri haklardan doğan uyuşmazlıklara asliye hukuk mahkemesinin bakacak olmasının, TTK m.4/1-d hükmünü zımnen ilga ettiği görüşündedir. (Bozkurt (n 3) 263-264.)

sayılmasının hiçbir anlamı ve önemi kalmamıştır¹⁵. Böylece bu görüşe göre FSEK'ten doğan uyuşmazlıklar ticari dava olmaktan çıkarıldığı için zorunlu arabuluculuğun kapsamı dışında kalmaktadır¹⁶.

Kanun koyucu TTK m.4/1'in gerekçesinde “*fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan davalar, kanunen mutlak ticarî davalardır. Fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin davaların halen tek yargıçlı, fikrî ve sınaî haklara ilişkin hukuk mahkemelerinde görülmekte bulunmaları, bu mahkemelerin ihtisas mahkemeleri olarak adlandırılmaları, başka bir deyişle ihtisas mahkemesi olmaları, bu davaları ticarî dava olmaktan çıkarmaz; niteliklerini değiştirmez. Fikrî mülkiyet davalarına bakan mahkemelerin tek hakimli (MarkKHK m. 71, PatKHK m. 146, EndTasKHK m. 58, CoğİŞKHK m. 30), asliye mahkemelerinin bir başkan ve iki üyeli (26/09/2004 tarihli ve 5235*

¹⁵ Tanrıver, Arabuluculuk (n 1) 150; Tanrıver, Medeni Usul (n 12) 320. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde görülen bir davanın ticari dava olarak nitelendirilmesinin, bir davanın ticari dava olmasının doğal sonucu olarak asliye ticaret mahkemesinde görülecek olması karşısında, önemini yitirdiği ve zorunlu arabuluculuk kapsamında olamayacağı görüşü için bkz: Abdullah Berat Memiş, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü (Seçkin 2020) 66-67.

¹⁶ Tanrıver, Arabuluculuk (n 1) 151; Tanrıver, Medeni Usul (n 12) 320. *Poroy/Yasaman* da FSEK m.76/1 hükmüyle birlikte fikri mülkiyetten doğan uyuşmazlıkların ticari dava kapsamından çıkarıldığını ileri sürmesine rağmen zorunlu arabuluculuk için gereken davanın ticari nitelikte olması şartının fikri ve sınai haklarla ilgili uyuşmazlıkların ihtisas mahkemesinde görülüyor olması karşısında varlığını devam ettirdiği görüşündedir. (*Poroy ve Yasaman* (n 3) 136.) *Bozkurt* da fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının ihtisas mahkemelerinin görev alanına dahil edilmesiyle birlikte TTK m.4/1-d hükmünün zımnen ilga edildiğini (s.263-264) ileri sürmesine rağmen FSEK'ten doğan uyuşmazlıkların ticari davalar arasında sayılmasından bahisle zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu görüşündedir. (*Bozkurt* (n 3) 270.) Konuyu tüketici mahkemelerinde görülen ticari davalar bakımından ele alan *Yardım* ise bir davanın ticari sayılmasının temel sonucunun o davanın ticaret mahkemesinde görülmesi olduğunu ifade etmiştir. Böylece yazara göre özel mahkemelerde görülen davalarda bu sonuç ortaya çıkmadığından ticaret mahkemesinde görülmeyen bir davanın ticari nitelikte olmasına mahal yoktur. Böylece yazar özel mahkemelerde görülen davaların ticari davaya vücut veremeyeceğini ve zorunlu arabuluculuğa tabi olmayacaklarını ifade etmiştir. (M. Ertan Yardım, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru’, iç Ceyda Sürel Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (edr), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Seçkin 2019) 98.)

sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5 inci maddesi) olmaları, fikrî ve sınai haklar mahkemesinin ticaret mahkemesi olmadığı anlamına gelemez. Çünkü, ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde tek hakimli asliye mahkemesi de ticaret mahkemesi sıfatıyla ticarî davalara bakmaktadır.” demiştir¹⁷.

Kanun koyucunun gerekçesine de işaret eden aksi yöndeki görüş ise fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının ihtisas mahkemelerinde görülecek olmasının bu davaların ticari dava niteliğini ortadan kaldırmadığını ifade etmiştir¹⁸. Bu görüşe göre ihtisas mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde ikame mahkeme olarak asliye hukuk mahkemeleri yerine asliye ticaret mahkemelerinin belirlenmiş olması gerekirken bu husus göz ardı edilmiştir¹⁹. Yine TTK m.5/A hükmü zorunlu

¹⁷ Arkan durumun açıklığa kavuşması bakımından fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin asliye ticaret mahkemesi olduğunun Kanun’da belirtilmesinin uygun olacağını ifade etmiştir. (Arkan (n 3) 119.)

¹⁸ Ülgen ve diğerleri (n 3) 68; Ekmekçi ve diğerleri (n 3) 303-304; Şener (n 3) 125; Ayhan ve diğerleri (n 3) 82; Eminoğlu ve Erdoğan (n 8) 189,410; Börü ve Koçyiğit (n 10) 47-48; Ali Paşlı, ‘Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması’ iç Ceyda Sürel Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (edr), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Seçkin 2019) 16; Dinç (n 11) 102-103; Aydın (n 8) 103; Onur Sarı, ‘Sınai Mülkiyet Kanununda Düzenlenen Sınai Haklardan Doğan Uyuşmazlıklara Dava Şartı Arabuluculuğun Uygulanması’, (2019) 18 (2) İKÜHFD 352-353; H. Gültekin Can, ‘Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesinin Kapsamı ve Bazı Tartışmalı Hususlar’, (2019) 93 (6) İstanbul Barosu Dergisi 189; Cenk Akil, ‘Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuğun Usul ve Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi’, (2021) 8 (1) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 104; İbrahim Ermenek ve Betül Azaklı Arslan, ‘İcra İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)’, (2020) 33 (148) TBB Dergisi 139; İrem Toprakkaya, Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü (On İki Levha Yayıncılık 2021) 181.

¹⁹ Ülgen ve diğerleri (n 3) 68. Şener de FSEK’ten doğan uyuşmazlıkların ticari davaya vücut vereceğini kabul etmekle birlikte fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin bulunmadığı yerlerde uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesinde görülecek olmasının kabulü nedeniyle bu davaların ticari sayılmasının hiçbir hukuki sonucu olmadığı görüşünü ileri sürmüştür. (Şener (n 3) 132.) Kanaatimizce ticari davalarda kabul edilen zorunlu arabuluculuk karşısında FSEK’ten doğan uyuşmazlıkların ticari dava sayılmasının hiçbir hukuki sonucu olmadığını söylemek

arabuluculuk bakımından uyuşmazlığın ticaret mahkemelerinde görülüyor olmasını değil, ticari dava kapsamında olmasını aradığından alacak veya tazminat talepli ticari davalar ticaret mahkemesinden başka bir mahkemede görülüyor olsa dahi zorunlu arabuluculuğa tabidir²⁰. Kaldı ki her ticari davanın mutlaka asliye ticaret mahkemesinde görülmesi söz konusu değildir²¹. TTK m.5'te yer alan “*aksine düzenleme olmadıkça*” ticari davaların asliye ticaret mahkemesinde görüleceğini öngören hükmün sonucu olarak da fikri mülkiyetten doğan uyuşmazlıklar ticari dava kapsamındadır²².

Kanaatimizce bir davanın ticari nitelikte olmasının biri davaya ticaret mahkemesi olarak iş gören özel bir mahkemenin bakması, biri de özel yargılama usulü kurallarının uygulanması şeklinde temelde iki sonucu vardır²³. Bir davanın ticari nitelikte olmasının sonucuna ticari davalarda zorunlu arabuluculuk kurumunun kabul edilmesiyle birlikte belirli uyuşmazlıklar bakımından dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması şartı da eklenmiştir. Böylece bir davanın ticari nitelikte olmasının tek sonucu o davada asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması değildir. Kaldı ki TTK m.5/1 hükmü “*aksine hüküm bulunmadıkça*” ticari davalarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olacağını ifade etmekle her ticari davanın asliye ticaret mahkemelerinde görülmeyeceğini kabul etmiş olmaktadır.

mümkün değildir.

²⁰ Bozkurt (n 3) 279-280; Paslı (n 18) 16. *Eminoğlu* da bir ticari uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tabi olabilmesi için mutlak veya nispi ticari dava kapsamında kalması gerektiğini, asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına giren davalar ile ticari davaların birbiriyle aynı anlama gelmediğini, her türlü ticari davanın ticaret mahkemesinin görev alanına girmediğini ifade etmiştir. (Eminoğlu ve Erdoğan (n 8) 188-189.) *Aydın* nasıl ki kanun koyucu zorunlu arabuluculuğa tabi tüketici uyuşmazlıklarını uyuşmazlığı görmekle görevli mahkemeyi değil de uyuşmazlığın konusunun ticari dava olmasını esas alarak düzenlediyse fikri mülkiyet hukukundan doğan uyuşmazlıklarda da görevli mahkemenin fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olmasının davanın ticari niteliğini etkilemeyeceğini ifade etmiştir. (Aydın (n 8) 103.)

²¹ Murat Atalı ve diğerleri, *Medeni Usul Hukuku* (5. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 139; Paslı (n 18) 16.

²² Atalı ve diğerleri (n 21) 139-140; Börü ve Koçyiğit (n 10) 48.

²³ Ekmekçi ve diğerleri (n 2) 289; Börü ve Koçyiğit (n 10) 86-90.

Dolayısıyla ticari davayla ilgili kanuni düzenlemeler bir bütün olarak ele alındığında kanun koyucunun çeşitli bağlantılar yoluyla ticari nitelikte olan davaları tespit ettikten sonra bu davaların ticari nitelikte olmasına üç farklı sonuç bağladığı görülmektedir. Ticari davalarda görevli mahkemenin tayiniyle ilgili sonuç bakımından ise kanun koyucunun en başta görevli mahkemenin asliye ticaret olmasının ticari davalarda mutlak olmadığını “*aksine hüküm bulunmadıkça*” ibaresine yer vererek kabul ettiği anlaşılmaktadır. Böylece kanun koyucunun ticari dava olarak kabul ettiği bir uyuşmazlığın sırf asliye ticaret mahkemesinin görev alanına girmemesi sebebiyle ticari dava olmaktan çıkmayacağı görüşündeyiz. Bu halde söz konusu olan sadece ticari davanın sonuçlarından görevli mahkemeye ilgili olan sonucun bu uyuşmazlıklarda uygulama bulamayacağıdır, yoksa davanın niteliğinin ticari olmaktan çıkması değil. Sonuç olarak en azından bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi şartıyla fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıklar ticari dava niteliğini haiz olacak olup konu bakımından öngörülen sınırlamanın da içinde kalması halinde zorunlu arabuluculuğa tabi olur.

B. TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK ŞARTLARI

Kanun koyucu tüm ticari davaları zorunlu arabuluculuk kapsamına koymak istememiş, bunun yerine zorunlu arabuluculuğa tabi ticari davaları konu bakımından sınırlandırmıştır. Buna göre ancak konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak davaları ile tazminat davaları zorunlu arabuluculuğa tabidir. Böylece konusu yapma, yapmama veya para dışındaki verme borcu olan eda davaları ihtilafın muhakkak bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olması şartı sebebiyle zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir²⁴. Bu kapsamda FSEK'ten doğan alacak ve tazminat talepli davaların da zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu

²⁴ Memiş (n 15) 68.

kabul edilmektedir²⁵. Fikri haklar, hak sahiplerinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklardan olduğundan arabuluculuğa elverişlidir²⁶. 7445 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle 01.09.2023 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere TTK m.5/A-1'deki "*paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında*" ibaresi "*para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında*" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece 01.09.2023 tarihi itibarıyla ticari davalarda zorunlu arabuluculuk salt konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bakımından değil, bunlara ek olarak itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları bakımından da söz konusu olacaktır.

TTK m.5/A'nın zorunlu arabuluculuğa tabi ticari davaları konu bakımından sınırlandırması karşısında bu maddede belirtilen kapsama hangi uyuşmazlıkların girdiğinin nasıl tespit edileceği bakımından doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bu konuda tartışma olmasının altında yatan sebep ise ileri sürülen vakıaların bir alacağa ilişkin olmasına rağmen talep sonucunun ifadan başkaca bir talebe dayanması halinde bunun zorunlu arabuluculuğa etkisinin ne olacağının tespit edilmeye çalışılmasıdır. Zira TTK m.5/A zorunlu arabuluculuğa tabi ticari davalarda dava konusuna göre sınırlandırma getirmiş olup bu halde dava konusundan ne anlaşılması gerektiğinin tespiti gerekmiştir. Dava konusunun kapsamıyla ilgili olarak doktrinde temelde iki farklı görüş bulunmaktadır²⁷. Tek parçalı dava konusu kuramına göre dava konusu salt talep sonucundan oluşur²⁸. Usuli talep bir hukuki sonucun veya hukuki himayenin sağlanmasına yönelik olarak mahkemeye yöneltilmiş isteği ifade eder²⁹. İki parçalı dava konusu

²⁵ Kuru ve Aydın, Cilt II (n 11) 1147.

²⁶ Kuru ve Aydın, Cilt II (n 11) 1134.

²⁷ Dava konusuna ilişkin ileri sürülen kuramların detayı için bkz: Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku Cilt I (4. Bası, Yetkin Yayınları 2021) 516-527.

²⁸ Atalı ve diğerleri (n 21) 354. Türk hukukunda tek parçalı dava kuramının geçerli olduğu görüşünü savunan yazarlar: Tanrıver, Cilt I (n 27) 525-527, Atalı ve diğerleri (n 21) 354.

²⁹ Atalı ve diğerleri (n 21) 354; Tanrıver, Cilt I (n 27) 526. Usuli talep maddi hukuktaki

kuramına göre ise dava konusu talep sonucunun yanı sıra ileri sürülen taleple doğal bağlantı içerisinde bulunan tüm maddi vakıaları yani dava sebebini birlikte içerir³⁰.

Ermenek/Azaklı Aslan Türk hukukunda dava konusunun tespitinde talep sonucundan hareket edilmesinden bahisle uyuşmazlık bir para alacağına ilişkin olsa dahi usuli talepler olan tespit ve inşai taleplerin zorunlu arabuluculuk kapsamının dışında kaldığını ifade etmiştir³¹. Yazarlar mahkemelerin dava

talepten farklı anlama geliyor olup maddi hukuktaki talep sadece karşı tarafın bir şeyi vermeye, yapmaya veya yapmamaya mahkum edilmesi şeklindeki eda davası bakımından anlam ifade eder. Zira maddi hukuktaki talep karşı tarafın belli bir hareket tarzını gerçekleştirmesine yönelik isteği ifade eder. Maddi hukukta bir hakkın mevcut olmadığının tespiti şeklindeki bir talepten bahsedilemez. Oysa usul hukukunda bir hakkın veya hukuki ilişkinin bulunmadığına yönelik tespit mahkemeye yöneltilmiş hukuki himaye talebinin konusunu oluşturur. (Atalı ve diğerleri (n 21) 353-354.)

³⁰ Atalı ve diğerleri (n 21) 354-355.

³¹ Ermenek ve Azaklı Aslan (n 18) 144-145. *Yardım* da kanuni düzenlemede gerek bir miktar paranın ödenmesinden bahsediliyor olması gerek de alacak ve tazminat ibarelerinin olmasından hareketle kanun koyucunun dava konusunu bu hususlarla sınırlandırdığını, dava konusunun netice-i talebe karşılık geldiğini, bu sebeple ancak bir miktar paranın tahsilinin istendiği eda davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğunu ifade etmiştir. (Yardım (n 16) 99-100.) *Sayın* da kanunun lafzında “*konusu bir miktar paranın ödenmesi*” denmesi karşısında ticari davalarda zorunlu arabuluculuğun ancak eda davaları bakımından mümkün olduğunu ileri sürmüştür. HMK’nın davaları talep sonucuna göre tasnif ettiğini ifade eden yazar, davanın niteliğinin talep sonucuna göre belirleniyor olması karşısında ancak bir miktar paranın ödenmesinin talep edildiği ticari uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuğa tabi olduğunu ileri sürmüştür. (Bartuğ Sayın, *Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk ADS Serisi Cilt I (Yetkin Yayınları 2021) 159-160.*) *Yılmaztekin/İnce* de ancak talep sonucu bir miktar paranın tahsiline ilişkin olan alacak ve tazminat davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğunu ileri sürdükten sonra bu kapsamda kalan eda davalarıyla inşai davaları zorunlu arabuluculuğa tabi tutup tespit davalarını dışarıda bırakmıştır. (Yılmaztekin ve İnce (n 8) 2176.) *Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven* de alacak ve tazminat talebinin maddi hukuk boyutunun bir edimin yerine getirilmesi amaçlı talepler, usul hukuku boyutunun ise ifa amaçlı talepler olduğunu ifade etmiştir. Yazarlara göre gerek alacak ve tazminat taleplerinin içeriğinin karşı tarafı bir edimi ifaya zorlaması gerek de kanuni düzenlemede “*konusu bir miktar paranın ödenmesi*” ibaresiyle paranın ödenmesi ifadesine yer verilmesi sonucunda ticari davalardan yalnızca paranın ödenmesine yönelik talebi barındıran alacak ve tazminat davaları zorunlu arabuluculuğa tabidir. (Ekmekçi ve diğerleri (n 2) 132.) Yazarlara göre zorunlu arabuluculuk kapsamında olan ticari davalar sınırlı şekilde belirtilmiştir. Arabuluculuk kurumunun istisnai yapısı dikkate alındığında zorunlu arabuluculuğa tabi

konusunu tespit ederken talep sonucu yerine uyuşmazlık konusundan hareket etmesini eleştirmiştir³². Böylece yazarlara göre maddi hukuka ilişkin taleplerin muhatabı hasım iken usuli taleplerin muhatabı mahkeme olduğundan talep sonucunun maddi talebe yöneldiği eda davaları zorunlu arabuluculuk kapsamında iken talep sonucunun usuli talebe yöneldiği tespit ve inşai davalar zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir³³.

Yılmaz ise zorunlu arabuluculuğun kapsamına sadece doğrudan alacağın veya tazminatın talep edildiği eda davalarının girmediğini ifade etmiştir³⁴. Yazara göre kanuni düzenlemede zorunlu arabuluculuğa tabi olan uyuşmazlıklar salt eda davası olarak sınırlandırılmamış olup aksine davanın isminden ve türünden bağımsız olarak belirli bir miktar alacağın veya tazminatın ödenmesiyle doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi bulunan tüm ticari davalar kapsama dahil edilmiştir³⁵.

uyuşmazlıkların tespitinde dar yorum yapılması gerekir. Hal böyleyken alacak kapsamında olmayan taleplerin dolaylı yorumlarla bu kapsama dahil edilmesi hak ihlali teşkil eder. (Ekmekçi ve diğerleri (n 2) 135.) *Aydın* da dava konusunun talep sonucuyla özdeş olduğunu ifade ederek zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların tespitinde talep sonucunun belirli bir miktar paranın ödenmesine yönelik olup olmadığına incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. (*Aydın* (n 8) 142.) *Büyük* de Türk hukukunda dava konusunun tespiti bakımından tek unsurlu teorisinin geçerli olduğunu, bu anlamda dava konusunun münhasır olarak davacının mahkemeye yönelttiği talep sonucuna göre belirleneceğini, böylece yalnızca talep sonucu olarak bir miktar paranın ödenmesinin istenildiği alacak ve tazminat taleplerinin dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığını ifade etmiştir. (Elif Irmak Büyük, 'Karar İncelemesi: Ticari Dava Niteliğindeki İtirazın İptali Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığına İlişkin Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Kararının Değerlendirilmesi', (2021) 27 (1) MÜHF-HAD 789.)

³² Ermenek ve Azaklı Aslan (n 18) 144.

³³ Ermenek ve Azaklı Aslan (n 18) 145.

³⁴ Abdülhamit Yılmaz, 'Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredi Sözleşmeleri', (2018) 5 (1) AndHD 236.

³⁵ Yılmaz (n 34) 236. *Koçyiğit/Bulur* medeni usul hukukunun şekli bir hukuk dalı olmasının dar yorum yapmayı haklı kılmadığı, aksine yorum gerektiren konularda geniş yorum yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Yazarlara göre kanun koyucunun gerekçesinden talep sonucuna göre bir sınırlandırma yapmak istediği sonucu çıkmadığı gibi iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk kurumundan sonra ticari davalar bakımından da arabuluculuğun zorunlu hale getirilmiş olması ticari davalar bakımından

Budak ticari davalarda zorunlu arabuluculuğun kapsamını tayin etme bakımından talep sonucunun değil, dava sebebinin önemli olduğunu ifade etmiştir³⁶. Yazara göre kanunun taraf iradelerine tabi olan uyuşmazlıklarda arabuluculuk uygulamasını yaygınlaştırmaya yönelik amacı da bunu doğrulamaktadır³⁷. Böylece yazara göre sadece eda davaları değil, itirazın iptali ve menfi tespit davaları da zorunlu arabuluculuk kapsamındadır³⁸.

7445 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda 01.09.2023 tarihi itibarıyla

da iş davalarındaki benzer yaklaşımın sergilenmek istediği anlamına gelir. İş uyuşmazlıklarında eda davalarının yanı sıra tespit davalarının da zorunlu arabuluculuğa tabi olması karşısında ticari davalarda zorunlu arabuluculuk bakımından da aynı sonuca varılması amaca uygun yorum olacaktır. (Koçyiğit ve Bulur (n 8) 140-141.) *Akil* ise TTK m.5/A'da zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar bakımından yapılan sınırlamanın talep sonucunu değil, dava konusunu esas aldığı ifade etmiştir. Dava konusunun tespiti bakımından ise maddi anlamda kesin hüküm kurumundan hareket edilmesi gerektiğini ifade eden yazar, aynı konuda verilmiş bir eda hükmü varken menfi tespit davası açılmış olması halinde dava konularının özdeş sayılmasından bahisle ticari davalarda zorunlu arabuluculuğun kapsamına sadece eda davalarının girmediğini ileri sürmüştür. (Cenk Akil, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler', (2020) 11 (41) TAAD 321-322.) *Akil* başka bir çalışmada ise uyuşmazlığın konusunun para alacağına ilişkin olmakla birlikte mahkemeye yöneltilen talebin parasal bir meblağa hükmedilmesi olmadığı hallerde dava şartı arabuluculuğun kapsamının üç kriterle dayalı olarak belirlenebileceğini ifade etmiştir. Yazara göre bu kriterlerden ilki dava sonunda elde edilen ilamın para alacağının tahsili için kullanılıp kullanılmayacağı, ikincisi uyuşmazlığın mahkemeye taşınması halinde davalının ödeme yapmasının derdest davanın konusuz kalmasına yol açmayacağı, üçüncüsü ise uyuşmazlığın mahkemeye taşındıktan sonra davanın kabul edilmesinin üçüncü kişilere etkisidir. (Akil, Takip Hukuku (n 18) 100.)

³⁶ Ali Cem Budak, 'Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk', (2019) 15 (42) MİHDER, 33. Benzer doğrultuda görüş için bkz: Barış Toraman, 'Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığı Sorunu', (2020) 5 (1) ÇÜHFD 3166.

³⁷ Budak (n 36) 33. *Börü/Koçyiğit* kanun koyucunun amacının iş uyuşmazlıklarındaki dava şartı arabuluculuğa benzer bir düzenleme yapmak olduğunu, böylece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği tüm ticari davaların zorunlu arabuluculuk kapsamına dahil olduğunu ifade etmiştir. (Börü ve Koçyiğit (n 10) 498.) FSEK'ten doğan uyuşmazlıklar bakımından ise bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi şartıyla konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tüm uyuşmazlıklar talep sonucunun ne olduğu fark etmeksizin zorunlu arabuluculuk kapsamında görülmüştür. (Börü ve Koçyiğit (n 10) 520.)

³⁸ Budak (n 36) 33, Toraman (n 36) 3166.

konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinin yanı sıra menfi tespit, itirazın iptali ve istirdat davaları da zorunlu arabuluculuk kapsamında olacaktır. Bu değişiklik dava konusunun tespitine ilişkin ileri sürülen teoriler çerçevesinde ticari davalarda zorunlu arabuluculuğun kapsamını tayin etmek bakımından yaşanan pek çok tartışmayı da sona erdirmiştir.

C. ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİK

HUAK m.1/2'ye göre: *“Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.”* O halde kanun koyucu yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuk uyuşmazlıklarını arabuluculuğa elverişli bulmuştur³⁹. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konuların tespitinde ölçüt tarafların kendi özgür iradeleriyle hareket ederek mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın uyuşmazlığı sona erdirip erdiremeyecekleridir⁴⁰. Böylece tarafların

³⁹ Madde Gereçesi: *“Madde ile, arabuluculuk kurumunun hangi tür uyuşmazlıklarda ve hangi kayıta uygulanma alanı bulacağı hüküm altına alınmıştır. Her şeyden önce arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanacağı alan, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, özel hukuk uyuşmazlıklarıdır. Öte yandan, anılan kurum, her tür hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani “sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları” bağlamında uygulanma alanı bulacaktır. Bu durum karşısında, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir.”*

⁴⁰ Levent Börü ve Şafak Parlak Börü, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk (2. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 33-34. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklardan sulh yolu ile halledilebilecek uyuşmazlıkların anlaşılması gerektiği, böylece maddi hukukun taraflara uyuşmazlık konusu hakkında anlaşma ve tasarrufta bulunma yetkisi verdiği konulardaki uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu, hukuki sonucun ancak mahkemenin vereceği karar üzerine doğacağı ve taraflar anlaşmış olsa dahi bunun yeni bir hukuki durum yaratmaya yeterli olmayacağı konulardan doğan uyuşmazlıkların ise arabuluculuğa elverişli olmadığı görüşü için bkz: Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk (Yetkin Yayınları 2012)

tasarruf alanında olmayan ve taraf iradelerinin söz konusu olmadığı, uyuşmazlığın muhakkak mahkemenin vereceği karar ile çözümlenmesi gereken hususlar tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konulardır⁴¹. Bu anlamda kanun koyucunun kamu düzeni, kamu yararı, zayıf koruma gibi düşüncelerle kişilere tanıdığı haklar ve yetkiler üzerinde kişilerin serbestçe tasarrufta bulunma imkânı yoktur⁴². Böylece toplumsal düzen ve huzurun sağlanması, temel hak ve özgürlüklerin korunması, ailenin, kadının, yaşlının, çocuğun, kısıtlının, soy bağının veya tüketicinin korunması gibi amaçlara hizmet eden ve kişilerin kabul veya feragat şeklindeki iradelerinin dikkate alınmadığı konular arabuluculuğa elverişli değildir⁴³. Bu anlamda tarafların sulh olmak yoluyla sona erdirebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları tarafların serbestçe tasarruf edebileceği nitelikte iken kamu düzenine ilişkin olan uyuşmazlıklar

110,113. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıkların tespitinde sulhe ilişkin düzenlemenin yanı sıra tahkime elverişliliğe ilişkin düzenlemeden ve bunlara ilişkin öğretilere ve yargı kararlarında yer alan görüşlerden istifade edilebileceği görüşü için bkz: Cenk Akil, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı' iç Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (edr), Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan Cilt I (Yetkin Yayınları 2014) 81. "Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler" ile "iki tarafın iradelerine tabi olmayan işler" ibarelerinin birbirinden farklı olduğu, taşınmazın devri ve tescili işleminin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş niteliğinde olmakla birlikte mülkiyet ancak tescil işlemi ile geçtiğinden iki tarafın iradesine tabi bir iş olmadığı görüşü için bkz: Börü ve Parlak Börü (n 40) 34. Kanunda aranan "taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edilebilirlik" kriterinin sulhe elverişlilik ve halli münhasıran mahkeme kararına bağlanmamışlık şeklinde iki alt kriterle açıklanabileceği, tarafların sözleşme serbestiyetine sahip olduğu alanlardaki borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların sulhe elverişli olacağı, inşai davalara konu uyuşmazlıklar, usuli inşai davalar, icra hukukundaki sınırlı yargısal inceleme prosedürüne tabi uyuşmazlıklar, geçici hukuki koruma aracına konu uyuşmazlıklar, kanun yolu ve şikayet gibi hukuki çare prosedürlerine tabi uyuşmazlıklar ise çözümünü münhasıran mahkeme kararına bağlandığından arabuluculuğa elverişli olamayacağı şeklindeki görüş için bkz: Cengiz Topel Çelikoğlu, '6325 Sayılı HUAK'a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi' iç Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (edr), Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan Cilt I (Yetkin Yayınları 2014) 687-688.

⁴¹ Muhammet Özekes, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 2829.

⁴² Ahmet M. Kılıçoğlu, Arabuluculuk Sözleşmeleri (2. Bası, Turhan Kitabevi 2021) 25.

⁴³ Kılıçoğlu (n 42) 25.

bakımından taraflar tasarrufta bulunamaz.

II. REF DAVASI BAKIMINDAN DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

A. REF DAVASI

Tecavüzün refi davası genel olarak FSEK m.66'da düzenleme altına alındıktan sonra manevi haklara tecavüz edilmesi hali özel olarak FSEK m.67'de, mali haklara tecavüz edilmesi hali ise özel olarak FSEK m.68'de düzenleme altına alınmıştır. Tecavüzün refi davasında men davasından farklı olarak eser sahibinin eserinden doğan haklarına karşı devam eden tecavüz eyleminin sonuçlarının kusur şartı aranmaksızın ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır⁴⁴. Bu davada tecavüzün sonuçlarının kaldırılması talep edildiğinden bir bakıma eski hale iade talep edilmiş olmaktadır⁴⁵.

Kanun koyucu eser sahibinin manevi haklarını ihlal eden bazı eylemleri ve bu hallerde hükmedilecek hususları ref davası kapsamında FSEK m.67'de özel olarak düzenlemiştir. Bu tecavüz eylemlerinden ilki eser sahibinin rızası olmaksızın veya arzusuna aykırı olarak henüz alenileşmemiş olan eserin umuma arz edilmesidir. FSEK m.14'te düzenlenen ve eser sahibinin manevi haklarından biri olan eseri umuma arz yetkisi, bir eserin umuma arz edilip edilmemesi, arz edilecekse bunun zamanı ve şeklini belirleme yetkisi anlamına geliyor olup bu yetki münhasıran eser sahibine aittir. İşte kanun koyucu eser sahibinin umuma arz yetkisinin ihlal edilmesi halinde tecavüzün refi davası açma hakkını FSEK m.67/1'de düzenleme altına almıştır. Buna göre eser sahibinin umuma arz yetkisinin ancak çoğaltılmış nüshaların yayımlanması yoluyla ihlal edilmesi halinde eser sahibi ref davası açabilir. Eser sahibinin manevi hakkının ihlali sonucunu doğurarak ref davasına konu edilebilecek diğer tecavüz eylemi eser sahibinin arzusuna aykırı olarak eser sahibinin adının esere konulmasıdır. Yine

⁴⁴ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2012) 311.

⁴⁵ Eminoğlu ve Erdoğan (n 8) 434.

eser sahibinin arzusuna aykırı olarak adının esere konulduğu hallerde de ancak tecavüz çoğaltılmış nüshaların yayımlanması yoluyla yapılmışsa eser sahibi tecavüzün refini dava edebilir. Kanun koyucunun bu hallerde tecavüzün refini dava etmeyi tecavüz eyleminin çoğaltılmış nüshaların yayımı yoluyla gerçekleştirilmesi haline özgüleyerek teşhir, temsil, radyo ve televizyonda yayımlama gibi tecavüz fiillerini kapsam dışı bırakmasındaki sebep çoğaltılmış nüshaların yayımı dışındaki fiillerin tek seferde gerçekleşiyor olup niteliklerinin ref davasına uygun olmamasıdır⁴⁶. Bu hallerde açılacak ref davasında mahkeme, çoğaltılmış nüshaların yayımının durdurulmasına hükmeder⁴⁷. FSEK m.67’de düzenlenen eser sahibinin manevi hakkının ihlali anlamına gelerek ref davasına konu edilebilecek diğer bir tecavüz eylemi ise eser sahibinin adının esere hiç konulmaması, yanlış konulması veya iltibasa sebep olacak şekilde konulmasıdır. Bu halde mahkeme gerek eserin aslına gerek de eserin çoğaltılmış nüshalarının üzerine eser sahibinin adının yazılmasına ve masrafları mütecevize ait olacak şekilde hükmün en fazla üç gazetede ilanına hükmeder. Eser sahibinin manevi hakkını ihlal ettiğiinden ref davasına konu edilebilecek diğer bir tecavüz eylemi kanunun izin verdiği haller dışında yanlış veya eksik kaynak gösterilmesi ile hiç kaynak gösterilmemesidir. Bu halde mahkeme kaynağın doğru gösterilmesine ve masrafları mütecevize ait olacak şekilde hükmün en fazla üç gazetede ilanına hükmeder. FSEK m.67’de düzenlenen eser sahibinin manevi hakkını ihlal ettiğiinden ref davasına konu edilebilecek son tecavüz eylemi ise eserin haksız olarak değiştirilmesidir. Kanun koyucu eserde değişiklik yapılması halini güzel sanat eserleri ile diğer eser türlerini birbirinden ayırarak düzenlemiştir. Güzel

⁴⁶ Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (Turhan Kitabevi 2008) 638-639. Çoğaltılmış nüshaların yayımı dışındaki tecavüz fiillerinin de devamlılık gösterebileceği ve ref davasının kapsamının bu şekilde sınırlandırılmasının uygun olmadığı şeklindeki eleştirilerin detayı için bkz: Tekinalp (n 44) 312-313.

⁴⁷ Burada çoğaltılmış nüshaların izinsiz yayımı aynı zamanda eser sahibinin mali haklarından olan yayma hakkının da ihlali anlamına geleceğinden FSEK m.68’deki yaptırımlar da gündeme gelir. (Tekinalp (n 44) 312-313.)

sanat eserleri dışındaki eser türleri bakımından eserde değişiklik yapılmasını ise kanun koyucu eserin tedavüle sokulmuş olup olmamasına göre ayırmıştır. Güzel sanat eserleri dışındaki eser türlerinde değişiklik yapılmış ve değişiklik yapılan bu eserler çoğaltılmamış veya çoğaltılmakla birlikte ticaret mevkiine sokulmamışsa mahkeme duruma göre mütecevizi çoğaltma yapmaktan veya eserleri tedavüle sokmaktan meneder⁴⁸. Bu halde eserlerin duruma göre çoğaltılması veya tedavüle sokulması eserlerin özgün haline çevrilmesi şartına bağlıdır⁴⁹. Güzel sanat eserleri dışındaki eserlerde değişiklik yapılmış ve bu eserler tedavüle de sokulmuşsa bu halde eser sahibi mahkemeden eserlerin toplatılarak düzeltilmesini ve eski hale getirilmesini talep edecekken mahkeme de masrafı mütecevize ait olmak üzere ilan yoluyla eserde yapılan değişikliklerin düzeltilmesine hükmeder⁵⁰. Güzel sanat eserlerinde değişiklik yapılması halinde ise mahkeme eski hale getirme kamununun veya malikin menfaatlerini esaslı surette ihlal etmedikçe eski hale iadeye, aksi halde güzel sanat eserinin aslındaki değişikliğin eser sahibi tarafından yapılmadığının belirtilmesine, eser sahibinin adının eserden kaldırılmasına veya değiştirilmesine hükmeder⁵¹.

Kanun koyucu eser sahibinin eseri üzerindeki mali haklarının tecavüze uğraması halinde açılacak ref davasını FSEK m.68’de özel olarak düzenlemiştir. Buna göre eser sahibi çoğaltma hakkını ihlal eden mütecevizden izinsiz çoğaltılan kopyalar henüz tedavüle sokulmamışsa çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Eser sahibinin çoğaltma hakkının yanı sıra yayma hakkı da ihlal edilmişse yani izinsiz çoğaltılan

⁴⁸ Tekinalp (n 44) 314.

⁴⁹ Tekinalp (n 44) 314.

⁵⁰ Tekinalp (n 44) 314-315.

⁵¹ Tekinalp (n 44) 315. Güzel sanat eserlerindeki değişikliğin sonucu olarak açılacak ref davasıyla ilgili hükmün eleştirisi için bkz: Tekinalp (n 44) 315-316.

kopyalar tedavüle sokulmuşsa eser sahibi yalnızca mütecevizin elinde bulunan kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bunların dışında eser sahibinin mali haklarından biri ihlal edilirse hak sahibi mütecevizden sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya FSEK hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir. Görüldüğü üzere kanun koyucu hak sahibine eser üzerindeki çoğaltma veya çoğaltmanın yanı sıra yayma hakkının ihlal edilmiş olması halinde eserin tedavüle konulup konulmaması olasılıklarında seçimlik hak tanımışken, başkaca mali hakların ihlali halinde sadece sözleşme yapılmış olsaydı talep edebileceği bedelin veya rayiç bedelin en çok üç katını isteme hakkı tanımıştır.

1. Üç Misli Bedel Talebinin Hukuki Niteliği

Tazminat hukukunda geçerli olan ilke tazminatın telafi edici amacı doğrultusunda ortaya çıkan zararlar sınırlı olarak tazminata hükmedilebilmesidir⁵². Ancak bu, mütecevizi cezalandırma amaçlı zararı aşan nitelikte medeni cezaların öngörülmesine engel değildir⁵³. Medeni cezalarda zararı aşan miktarda tazminata hükmedilemeyeceği ilkesine istisna getirilerek hakkı ihlal edilen kişinin

⁵² Aylin Hekim ve Mikail Bora Kaplan, ‘Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması’ iç Başak Baysal (edr), Sorumluluk Hukuku Seminerler – Makaleler 2017 (On İki Levha Yayıncılık 2017) 176. Zararın denkleştirilmesi veya telafi edilmesi amacının altındaki sebep zararın zarar görenin üzerinden alınıp zarar verene aktarılması yoluyla zarar görenin çıkarlarını dengelemektir. Böylece zararın denkleştirilmesi zarar verenin vermiş olduğu zararı eski hale getirmesini ifade eder. (Selin Özden Merhacı, Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) (Yetkin Yayınları 2013) 158.) İşte tazminatta zararın denkleştirilmesi amacının sonucu olarak zarar görenin zararının telafisi amacını aşarak zenginleşmesini sağlayacak miktarda tazminata hükmedilemeyeceği kabul edilmiş ve tazminat miktarının üst sınırını zararın oluşturacağı ifade edilmiştir. (Özden Merhacı (n 52) 160-161.)

⁵³ Hekim ve Kaplan (n 52) 178.

zenginleşmesine göz yumulmaktadır⁵⁴. Bu anlamda medeni cezanın ilk işlevi suç benzeri olarak nitelendirilebilecek hukuka aykırı fiili sebebiyle mütecevizin cezalandırılarak hem kişisel hem de toplumsal tatminin sağlanmasıdır⁵⁵. Medeni cezanın ikinci işlevi ise bizzat mütecevizin aynı fiili tekrar etmesi halinde cezalandırılacağını bilerek caydırılması (özel caydırma) ve bu fiili gerçekleştirilmemiş üçüncü kişilerin de gerçekleştirilmesi halinde karşı karşıya kalacağı cezayı öğrenerek caydırılmasıdır (genel caydırma)⁵⁶. Medeni ceza düzenlemeleri öngörülürken hakkı ihlal edilen kişinin zararı değil, mütecevizin hukuka aykırı fiili esas alınır⁵⁷. Böylece medeni ceza telafi edici nitelikteki tazminattan farklı olarak hakkı ihlal edilen kişinin zararını telafi etmeyi değil, mütecevizi eylemi sebebiyle cezalandırmayı esas alır⁵⁸. Medeni ceza olarak hukukumuzda öngörülen örneklere bakıldığında zararın medeni ceza bakımından bir şart olarak öngörülmediği anlaşılmaktadır⁵⁹.

Kanun koyucunun eser sahibinin mali hakkının ihlal edilmesi halinde eser sahibine tanıdığı sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin veya rayiç bedelin üç katına kadarını talep etme hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu bedel talebi eciri misilin bir türüdür⁶⁰. Bir görüşe göre ise üç misli bedel düzenlemesi medeni ceza tazminatı niteliğindedir⁶¹. Bu görüşe göre tazminat hukukunun genel ilkelerinin sonucu olarak her ne kadar zararı aşan tazminata hükmedilemese de özel kanuni düzenlemeler yoluyla bu

⁵⁴ O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt: V/1, 2 (2. Bası, Seçkin 2019) 555.

⁵⁵ Hekim ve Kaplan (n 52) 172, 178; Antalya (n 54) 555.

⁵⁶ Hekim ve Kaplan (n 52) 172-173, 178.

⁵⁷ Özden Merhacı (n 52) 171; Hekim ve Kaplan (n 52) 179.

⁵⁸ Antalya (n 54) 555; Özden Merhacı (n 52) 171; Hekim ve Kaplan (n 52) 179.

⁵⁹ Hekim ve Kaplan (n 52) 181.

⁶⁰ E. Ernst Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Say II. Cilt (İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu 1943) 165; Duygun Yarsuvat, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları (Güryay Matbaacılık 1984) 221.*

⁶¹ Orhan Sekmen, 'Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Zararı Aşan Tazminat ve Belirlenmesi', (2015) 14 (2) İKÜHFD 71.

kurala istisna getirilebilir⁶². Kanuni düzenlemeler aracılığıyla getirilen bu istisnalar özel hukuk cezası niteliğinde olup mağdurun zararının giderilmesinden ziyade mütecevizin caydırılmasını amaçlar⁶³. Bu görüşe göre FSEK'teki üç misli bedel düzenlemesi içinde hem tazminat hem de medeni ceza niteliğini barındıran çift karakterli yapıdadır⁶⁴. Üç misli bedele ilişkin düzenlemenin tazminat niteliğinde olmadığını ifade eden bir görüş ise bu bedelin hak sahibine ödenen kanuni ceza olduğunu ifade etmiştir⁶⁵. Bu görüşe göre bu ceza, para cezası niteliğinde olmayıp tecavüzün izlerinin tamamen silinmesini amaçlayan TBK m.179 anlamında bir cezadır⁶⁶. Diğer görüşe göre ise üç misli bedel talebine ilişkin düzenleme kusur ve zarar şartının varlığını gerektiren ve mütecevizi caydırma ve cezalandırma amacı taşıyan medeni ceza niteliğindedir⁶⁷. Bir diğer görüş ise üç misli bedel talebinin özel hukuk cezası olan medeni ceza niteliğinde olduğunu ifade etmekle birlikte kusur ve zarar şartının aranmayacağını ifade etmiştir⁶⁸. Bu görüşe göre kusur üç misli bedele hükmedilmesinde aranan bir şart değil, mahkemenin hükmedeceği tedbirin türü ve niteliğinde önem arz eden bir

⁶² Sekmen (n 61) 69-70.

⁶³ Sekmen (n 61) 70.

⁶⁴ Sekmen (n 61) 78-79. FSEK m.68'de öngörülen üç misli bedele hükmedilebilmesi bakımından kusur şartının aranmıyor oluşu karşısında kanuni bir cezadan bahsedilemeyeceği, cezalandırmanın temelini kusura dayandığı, kusurun olmadığı yerde cezanın da olamayacağı, kusur unsurunun eksikliği sebebiyle üç misli bedel talebinin kanuni ceza veya cezalandırıcı tazminat olarak kabul edilemeyeceği görüşü için bkz: M. Tarık Gülerüz ve Ayça Zorluoğlu Yılmaz, 'Bir Anglo - Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri İle Mukayesesi', (2019) 31 (141) TBB Dergisi 351; Özden Merhacı (n 52) 200.

⁶⁵ Tekinalp (n 44) 319.

⁶⁶ Tekinalp (n 44) 319.

⁶⁷ Canan Küçükali, '5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesindeki Hakimin Takdir Hakkı', (2016) 15 (2) Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan II. Cilt, İKÜHFD 242,245.

⁶⁸ Öztan (n 46) 649; Ali Demirbaş, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma (On İki Levha Yayıncılık 2015) 84,121.

hususdur⁶⁹.

Kanaatimizce de üç misli bedel talebinin hukuki niteliği medeni cezadır. Kanun koyucunun sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedelin üç mislini talep edebilme yetkisi tanınmasındaki amacı mütecavizi eylemi sebebiyle cezalandırmanın yanı sıra hem mütecavizi hem de genel olarak kamuyu fikri haklara ilişkin girişilmesi muhtemel tecavüz eylemlerinden caydırmaktır. Medeni ceza niteliğindeki üç misli bedele hükmedilebilmesi bakımından FSEK m.66/2 doğrultusunda mütecavizin kusuru aranmayacak olmakla birlikte kusur hakimnin hükmedeceği tedbirin niteliğinde önem arz edecektir⁷⁰.

2. Ref Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığı

Yılmaztekin/İnce, FSEK m.66’da düzenleme altına alınan genel nitelikteki ref davası ile tecavüzün tespiti davasının ve m.67’de düzenlenen manevi haklara tecavüz halinde ref davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığını ifade etmiştir⁷¹. FSEK m.68’de düzenleme altına alınan mali haklara tecavüz halinde açılacak ref davası bakımından ise ikili ayırım yapan yazarlara göre izinsiz çoğaltılan kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhası veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesi talepli davalar zorunlu arabuluculuğun kapsamı dışında iken, sözleşme olması durumunda istenebilecek miktarın üç kat fazlası talepli davalar zorunlu

⁶⁹ Öztan (n 46) 649.

⁷⁰ Şeyma Işık Yaşlı, Fikri Haklar ile Haksız Rekabet Hukuku Arasında Kümülatif Koruma (Yetkin Yayınları 2022) 252-253.

⁷¹ Yılmaztekin ve İnce (n 8) 2177. *Berkhan* ise genel olarak tecavüzün refini düzenleyen FSEK m.66 hükmünü yazdıktan sonra sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek üç kat bedel konusunu açıklamış ve salt tecavüzün refinin talep edilmesinin zorunlu arabuluculuk kapsamında kalmadığını, ancak tecavüzün refiyle birlikte alacak ve tazminat taleplerinin de ileri sürülmesi halinde zorunlu arabuluculuğun gündeme geleceğini ifade etmiştir. Yazar devamında FSEK m.68 hükmünü mali haklara tecavüz halinde ileri sürülen “tazminat talebi” olarak nitelendirerek zorunlu arabuluculuk kapsamına dahil etmiştir. (İhsan Berkhan, ‘Fikri Mülkiyet ve Arabuluculuk’, (2019) 93 (3) İstanbul Barosu Dergisi 185-186.)

arabuluculuk kapsamındadır⁷². *Koçyiğit/Bulur* FSEK'teki haklarla ilgili alacak ve tazminat talepleri bakımından dava şartı arabuluculuk kapsamında olan uyuşmazlıklara örnek olarak ref davasını da vermiştir⁷³. Benzer şekilde *Giray* da zorunlu arabuluculuğa tabi FSEK'ten doğan uyuşmazlıklar arasında FSEK m.68'de düzenlenen tazminat taleplerini de saymıştır⁷⁴. *Taşdelen* de zorunlu

⁷² Yılmaztekin ve İnce (n 8) 2177.

⁷³ Yazarlar tarafından zorunlu arabuluculuk kapsamında görülen uyuşmazlık: “*Davacı vekili, müvekkilinin, Serge Prokofieff’in “Romeo ve Juliet” isimli eseri ile Aram Khatchatourian’a ait “Spartacus” adlı eserine ilişkin mali hakları eser sahiplerinin mirasçıları ile akdettiği sözleşmelerle devralarak mali hakların sahibi bulunduğu, davalının müvekkilin tüm mali haklarına sahip olduğu bu eserleri izin almaksızın kullandığını, ayrıca nota kullanımı ile ilgili olarak da müvekkiline herhangi bir ödeme yapılmadığını ileri sürerek FSEK m. 68 uyarınca müvekkili her bir eser için davalı yan ile ayrı ayrı sözleşmeler yapmış olsaydı her bir eserin ayrı ayrı kullanımları için isteyebileceği bedel olan 45.500 Euro’nun üç katı olan 136.500 Euro’nun ve beş temsil için oluşan nota kirası 7.500 Euro’nun davalının izinsiz temsil tarihinden itibaren bankaların Euro için bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranının uygulanmasıyla hesaplanacak faizi ile birlikte fiili ödeme günündeki TL karşılığının davalıdan tahsilini talep etmiştir.*” (Koçyiğit ve Bulur (n 8) 188-189). Ayrıca yazarlar davaların yığılması halinde arabuluculuğa tabi olan ve olmayan taleplerin birbirinden ayrı düşünülmesi gerektiğini ifade etmiş olmasına rağmen (s.69) zorunlu arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklara örnek olarak “*Davacı temsilcisi, davaya konu sinema eserlerinin vefat eden V.K’ın münferiden yapımcısı olduğu ve ilk tespitlerini gerçekleştirdiği filmler olduğunu, vefatından sonra mirasçılar arasında ve mirasçılar ile davalı arasında bazı ihtilafların çıktığını, yapılan sulh ve feragat sözleşmesi ile açılan davaların neticelendirildiğini, talep konusu 2 adet yerli sinema eserinin tüm mali haklarının ve yapımcı bağlantılı haklarının yapımcı mirasçılarıyla akdedilen 23.5.2014 tarihli devir sözleşmesi ile davacı şirkete geçtiğini ileri sürerek adı geçen eserlere ilişkin mali hakların davacı şirkete ait olduğunun tespiti ile davalının vaki ve muhtemel tecavüzünün men’ine, davacı şirketin hak kazandığı 17.02.2015 tarihinden bu yana dava konusu filmlerden davalının sağladığı televizyonlarda yayınlanması gelirleri ile sair her türlü ticari gelir ve hasılatlar sebebiyle ve FSEK m.68 uyarınca üç katı hesabıyla 100.000 TL tazminatın -ihlal tarihlerinden itibaren- işleyecek en yüksek avans faizi ile davalıdan tahsil edilmesini talep etmiştir.*” vermiştir. (Koçyiğit ve Bulur (n 8) 188).

⁷⁴ *Giray*, FSEK ve SMK (n 8) 67; *Eda Giray*, ‘Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk’ iç Ceyda Sürel Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (edr), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Seçkin 2019) 31. *Dinç* de benzer şekilde FSEK m.68’e dayalı olarak talep edilen telif hakkı bedelinin üç katını maddi tazminat talebi olarak nitelendirmiş ve zorunlu arabuluculuk kapsamına dahil etmiştir. (Dinç (n 11) 216-217.) *Toprakkaya* da tecavüzün refi davasının konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri kapsamında kalmadığından bahisle zorunlu arabuluculuk kapsamında kalmadığını ifade ettikten sonra (s.177) mali haklara tecavüz halinde açılacak

arabuluculuğa tabi FSEK'den doğan uyuşmazlıklar arasında talepler arasında hiçbir ayırım yapmaksızın m.68'i saymıştır⁷⁵.

Kanaatimizce ref davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığı ve varılan sonucun gerekçesi bakımından ikili bir ayırım yapılması gerekir. Gerek ref davasını genel olarak düzenleyen FSEK m.66 gerek manevi haklara tecavüz halini özel olarak düzenleyen FSEK m.67 gerek de mali haklara tecavüz halini özel olarak düzenleyen FSEK m.68'deki üç misli bedel talebi dışında öngörülen talepler bakımından zorunlu arabuluculuk kurumu işlerlik kazanamaz. Zira sayılan maddeler kapsamında ileri sürülebilecek taleplerin konusu bir miktar paranın ödenmesi değildir. Sayılan maddeler kapsamında ileri sürülebilecek talepler zorunlu arabuluculuk bakımından öngörülen konu sınırlaması içinde kalmadığı için bu türden talepler bakımından zorunlu arabuluculuk kurumu da işlerlik kazanamaz. FSEK m.68'de düzenlenen üç misli bedel talebinin durumu ise ayrı olarak ele alınmalıdır. Zira üç misli bedel talebinin konusu bir miktar paranın ödenmesidir. Ancak bu talebin zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi hukuki niteliğini de ele almayı gerektirmektedir. FSEK m.68'de öngörülen üç misli bedel talebinin hukuki niteliği medeni cezadır. Hal böyleyken üç misli bedel talebi tazminat niteliğinde olmayıp eser sahibinin eserinden doğan hakkını ihlal eden kişiyi cezalandırma amacı yanında ihlal eylemlerini caydırmayı da amaçlayan yaptırım niteliğindedir. Üç misli bedele, hakkı ihlal edilen kişinin zararı olup olmadığına veya zararının ne kadar olduğuna bakmaksızın hükmedilecek olması da üç misli bedel talebinin tazminat değil, yaptırım niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır. Zaten kanun koyucu tazminat

ref davasında talep edilen ref tazminatının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğunu ifade etmiştir. (Toprakkaya (n 18) 178.) Yazar FSEK m.68 hükmündeki üç misli bedel talebinin ref yöntemi olmasına rağmen uyuşmazlığın konusu bir miktar para alacağı olduğundan uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu görüşündedir. (Toprakkaya (n 18) 200.)

⁷⁵ Nihat Taşdelen, Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk (Yetkin Yayınları 2021) 425-426.

hakkını FSEK m.70’te ayrıca düzenlemiş olup üç misli bedel talebini ref davası kapsamında ele almıştır. FSEK m.68’deki üç misli bedel talebinin hukuki niteliği ve işlevi dikkate alındığında bu talebin tarafların serbestçe üzerinde tasarruf edebilecekleri nitelikte olmadığı sonucu çıkmaktadır⁷⁶. Zira kanun koyucunun kamu düzeni ve yararı gibi düşüncelerle kişilere tanıdığı haklar ve yetkiler kişilerin serbest tasarruf alanının dışındadır. Kanun koyucunun üç misli bedel talebine yer vermesinin altında yatan sebebin de hakkı ihlal edilen kişiyi korumaktan öte mütecavizi cezalandırmak ve bu şekilde hem mütecavizin hem de genel olarak kamunun bu tarz ihlallerde bulunmasını engellemek olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Hal böyleyken talebin hukuki niteliği tarafların bu konuda kendi aralarında anlaşma yapmalarına engeldir. Aksinin kabulü cezalandırma ve caydırma fonksiyonunun tarafların anlaşması sonucu işlevsiz hale gelmesine yol açabilir. Taraflar her ne kadar hakkın ihlal edilmesi dolayısıyla mütecavizin eser sahibine ödeyeceği bedel üzerinde anlaşabilirse de bu anlaşmanın konusu ancak FSEK m.70’te düzenleme altına alınan tazminat davasının konusu olan zarardır. Yoksa taraflar cezalandırma işlevini de içeren medeni ceza bakımından anlaşmaya varamamalıdır. Dolayısıyla gerek üç misli

⁷⁶ FSEK m.68’deki üç misli bedel talebi itirazın iptali davalarındaki icra inkar tazminatına benzemektedir. İcra inkar tazminatı da borçlunun haksız itirazlarını veya alacaklının haksız taleplerini önlemek amacıyla öngörülmüş caydırıcı bir yaptırımdır. (Yönel Özkan, İcra İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası (Turhan Kitabevi 2004) 209; Adnan Deynekli ve Sedat Kısa, İtirazın İptali Davaları İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı (Turhan Kitabevi 2005) 173; Ejder Yılmaz, ‘İcra Tazminatı’, Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt II (Yetkin Yayınları 2009) 684.) İcra inkar tazminatına, tazminatın kural olarak zarar sonucu istenebileceği ve zenginleşme aracı olarak kullanılmayacağı kuralı karşısında, zarar olmadan veya daha az olmasına rağmen belirlenen tutarda hükmedilecek olması bunun gerçek anlamda bir tazminat olmayıp yaptırım olduğunu ortaya koymaktadır. (Özkan (n 76) 209.) İcra inkar tazminatının da cezai nitelikte bir yaptırım olduğu ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konulardan olduğuna ilişkin görüş için bkz: Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku (23. Bası, Beta 2021) 578. İcra inkar tazminatının yaptırım niteliğini kabul etmekle birlikte usul ekonomisi ilkesini önceleyerek hakemlerin karar verebileceği konulardan olduğuna ilişkin görüş için bkz: Sinan Can Konyalı, ‘İtirazın İptali Davasının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi’, (2022) 13 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 529.

bedel talebinin tecavüzü durdurma davası niteliğinde olması gerek de hukuki niteliğinin medeni ceza olmasının sonucu olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecek olması karşısında zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı görüşündeyiz.

III. DAVALARIN YIĞILMASI HALİ

Davacının birden fazla asli talebini aynı davalıya karşı aynı dava dilekçesinde birleştirerek ileri sürmesine davaların yığılması (objektif dava birleşmesi, kümülatif dava birleşmesi) denir⁷⁷. Davaların yığılmasında amaç ön inceleme aşaması, delillerin ikamesi ve tahkikat sürecini birlikte yürütmektir⁷⁸. Davaların yığılmasında talep sayısı kadar dava ve hüküm mevcuttur⁷⁹. Burada tek bir dava dilekçesi ile aynı dava dosyası üzerinden görülmekte olan birden fazla dava hakkında ayrı ayrı karar verilir⁸⁰. Hal böyleyken kümülatif dava yığılmasında ileri sürülen bazı taleplerin zorunlu arabuluculuk kapsamında kalmakla birlikte bazılarının bu kapsamda olmaması halinde zorunlu arabuluculuğun akıbetinin tespiti gerekmektedir. Uygulamada eser sahibinin eseri üzerindeki haklarının ihlal edilmesi halinde tek dava içerisinde hem ref hem de tazminat taleplerinin ileri sürüldüğü görülmektedir. Üç misli bedel talebinin zorunlu arabuluculuk kurumunun dışında kaldığı şeklindeki görüşümüzün kabulü halinde ise ref davası kapsamında üç misli bedel ile maddi ve manevi tazminat taleplerinin aynı anda ileri sürülmesi halinde bunun sonucunun ne olacağı incelenmelidir.

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre kümülatif dava yığılmasında ileri sürülen taleplerin sadece bir kısmı zorunlu arabuluculuk kapsamında ise zorunlu arabuluculuğun da sadece bu talepler bakımından işletilmesi gerekir⁸¹. Zira dava

⁷⁷ Atalı ve diğerleri (n 21) 344; Tanrıver, Arabuluculuk (n 1) 176.

⁷⁸ Tanrıver, Arabuluculuk (n 1) 176.

⁷⁹ Tanrıver, Arabuluculuk (n 1) 176.

⁸⁰ Erdoğan ve Eminoğlu (n 8) 162.

⁸¹ Tanrıver, Arabuluculuk (n 1) 176; Tanrıver, Medeni Usul (n 12) 338-339; Ekmekçi ve diğerleri (n 2) 192; Erdoğan ve Eminoğlu (n 8) 164; Paslı (n 18) 25; Koçyiğit ve Bulur (n

yığılmasında birden fazla dava aynı dava dosyası üzerinden görülmekte ise de bu davalardaki usuli talepler ve davaların akıbeti birbirinden bağımsızdır⁸². Böylece dava şartı arabuluculuk kapsamına girmeyen talepler bakımından yargılamanın devam ettirilmesi gerekirken, bu kapsamda olan taleplerin usulden reddi gerekir⁸³. Hal böyleyken kümülatif dava yığılmasının şartları oluşmuş olsa bile zorunlu arabuluculuğun işlerlik kazanacağı talepler bakımından davacı münferit dava açma zorunluluğuyla karşılaşacaktır⁸⁴. Ancak zorunlu arabuluculuk kapsamında olmayan taleplerin görüldüğü mahkeme, talepler arasında bağlantı bulunması halinde taleplerin birlikte görülebilmesi amacıyla arabuluculuk sürecini bekletici mesele yapabilir⁸⁵.

8) 69; Memiş (n 15) 85-86; Yılmaztekin ve İnce (n 8) 2181; Akil, Usul Hukuku (n 35) 311-312; Dinç (n 11) 257; Aydın (n 8) 159; Cansu Korkmaz, 'Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi', (2022) 7 (2) YBHD Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı 1395; Uğur Bulut, 'Birden Fazla Talebin Yer Aldığı Dava Çeşitlerinde Arabuluculuk Dava Şartlarının İncelenmesi' iç Ali Yeşilirmak ve diğerleri (edr), Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu (İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020) 379; Sevda Yaşar Coşkun ve Munise Seray Göncü Döner, 'Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticari Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz', (2020) 24 (1-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113.

⁸² Erdoğan ve Eminoğlu (n 8) 164; Koçyiğit ve Bulut (n 8) 69; Korkmaz (n 81) 1395; Bulut (n 81) 379; Aydın (n 8) 162.

⁸³ Erdoğan ve Eminoğlu (n 8) 164; Korkmaz (n 81) 1395; Bulut (n 81) 379; Yaşar Coşkun ve Göncü Döner (n 81) 113; Aydın (n 8) 162.

⁸⁴ Tanrıver, Arabuluculuk (n 1) 176-177; Tanrıver, Medeni Usul (n 12) 339.

⁸⁵ Ekmekçi ve diğerleri (n 2) 193; Pahlı (n 18) 25; Yardım (n 16) 101; Memiş (n 15) 86; Akil, Takip Hukuku (n 18) 104. *Korkmaz* birbiriyle bağlantılı olan taleplerden bir kısmının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmakla birlikte bir kısmının bu kapsamda olmaması halinde bekletici mesele kararı vermek yerine arabuluculuk yolu tüketildikten sonra açılan dava ile diğer davanın birleştirilmesi kararı verilebileceğini ifade etmektedir. Zira yazara göre HMK m.165/1 gereğince bekletici mesele kararı verilebilmesi için mahkemenin hüküm kurabilmesi başka bir mahkeme kararına veya idari makamın tespitine bağlı olmalıdır. Oysa zorunlu arabuluculuğa tabi olmayan talepler bakımından karar verilebilmesi zorunlu arabuluculuk kapsamında olan taleplere dair arabuluculuk sonucuna bağlı olmadığı gibi arabuluculuk sonucu da mahkeme veya idari makam kararı niteliğinde değildir. Yazar mahkemelerin birleştirme kararı vermemesi halinde ise bağlantılı taleplerin ayrı davalarda ele alınacak olmasının usul ekonomisiyle bağdaşmayacağı gibi çelişkili kararlar verilmesine de yol açabileceğini ileri sürmüştür.

Bir görüş ise bir davada zorunlu arabuluculuğa tabi olan taleplerle birlikte olmayan talepler birlikte ileri sürülmüşse tüm talepler bakımından dava şartı arabuluculuğun gündeme gelmeyeceğini ileri sürmüştür⁸⁶. Yargıtay uygulamasına bakıldığında Yargıtay'ın da ağırlıklı olarak kararlarında dava şartı arabuluculuk kapsamında olan taleplerle olmayan taleplerin birlikte ileri sürülmesi halinde zorunlu arabuluculuğa tabi olan taleplerin de bu kapsamdan çıkacağına hükmettiği görülmüştür⁸⁷. Yargıtay kararlarında dava şartı

(Korkmaz (n 81) 1396-1397.) Bağlantılı taleplerin bir kısmının zorunlu arabuluculuğa tabi iken bir kısmının tabi olmaması halinde ortaya çıkan tereddütlerin açık bir kanuni düzenlemeyle giderilmesi gerektiğini ifade eden yazar, böyle bir düzenlemede bağlantının olup olmadığının tespiti bakımından davaların birleştirilmesi kurumundan faydalanılabileceğini ifade etmiştir. Yazara göre yapılacak kanuni düzenlemeyle aralarında bağlantı bulunan taleplerin bulunması halinde arabuluculuğa tabi olmayan taleplerin de arabuluculuğa tabi taleplerle aynı tutulması ve bu halde tüm talepler için arabuluculuğa zorunlu olarak başvurulması düşünülebilir. (Korkmaz (n 81) 1398.)

⁸⁶ Yazarlar açılan davada zararın tazmininin yanı sıra tecavüzün tespiti ve yasaklanması da talep edilmişse dava bir miktar paranın ödenmesi ile sınırlı olmadığından dava şartı arabuluculuğun gündeme gelmeyeceğini ifade etmiştir. (Ayhan ve diğerleri (n 3) 95.)

⁸⁷ “Somut olayda, 6100 sayılı HMK’nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan “davaların yığılması” durumu söz konusu olup, uyumsuzluk, marka hakkına dayalı olarak unvan terkinini, markaya tecavüzün tespiti, meni ve tecavüz nedeniyle maddi ve manevi tazminat davalarını içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat istemlerine ilişkin davalar arabuluculuğa tabi ise de, unvan terkinine, markaya tecavüzün tespiti ve menine ilişkin davalar, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir.” Yargıtay 11 HD, E 2019/4851 K 2020/2732, 10.06.2020. (Yargıtay Karar Arama) “...aralarında bağlantı bulunan ve miktara tabi olan ve olmayan talepleri bir arada içeren, talep yığılmasının söz konusu olduğu davaların ticari arabuluculuğa tabi olmaksızın mahkemece çözüme kavuşturulması gerekir (aynı yönde bkz. Dairemizin 10.02.2020 tarih ve 2019/3048 – 2020/1093; 17.02.2020 T. ve 2020/197-2020/1578). Somut olayda davacı taraf, bir nispi ticari dava olarak, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında, maddi ve manevi tazminat talepleri yanında, eser sahipliğinin tespiti, tecavüzün ortadan kaldırılması (ref'i) taleplerini bir arada ileri sürdüğünden, bu nitelikteki davaların bir bütün olarak ve işin esasına girilerek mahkemece çözüme kavuşturulması gerektiği halde, İlk Derece Mahkemesince uyumsuzluğun zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine, bölge adliye mahkemesince de aynı gerekçeyle davacı tarafın istinaf isteminin esastan reddine karar verilmesi doğru olmamış ve hükmün bu nedenle davacı taraf yararına bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11 HD, E 2019/3611 K 2020/4734, 04.11.2020. (Lexpera) “Somut

olayda davacı taraf, bir nispi ticari dava olarak, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında, maddi ve manevi tazminat talepleri yanında, haksız rekabet oluşturan filin tespiti ve tecavüzün ortadan kaldırılması (ref'i) taleplerini bir arada ileri sürdüğünden, bu nitelikteki davaların bir bütün olarak ve işin esasına girilerek mahkemece çözüme kavuşturulması gerektiği halde, İlk Derece Mahkemesince uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine, Bölge Adliye Mahkemesince de aynı gerekçeyle davalı vekilinin istinaf talebinin usulden reddine karar verilmesi doğru olmamış ve hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11 HD, E 2020/933 K 2020/5776, 09.12.2020. (Lexpera) “Dava, marka ve tasarım haklarına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti, men'i ve ref'i ile maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkindir. Mahkemece, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olduğu, bu şartın yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir. Kararı davacı taraf istinaf etmiştir. Her ne kadar 6102 Sayılı TTK'nun 5/A maddesi uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı ise de, somut olayda 6100 Sayılı HMK'nun 110.maddesinde düzenlenen davaların yığılması durumu mevcuttur. Maddi ve manevi tazminat talepleri yönünden arabuluculuk dava şartı ise de, davacı tarafın aynı zamanda marka ve tasarım haklarına tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, men'i ve ref'i taleplerinde bulunduğu görülmüş olup tazminat talebi dışındaki davalar arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda işin esasına girilerek yargulamaya devam edilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usule aykırıdır. Nitekim Yargıtay 'nin 2019/4851 Esas - 2020/2732 Karar sayılı ilamı da bu yöndedir. Hal böyle olunca davacı vekilinin istinaf talebinin kabulüne karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” İstanbul 16 BAM, E 2020/2122 K 2020/2211, 17.12.2020. (Lexpera) “Davacı yanca açılan dava; tasarıma tecavüzün tespiti, önlenmesi, haksız rekabet, maddi tazminat taleplerinden oluşan bir "dava yığılması" dır.Mahkemece birlikte görülmesi gereken taleplerden; tazminat talebi tefrik edilerek ve tefrik edilen işbu bu dosya açısından ise dava şartı olan arabuluculuk yoluna başvuru yapılmamış olması nedeni ile davanın usulden reddedildiği anlaşılmaktadır.Davanın 7115 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile TTK'na eklenen 5/A maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra açıldığı uyuşmazlık konusu değildir. Bahse konu maddeye göre, TTK'nun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan “davaların yığılması” durumu söz konusu olup, uyuşmazlık, tasarım hakkına dayalı olarak, tecavüzün tespiti, meni ve tecavüz haksız rekabet nedeniyle maddi tazminat davalarını içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat istemlerine ilişkin davalar arabuluculuğa tabi ise de, tasarım hakkına tecavüzün tespiti ve menine, haksız rekabete ilişkin davalar, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir.Birlikte açılan ve birlikte görülmesi gereken davaların da sırf bir kısmının arabuluculuk dava şartına tabi olduğu düşüncesi ile tefrikine karar verilmesi de doğru değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tazminat davası da arabuluculuk dava şartına tabi

arabuluculuğa tabi olan taleplerin bu kapsamda olmayan taleplerle birlikte ileri sürülmesi halinde taleplerin tümü bakımından arabuluculuğa başvuru şartının aranmaması, dava şartı arabuluculuk düzenlemesini bertaraf ettiği ve davaların yığılmasında her bir talebin birbirinden bağımsız olması ve her biri bakımından ayrı inceleme yapılması şeklindeki kuralla bağdaşmadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir⁸⁸. Kaldı ki bu yöndeki uygulama davaların yığılması bakımından ileri sürülen talepler arasında bağlantı şartının aranmıyor oluşu karşısında dava şartı arabuluculuk hükümlerinin dolanılmasına da kapı aralayacak türdendir⁸⁹. *Erdoğan* da Yargıtay kararlarında kullanılan gerekçelerin kötüye kullanıma müsait olduğunu ileri sürmüştür⁹⁰. Yazara göre bu gerekçenin kabulü halinde arabuluculuk hükümlerinden kaçmak isteyen taraf -özellikle davaların yığılmasında talepler arasında bağlantı aranmıyor oluşu da dikkate alındığında- şeklen kapsamda olmayan bir talebi de dava dilekçesine ekleyebilir⁹¹. Ancak yazara göre taleplerden biri hakkında verilen kararın diğerini de doğrudan etkilediği kademeli davalarda talepler arasında ayrıma giderek tarafları sadece bazı talepler için arabuluculuğa zorlamak anlamsızdır⁹². Bu nedenle yazara göre kanuni düzenlemeyle davaların yığılmasında aralarında

olmayacağından, tefrik işleminin de hatalı oluşu nedeni ile aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmediğinden davacı yanın istinaf başvurusunun kabulüne karar vermek gerekmiştir.” İstanbul 16 BAM, E 2021/680 K 2021/761, 09.04.2021. (Lexpera) “Somut olayda da davacı taraf, bir nispi ticari dava olarak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında, maddi ve manevi tazminat taleplerinin yanında, eser sahipliğinin tespiti, tecavüzünün durdurulması, tecavüze konu kitapların toplatılması taleplerini bir arada ileri sürdüğünden, bu nitelikteki davaların bir bütün olarak ve işin esasına girilerek mahkemece çözüme kavuşturulması gerektiği halde, İlk Derece Mahkemesince uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamış, HMK'nın 353/1-a-6 maddesince İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” Ankara 20 BAM, E 2020/618 K 2021/629, 29.04.2021. (Lexpera)

⁸⁸ Korkmaz (n 81) 1394.

⁸⁹ Korkmaz (n 81) 1394-1395.

⁹⁰ Erdoğan ve Eminoğlu (n 8) 164.

⁹¹ Erdoğan ve Eminoğlu (n 8) 164.

⁹² Erdoğan ve Eminoğlu (n 8) 165.

bağlantı bulunan taleplerin aynı akıbete tabi tutulması gerekir⁹³.

Bir görüşe göre ise davaların yığılmasının söz konusu olduğu halde ileri sürülen taleplerden bir kısmı zorunlu arabuluculuk kapsamında olmakla birlikte bir kısmı zorunlu arabuluculuk kapsamında değilse tüm talepler bakımından zorunlu arabuluculuk kurumu işlerlik kazanır⁹⁴. Uygulamada da ilk derece mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin bazı kararlarında dava şartı arabuluculuk kapsamında olan ve olmayan taleplerin birlikte ileri sürülmesi halinde tüm talepler bakımından dava şartı arabuluculuk şartının yerine getirilmediğinden bahisle usulden red kararı verdiği görülmektedir⁹⁵. Mahkemelerin dava şartı

⁹³ Erdoğan ve Eminoğlu (n 8) 165.

⁹⁴ Sarı (n 18) 369. *Sarı* sınai mülkiyet kanunundan doğan bir davada zorunlu arabuluculuğa tabi olmayan tecavüzün kaldırılması talebiyle birlikte zorunlu arabuluculuğa tabi olan tazminat talebinin birlikte ileri sürülmesi halinde arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir. (Sarı (n 18) 374.)

⁹⁵ “İlk Derece Mahkemesince, 6102 sayılı TTK'nın 5/A maddesi gereğince konusu bir miktar alacak ve tazminat olan davalar yönünden arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olduğu, somut olayda davacının; her ne kadar markaya tecavüzün tespiti, refi ve haksız rekabete dayalı olarak ticaret unvanının kısmen iptali talepleri mevcut ise de, aynı zamanda maddi ve manevi tazminat talepleri de bulunduğu ve tazminat taleplerinin zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu, davacının diğer talepleri de aynı iddidadan kaynaklanmakta olup uyumsuzluğun bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekli olduğundan dava şartının ihlal edildiği gerekçesi ile davanın 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A, HMK 115/2 uyarınca usulden reddine karar verilmiştir.” Yargıtay 11 HD, E 2019/4851 K 2020/2732, 10.06.2020. (Yargıtay Karar Arama) Eserlerin sahibinin davacı olduğunun tespitine, tecavüzün refine, hükmün ilanına ve manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesinin talep ve dava edildiği bir uyumsuzlukta ilk derece mahkemesi “dava konusu uyumsuzluğun arabuluculuğa tabi olduğu, dava açılmadan önce bu konudaki dava şartı yerine getirilmeden dava açıldığı gerekçesiyle 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A, HMK 115/2. maddeleri gereğince dava dilekçesinin usulden reddine” karar verirken, Bölge Adliye Mahkemesi de “6102 sayılı TTK'nın 5/A maddesi gereğince konusu bir miktar alacak ve tazminat olan davalar yönünden arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olduğu, uyumsuzlukta eser sahipliğinin tespiti ve tecavüzün refi talepleri var ise de, aynı zamanda manevi tazminat talebi de bulunduğu, manevi tazminat talebinde bulunabilmek için davacının haklarının ihlali ve tecavüzün varlığının ispatı gerektiği gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf talebinin HMK'nın 353/1-b-1 maddesi uyarınca esastan reddine” karar vermiştir. Yargıtay 11 HD, E 2019/3611 K 2020/4734, 04.11.2020. (Lexpera) “Dava, 5846 Sayılı yasa kapsamında açılan dava konusu eserlerin sahibinin davacı olduğunun tespiti, tecavüzün refi, hükmün ilanı ile

arabuluculuk kapsamında olmayan talepleri de bu kapsamda olan taleplerle birlikte usulden reddetmesi, zorunlu arabuluculuğun ancak Kanun'da açıkça öngörülen uyuşmazlıklar bakımından işlerlik kazanabileceği kuralıyla ve davaların yığılması kurumunun mantığıyla uyuşmadığından bahisle haklı olarak eleştirilmiştir⁹⁶.

SONUÇ

FSEK 'ten doğan uyuşmazlıklar en azından bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi şartıyla ticari davaya vücut vermektedir. Hal böyleyken bu uyuşmazlıklar TTK m.5/A-1'de belirtilen konu kapsamında kalması halinde arabuluculuğa da elverişli olması şartıyla zorunlu arabuluculuğa tabi olur. FSEK'ten doğan uyuşmazlıklardan inceleme altına alınan davalar bakımından yalnızca maddi ve manevi tazminat davaları konu bakımından zorunlu arabuluculuğa tabidir.

Genel olarak açılacak ref davası ile eser sahibinin eserinden doğan manevi haklarının ihlali halinde açılacak ref davası hallerinde ileri sürülen taleplerin konusunu bir miktar paranın ödenmesi oluşturmuyor olup bu davalar zorunlu arabuluculuğa tabi değildir. Eser sahibinin eserinden doğan mali haklarının ihlali

manevi tazminat taleplerine ilişkindir. Mahkemece, dava konusu uyuşmazlığın 6102 Sayılı TTK'nun 5/A maddesi gereğince arabuluculuğa tabi olduğu, bu konudaki dava şartının yerine getirilmeden dava açıldığı gerekçesiyle dava dilekçesinin usulden reddine karar verilmiş, kararı davacı vekili istinaf etmiştir. Davacı vekili istinaf sebebi olarak; açılan davada objektif dava birleşmesinin söz konusu olduğunu, kanunun eserlerin sahibi olduğunun tespiti ve tecavüzün ref'i davasını arabuluculuk şartına tabi kılmadığını bildirmiştir. Dava, dava konusu eserlerin davacıya ait olduğunun tespiti, tecavüzün ref'i, hükmün ilanı ve manevi tazminat talebine ilişkindir. 6102 Sayılı TTK'nun 5/A maddesi gereğince konusu bir miktar alacak ve tazminat olan davalar yönünden arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır. Somut olayda her ne kadar eser sahipliğinin tespiti ve tecavüzün ref'i talepleri var ise de, aynı zamanda manevi tazminat talebi de vardır. Manevi tazminat talebinin istenebilmesi için davacının haklarının ihlali ve tecavüzün varlığının ispatı gerekir. Bu itibarla davacı vekilinin istinaf talebi yerinde değildir. Hal böyle olunca usul ve yasaya uygun olan ilk derece mahkemesi kararına yönelen davacı vekilinin istinaf taleplerinin reddi gerekmiş...” İstanbul 16 BAM, E 2019/1244 K 2019/1234, 30.05.2019. (Lexpera)

⁹⁶ Korkmaz (n 81) 1393.

halinde açılan ref davasında ileri sürülen taleplerden yalnızca sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedelin üç katını talep etme konusu itibariyle bir miktar paranın ödenmesi şartını sağlamaktadır. Ancak üç misli bedel talebi her ne kadar bir miktar paranın ödenmesini konu edinse de ref davası bağlamında talep edilmektedir ve tecavüzü durdurma amacına yöneliktir. Yine bu talebin hukuki niteliği medeni ceza olup amaç hakkı ihlal edilen eser sahibinin zararını karşılamak değil, halihazırdaki tecavüz fiilini engellemek ve gelecek tecavüz eylemlerini de caydırmaktır. Bu nedenle bu talep hukuki niteliği dikkate alındığında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği nitelikte olmadığından arabuluculuğa elverişli değildir.

FSEK'ten doğan uyuşmazlıklarda aynı davada hem zorunlu arabuluculuğa tabi olan hem de olmayan talepler birlikte ileri sürülerek davaların yığılmasına sebebiyet verilmişse hakim zorunlu arabuluculuğa tabi olmayanlar bakımından uyuşmazlığı görmeye devam edecekken zorunlu arabuluculuğa tabi olan talepler bakımından usulden red kararı vermelidir. Davaların yığılmasında taleplerin birbirinden bağımsız olması karşısında tüm talepler bakımından ortak bir karar verilmesi gerek davaların yığılmasının mantığına gerek de zorunlu arabuluculuğun belirli talepler bakımından kabul edilmiş olmasına aykırıdır.

KAYNAKÇA

Akil C, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı' iç Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (edr), Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan Cilt I (Yetkin Yayınları 2014) 75, 137. (Arabuluculuk)

Akil C, 'Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuğun Usul ve Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi', (2021) 8 (1) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 97,140. (Takip Hukuku)

Akil C, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler', (2020) 11 (41) TAAD 307, 324.

(Usul Hukuku)

Antalya OG, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2 (2. Bası, Seçkin 2019).

Arkan S, Ticari İşletme Hukuku (28. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2022).

Atalı M ve diğerleri, Medeni Usul Hukuku (5. Bası, Yetkin Yayınları 2022).

Aydın İ, Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk (On İki Levha Yayıncılık 2022).

Ayhan R ve diğerleri, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (15. Bası, Yetkin Yayınları 2022).

Berkhan İ, 'Fikri Mülkiyet ve Arabuluculuk', (2019) 93 (3) İstanbul Barosu Dergisi 170, 197.

Bozkurt T, Ticari İşletme Hukuku (5. Bası, Yetkin Yayınları 2023).

Börü L ve Koçyiğit İ, Ticari Dava (2. Bası, Adalet Yayınevi 2021).

Börü L ve Parlak Börü Ş, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk (2. Bası, Yetkin Yayınları 2022).

Budak AC, 'Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk', (2019) 15 (42) MİHDER 25, 40.

Bulut U, 'Birden Fazla Talebin Yer Aldığı Dava Çeşitlerinde Arabuluculuk Dava Şartlarının İncelenmesi' iç Ali Yeşilirmak ve diğerleri (edr), Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu (İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020) 363, 389.

Büyük EI, 'Karar İncelemesi: Ticari Dava Niteliğindeki İtirazın İptali Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığına İlişkin Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Kararının Değerlendirilmesi', (2021) 27 (1) MÜHF-HAD 777,797.

Can HG, ‘Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesinin Kapsamı ve Bazı Tartışmalı Hususlar’, (2019) 93 (6) İstanbul Barosu Dergisi 174, 192.

Çelikoğlu CT, ‘6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi’ iç Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (edr), Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan Cilt I (Yetkin Yayınları 2014) 669, 723.

Demirbaş A, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma (On İki Levha Yayıncılık 2015).

Deynekli A ve Kısa S, İtirazın İptali Davaları İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı (Turhan Kitabevi 2005).

Dinç İ, Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk (2. Bası, Seçkin 2021).

Ekmekçi Ö ve diğerleri, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2019).

Eminoğlu C ve Erdoğan E, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk (Adalet Yayınevi 2020).

Erdoğan A, ‘Ticari Davalar’, (2013) 3 (1) REGESTA 57, 77.

Ermemek İ ve Azaklı Arslan B, ‘İcra İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)’, (2020) 33 (148) TBB Dergisi 135, 196.

Giray E, ‘Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk’ iç Ceyda Sürel Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (edr), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Seçkin 2019) 29, 40. (“Arabuluculuk”)

Giray RE, ‘FSEK ve SMK Kapsamında Arabuluculuk’, iç R. Eda Giray ve Deniz Merve Ersoy Pınar (edr), İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu 2018-

2020 Faaliyet Yılı Özel Yayını (İstanbul Barosu Yayınları 2020) 65, 82. (“FSEK ve SMK”)

Güleryüz MT ve Zorluoğlu Yılmaz A, ‘Bir Anglo - Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri İle Mukayesesi’, (2019) 31 (141) TBB Dergisi 325, 362.

Hekim A ve Kaplan MB, ‘Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması’ iç Başak Baysal (edr), Sorumluluk Hukuku Seminerler – Makaleler 2017 (On İki Levha Yayıncılık 2017) 165, 188.

Hirsch EE, Hukuki Bakımdan Fikri Say II. Cilt (İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu 1943).

Işık Yaşlı Ş, Fikri Haklar ile Haksız Rekabet Hukuku Arasında Kümülatif Koruma (Yetkin Yayınları 2022).

Kırca İ, ‘Nispi Ticari Davaya Dair’, (2017) 33 (1) BATİDER 55, 61.

Koçyiğit İ ve Bulur A, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk (ARCS Matbaacılık 2019).

Koçyiğit İ, ‘Ticari Dava, Ticari İş ve Ticaret Mahkemeleri’ iç Mustafa Artuç ve Ertan Aydın (edr), Türk Ticaret Kanunu’nun 5. Yıl Sempozyumu, 8-10 Kasım 2017 (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 1, 40.

Konyalı SC, ‘İtirazın İptali Davasının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi’, (2022) 13 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 519, 533.

Korkmaz C, ‘Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi’, (2022) 7 (2) Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı YBHD 1365, 1406.

Kuru B ve Aydın B, Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I (2. Bası, Yetkin

Yayınları 2021). (Cilt I)

Kuru B ve Aydın B, Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt II (2. Bası, Yetkin Yayınları 2021). (Cilt II)

Küçükali C, '5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesindeki Hakimin Takdir Hakkı', (2016) 15 (2) Prof. Dr. M. İlhan Ulsan'a Armağan II. Cilt, İKÜHFD 241, 255.

Memiş AB, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü (Seçkin 2020).

Nomer E, Devletler Hususi Hukuku (23. Bası, Beta 2021).

Özden Merhacı S, Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) (Yetkin Yayınları 2013).

Özekes M, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).

Özkan Y, İcra İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası (Turhan Kitabevi 2004) 209; Adnan Deynekli ve Sedat Kısa, İtirazın İptali Davaları İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı (Turhan Kitabevi 2005).

Öztañ F, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (Turhan Kitabevi 2008).

Paslı A, 'Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması' iç Ceyda Sürel Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (edr), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Seçkin 2019) 13, 25.

Poroy R ve Yasaman H, Ticari İşletme Hukuku (19. Bası, Seçkin 2022).

Sarı O, 'Sınai Mülkiyet Kanununda Düzenlenen Sınai Haklardan Doğan Uyuşmazlıklara Dava Şartı Arabuluculuğun Uygulanması', (2019) 18 (2) İKÜHFD 345, 386.

Sayın B, Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk ADS Serisi Cilt I (Yetkin Yayınları 2021).

Sekmen O, 'Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Zararı Aşan Tazminat ve Belirlenmesi', (2015) 14 (2) İKÜHFD 67, 106.

Şener OH, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı (2. Bası, Seçkin 2020).

Tanrıver S, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (2. Bası, Yetkin Yayınları 2022). (Arabuluculuk)

Tanrıver S, Medeni Usul Hukuku Cilt I (4. Bası, Yetkin Yayınları 2021). (Cilt I)

Tanrıver S, Medeni Usul Hukuku Cilt II (2. Bası, Yetkin Yayınları 2022). (Medeni Usul)

Taşdelen N, Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk (Yetkin Yayınları 2021).

Taşpolat Tuğsavul M, Türk Hukukunda Arabuluculuk (Yetkin Yayınları 2012).

Tekinalp Ü, Fikri Mülkiyet Hukuku (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2012).

Toprakkaya İ, Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü (On İki Levha Yayıncılık 2021).

Toraman B, 'Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığı Sorunu', (2020) 5 (1) ÇÜHFD 3141, 3170.

Ülgen H ve diğerleri, Ticari İşletme Hukuku (8. Bası, Vedat Kitapçılık 2022).

Yardım ME, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru', iç Ceyda Sürel Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (edr), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Seçkin 2019) 89, 110.

Yarsuvat D, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları (Güryay Matbaacılık 1984).

Yaşar Coşkun S ve Göncü Döner MS, 'Davaların Yiğilmesi ve Terditli Davalar

Açısından Ticari Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz', (2020) 24 (1-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89, 117.

Yılmaz A, 'Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredi Sözleşmeleri', (2018) 5 (1) AndHD 219, 238.

Yılmaz E, 'İcra Tazminatı', Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt II (Yetkin Yayınları 2009) 675, 754.

Yılmaztekin HK ve İnce Z, 'Dava Şartı Arabuluculuk Ekseninde Bazı Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları', (2019) 14 (159) Terazi Hukuk Dergisi 2171, 2185.

İNTERNET KAYNAKLARI

<<https://adb.adalet.gov.tr>>

<lexpera.com.tr>



TÜRK HUKUKUNDA VEKALETSİZ İŞ GÖRMENİN YERİ VE NİTELİĞİ

İsmahan GÜLEN ERDOĞAN

Araştırma Makalesi

Dr., Avukat, Gaziantep Barosu, ismgulenerdogan@gmail.com, ORCID 0009-0006-9246-7637.

ÖZET

İnsan, kendi işini kendisi görebilme becerisine ve özgürlüğüne sahip ise de sosyal bir varlık olması bakımından zaman zaman bir başkasının yardımına ihtiyaç duyabilmektedir. Kural olarak bir kişinin başkasının işini görebilmesi için kendisine temsil yetkisinin verilmiş olmalıdır. Bir kişinin sözleşme veya kanundan doğan bir yetkisi olmasına rağmen başkasının hukuki alanına müdahale etmesi durumunda vekaletsiz iş görme kurumu gündeme gelecektir. Bu kurumun konusunu iş görme oluşturmaktadır. Oluşan bu hukuki ilişkide iş gören ve iş sahibi sıfatlarını alan iki taraf bulunmaktadır. Burada iş gören, ya iş sahibinin yararına ve tahmin olunan maksadına uygun olarak ya da bilerek veya yanılarak işi kendisinin sanarak hareket etmektedir. Bundan dolayıdır ki gerçek ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olarak ikili ayrıma gidilmektedir. İş görme ile taraflar arasında oluşan hukuki ilişki nedeni ile taraflara bazı haklar sağlanmaktadır ve borçlar yüklemektedir. Vekaleti olmaksızın iş gören kişi, üstlendiği işi başarı ile sonuçlandırma, iş sahibine haber ve hesap verme borcu altına girerken, kendisine iş sahibinden masrafları ve ücret isteme, iş görme sebebi ile meydana gelen zararın tazminini talep etme ayrıca da hapis ve ayırma hakları gibi haklar tanınmıştır. Bununla beraber iş sahibi, iş görenin gerçekleştirdiği masrafları ve zararları tazmin etme borcu altına girmektedir ve iş görenin elde ettiği kazanımları talep etme hakkına sahip olmaktadır. Türk hukukunda vekaletsiz iş görmenin hukuki niteliği hakkında doktrinde yapılan tartışmada hukuka aykırı fiil olduğu ileri sürülürken sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil kurumuna dahil edilmesi gerektiği tezleri savunulmuştur. Ayrıca vekaletsiz iş görmenin sistematik açıdan kanundaki düzenlendiği yer, iş görenin iş görme iradesine sahip olup olmama şartı, bu kurumun yetkisiz temsil ile arasındaki farklar ve zaman aşımı gibi konular doktrinde yürütülen tartışmaların merkezinde yer almaktadır. Bu çalışmada vekaletsiz iş görme kurumunun Türk hukuk sistemindeki yeri, niteliği, türleri ve hükümleri ve de tarafların hak ve borçları Yargıtay içtihatları da dikkate alınarak incelenmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: Vekaletsiz İş Görme, İş Sahibinin Yapılan İş Üygun Bulması, İş Görme İradesi

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



Bu çalışma Creative Commons Atf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

THE PLACE AND NATURE OF THE FORM OF PERFORMING THE WORK WITHOUT A POWER OF ATTORNEY IN TURKISH LAW SYSTEM

İsmahan GÜLEN ERDOĞAN

Dr., Attorney-at-Law, Gaziantep Bar Association, ismgulenerdogan@gmail.com, ORCID 0009-0006-

9246-7637.

ABSTRACT

Although a person has the ability and freedom to do his own work, he/she may need the help of someone else from time to time in terms of being a social being. As a rule, a person must be given a power of attorney in order to do the work of another person. In the event that a person does not have a contractual or legal authority, but intervenes in the legal field of another, the form (institution) of doing their works without a power of attorney will come to the fore. The subject of this form is to do work. In this legal relationship, there are two parties titled as attorney (performer) at one side and the principal (employer) at the other side. The performer party must not perform a work prohibited by the principal. Here, the attorney (person doing the work) is acting either for the benefit of the principal and for the anticipated purpose, or by knowingly or mistakenly thinking that the work is his/her own. This is why there is a dual distinction between real and unreal work without a power of attorney. Due to the legal relationship between the parties as a result of performing the work, some rights are provided to the parties and they impose obligations. While the person who does the work without a power of attorney is obliged to conclude the work he/she has undertaken successfully, to notify and account to the principal, he is also entitled to demand expenses and wages from the principal; to demand compensation for the damage caused by doing the work, as well as the rights such as imprisonment and separation rights. However, the principal is obliged to compensate the expenses and losses incurred by the attorney and also has the right to demand the gains of the attorney.

The issue of performing the work without a power of attorney, whose historical foundations are based on Roman law, is regulated under the title of "Private Debt Relations" of the Turkish Code of Obligations No. 6098, between articles 526-531. This form, which consists of a regulation with only six articles, has found a wide place in practice and has been widely discussed in the legal world due to the balance that must be achieved between the behaviour of the attorney doing the work in the form of social assistance and the intervention in the legal field of the principal. In the debate in the doctrine about the legal nature of performing the work without a power of attorney in Turkish law, it is claimed that it is an illegal act and it is asserted that it should be included in the form of unjust enrichment or tort, and it is generally accepted that it is an act similar to a legal action. In addition, the place where performing the work without a power of attorney is systematically regulated in the law, the condition of whether the person performing the work has the will to do the work, the differences between this form and the unauthorized representation, and issues such as period of limitations are at the center of the discussions carried out in the doctrine.

In this study, the place, nature, types and provisions of the form of performing the work without a power of attorney in Turkish law system, as well as the rights and obligations of the parties, were examined by taking into account the case law of the Supreme Court.

KEYWORDS: Performing a work without a power of attorney, the principal's approval of the work done, the will to perform the work.

GİRİŞ

Bir kişinin bir başkasının işini görebilmesi kural olarak kendisine temsil yetkisi verilmiş olmasına bağlıdır. Fakat bir kimsenin vekâleti olmaksızın başkasının işini görmesi durumunda Türk Borçlar Kanunu'nu¹(TBK) m. 527'de düzenlenen vekaletsiz iş görme kurumu gündeme gelecektir. Buna göre Vekaletsiz iş görme bir kimsenin sözleşmeden kaynaklanan veya yasal bir yükümlülüğü olmaksızın bir başkasının hukuk ve menfaat alanına müdahale ederek bizzat kendi veya iş sahibinin yararına iş görmesinden kaynaklanan hukuki işlemdir. Başkasının

¹ RG.: 4.2.2011, S. 27836.

hukuk alanına böylesi bir müdahalenin mazur görülmesinin temelinde toplumsal dayanışmayı pekiştirme yatmaktadır. Bu esnada iş gören ve iş sahibinin borç ve yükümlülükleri arasında da bir denge kurmak önem arz etmektedir. İş sahibinin menfaatlerini korumak ve onun hukuk alanına haksız müdahaleyi önlemek amacıyla iş görenin borç ve sorumlulukları belirlenirken, iş görenin de yaptığı masrafları veya varsa iş görme sırasında oluşan zararları tazmin etme hakkına sahip olması sağlanmalıdır.

Tarihi temelleri Roma Hukukuna dayanan Vekaletsiz iş görme TBK'nın "Özel Borç İlişkileri" başlığı altında 526 ile 531 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sadece altı maddelik bir düzenlemeden oluşan bu kurum, iş görenin toplumsal yardımlaşma şeklindeki davranışı ile iş sahibinin hukuki alanına müdahale arasında sağlanması şart olan dengeden dolayı uygulamada geniş yer bulmuş ve hukuk dünyasında çok tartışılmıştır. Bu kurumun konusunu iş görme oluşturmaktadır. Oluşan bu hukuki ilişkide iş gören ve iş sahibi sıfatlarını alan iki taraf bulunmaktadır. İş görenin, iş sahibinin yasakladığı bir işi görmemesi temel bir prensiptir. Bu bakımdan vekâletsiz iş görmenin iki türü vardır. İşin iş sahibinin menfaatlerine ve farazi iradesine uygun olarak yapılması gerçek vekaletsiz iş görmedir. Buna mukabil, iş görenin bilerek veya yanılarak işi kendi menfaatine uygun olarak görmesi ise gerçek olmayan vekaletsiz iş görmedir. İş sahibinin yapılan işe icazet vermesi durumunda artık vekaletle ilişkin hükümler çerçevesinde hukuki değerlendirme yapılacaktır. Gerçek vekaletsiz iş görme Kanunda açık şekilde düzenlenirken, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Söz konusu düzenlenmedeki eksiklikten başka, vekaletsiz iş görmenin hukuki niteliği, TBK'daki sistematik yeri doktrinde tartışılmıştır. Bu çalışmamızda vekaletsiz iş görmenin her iki türünün Türk hukuk sistemindeki yeri, şartları ve hükümleri incelenecek, problem alanlarına Yargıtay kararları ışığında genel olarak değinilecek ve çözüm önerileri sunulacaktır.

I. VEKALETSİZ İŞ GÖRME KAVRAMI

Vekaletsiz iş görme kurumu yirmi birinci yüzyılda doğmuş genç bir kurum değildir. Bilakis, çok eski tarihlere kadar uzanmaktadır. Roma hukukunda başkası adına işin görülmesi için yapılan giderlerin tazmin edilmesine yönelik normlar mevcuttu². Bu antik model daha sonra birçok hukuk sistemi tarafından örnek alınarak geliştirildi. Vekaletsiz iş görme kavramı TBK’da tanımlanmamıştır ve “vekaletsiz iş görme” başlığı seçilmiştir. Bu kavramsal seçim kapsayıcı değil oldukça dar anlamlıdır³. Zira vekaletsiz iş görme kurumunu, sadece temsil yetkisi verilmemiş olması/Vekaletsizlik değil, taraflar arasında bir işin görülmesine yönelik hiçbir ilişkinin bulunmayışı ifade etmektedir. Buradan hareketle doktrinde kabul gören tanıma göre, sözleşmeye dayalı bir ilişki veya yasal bir zorunluluk bulunmaksızın bir kişinin başkasının hukuk ve menfaat alanına müdahale ederek iş sahibinin menfaatine veya kendisi yararına iş görmesinden doğan ilişki vekaletsiz iş görmedir⁴. Bu duruma örnek olarak evde olmayan komşusunun evine su basmasını önlemek üzere kapıyı açtırarak komşusunun vanasını kapatmak verilebilir. Vekaletsiz iş görme kurumunun öncelikli hedefi taraflar arasında dengeyi sağlamaktır⁵. Herkesin kendi işini kendi görmesi hakkı olduğu gibi kendi işine karışılmasını istememe hakkı da vardır. Bu kurum

² Christoph Althammer, Schuldrecht III, Besonderer Teil 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse (1.Auflage Kohlhammer 2015) 5.

³ Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht (47. Auflage, C.H.Beck 2023) § 35 Rn.1.

⁴ Volker Emmerich, BGB-Schuldrecht Besonderer Teil (16. Auflage, C.F.Müller 2021) 189; Marcus Gehrlein, ‘§ 677 BGB’ iç Hainz Georg Bamberger ve diğerleri (edr), Beck’sche Online Kommentar BGB 63. Edition Stand: 01.08. 2022, <<https://beck-online.beck.de/Search>> Son Erişim Tarihi 16.10.2022, Rn.6; Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri (Yeni Desen Matbaası 1962) 281; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Yetkin Yayınları 2014) 739; Mustafa Alper Gümü, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2 (Vedat Kitapçılık 2012) 217.

⁵ Sprau, Hartwig, Grüneberg Christian Editör. (vormals Palandt) Beckische Kurz Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch (81. Auflage, C H. Beck, 2022) Einf v. § 677 Rn.3

sayesinde “her şeyi en iyi bilen” üçüncü kişilerin müdahalesini engellemek, fakat aynı zamanda ihtiyaç halinde üçüncü kişilerin müdahalede bulunmasını hoş ve olumlu karşılamak mümkündür⁶. Yukarıda değindiğimiz örnekte olduğu gibi, komşunun müdahalesi olası büyük bir zararın önüne geçilmesini sağlamıştır.

II. VEKALETSİZ İŞ GÖRMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme TBK’da borç ilişkisinin kaynakları olarak yer almaktadır. Vekaletsiz iş görmenin hukuki niteliğinin tespiti de bu üç kurumdan hangisine ait olabileceğine bağlıdır. Doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

A. HUKUKA AYKIRI FİİL GÖRÜŞÜ

İşin görülmesi iş sahibinin menfaatine gerçekleşmiş olsa dahi bazı hukukçular bu durumun hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edilmesini gerektiğini savunmuşlardır⁷. Zira iş gören, iş sahibinin izni ve haberi olmaksızın onun hukuk alanına müdahalede bulunmaktadır. İş sahibinin yararına yapılmış olması ona işin görülmesi hakkında tercih yapma, fikir beyan etme serbestisi sağlamamaktadır⁸.

Fakat vekaletsiz iş görmenin temelinde toplumsal dayanışmayı desteklemek yattığından bahisle bazı hukukçular vekaletsiz iş görmenin hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmuşlardır⁹. Ayrıca vekaletsiz iş görmenin konusunu sadece hukuka uygun fiiller değil, hukuka uygun olmayan fiiller de oluşturabilir¹⁰. İş görenin yükümlülükleri arasında başladığı işi

⁶ Althammer (n 2) 6; Brox und Walker (n 3) § 35 Rn.2.

⁷ Kemaleddin Birsan, Borçlar Hukuku Dersleri (4.Bası, Fakülteler Matbaası 1967) 17.

⁸ H. Gökçe Özdemir, Roma ve Türk Hukukunda Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio) (Seçkin Yayıncılık 2001) 82; Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku C. II Özel Borç İlişkileri (5. Bası, Fakülteler Matbaası 1986) 419.

⁹ Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. IV (Beta Yayıncılık 1992) 1349.

¹⁰ Haluk Tandoğan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1963) 49.

tamamlama vardır. Şayet vekaletsiz iş görmenin hukuka aykırı bir fiil olduğu bir an için düşünülse bile hukuka aykırı bir fiilin tamamlanmasını beklemek çelişki yaratacaktır¹¹.

B. SEBESİZ ZENGİNLEŞME GÖRÜŞÜ

Doktrindeki bu görüşe göre vekâletsiz iş görme sözleşme benzeri bir borç ilişkisidir ve haksız bir zararın meydana gelmesini engellemek üzere Kanun tarafından oluşturulmuştur¹². Bundan dolayıdır ki vekaletsiz iş görme kurumu sebepsiz zenginleşme kurumuna dahil edilmelidir.

Fakat iş gören işin görülmesinden kaynaklanan bütün masrafları faizi ile birlikte iş sahibinden talep edebileceğinden, iş sahibinin zenginleşmesinden bahsedilemeyeceği şeklinde karşıt görüş mevcuttur¹³. Çünkü iş görenin masrafa ilişkin taleplerini sebepsiz zenginleşmede olduğu gibi malvarlığındaki artış ile sınırlandırması gerekmez. Getirilen diğer bir eleştiri de iş görenin iradesine ilişkindir. İş gören iş sahibi yararına bir iş görüyorsa, yapılan zorunlu masraflar iş sahibi tarafından karşılanacak ve sebepsiz zenginleşmeden bahsedilemeyecektir¹⁴. Fakat iş gören iş sahibinin menfaatine yönelik iradeye sahip olmadan iş sahibine ait bir işi görüyorsa örneğin kendi borcunu ödemediğini düşünerek iş sahibinin borcunu ödüyorsa burada sebepsiz zenginleşme gündeme gelecektir¹⁵. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin vuku bulduğu durumlarda sebepsiz zenginleşme hükümleri ile vekaletsiz iş görme hükümlerinin

¹¹Feyzi Feyzioğlu, Borçlar Hukuku II. Kısım Akdın Muhtelif Nevileri, C. I (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1980) s. 231; Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 49.

¹² Birsen (n 7) 99.

¹³ Sefa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Beta Yayınevi 1986) 76.

¹⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Turhan Kitapevi 2013) 508; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2 (9. Bası, Vedat Kitapçılık 2012) 322.

¹⁵ Özdemir (n 8) 84.

yarışabilmesi mümkündür¹⁶.

C. HUKUKİ İŞLEM GÖRÜŞÜ

İş sahibinin yararına iş görmenin hukuki işlem benzeri bir fiil olduğu fikri doktrinde yer almıştır. Buna göre borç ilişkisi ya iş sahibinin farazi rızası ya da sadece iş görenin iradesi neticesinde oluşmuştur¹⁷. Bu görüşün temsilcilerine göre iş sahibi yararına görülen vekaletsiz iş görme esasında vekalet sözleşmesinden farklı değildir¹⁸. Zira iş sahibinin görülen işten haberi yoktur fakat kendi yararına iş görüldüğü için de sanki haberi varmışçasına rıza beyan etmekten çekinmeyecektir.

Fakat burada gözden kaçırılan bir husus vardır. Vekaletsiz iş görme kurumu tarafların iradelerinden bağımsız olarak sadece kanundan kaynaklı olarak oluşmuştur¹⁹. Ayrıca TBK m. 531’de “*İş sahibi yapılan işi uygun bulmuş ise vekalet hükümleri uygulanır*” şeklinde düzenlenme yer almaktadır. Bu kanun hükmünü gereksiz kılmamak adına farazi vekalet görüşünü kabul etmek mümkün olmaz.

Buna karşın bazı hukukçulara göre vekaletsiz iş görmeye borç ilişkisi sadece iş görenin iradesi neticesinde ortaya çıkmıştır²⁰. Fakat bu görüş iş sahibinin haklarına halel geleceğinden ve borcun kapsamının belirlenmesinin sadece iş görene bırakılmış olacağından bahisle eleştirilmiştir²¹.

¹⁶ O. Gökhan Antalya, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1 (Beta Basım 2012) 804 vd.; Azra Arkan Akbıyık, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme (Alfa Basım Yayın Dağıtım 1999) 74; AM Kılıçoğlu (n 14) 508; Oğuzman ve Öz (n 14) 322.

¹⁷ Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 49.

¹⁸ Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 50.

¹⁹ Özdemir (n 8) 86.

²⁰ Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 51.

²¹ Özdemir (n 8) 86; Karahasan (n 9) 1350; Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 49.

D. HUKUKİ İŞLEM BENZERİ FİİL GÖRÜŞÜ

Vekaletsiz iş görmenin fiili işlem veya hukuki işlem benzeri fiil olabileceğini doktrinde savunan görüşler mevcuttur²². Fiili işlemler, hukuk düzeninin hukuki sonuçlar bağladığı irade açıklamalarıdır²³. Vekaletsiz iş görme de fiili işlem olarak kabul edilebilir. İş gören iş görürken sadece başkası için fiili bir sonuç doğurmaya yönelik irade taşıyor olmalıdır. İş görenin ayrıca hukuki sonuca yönelik bir irade taşıması gerekmez²⁴. Hukuki işlem benzeri fiil görüşünü savunanlar için iş görenin iş görme iradesinin bir sonuca yönelmiş olması değil açıklamış olması yeterlidir. Çünkü hukuki işlem benzeri fiiller toplumsal sonuçlar doğurmaya yönelik irade beyanlarıdır²⁵.

E. DEĞERLENDİRME

TBK m. 530'deki düzenleme vekaletsiz iş görmenin hukuki niteliğinin tespitine ışık tutmaktadır. Buna göre vekaletsiz iş görme hukuka uygun bir fiilden kaynaklanabileceği gibi hukuka aykırı bir fiilden de kaynaklanabilir. Hukuka aykırı bir fiilden kaynaklanan vekaletsiz iş görme için haksız fiil hükümleri uygulanır²⁶. Fakat hukuka uygun fiilden kaynaklanan vekaletsiz iş görmenin hukuki niteliği ise hukuki işlem benzeri fiile yaklaşmaktadır. Çünkü vekaletsiz iş görme toplumsal sonuçlar doğuran bir eylemdir.

²² Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 52.

²³ Özdemir (n 8) 88.

²⁴ Paul Koschaker, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Kudret Ayiter, (çev.) (Ankara Üniversitesi 1977) 75.

²⁵ Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10. Bası, Beta Yayınları 2014) 1362; Özdemir (n 8) 88; Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 1971) 325.

²⁶ Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Sayram Yayınları 2004) 316; Hüseyin Hatemi ve diğerleri, Borçlar Hukuku Özel Bölüm (Filiz Kitapevi 1992) 489; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (8. Bası, Beta Yayınları 2009) 800; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkiler (11. Bası, Turhan Kitapevi 2010) 509.

III. VEKALETSİZ İŞ GÖRMENİN KANUNDAKİ YERİ

Vekaletsiz iş görme özel borç ilişkilerinin düzenlendiği kısımda yer almaktadır. Bu durum doktrinde oldukça tartışılmıştır²⁷. Vekaletsiz iş görme hükümlerinin aslında sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi hükümlerin hemen yanında genel hükümler kısmında yer alması gerektiği savunulmuştur. Ancak, vekaletsiz iş görme kurumunun tarihi çıkış noktasına bakıldığında vekalet ilişkisinde yetkilerin aşılması durumunda ortaya çıkmış olduğu görülmektedir. Ayrıca iş sahibinin onayı ile vekaletsiz iş görme vekalet ilişkisine dönüşmektedir. Vekaletsiz iş görme kurumunun vekalet kurumu ile arasındaki sıkı bağ dikkate alındığında vekaletsiz iş görmenin, Kanun'un özel hükümler kısmında düzenlenmesi isabetli olmuştur²⁸.

IV. VEKALETSİZ İŞ GÖRME TÜRLERİ

TBK m. 526 ve m. 530 incelendiğinde m.526'da “*başkası hesabına*” ibaresi yer aldığı ve TBK m. 530'da “*iş görenin menfaatine yapılması*” şeklinde bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Buna göre vekaletsiz iş görme, iş görenin iş görme sırasında taşıdığı iradeye bağlı olarak gerçek ve gerçek olmayan olarak ikiye ayrılmaktadır.

A. GERÇEK VEKALETSİZ İŞ GÖRME

Gerçek vekaletsiz iş görmenin Kanunda tanımı yapılmamakla beraber doktrinde iş görenin yetkisi olmaksızın iş sahibine ait bir işi görmesi olarak tanımlanmıştır²⁹. Bir kişinin hayatına veya eşyasına yönelmiş bir tehlikeyi

²⁷ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, C. I (6. Baskı, Filiz Kitapevi 2014) 71.

²⁸ Althammer (n 2) 7.

²⁹ Akıncı (n 26) 313; Bilge (n 25) 324; Gümüş (n 4) 217; Serap Helvacı, Gülşah Sinem Aydın, ‘Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörmeye Kusurun Bir Şart Olarak Aranıp Aranamayacağı Sorunu’, (2017) 23 (1) MÜHF-HAD 265, 267; Yavuz (n 26) 769; Zevkliler ve Gökyayla (n 26) 509.

bertaraf etmek için gerçekleştirilen eylem vekâletsiz iş olarak görülmektedir ve iş sahibinin bu yönde bir yasağının olmaması gerekmektedir³⁰. Ayrıca iş sahibi ile iş gören arasında vekalet ilişkisi veya sözleşmeye dayalı bir yükümlülük olmaması da gerçek vekaletsiz iş görmenin şartlarındadır.

B. GERÇEK OLMAYAN VEKALETESİZ İŞ GÖRME

TBK m. 527/II ve m. 530'da gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin uygulanış şekline yer verilmiştir. İş görenin yasal bir yükümlülüğü veya vekaleti olmaksızın başkasına ait bir işi kendi veya üçüncü bir kişinin yararına görmesi gerçek olmayan vekaletsiz iş görmedir³¹. İş gören burada iş sahibinin menfaatine veya farazi iradesine ya da iş sahibinin yasağına aykırı davranmaktadır³². Bir kişinin bir başkasına ait bir malı kiraya vererek kira bedelini kendine alması veya başkasına ait olan romandan senaryo hazırlayıp film yapması gerçek olmayan vekaletsiz iş görme için tipik bir örnektir³³.

Buna göre gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin farklı şekillerde ortaya çıkma durumları söz konusu olabilir³⁴: Örneğin ilk olarak, iş görenin, iş sahibinin yasaklamasına rağmen iş sahibinin menfaatine iş görmesi, ikinci olarak işin başkasına ait olduğunu bilerek ya da bilmeyerek iş görenin kendi menfaatine bir iş görmesi, üçüncü olarak iş görenin, başlangıçta iş sahibinin menfaatini

³⁰ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2 (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2010) 676.

³¹ Akıncı (n 26) 316; Tandoğan (n 30) 676; Yavuz (n 26) 799 vd.

³² Vekaletsiz iş görmenin bu türü için doktrinde “bencil iş görme”, “iş gaspı” gibi tanımlamalar yapılmıştır. Eren (n 4) 749; Kumru Yılmaz Kılıçoğlu, Haksız Kazancın İadesi (Turhan Kitapevi 2014) 52.

³³ Yargıtay 13. HD, E.2010/1617 K.2010/8862 21/06/2010; Yargıtay 13. HD, E. 2009/14275 K.2010/7420, 31/05/2010. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd>> Son Erişim Tarihi: 05.07.2023. Yargıtay bu kararlarda kira konusu taşınmazdan kira bedelini ödemediği için tahliye edilen kiralayanın kiralananaya yapmış bulunduğu boya-badana, ve benzeri masrafları faydalı ve zorunlu masraflar kabul etmiş yapılış tarihi itibarıyla masrafların vekaletsiz iş görme hükümlerine göre istenebileceğine hükmetmiştir.

³⁴ Tandoğan (n 30) 677.

gözeterek işe girişmesi fakat işi görürken böyle bir menfaatin gerekli olmadığını anlaşılmaması.

Doktrindeki genel kabule göre gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hukuka aykırı bir fiildir³⁵. Bununla beraber sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil ile gerçek olmayan vekaletsiz iş görme arasında bazı önemli farklar mevcuttur³⁶. Sebepsiz zenginleşmedeki fakirleşme veya haksız fiildeki malvarlığındaki azalmadan bağımsız olarak gerçek olmayan vekaletiz iş görmede iş sahibi TBK m.530 gereğince fakirleşmeyi ya da zararı aşan menfaatleri de iş görenden talep edebilecektir³⁷. Böylece başkasına ait bir işi kendi menfaatine gören kişi buradan elde ettiklerinin hepsini iş sahibine vermekle yükümlü olmaktadır³⁸.

İş görenin beklenmedik halden de sorumlu tutulacağı TBK m. 527/II' de yer almaktadır. Buna göre iş sahibinin iş görmeyi yasaklamış olması ve iş görenin hukuka ve ahlaka aykırı olmayan bu yasaklamayı dikkate almadan iş görmesi gerekmektedir. Yine aynı maddenin ikinci cümlesinde iş görenin bu sorumluluktan nasıl kurtulabileceği de düzenlenmiştir. Kanun, iş gören söz konusu işi görmeseydi de yine beklenmedik durumun gerçekleşecek olmasını ve aynı sonucun vuku bulacağını iş görenin ispat etmesi hallerini kurtulma şartı olarak aramaktadır.

İş sahibinin yapılan işe göstereceği olumlu veya olumsuz tavır ve tutum, o işe uygulanacak hükümleri etkilemektedir. Zira TBK m. 531'de gerçek olmayan vekaletsiz iş görme iş sahibinin uygun bulunması ile dönüşecek ve vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

³⁵ Arkan Akbıyık (n 16) vd; Özdemir (n 8) 93.

³⁶ Tandoğan (n 30) 677; Yavuz (n 26) 800.

³⁷ Oğuzman ve Öz (n 14) 322.

³⁸ Yavuz (n 26) 800.

V. VEKALETSİZ İŞ GÖRMENİN UNSURLARI

A. İŞ GÖRME

Vekaletsiz iş görme kurumunun objektif unsurlarının başında “iş görme” gelmektedir³⁹. TBK’da tanımı yapılmamış olan iş görme doktrinde “İş, insancıl bir gereksinme ya da onun karşılanmasına yarayabilen bir konu göz önünde tutularak yapılan her türlü insan etkinliğidir” şeklinde tanımlanmıştır⁴⁰. Burada aktif bir hareket şarttır. Herhangi bir ihmal veya pasif bir duruş, iş görme konusunu oluşturmaz⁴¹. Bununla beraber iş görmenin konusunu sadece hukuka uygun fiiller değil özellikle gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede karşılaşılan hukuka uygun olmayan fiiller de oluşturabilmektedir⁴². Zira sosyal yardımlaşma gereği iş gören kimi zaman iş sahibine hukuka uygun olmayacak şekilde yardım etmek durumunda kalabilmektedir.

İş görmenin konusunu buna benzer maddi fiiller ve başkasına ait borcu ödemek gibi hukuki fiiller oluşturur⁴³. Fakat buna karşın iş sahibinin de yapmasına müsaade edilmeyen veya başka bir kişiye zarar verme kastı ile gerçekleşen eylemler iş görmenin konusuna dahil edilemezler.

Ayrıca iş gören iş görme sırasında iş sahibinin hukuki alanına müdahalede bulunduğundan kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması,⁴⁴ vekaletsiz iş

³⁹YHGK, E. 2013/95 K. 2013/1431, 02/10/2013. <<https://legalbank.net/belge/y-hgk>> Son Erişim Tarihi: 06.07.2023. Söz konusu kararda sözleşme dışı imalatın bedelinin talep edilmesi incelenmiş ve yapılan imalatın iş sahibinin yararına işler olduğu kabul edilerek iş sahibinin vekaletsiz iş görme hükümleri gereğince bedeli ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.

⁴⁰ Ayfer Kutlu Sungurbey, Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa In Contrehendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar (Yasa Yayınları 1988) 30 vd.

⁴¹ Althammer (n 2) 21.

⁴²Bilge, Borçlar Özel (n 4) 282; Yavuz, Özel Hükümler (n 26) 1360; Turgut Uygur, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 8 (Sorumluluk ve Tazminat) (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2010) 9117.

⁴³ Özdemir (n 8) 95; Gümüş (n 4) 220.

⁴⁴ Özdemir (n 8) 96; Hakan Tokbaş ve Sera Reyhani Yüksel, Vekaletsiz İş Görmenin Kısa

görme kurumunun uygulama kapsamı dışındadır.

B. İŞİN BAŞKASINA AİT OLMASI

Vekaletsiz iş görmenin ikinci önemli unsuru “işin başkasına ait olması”dır⁴⁵. İş gören başkasının hukuk alanına müdahalede bulunduğu ve adeta iş sahibinin yerine geçtiğinden görülen işin başkasına ait olup olmadığı her zaman kolaylıkla tespit edilemeyebilir⁴⁶. Buna ilişkin doktrinde objektif ve subjektif olmak üzere iki kriter geliştirilmiştir⁴⁷. İş gören, başkasına ait hakkı kullanarak veya koruyarak ya da borç ve yükümlülükleri yerine getirerek bir eylemde bulunuyorsa burada işin başkasına ait olduğu objektif olarak açıktır⁴⁸. Kiracı olan iş görenin evin vergi borçlarını ev sahibiymiş gibi ödemesi onun objektif olarak başkasına ait bir iş görmüş olduğunu gösterir⁴⁹. Fakat burada dikkat edilmesi gereken bir husus, iş gören ve iş sahibi arasındaki menfaat dengesini korunmuş olmasıdır. İş görenin iş görme sırasındaki gözettiği menfaati iş sahibinin menfaatinin üzerine çıkarmaması gerekir⁵⁰. Örneğin yüklenicinin eseri ayıplı olarak meydana getirdiği bir durumda eser sahibinin yükleniciye ayıp ihbarında bulunmaksızın ayıbı gidermesi ve bunun neticesinde oluşan masrafları yükleniciden vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebileceği doktrinde savunulmuştur⁵¹. Her ne kadar eser sahibi (iş gören) masrafları daha sonra yükleniciden tazmin etme kastı gözeterek eserdeki ayıbı gidermiş ise de, aslında yüklenicinin (iş sahibi)

Şerhi (Aristo Yayınevi 2018) 20.

⁴⁵ Hatemi ve diğerleri (n 26) 490.

⁴⁶ Yavuz (n 26) 793.

⁴⁷ Aydın Zevkliler, Özel Borç İlişkileri (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2004) 376.

⁴⁸ Özdemir (n 8) 97; Zevkliler ve Gökyayla (n 26) 510.

⁴⁹ Tandoğan (n 30) 678.

⁵⁰ Gümüüş (n 4) 220; Hatemi ve diğerleri (n 26) 490.

⁵¹ Jurgen Oechsler, ‘Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs’, (2004) 26 NJW 1825, 1830; Matthias Katzenstein, ‘Kostensatz bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung- ein Plädoyer für die Abkehr von einer verfestigten Rechtspraxis’, (2004) 8 ZGS 300, 305; Matthias Leistner, ‘Die “richtige” Auslegung des § 651 BGB im Grenzbereich von Kaufrecht und Werkvertragsrecht’, (2007) 2 JA 81 (85f) Fn. 46.

gidermesi gereken ayıbı gidermiştir ve burada kendi menfaati yüklenicinin menfaatini aşmıştır. Bundan dolayı da vekaletsiz iş görme hükümlerine göre masraf talebinde bulunamayacaktır⁵².

Bir işin başkasına ait olup olmadığının tespitinde dikkate alınması gereken ikinci unsur subjektif kriterdir. İş görenin sağlayacağı fiili yarardan ziyade, iş görenin iradesi burada karar vericidir. İş gören başkasının yararına ve menfaatine onun hukuk alanına müdahalede bulunmaya yönelmiş bir irade taşımaktadır⁵³.

C. VEKALETE SAHİP OLUNMAMASI

Vekâletin bulunmaması şartı TBK m. 526’ da lafzi olarak geçen “*vekaleti olmama*” ifadesinden kaynaklanmaktadır. Burada kast edilen TBK m. 502’deki vekalet sözleşmesi değildir. İş görenin herhangi bir sözleşmeden veya Kanun’dan kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunmaması gerekmektedir⁵⁴. Eşler arasında veya veli/çocuk arasında özel bir hukuki ilişki olduğundan eşlerden birinin veya velinin yükümlü olmadığı halde gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı vekaletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulamaz⁵⁵. Türk Medeni Kanunu⁵⁶ m. 396 ve devamında düzenlenen vesayet durumunda özel bir yükümlülük bulunduğundan burada da vekaletsiz iş görme hükümleri gündeme gelmeyecektir. Fakat vesayet süresinin bitiminden sonra eylemde bulunulması halinde vekaletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulabilir⁵⁷.

Vekaletsizlik hali zaman zaman yetkisiz temsil ile karıştırılmaktadır. Fakat iki

⁵² BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; Vgl. Katzenstein (n 52) 302; Seidel, Hans-Jürgen: Das “Nachbesserungsrecht” des Unternehmers beim Werkvertrag in: JuS 1991, 391 (393).

⁵³ Özdemir (n 8) 99; Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 123.

⁵⁴ Gümüş (n 4) 220.

⁵⁵ Bilge, Borçlar Özel (n 4) 283; Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 140; Yavuz, Özel Hükümler (n 26) 1361.

⁵⁶ Buradan itibaren “TMK” olarak yer alacaktır.

⁵⁷ Özdemir (n 8) 108.

durum arasında ciddi farklar vardır. Vekaletsiz iş görme hem hukuki hem de her türlü aktif/fiili eylemleri kapsadığından uygulama alanı çok geniş iken yetkisiz temsil sadece hukuki işlemler ile sınırlıdır⁵⁸. Aynı şekilde vekaletsiz iş görmede iş gören ile iş sahibi arasındaki ilişki incelenirken, yetkisiz temsil yetkisiz temsilci ile üçüncü bir kişi arasındaki ilişkiye yani dış ilişkiye ilişkindir ve TBK m. 46 uygulama alanı bulur⁵⁹.

D. BAŞKASI İÇİN İŞ GÖRME İRADESİNİN BULUNMASI

Vekaletsiz iş görmenin subjektif unsuru “iş görme iradesi”’dir. İş gören başkasına ait bir işi görme bilgisine ve iradesine sahip olmalıdır⁶⁰. Fakat iş görme iradesinin şart olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır. Hakim görüşüne göre iş görenin başkası menfaatine hareket etme iradesine sahip olmak zorunluluğu yoktur ya da işin başkasına ait olduğunu bilerek eylemde bulunması şart değildir⁶¹. İş görenin sadece işin fiili sonucuna ilişkin genel anlamda bir iş görme iradesine sahip olması yeterli olacaktır. Bu görüşe göre iş görenden işin başkasına ait olup olmadığını bilmesi beklenmediği gibi başkasının menfaatini gözetme iradesine sahip olması da istenmez⁶².

Başka bir görüş ise, iş gören işe başladığı anda başkası için iş görme iradesine sahip olmalıdır. Burada önemli olan iş görenin iş sahibinin kimliği hakkında bilgi sahibi olmasından ziyade başkası için iş görme iradesi taşımasıdır⁶³.

Doktrinde savunulmuş diğer bir görüşe göre, iş görenin iş görmeden dolayı yaptığı masrafları iş sahibinden talep etme iradesine sahip olması gerektirir⁶⁴ Buradaki

⁵⁸ Kutlu Sungurbey (n 40) 32 vd.

⁵⁹ Arkan Akbıyık (n 16) 33; Kutlu Sungurbey (n 40) 26.

⁶⁰ Yavuz (n 26) 793.

⁶¹ Gümüş (n 4) 231 vd., Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 173 vd.; Tandoğan (n 30) 680 vd.; Zevkliler ve Gökyayla (n 26) 510.

⁶² Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 174.

⁶³ Eren (n 4) 742 vd.; Gümüş (n 4) 231 vd.; Zevkliler ve Gökyayla (n 26) 510.

⁶⁴ Bkz. Gümüş (n 4) 232; Brox und Walker (n 3) § 36 Rn.3.

temel amaç iş görenin hediye verme veya bağışta bulunma iradesini tespit etmektir⁶⁵.

Başkası için iş görme iradesine sahip olma şartını savunan görüş gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kurumunu gözden kaçırdığı için kabul edilemez⁶⁶. İş görenin her eyleminde iş sahibinden masrafları isteme iradesini taşıması gerektiğini savunan görüş vekaletsiz iş görme kurumunun temel mantığı olan sosyal yardımlaşmadan uzaklaştığından bu görüşe katılmamaktayız. İş görenin iş görme sırasında sadece eylemin sonucuna yönelmiş genel bir iradeye sahip olması gerektiğini benimseyen görüşü kabul etmek vekaletsiz iş görme kurumunun mantığına ve amacına daha uygun olacaktır. Ayrıca iş gören iyi niyet karinesinin bir gereği olarak iş görme iradesini ispatlamakla mükellef değildir. Aksi bir durum ise iş sahibi tarafından ispata muhtaçtır⁶⁷.

VI. VEKALETSİZ İŞ GÖRMENİN HÜKÜMLERİ

Vekaletsiz iş görme kurumu, taraflar arasında Kanun'dan veya bir sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir hukuki ilişki olmamasına rağmen her iki taraf için borç ve yükümlülük öngörmektedir.

A. İŞ GÖRENİN HAK VE BORÇLARI

1. İş Görenin Borçları

a. İşin İş Sahibinin Menfaatine Gerçek veya Varsayılan İradesine Uygun Olarak Görülmesi

TBK m. 526'deki düzenlenmeye göre "*Vekaletsiz iş gören, işi sahibinin*

⁶⁵ Sprau (n 5) § 677 Rn.3.; Emmerich (n 4) 190; Brox und Walker (n 3) § 35 Rn.1.

⁶⁶ Yargıtay 11. HD, E. 1984/1666 K. 1984/2609, 26/04/1984. <<https://legalbank.net/belge/y-11-hd>> Son Erişim Tarihi: 06.07.2023. İlgili kararda iş görenin vekaleti olmaksızın iradi olarak başkası adına iş görmemiş sadece resmi makamların emirlerini yerine getirmek üzere bir eylemde bulunmuş olduğundan vekaletsiz iş görme şartlarının gerçekleşmediği tespit edilmiştir.

⁶⁷ Özdemir (n 8) 113.

menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlü” kılınmıştır. İş sahibinin menfaati, iş göreni harekete geçiren bir husustur. Vekaletsiz iş görme kurumunun konusunu başkasının menfaatini korumak üzere onun hakkına müdahaleyi oluşturduğundan, iş görenin başka bir önceliğinin olması da bu kurumun amacı ile bağdaşmaz⁶⁸. Menfaat kavramının içeriğinin belirlenmesinde her ne kadar kişisel, sosyo-kültürel ve ekonomik durum gibi subjektif kriterler göz önünde bulundurmam gerekiyorsa da esas olan iş sahibinin objektif, makul, oto-normal bir kişi olarak baz alınmasıdır⁶⁹. Kanun maddesi lafzında geçen “*varsayılan irade*” iş sahibinin gerçek iradesinin tespitinin peşinen mümkün olmadığına dikkat çekmektedir.

Ayrıca iş sahibinin menfaati ile iradesinin birbiri ile örtüşmediği durumlarda iş sahibinin hukuka uygun iradesinin, menfaatine kıyasla öncelikli olarak dikkate alınması gereklidir⁷⁰. Zira iş sahibinin menfaatine hizmet ettiği düşünülen bir durumun esasında iş sahibinin iradesi ile hiç uyuşmaması mümkündür. Örneğin “A” ameliyat olmayı reddeden bir dini grubun üyesidir⁷¹. Hastaneye gittiğinde doktor A’nın sağlığı için gerekli olan bir ameliyatı onun iradesine aykırı olarak gerçekleştirmiştir. Bu durumda doktor, A’nın iradesini dikkate almadığı için vekaletsiz iş görmeye dayanarak bir ücret talebinde bulunamayacaktır.

b. Başlanan İşe Devam Etme

Vekaletsiz iş görme kurumunun düzenlendiği Kanun maddelerinde başlanılan işe devam edilmesi ve bitirilmesi yönünde bir zorunluluk yer almamaktadır. Dürüstlük ve iyi niyetin gereği olarak vekaletsiz iş gören, bir iş görmeye başlamış

⁶⁸ Özdemir (n 8) 114.

⁶⁹ Brox und Walker, (n 3) § 36, Rn.24; Özkaya Eraslan, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2013) 1091; Tokbaş ve Yüksel (n 44) 24.

⁷⁰ Brox und Walker (n 3) § 36, Rn.31; Eren (n 4) 744; Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10)178; Yavuz, Özel Hükümler (n 26) 1364.

⁷¹ Brox und Walker (n 3) § 36, Rn.1.

ise bu işi devam ettirip tamamlamakla yükümlüdür⁷². Fakat işin görülmesini engelleyen veya zorlaştıran bir durumun olması ya da iş sahibinden kaynaklanan bir engelin varlığı halinde iş görenin işe devam etme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır⁷³. Örneğin iş gören, iş sahibinin iflas etmesinden dolayı masraflarını geri alamayacaksa, işe devam etmeyebilir⁷⁴.

Bununla beraber gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye iş gören kendi menfaatine iş görmekte olduğundan onun işe devam etme ve bitirme yükümlülüğü yoktur⁷⁵.

c. İş Bir Bütün Olarak Görme

Doktrinde kabul edilmiş bir görüşe göre iş görenin diğer bir borcu ise işin bir bütün olarak görülmesidir. İşin görülmesine yönelik ortak amaca hizmet etmesi ve bu işin bir parçası olması bakımından diğer işler de iş gören tarafından dikkate alınmalıdır. Bu durum için verilen tipik bir örnek ise başkasının alacağını tahsil eden kişinin tahsilatı faizleri ile beraber yapması gerektiğidir. Borcu tahsil edip faizleri almamak işin bir bütün olarak görülmesine engel teşkil eder⁷⁶.

d. Haber ve Hesap Verme

Vekaletsiz iş görmenin karakteristik özelliği iş görenin gördüğü işi, iş sahibinin haberi olmadan gerçekleştirmesidir. İş gören iş sahibinin menfaatine ve farazi iradesine uygun olarak iş görme eylemini gerçekleştirdiğinden dürüstlük kuralı gereği iş sahibine ihbarda bulunma ve onu bilgilendirmekle yükümlüdür⁷⁷. İş gören işe devam edemeyecek durumda ise yine iş sahibini haberdar etmelidir. Haber verme yükümlülüğü doktrinde geniş olarak yorumlanmaktadır. İş gören

⁷² Bilge (n 25) 328; Brox und Walker (n 3) § 36, Rn.43; Özdemir (n 8) 115.

⁷³ Özdemir (n 8) 115; Pınar Uzun Şenol, 'Vekaletsiz İş Görmeye İş Görenin Hukuki Durumu', (2014) Bahar (3) FSM İlimi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi 293, 302.

⁷⁴ Gümüş (n 4) 233; Özdemir (n 8) 115

⁷⁵ Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 180, Uzun Şenol (n 73) 302.

⁷⁶ Karahasan (n 9) 1356; Özdemir (n 8) 115 vd.

⁷⁷ Eren (5) 744; Yavuz, Özel Hükümler (n 26) 1364; Zevkliler ve Gökyayla (n 26) 510.

işin başlangıcından bitimine kadar geçen süre zarfında işin görülmesine ilişkin fiili ve hukuki durumlar hakkında iş sahibine haber ve hesap vermek durumundadır⁷⁸. Buna karşın gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kapsamında iş görenin başkasına ait olan işi iyi niyetli olarak ve de kendisinin sanarak görmeye devam etmesi halinde bu yükümlülüğünden kurtulur⁷⁹.

e. İş Görme Dolayısıyla Elde Edilen Yarar ve Malları İş Sahibine Devir ve Teslim

TBK m. 529 ve m. 530 iş sahibine ve iş görene karşılıklı borçlar yüklemektedir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme durumunda iş gören iş görmeden doğan faydaları TBK m. 530 gereğince iş sahibine teslim ve devretmelidir. Bu teslim ve devir borcu gerçek vekaletsiz iş görme için Kanun'da düzenlenmemiş olmakla beraber doktrinde bu yükümlülüğün her iki vekaletsiz iş görme türü için geçerli olacağı kanaati hakimdir.

İş gören iş görme nedeniyle yaptığı bütün masrafları TBK m. 529'a dayanarak iş sahibinden talep edebilecektir. Kanun koyucu taraflar arasındaki menfaat dengesini korumak ve vekaletsiz iş görme kurumunun sebepsiz zenginleşmeye dönüşmesine engel olmak adına böyle bir düzenleme yapmıştır⁸⁰. İş görenin devir ve teslim borcu sadece salt maddi bir gelirin tesliminden oluşmamakta belge, plan-proje, rapor gibi evrakların teslimini de kapsamaktadır⁸¹. İş gören elde ettiği yararları bir başka şekilde değerlendirmiş olsa dahi kar ve zarar hesaplaması yaptıktan sonra çıkan miktarı iş sahibine teslim etmelidir⁸². Önemle belirtmek gerekir ki bu hesaplamalarda mahrum kalınan yararlar dikkate alınmaz⁸³.

⁷⁸ Brox und Walker (n 3) § 36, Rn. 44; Özdemir (n 8) 115.

⁷⁹ Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 181; Uzun Şenol (n 73) 302.

⁸⁰ Özkaya (n 69) 1094.

⁸¹ Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 185; Tokbaş ve Yüksel (n 45) 67; Uzun Şenol (n 73) 302; Yavuz, Özel Hükümler (n 26) 1365.

⁸² Özdemir (n 8) 117.

⁸³ Tokbaş ve Yüksel (n 45) 67.

2. İş Görenin Sorumluluğu

İş görenin sorumluluğu TBK m.527’de düzenlenmiştir. Buna göre iş gören iş sahibinin menfaatine ve farazi iradesine aykırı her türlü ihmalden sorumludur. Buradaki sorumluluk kusur sorumluluğuna dayanmaktadır⁸⁴. Kanun lafzında yer alan “*her türlü ihmal*” kavramdan anlaşılacağı üzere iş gören en ufak bir ihmalden dahi sorumlu olacaktır⁸⁵. Bu katı sorumluluğun hafifletilmesine yönelik olarak TBK m. 527/I’in son cümlesinde “*iş görenin iş görme eylemini iş sahibini zarar veya tehlikeden korumak amacıyla gerçekleştirmiş olması halinde sorumluluğun hafifleyeceği*” yer almaktadır. Sorumluluğun hafifletilmesine sebep olarak yer alan zarar ve tehlike durumunun sadece iş görenin mal ve can güvenliğine karşı yönelmiş olması gerekmez. Bilakis iş sahibinin yakınlarının da söz konusu tehlike ve zararlardan etkilenme riski altında bulunması halinde sorumluluğun hafifletilmesi söz konusu olacaktır⁸⁶.

Vekaletsiz iş görme kapsamında tazminatın nasıl hesaplanacağına dair kanuni bir düzenleme olmadığından genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Burada da ikili bir ayrıma gidilmiştir. Şöyle ki, gerçek vekaletsiz iş görme hukuki işlem benzeri bir fiil özelliği taşıdığından, hesaplama için TBK m. 114 uygulanacaktır. Anılan Kanun maddesinde borçların ifa edilmemesi durumundaki sorumluluk kapsamı düzenlenmektedir. Bununla beraber gerçek olmayan vekaletsiz iş görme bir haksız fiil niteliği taşıdığından haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde tazminatı düzenleyen TBK m.51 uygulama alanı bulacaktır⁸⁷.

İş görenin iş sahibinin menfaat ve farazi iradesine muhalif olarak iş görmesi halinde oluşan zararlarda iş sahibi iş görenin kusurunu ispat etmekle yükümlüdür. Fakat gerçek vekaletsiz iş görmede iş görenin kendisi kusursuzluğunu ispat

⁸⁴ Eren (n 4) 745; Tokbaş ve Yüksel (n 45) 30.

⁸⁵ Gümüş (n 4) 234; Özel Hükümler (n 26) 1364 vd.

⁸⁶ Tandoğan (n 30) 682; Yavuz, Özel Hükümler (n 26) 1365.

⁸⁷ Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 212 vd.

etmelidir⁸⁸.

TBK m. 527’de iş görenin sorumluluğun hafifletilmesi düzenlememiş, ikinci fıkrada iş görenin sorumluluğunu ağırlaştırıcı durumlara da yer vermiştir. İş görenin beklenmedik hallerden sorumlu olabilmesi için öncelikle iş sahibinin bir yasağının mevcut olması gereklidir ve iş gören hukuka ve ahlaka aykırı olmayan bu yasağın varlığına rağmen işi görmüş olmalıdır.

İş görenin sorumluluğunu ağırlaştırıcı şartlar şu şekildedir⁸⁹:

*Söz konusu iş hakkında iş sahibi tarafından açık veya örtülü bir yasak getirilmiş olmalıdır.

*İş görenin yasaklamayı bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir. Bilmek veya haberdar olmak için gerekli çabayı göstermiş olan iş görenin sorumluluğu ağırlaştırılmayacaktır.

*Görülen iş ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağının bulunması şarttır. Aksi takdirde ağırlaştırmadan bahsedilemez.

*İş sahibinin yasaklaması hukuk ve ahlaka aykırılık arz etmemelidir. İş görenden böylesi bir yasağa uyması beklenemez.

Yukarıda izah edilen durumlardan başka iş görenin kendi yerine birini ataması durumunda sorumluluğu gerçek ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede farklılık arz etmektedir. Gerçek vekaletsiz iş görme çerçevesinde iş gören sadece atadığı kişinin seçiminden sorumlu olurken, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede atadığı kişinin eylemlerinden sanki kendisi yapmış şeklinde sorumlu olacaktır⁹⁰. Ayrıca iş görenin bir den fazla olması durumunda gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede müteselsil sorumluluk gündeme gelirken gerçek vekaletsiz

⁸⁸ Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 213.

⁸⁹ Özdemir (n 8) 122; Tandoğan (n 30) 682.

⁹⁰ Eren (n 4) 745, Karahasan (n 9) 1357; Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 210 vd.

iş görmede müteselsil sorumluluktan bahsedilmez⁹¹.

3. İş Görenin Ehliyetsizliği

TBK m. 528'de iş görenin fiil ehliyeti olmaksızın iş görmesi durumunda zenginleştiği ölçüde, kötü niyetli olarak elden çıkarttığı zenginleşme miktarı ile sorumlu olacağı düzenlenmiştir. TBK m. 528/I sebepsiz zenginleşmeden sorumluluğu düzenlerken, TBK m. 528/II ise haksız fiilden doğan sorumluluk saklı tutulmuştur. İş görenin ayırt etme gücünden yoksun olarak bir iş görmesi durumunda vekaletsiz iş görmeye dayanılarak değil, genel hükümlere başvurarak TBK m. 59 ve m. 65'e göre sebepsiz zenginleşme hükümlerince sorumlu tutulması mümkündür.

Buna karşın iş görenin yani ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı yani sınırlı ehliyetsiz olması durumunda TBK m. 528 gereğince zenginleşme oranında veya haksız fiil hükümlerince sorumlu tutulur. Ayrıca bu kişilerin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulması bir başka duruma, yasal temsilcinin rızasına bağlanmıştır. Sınırlı ehliyetsiz olarak eylemde bulunan iş gören yasal temsilcisinden rıza almamış ise haksız fiil hükümlerine göre, rıza almış ise vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olacaktır⁹².

4. İş Görenin Hakları

Her ne kadar TBK m. 526'nın başlığı "*iş görenin hak ve borçları*" olarak düzenlenmiş olsa da burada iş görenin sadece borcundan bahsedilmiştir. TBK m. 529 başlığında ise iş sahibinin hak ve borçları yer almıştır. İş sahibinin borçları iş görenin hakları anlamında anlaşıldığından iş görenin hakları TBK m. 529'daki düzenlemeye göre tespit edilmektedir.

⁹¹ Özdemir (n 8) 120; Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 212.

⁹² Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 217 vd.

a. Masraf İsteme

İş gören, gördüğü işi iş sahibinin menfaatine uygun olarak gerçekleştirmiş ise, yaptığı zorunlu ve yararlı bütün masrafları TBK m.529 gereğince iş sahibinden talep edebilecektir. İş görenin bu hakkı, işini özenli olarak gerçekleştirmiş olma şartı ile iş görmeden beklenen sonuç gerçekleşmemiş olsa dahi bakidir. Zorunlu masraflar ile kastedilen iş görenin ifa etmesi sebebi ile iş sahibinde bir zararın meydana gelmesine engel olan masraflar iken faydalı masraflar ise, iş sahibini koruyan veya onun mal varlığına maddi değer katan masraflardır⁹³. Talebi istenen masrafların fiili olarak yapılmış masraflar olması şarttır.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme durumunda ise iş gören iş sahibinin zenginleştiği ölçüde masraf ve borçların ödenmesi talebinde bulunabilecektir. TBK m. 530'de iş görene tanınan bu hak bir şarta bağlanmıştır. İş görenin iş sahibine masraf talebini yöneltmeden önce iş görmeden doğan bütün faydaları iş sahibine teslim etmiş olması gereklidir⁹⁴. Böylece gerçek ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede masraf isteme konusunda farklılıkların olduğu ortaya çıkmaktadır. TBK m. 529'a göre iş gören, iş görmeden beklenen sonuç elde edilmemiş olsa bile iş sahibinden masrafları talep edebilecekken, TBK m. 530'e göre iş gören iş sahibinden sadece zenginleştiği ölçüde masraf talebinde bulunabilecektir. Ayrıca gerçek olmayan vekaletsiz iş görme durumunda iş gören sadece zorunlu masrafları değil aynı zamanda iş sahibinin iş görmeden dolayı elde ettiği karları da talep edebilecektir⁹⁵. Örneğin on sekiz yaşına giren Alex'in yasal babası Peter'in, biyolojik baba olan Ahmet'ten sadece on sekiz yıl boyunca Alex'i kendi evladı sanarak yaptığı masrafları değil, biyolojik baba olarak bu masrafları yapmayarak bir kar elde etmiş ise onu da talep etmesi mümkündür.

⁹³ Brox und Walker (n 3) § 36, Rn. 53; Özdemir (n 8) 123.

⁹⁴ Özdemir (n 8) 128.

⁹⁵ Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 298 vd.

b. Ücret İsteme

Vekaletsiz iş görme kurumu kapsamında iş gören için ücret talep etme hakkı düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde iş görenin bir ücret isteme hakkına sahip olması gerektiği savunulmuştur. Görülen iş şayet bir sözleşmenin varlığına dayanılarak yapılmış olsaydı ve bundan dolayı iş gören bir ücret alacak olsaydı bu durum vekaletsiz iş görmede de geçerli olmalıydı⁹⁶. İş gören iş görme ile iş sahibine karşı bir borcunu yerine getirmiyor ise veya bağışta bulunmuyor ise iş sahibinden ücret talep etme hakkına sahiptir⁹⁷.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme durumunda iş görenin ücret talep edip edemeyeceği hakkında doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Vekaletsiz iş görmenin bir haksız fiil teşkil ettiği için iş göreni ödüllendirmemek adına ücret hakkı tanınmaması gerektiği savunulmuştur⁹⁸. Buna karşın iş gören ücret almazsa, iş sahibi haksız yere zenginleşmiş olacaktır ve bundan dolayı da iş gören ücret isteme hakkına sahip olmalıdır fikri savunulmuştur⁹⁹.

Fakat kanaatimizce gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş gören iş sahibinin değil kendi menfaatine iş görmüş olduğundan ücret talebinde bulunması doğru olmayacaktır.

c. İşin Yapılması ile Ortaya Çıkan Zararı İsteme

TBK m. 529'da iş görene tanınan bu hakkın en önemli koşulu iş görme ile zarar arasında illiyet bağının mevcut olmasıdır. Ortaya çıkan zararın tespiti hâkimin takdirine bırakılmıştır.

⁹⁶ Özkaya (n 69) 1095 vd.

⁹⁷ Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 227.

⁹⁸ Arkan Akbıyık (n 16) 56 vd.

⁹⁹ Zevkliler (n 47) 377.

d. İş Görenin Ayırma (Refi) Hakkı

Kanun koyucu vekaletsiz iş göreni iş göreme sırasında yaptığı masrafları geri alamaması durumunda korumasız bırakmamış ve TBK m. 529/II' da iş görene sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ayırıp alma hakkı tanımıştır.

Buna göre ayırma hakkının kullanılması sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacağından TBK m. 80 gündeme gelecektir. Söz konusu TBK m. 80/III' de ayırma hakkının kullanılma şartlarını şu şekilde düzenlemektedir¹⁰⁰: İş gören öncelikle o şey üzerinde zilyetliğe sahip olmalıdır; Ayırma hakkı geri vermeden önce kullanılması gereklidir; İş sahibi tarafından masraflar teklif edilmemiş olmalıdır. TBK m. 80'de düzenlenen diğer bir koşul ise kendisi ile bütünleşen şeyi ayırma işleminin zarara sebebiyet verecek şekilde olmamasıdır.

e. Hapis Hakkı

Vekaletsiz iş görme kapsamında iş görenin hapis hakkı TBK'da düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde iş görmeden dolayı iş sahibine ait şeyleri zilyetliğinde bulunduran iş görenin, alacaklarını iş sahibinden tahsil edememesi durumunda hapis hakkını kullanabileceği savunulmuştur¹⁰¹. Böylece iş gören bu hakkını TMK m. 950'deki hükümleri kıyasen uygulayacaktır. Buna göre hapis hakkı, *“alacaklının, borçlunun rızası ile zilyetliğini kazandığı bir taşınır veya kıymetli evrakı, borcun muacceliyet kazanması ve söz konusu şeyin alacak ile bağlantısının bulunması şartı ile borcu ödenene kadar o şeyi hapsedebilmesidir”*. Hapis hakkının konusunu oluşturan *“zilyetliği kazanılan taşınır veya kıymetli evrak”* vekaletsiz iş görmenin de konusunu oluşturmaktadır. *Borcun “muacceliyet kazanması”* da diğer bir şarttır. Borç en geç alacaklının talebini iletildiği anda muaccel olacağından iş görenin hapis hakkını kullandığı anda

¹⁰⁰ Tandoğan, Mukayeseli Hukuk (n 10) 286 vd.

¹⁰¹ Tandoğan (n 30) 683; Zevkliler (n 47) 377 vd.

muacceliyet şartı da yerine gelmiş olacaktır¹⁰². Kanun'da yer alan diğer bir şart ise “*alacak ile şey arasında bir bağın*” bulunmasıdır. İş gören iş görmesi dolayısı ile şey üzerinde zilyetlik kazandığı ve alacağın ödenmemesinden dolayı hapis hakkını kullanmak isteği için söz konusu bağ kurulmuş olmaktadır. Buradaki “*borçlunun rızası ile zilyetliğin kazanılmış olması*” şartı vekaletsiz iş görme eyleminde gerçekleşmemektedir ve nasıl değerlendirileceği de doktrinde tartışmalıdır. Çünkü vekaletsiz iş görme kurumu tabiatı itibari ile ya iş sahibine ulaşamadığından ya da rızasının alma imkanının bulunmayışından iş sahibinin rızası olmaksızın uygulanmaktadır. Bu şartın, doktrinde iş gören iş sahibinin menfaatine ve farazi iradesine uygun olarak iş gördüğünden ve açık bir yasaklama olmadığından yerine geldiği ve iş görenin hapis hakkını kullanmasına bir engel bulunmadığı ileri sürülmüştür¹⁰³. Buna göre hapis hakkı sadece gerçek vekaletsiz iş görme açısından uygulanabilecektir. Fakat iş gören iyi niyetli olarak iş sahibine ait malları elinde bulunduruyor ise o zaman TMK m.994 gereğince hapis hakkını kullanabilir¹⁰⁴.

B. İŞ SAHİBİNİN HAK VE BORCLARI

1. İş Sahibinin Borçları

İş sahibinin borçları TBK m. 529'da düzenlenmiştir. Buna göre iş sahibi iş gören tarafından yapılmış zorunlu ve faydalı ve durumun gerektirdiği takdirde diğer masrafları ve de faizleri ile beraber ödemek, iş göreni iş görme sonucu giriştiği borçtan kurtarmak ve iş görenin başka zararları varsa hâkimin takdir ettiği ölçüde zararı gidermekle yükümlüdür. Burada zarar ve masraf arasındaki ayrıma değinmek gerekir. Masraf iş görenin iş görme sırasında isteyerek ve kendi iradesi ile yaptığı mal varlığındaki azalma iken, zarar iş görenin isteği ve iradesi dışında

¹⁰² Özkaya (n 69) 1096 vd.

¹⁰³ Özdemir (n 8) 128; Tandoğan (n 30) 683.

¹⁰⁴ Özdemir (n 8) 128 vd.

gerçekleşen mal varlığındaki azalmadır¹⁰⁵. İş sahibinin sayılan ödemeleri yapması için iş görme ile amaçlanan sonucun gerçekleşmiş olması gerekmemektedir.

İş sahibi ayrıca TBK m. 529/I’ de sayılan giderleri iş görene ödememiş ise TBK m. 529/II gereğince sebepsiz zenginleşmeden doğan şeyleri iş görene geri vermekle yükümlüdür. Fakat istisnai bir durum olarak iş gören ahlaki bir görev üstlenerek iş görme eylemini gerçekleştirmiş ise TBK m.78 gereğince yaptığı masrafları geri isteyemeyecektir¹⁰⁶.

2. İş Sahibinin Hakları

İş sahibi ile iş gören arasında her ne kadar sözleşmeye dayalı bir ilişki olmasa da dürüstlük kuralı gereği iş gören, iş sahibine karşı iş görme sırasında her türlü ihmalden uzak (TBK m. 527) özenli davranma (TBK m. 529) ve iş sahibinin menfaat ve iradesine uygun olarak iş görmeden sorumludur (TBK m. 526). Ayrıca TBK m. 530’da iş sahibine kendi menfaatine yapılmamış olsa bile iş görmeden doğan bütün faydaları iş görenden talep hakkı tanınmıştır.

VII. İŞ SAHİBİNİN YAPILAN İŞİ UYGUN BULMASI

Vekaletsiz iş görme kurumunun iş sahibinin uygun bulma beyanıyla vekalet sözleşmesine dönüşmesi kanunen mümkün kılınmıştır¹⁰⁷. TBK m. 531’de iş sahibinin iş görenin yaptığı işi uygun bulması halinde sadece vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını düzenlenmiştir. Kanun lafzı burada icazet kelimesinden ziyade “*uygun bulma*” kavramına yer vermiştir. İcazet geçersizliği askıda olan bir işlemi geçerli hale getirirken, uygun bulma uygulanacak hükümler noktasında bir değişiklik meydana getirmektedir¹⁰⁸. Uygun bulma, şekle tabi

¹⁰⁵ Brox und Walker (n 3) § 36, Rn. 53a; Özkaya (n 69) 1110.

¹⁰⁶ Emmerich (n 4) §13 Rn.7a.

¹⁰⁷ Karahasan (n 9) 1362.

¹⁰⁸ Hatemi ve diğerleri (n 26) 492 vd.; Tokbaş ve Yüksel (n 45) 74.

olmayan, karşı tarafa ulaşması gerekli, yenilik doğurucu ve dönülmesi mümkün olmayan tek taraflı irade beyanı olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁹. İş sahibinin uygun bulma beyanını yazılı, sözlü, açık ya da iş görmeyi yasaklamaması gibi zımni olarak açıklaması mümkündür¹¹⁰. Uygun bulma beyanı yenilik doğurucu bir hak olduğundan geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur ki, iş görenin iş görmeye başladığı tarihten itibaren etki etmeye başlar¹¹¹. İş sahibinin uygun bulma beyanı açıkladıktan sonra bu beyandan geri dönmesi ancak iradenin sakat olması halinde mümkün olabilir¹¹². Onun dışında uygun bulma beyanı açıklandığı anda hüküm ve sonuç doğurmaktadır. İş sahibi uygun bulma beyanını iş devam ederken veya bittikten sonra açıklayabilir¹¹³.

Uygun bulma beyanı gerçek ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme bakımında farklı sonuçlar doğurmaktadır. Şöyle ki, iş gören iş sahibinin menfaat ve farazi iradesine uygun iş görme ile yükümlü olduğundan burada iş sahibinin uygun bulma iradesinin mevcut olduğu düşünülmektedir¹¹⁴. İş görenin yaptığı zorunlu ve faydalı masraflar talebine artık vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. İş görenin sorumluluğu hafifleyecek ve ispat yükünden kurtulacaktır¹¹⁵. TBK m. 527'ye göre iş gören her türlü ihmalden sorumlu olurken vekalet sözleşmesi hükümleri gereğince vekil için talimata uygun ve şahsen ifa, sadakat ve özen yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden sorumlu olacaktır (TBK m.505 ve m. 506). Ayrıca iş gören TBK m. 529'a göre zararın tazminini hâkim takdir edeceği oranda alabilecekken uygun bulma beyanından sonra artık TBK m. 510 gereğince hâkim takdirine bağlı olmaksızın zararın tazmini isteyebilecektir.

¹⁰⁹ Eren (n 4) 749.

¹¹⁰ Tokbaş ve Yüksel (n 45) s. 75 vd; Gümüş (n 4) 461

¹¹¹ Tandoğan (n 30) 677; Yavuz (n 26) 802.

¹¹² Tokbaş ve Yüksel (n 45) 77; Özdemir (n 8) 134.

¹¹³ Özdemir (n 8) 134.

¹¹⁴ Özkaya (n 69) 1125 vd; Özdemir (n 8) 135.

¹¹⁵ Özdemir (n 8)135.

Fakat doktrinde gerçek olmayan vekaletsiz iş görme halinde iş sahibine işi uygun bulma hakkının tanınmasının doğru olmadığı yönünde düşünceler mevcuttur¹¹⁶. Zira gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş gören kendi menfaatine iş görmektedir ve bu durum da vekalet sözleşmesinin tabiatına uygun değildir. Buna karşın Kanun maddesinde gerçek veya gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasında bir ayrıma gidilmediğinden ve iş sahibinin işi her an uygun bulma özgürlüğüne sahip olduğundan TBK m. 531'in her iki vekaletsiz iş görme türü için de uygulanması hakkaniyete uygun olacaktır¹¹⁷.

VIII. ZAMANAŞIMI

Vekaletsiz iş görme kurumu kapsamında alacak ve tazminat taleplerine ilişkin TBK'da bir düzenlemenin bulunmayışı doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Yargıtay kararlarında ve doktrinde iş sahibinin alacak ve tazminat taleplerine ilişkin olarak TBK m. 146'da zikredilen on yıllık ve TBK m. 147'deki şartlardan birinin mevcut olması durumunda beş yıllık zamanaşımı sürelerinin geçerli olacağı yer almaktadır¹¹⁸. Fakat iş sahibine tanınan beş ve on yıllık sürelerin gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hakkında uygulanmayacağı savunulmuştur. Bu görüşe göre gerçek olmayan vekaletsiz iş görme bir haksız fiildir ve bundan dolayı TBK m. 72'de yer alan haksız fiilin tabi olduğu iki ve on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır¹¹⁹.

İş görenin alacak taleplerine ilişkin olarak ise TBK m. 82'nin uygulanacağı doktrinde kabul görmüştür. Zira iş sahibi, iş görene alacaklarını ödememesi durumunda sebepsiz zenginleşecektir ve söz konusu zenginleşme için TBK m.

¹¹⁶ Eren (n 4) 749.

¹¹⁷ Bilge, Borçlar Özel (n 4) 287; Özdemir (n 8) 135 vd.; Özkaya (n 71) 1126 vd.; Yavuz, Özel Hükümler (n 26) 1370 vd.

¹¹⁸ Bilge, Borçlar Özel (n 4) 287; Hatemi ve diğerleri (n 26) 496.

¹¹⁹ Eren (n 4) 754; Hatemi ve diğerleri (n 26) 496; Tandoğan (n 30) 683; Yavuz, Özel Hükümler (n 26) 1369 vd.

82’de düzenlenen iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri uygulanacaktır¹²⁰.

SONUÇ

Bir kişinin sözleşme veya kanundan doğan bir yetkisi olmamasına rağmen başkasının hukuki alanına müdahale etmesi durumunda vekaletsiz iş görme kurumu gündeme gelmektedir. Türk hukukunda vekaletsiz iş görmenin hukuki niteliği hakkında doktrinde yapılan tartışmada hukuka aykırı fiil olduğu ileri sürülürken sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil kurumuna dahil edilmesi gerektiği tezleri savunulmuş ve hukuki işlem benzeri bir fiil olduğu genel kabul görmüştür. Vekaletsiz iş görmenin gerçek ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olarak iki türü mevcutken TBK’da sadece gerçek vekaletsiz iş görme kurumu düzenlenmiştir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kurumu kanuni düzenleme üzerinden değil doktrindeki açıklamalar üzerinden incelenmekte ve uygulanmaktadır. Vekaletsiz iş görmenin ilk şartı iş görmedir. İş görmenin konusunu sadece hukuka uygun fiiller değil özellikle gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede karşılaşılan hukuka uygun olmayan fiiller de oluşturabilir. İş görme neticesinde hem iş gören hem de iş sahibi arasında oluşan hukuki ilişki Kanuna dayalı bir ilişkidir. İş görenin başkasının hukuk alanına müdahalede bulunmasından ve adeta iş sahibinin yerine geçmesinden dolayı, görülen işin başkasına ait olup olmadığı objektif ve subjektif kriterler dikkate alınarak tespit edilmelidir. İş görenin iş görme sırasında iş görme iradesine sahip olması veya her eyleminde iş sahibinden masrafları isteme iradesi taşıması gerektiği savunulmuş olsa da vekaletsiz iş görme kurumunun temel mantığı, çeşitleri ve tarihi çıkış noktası göz önünde tutulduğunda iş gören, iş görme sırasında sadece eylemin sonucuna yönelmiş genel bir iradeye sahip olmalıdır. Ayrıca iş gören, iş sahibinin menfaati ile iradesinin birbiri ile örtüşmediği durumlarda iş sahibinin hukuka uygun iradesini, menfaatine kıyasla öncelikli olarak dikkate alması

¹²⁰ Arkan Akbıyık (n 16) 60.

gerekir. İş gören iş görmeden doğan faydaları TBK m.530 gereğince iş sahibine teslim ve devretmelidir. İş sahibi de iş gören tarafından yapılmış zorunlu ve faydalı ve durumun gerektirdiği takdirde diğer masrafları ve de faizleri ile beraber ödemek, iş göreni iş görme sonucu giriştiği borçtan kurtarmak ve iş görenin başka zararları varsa hâkimin takdir ettiği ölçüde zararı gidermekle yükümlüdür. Böylece tarafların hak ve yükümlülükleri arasında denge sağlanmaya çalışılmaktadır. Söz konusu denge Türk hukukunda daha çok doktrinde yapılan tartışmalar çerçevesinde ele alınmaktadır. Uygulamada oldukça geniş bir alanı kapsayan vekaletsiz iş görme kurumunun Borçlar Kanundaki sistematik yerini tartışmaktan ziyade, örneğin gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kurumunun kanunlaşarak Türk Borçlar Kanundaki yerini alması elzemdir. Bu sayede hem iş görenin hem de iş sahibinin hakları ve yükümlülükleri kanunda belirlenmiş ve hukuk güvenliği sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

Althammer C, Schuldrecht III, Besonderer Teil 2: Gesetzliche Schuldverhaeltnisse (W.Kohlhammer 2015).

Antalya OG, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, (Beta Basım 2012).

Akıncı Ş, Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Sayram Yayınları 2004).

Arkan Akbıyık A, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme (Alfa Basım Yayım Dağıtım 1999).

Bilge N, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri (Yeni Desen Matbaası 1962) (Borçlar Özel).

Bilge N, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 1971).

- Birsen K, Borçlar Hukuku Dersleri (4.Bası, Fakülteler Matbaası 1967).
- Brox H und Walker W-D, Besonderes Schuldrecht (47. Auflage, C.H. Beck 2023).
- Emmerich V, BGB-Schuldrecht Besonderer Teil (16.Auflage, C.F.Müller 2021).
- Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Yetkin Yayınları 2014).
- Feyzioğlu FN, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, C. I (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1980).
- Gehrlein M, ‘§ 677 BGB’ iç Hrsg. von Bamberger HG, Roth H, Hau W, Poseck R (edr) Beck’sche Online Kommentar BGB 63. Edition Stand: 01.08. 2022 (Son Erişim Tarihi 16.10.2022).
- Gümüş, MA, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 2 (Vedat Kitapçılık 2012).
- Hatemi H ve diğerleri, Borçlar Hukuku Özel Bölüm (Filiz Kitapevi 1992).
- Helvacı S/Aydın GS, ‘Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörmeye Kusurun Bir Şart Olarak Aranıp Aranamayacağı Sorunu’ (2017) 23 (1) MÜHF-HAD 265, 301.
- Karahasan Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. IV (Beta Yayıncılık 1992).
- Katzenstein M, ‘Kostenersatz bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung- ein Plädoyer für die Abkehr von einer verfestigten Rechtspraxis’, (2004) 8 ZGS 300, 308.
- Kılıçoğlu AM, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Turhan Kitapevi 2013).
- Kılıçoğlu Yılmaz K, Haksız Kazancın İadesi (Turhan Kitapevi 2014).
- Kocayusufpaşalıoğlu N, Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, C. I (6. Bası, Filiz Kitapevi 2014).

Koschaker P, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları Ayiter K, (çev.) (Ankara Üniversitesi 1977).

Kutlu Sungurbey A, Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrehendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar (Yasa Yayınları 1988).

Leistner M, 'Die "richtige" Auslegung des § 651 BGB im Grenzbereich von Kaufrecht und Werkvertragsrecht' (2007) 2 JA 81, 90.

Oğuzman MK ve Öz MT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2 (9. Bası, Vedat Kitapçılık 2012).

Oechsler J, 'Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs', (2004) 26 NJW 1825, 1830.

Özdemir HG, Roma ve Türk Hukukunda Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), (Seçkin Yayıncılık 2001).

Özkaya E, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2013).

Reisoğlu S, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Beta Yayınevi 1986).

Sprau, H, Grüneberg C, Editör. (vormals Palandt) Beckische Kurz Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch (81. Auflage, C H. Beck, 2022).

Tandoğan H, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1963) (Mukayeseli Hukuk).

Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2 (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2010).

Tokbaş H ve Yüksel SR, Vekaletsiz İş Görmenin Kısa Şerhi (Aristo Yayıncılık 2018).

Tunçomağ K, Borçlar Hukuku C. II Özel Borç İlişkileri (5. Baskı, Fakülteler Matbaası 1986).

Uygun T, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 8. Cilt (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2010).

Uzun Şenol P, ‘Vekaletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu’, 2014 Bahar (3) FSM İlimi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, 293, 309.

Yavuz C, Türk Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler (8. Bası, Beta Yayınları 2009).

Yavuz C, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10. Bası, Beta Yayınları 2014) (Özel Hükümler).

Zevkliler A, Özel Borç İlişkileri (8. Bası, Seçkin Yayıncılık 2004).

Zevkliler A ve Gökyayla KE, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (11. Bası, Turhan Kitapevi 2010).

İNTERNET KAYNAKLARI

<<https://beck-online.beck.de/Home>>

<<https://legalbank.net/>>



SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDE CULPA IN CONTRAHENDO AÇISINDAN GÜVEN SORUMLULUĞU

Atanur KARA AHMETOĞLU

Araştırma Makalesi

Araştırma Görevlisi, Kırklareli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, atanurkartal@hotmail.com, ORCID:0000-0001-8306-3178.

ÖZET

Sözleşme akdeden tarafların sözleşmeden doğan karşılıklı yükümlülükleri bulunmaktadır. Sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmeyen tarafın, karşı tarafın zararlarını tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Ancak, sözleşme kurulmadan önceki safhada da taraflar arasında hukuki bir ilişki kurulmaktadır. Kurulan bu ilişki niteliği itibarıyla temelini dürüstlük ilkesinden alan özel bir ilişkidir. Buna göre, sözleşme görüşmeleri sürecinde de tarafların birbirine karşı dürüst olması gerekmektedir. Zira sözleşme görüşmeleri sürecinde de tarafların birbirlerinin hukuki alanına müdahil olmamaları gerekmektedir. Bu nedenle tarafların birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar verebilmektedir. Ortada henüz bir sözleşme olmamasına karşın taraflardan biri diğer tarafın kusurlu davranışları nedeniyle zarar görebilmektedir. Böyle bir durumda, sözleşme görüşmeleri sürecinde zarar gören tarafın, bu zararını tazmin edilip edilmeyeceği sorusu akla gelmektedir. Bu soruya verilebilecek en uygun cevap, culpa in contrahendo sorumluluğudur. Culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında sözleşme görüşmeleri sürecinde kusuruyla diğer tarafı zarara uğratan tarafın bu zararları tazmin etmesi gerekmektedir. Zira sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflar arasında bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Bu güven ilişkisinin temelinde ise dürüstlük kuralı yatmaktadır. Dürüstlük kuralı gereği makul ve orta zekalı kişilerin diğer tarafı zarara uğratacak davranışlardan kaçınması beklenmektedir. Onun içindir ki, karşı tarafta haklı bir güven oluşturan ve bu güveni boşa çıkartan tarafın bundan dolayı sorumlu olması gerekmektedir. Bu çalışmada culpa in contrahendo sorumluluğu açısından güven sorumluluğunun ne anlama geldiği ve tarafların bu doğrultuda ne gibi yükümlülükleri olduğu sorusuna bir cevap aranmıştır.

ANAHTAR KELİMELE: Culpa in Contrahendo, Sözleşme, Dürüstlük, Güven, Kusur

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



Bu çalışma Creative Commons Atf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

TRUST RESPONSIBILITY IN TERMS OF CULPA IN CONTRAHENDO IN CONTRACT NEGOTIATIONS

Atanur KARA AHMETOĞLU

Research Article

Research Assistant, Kırklareli University, Faculty of Economics and Administrative Sciences,
Department of Labour and Social Security Law, atanurkartal@hotmail.com, ORCID:0000-0001-8306-3178.

ABSTRACT

The contracting parties have mutual obligations arising from the contract. The obligation of the party not fulfilling its contractual obligations arises from the compensation of the losses of the other party. However, before the conclusion of the contract, a legal relationship is established between the parties. This relationship established is a special relationship based on the principle of honesty in terms of its nature. Accordingly, the parties must be honest with each other during the contract negotiations. Because, during the contract negotiations, the parties intervene in each other's legal field. For this reason, the parties may damage each other's personal and assets values. Although there is no contract yet, one of the parties may be harmed by the other party's faulty actions. In this case, the question arises whether the injured party will be compensated for this damage during the contract negotiations. The most appropriate answer to this question is the responsibility of culpa in contrahendo. In the context of culpa in contrahendo responsibility, the party that has caused the other party the damage during the negotiation process must compensate the damages. In fact, a trust relationship is established between the parties during the contract negotiations. The basis of this trust relationship is the rules of honesty. As a matter of honesty, reasonable and middle-minded people should avoid behaviors that may harm the otherside. For this, the party that creates a justified trust on the other side and breaks this trust must be responsible for this. In this study, an answer was sought to the question of what the parties' responsibility to trust in terms of culpa in contrahendo responsibility and what obligations the parties have in this direction.

KEYWORDS: Culpa in Contrahendo, Contract, Honesty, Trust, Flaw

GİRİŞ

Sözleşmenin kurulması bir süreçtir. Sözleşme akdetmek isteyen taraflar kısa ya da uzun müddet devam eden bir süreçte sözleşme akdetmek için görüşmeler yapmaktadır. Bu görüşmeler sonucunda taraflar sözleşme akdedebileceği gibi sözleşme akdetmeyebilirler. Bir başka ifadeyle tarafların mutlaka sözleşme akdetme mecburiyeti bulunmamaktadır. Bunun temelinde ise, sözleşme serbestisi ilkesi yatmaktadır. Sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında taraflar istediği kişiyle sözleşme akdedip akdetmeme, sözleşmenin konusunu kanuna, ahlaka, kamu düzenine aykırı olmamak koşuluyla istedikleri şekilde belirleme özgürlüğüne sahip oldukları gibi tarafların istedikleri kişiyle sözleşme görüşmelerinde bulunup bulunmama ya da sözleşme görüşmeleri sonucunda sözleşme akdetmeme serbestisi de bulunmaktadır. Ancak, kimi zaman sözleşme görüşmelerinde bulunan tarafların, sözleşme görüşmeleri sürecinde birbirlerine zarar vermesi mümkün bulunmaktadır. Zira sözleşme görüşmelerinde bulunan taraflar arasında hukuki bir ilişki kurulmaktadır. Bu nedenle sözleşme görüşmelerinde bulunan taraflar culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında kusuruyla diğer tarafa zarar verdiği takdirde bu zararı tazmin etmesi gerekmektedir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğması için tarafların

sözleşme akdetmesi şart değildir. Ancak, sözleşme kurulmamış olsa dahi culpa in contrahendo sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilmektedir. Bunun nedeni, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri sürecinde de hukuki bir ilişkinin kurulmasıdır. Kurulan bu hukuki ilişkinin temelinde ise güven ilişkisi bulunmaktadır.

Sözleşme görüşmelerinde bulunan taraflar arasında yakın bir ilişki kurulmaktadır. Sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamakla birlikte, özel bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Zira sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflar birbirine güven duymaktadır. Taraflar bu güvene dayanarak, kimi zaman birtakım masraflar yapmaktadır. Bunun yanında, taraflardan biri sözleşme görüşmeleri sürecinde güven vererek diğer tarafı zarara sokabilmektedir. Bu durumda güvenen taraf güveninden dolayı zarar görmüş olmaktadır.

Bu doğrultuda, sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflar arasında güven sorumluluğu olarak adlandırılan özel bir sorumluluk şekli ortaya çıkmaktadır. Taraflar arasında kurulan bu güven ilişkisinin temelinde ise, dürüstlük kuralı yatmaktadır. Dürüstlük kuralı gereği, makul ve orta zekalı kişilerin diğer kişileri zarara uğratacak davranışlardan kaçınması beklenmektedir. Bir başka ifadeyle dürüstlük kuralı gereği sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların birbirine dürüst davranması gerekmektedir. O nedenle taraflar sözleşme görüşmeleri sürecinde oluşan güveni boşa çıkartacak davranışlardan kaçınmalıdır. Bunun içindir ki, sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların genel davranış yükümlülüklerini yerine getirmesi esastır.

Bu doğrultuda, sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların diğer tarafı zarara uğratmamak adına dikkatli ve özenli davranması bir gereklilik halini almıştır. Ayrıca tarafların, sözleşme görüşmeleri sürecinde diğer tarafı aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü vardır. O nedenle tarafların diğer tarafı zarara

uğratacak hususlar hakkında diğer tarafı bilgilendirmesi çok önemlidir. Aksi takdirde taraflar arasındaki güven ilişkisi temelinden sarsılacak, taraflar birbirine karşı dürüst davranmamış olacaktır. Öyleyse sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflardan birinin karşı tarafa verdiği güvene istinaden zarar gören taraf, bu zararının tazminini isteyebilmektedir. Dolayısıyla güven sorumluluğu özel bir sorumluluk şeklidir ve sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların meşru menfaatlerinin korunması gerekmektedir.

I. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

Culpa in contrahendo bağlamında sorumluluk anlayışının kabul görmesinde Alman hukukçu Rudolf von Jhering¹ tarafından 1861 yılında kaleme alınan² "*Culpa in contrahendo öder Schadensersatz bei nichtigen öder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*" isimli makalesi önemli bir rol oynamıştır³. Culpa in contrahendo teorisinin kurucusu olan Jhering, sözleşme kurulma sürecinde kusuruyla bir zararın meydana gelmesine neden olan tarafın bu zararı tazmin etme yükümlülüğü olacağını ileri sürmüştür⁴. Jhering, ortada henüz bir sözleşme bulunmaması halinde sözleşme kurulma safhasındaki kusuru da akit ilişkisi ile bağlantılı görmüş ve bu nedenle oluşan zararların akdi tazminat

¹William Seagle, 'Rudolf von Jhering: or Law as a Means to an End', (1945) 13 (1) University of Chicago Law Review 71, 72; Jhering Roma Hukukuna dayanarak, Alman Özel Hukukunda birçok konuyu sistematik şekilde inceleyerek bir metot oluşturma gayesi ile hareket etmiştir.

²Selda Güneş Peschke, 'Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi', (2004) VIII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75, 86: Almanya'da yüzyıllardır uygulanmakta olan Roma hukukunu (Pandekt hukuku) sistematik şekilde ele alan ve XIX. yüzyılın Pandekt'çileri olarak da bilinen hukukçulardan olan, Jhering, özel hukuk kapsamına giren konuları derinlemesine ve tüm yönleriyle incelemiştir. Jhering ve o dönemde yaşayan hukukçuların Roma hukukunu esas alarak oluşturdukları özel hukuk mantalitesi, XIX. yüzyıl sonlarında ve XX. yüzyıl başında Almanya'da başlayan kanunlaşma hareketinde oldukça önemli katkı sağlamıştır.

³Ümit Gezder, Türk İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu (Beta Yayıncılık 2009) 1.

⁴Jorg Benedict, Culpa in Contrahendo Transformationen des Zivilrechts, (Band 1 2018) Historisch-kritischer Tell Entdeckungen – oderzur Geschichte der Vertrauenshaftung Mohr Siebeck 17-18.

kapsamında talep edilebileceği fikrini ortaya koymuştur⁵.

Bu doğrultuda Jhering iki teori ortaya koymuştur. Bunlardan ilki, culpa in contrahendodan doğan sorumluluk ("cic sorumluluğu") teorisi, diğeri ise menfi sözleşme zararı teorisidir. Jhering "culpa in contrahendo sorumluluğu" bağlamında sözleşme görüşmeleri sırasında bir tarafın kusuruyla kusuru olmayan tarafa zarar vermesi halinde, kusurlu olan tarafın sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusuna bir yanıt aramıştır. Bu sorunun cevabını Roma Hukukunda⁶ aramıştır. Zira Alman Medeni Kanunu -Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)⁷ 01.01.1900 tarihinde yürürlüğe girmeden önce Alman Hukuku Roma Hukuku sistemini⁸ benimsemekteydi. Bu nedenle Jhering Roma Hukukunda bu soru yanıtı bırakılmışsa Roma Hukukunun itham edilmesi gerektiğini ve sözleşme görüşmeleri sırasında da kusuruyla kusuru olmayan tarafa zarar veren tarafın sorumlu olması gerektiğini kabul etmiştir⁹. Keza her zaman kişinin niyetinin ortaya koyulan irade ile örtüşmesi söz konusu değildi. O nedenle irade

⁵Huriye Reyhan Demircioğlu, 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğu' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2007) 36.

⁶Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku (Der Yayınları 2000) 43-44: Roma döneminde culpa ifanın imkansız hale gelmesine ya da ifanın kötü olmasına neden olan kınanması gereken davranışlar olarak kabul edilmektedir. Ayrıca culpa, dikkatsiz ve özensiz davranmak anlamına da gelmektedir.

⁷ Mehmet Üçer, Roma Hukuku (On İki Levha Yayıncılık 2018) 91: Avrupa Kıtasında Roma Hukuku sistemine en son Almanya adapte olmuştur. Bununla birlikte, Roma Hukuku sistemini en son Almanya terk etmiştir. Zira 01.01.1990 yılında BGB'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte Almanya, Roma Hukuku sistemini büyük ölçüde terk etmiştir.

⁸ Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları (Sevinç Matbaası 1977) 40: BGB, genel olarak Pandekt hukukunun etkisi altında hazırlanmıştır. BGB'nin bazı hükümleri Alman hukukundan aktarılmış olmasına karşın, Kanunun genel hükümler kısmı ve borçlar hukuku bölümü tamamıyla Roma Hukuku temel alınarak hazırlanmıştır. Lakin, Pandekt hukukunun Almanlar tarafından geliştirilen bir disiplin olduğu düşünülürse, söz konusu kanunun Roma Hukuku temelli bir Alman eseri olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

⁹Benedict (n 4) 18-19; Karl Kreuzer, Culpa in Contrahendo und Verkehrspflichten (im Juli 2015) 12-16.

teorisi¹⁰ bazen yetersiz kalabilmekteydi. Bunun yanında, masum tarafın güveninden dolayı bir zarara uğraması halinde masum tarafın hukuki korumadan yararlanması gerekmektedir.

Jhering 19. yüzyıl Alman haksız fiil hukukunun zarar görene alternatif bir hukuki koruma sağlamaktan yoksun olduğunu düşünmekteydi¹¹. Bu nedenle culpa in contrahendo sorumluluğunun akdi sorumluluk olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹².

Ayrıca, Jhering Gemeines Recht'in¹³ ticari yaşamın ihtiyaçlarını yeteri kadar karşılamadığını düşünmekteydi. Bu doğrultuda, Jhering sözleşmesel özen prensibinin gerek kurulmuş olan gerekse kurulacak olan sözleşme ilişkileri için uygulanması gerektiğini ve her iki halde de bu kural çiğnendiği takdirde sözleşmesel dava kapsamında tazminat talebinin söz konusu olacağını savunmaktadır. Jhering'in bu düşüncesinin temelinde ise, Roma Hukukuna¹⁴ kaynaklık eden tabii hukuk¹⁵ anlayışı ve Prusya Eyalet Hukuku kuralları

¹⁰Üçer (n 7) 94: Alman Hukuku'nun önemli hukukçularından olan Savigny, von Gierke ve Windscheid, "iradeteorisi" olarak adlandırılan teoriyi savunmaktadır. Buna göre, bir kimsenin kendi iradesine göre başkalarının hareket etmesini isteyebilmek üzere hak sahibi olduğu kabul edilmektedir.

¹¹Gezder (n 3) 2-5; Benedict (n 4) 19-20.

¹²Volker Rieble, Die Kodifikation der culpa in contrahendo (in der Praxis 2003) 137; Turhan Esener, Borçlar Hukuku I (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1969) 64-65.

¹³Üçer (n 7) 93: "Recht" kavramı çift yönlü bir kavramdır. Bu bağlamda recht kavramı hem hak hem de hukuk anlamına gelmektedir. Ayrıca Almanca'da, borçlar hukuku için "Schuldrecht" kavramı kullanılmaktadır.

¹⁴Coşkun Üçer, 'Alman Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış', (1950) 7(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 314: Almanya'da Roma hukuku olarak Corpus Juris hukuku kabul edilmişti. Ancak, Almanya bu hukuku doğrudan almamış ve İtalyan hukukçularının düzenlediği halini almıştır. Ayrıca, Roma hukukunun Almanya'ya girmesi ile birlikte, Kilisenin Corpus Juris Canonici'sive Libri Feudorum da Almanya'ya girmiştir.

¹⁵Koschaker ve Ayiter (n 8) 38-39: Almanya'da, Reception'a karşısında tabii hukuk anlayışı savunulmaya başlamıştır. Tabii hukuk anlayışı temelini insan aklından almaktaydı ve müspet hukuk anlayışından daha iyi bir yerde görülmekteydi. Bu nedenle birtakım eksiklikleri bulunan müspet hukukun yerine uygulanmak istenmekteydi. Bu

yatmaktadır¹⁶. Buna göre, taraflardan biri sözleşme görüşmeleri sırasında kusuruyla diğer tarafa zarar verdiğinde, zarar veren tarafın culpa in contrahendo sorumluluğu gündeme gelmektedir¹⁷.

Jhering, bu şekilde adaletin sağlanacağını, sözleşme kurulmadan önce kusurlu davranışlarla diğer tarafa zarar verenin sorumlu tutulmasının adalete hizmet edeceğini savunmuştur¹⁸. Zira tarafların ifa menfaatinin gerçekleşmesi borç ilişkisinin temelini oluşturmaktadır ve tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranışlarla diğer tarafa zarar vermekten kaçınması gerekir. Bu durumda borç ilişkisi klasik icap-kabul sistematüğinden koparsak temeli dürüstlük kuralına dayanan bir ilişki kurulmaktadır¹⁹.

Bu zeminde, sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların kusuruyla birbirini zarara uğratması halinde de bir sorumluluk hali söz konusu olmaktadır²⁰. O nedenle sözleşme kurulmadan önce de tarafların karşılıklı yükümlülükleri bulunmaktadır²¹. Buna göre, taraflar kusurlu hareket ederek söz konusu yükümlülüklerine aykırı hareket ederse culpa in contrahendo sorumluluğundan

düşüncenin temelinde ise Yunan felsefesi ve insan tabiatı bulunmaktaydı. Ayrıca, modern hukuk anlayışının da tabii hukuka dayanacağı düşünülmekteydi. Bu düşünce zaman içinde özel hukuk anlayışına da sıçramıştır. Bunun yanında, özel hukukun somut kuralları açısından da Roma Hukuku kurallarına gidilmekteydi.

¹⁶Gezder (n 3) 6; Benedict (n 4) 18-19.

¹⁷Sabahattin Yürekli, 'İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)', (2014) LXXII (2) İÜHFM 541, 544; Aylin Görener, 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğu', (2019) 2 (36) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 67, 69.

¹⁸Benedict (n 4) 46-47; Kreuzer (n 9) 14-15.

¹⁹İbrahim Aydın, Sosyal Temas ve İş İlişkilerinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri (Seçkin Yayıncılık 2004) 63-64.

²⁰Eugen Bucher, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, <<https://www.eugenbucher.ch/pdf/files/89.pdf>> (7 May 2020) Son Erişim Tarihi: 03.02.2022.

²¹Wilhelm Canaris, Ansprüchewegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" beinchtigen Verträgen, Zugleichen Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, (JZ 1965) 476.

bahsetmek mümkün olacaktır²².

Culpa in contrahendo teorisinin kurucusu olan Jhering, sözleşme görüşmelerinde kusurlu hareket eden ve zarara sebep olan tarafın sorumluluktan kurtulamayacağını kabul etmektedir²³. Ayrıca Jhering, cic sorumluluğu bağlamında, menfi ve müspet zarar ayırımına gitmiş ve zarar görenin menfi zararlarının tazmin edilmesi gerektiğini savunmuştur. Zira bu düşünce tarzı Roma Hukukunun mantalitesi ile örtüşmektedir²⁴. Ancak şu husus belirtilmelidir ki, kusurun varlığı sorumluluk için yeterli olmamaktadır. Sorumluluğun oluşabilmesi için kusur nedeniyle bir zararın doğması gerekmektedir²⁵. Jhering bu şekilde culpa in contrahendo sorumluluğunun sınırlarını çizmiştir²⁶. Ancak, culpa in contrahendo sorumluluğunun karmaşık yapısı Almanya haricinde diğer ülkelerde tam anlamıyla idrak edilememiş ve her duruma göre farklı bir yaklaşım tarzı benimsenmiştir²⁷.

II. TÜRK İSVİÇRE HUKUKUNDA CULPA IN CONTRAHENDO

Tür/İsviçre Hukuku açısından borcun kaynakları temelde üç türe ayrılmaktadır. Bunlar; sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir²⁸. Buna göre, sözleşme öncesi görüşmelerde tarafların birbirlerine kusuruyla²⁹ zarar vermesi halinde

²²Yürekli (n 17) 543-544; Lale Ayhan İzmirli, 'Lex Mercatoria'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu', (2017) 37 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 170, 182.

²³Demircioğlu (n 5) 36; Aydınli (n 19) 64-65.

²⁴Gezder (n 3) 8; Benedict (n 4) 46-48.

²⁵Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (27. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 41; Kreuzer (n 9) 15-17.

²⁶Benedict (n 4) 68; Görener (n 17) 69.

²⁷Gezder (n 3) 2; Görener (n 17) 69-70.

²⁸Esener (n 12) 5; Fatih Bilgili ve Eren Demirkapı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (17. Bası, Dora Yayıncılık 2022) 19-20.

²⁹Sefa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku (25. Bası, Beta Yayıncılık 2014) 171: Kusur, hukukun kınadığı, hukuk düzenine aykırı biçimde ortaya koyulan irade veya irade noksanı olan durumdur. Bu bağlamda, hukuka aykırı, hukuk düzenini ile örtüşmeyen bir neticenin doğması için irade ortaya koyan ya da hukuka aykırı sonucun oluşmaması için

hangi hükümlerin uygulanması gerektiği meselesi gündeme gelmektedir. Keza sorumluluk hukuku açısından bir zarar ortaya çıktığında bu zararın tazmin edilmesi gerekmektedir³⁰. Ancak, borcun kaynakları açısından yapılan bu üçlü ayırım sözleşme öncesi sorumluluk bağlamında bazı yönlerden yetersiz kalmaktadır. Zira sözleşme kurulmadan önce sözleşme görüşmelerinde tarafların kusuruyla birbirine zarar vermesi durumunda ortada henüz bir sözleşme bulunmadığı için sözleşme hükümlerine dayanmak isabetli olmayabilir³¹. Bunun yanında sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların birbirine verdiği zararın tazmin edilmesi açısından haksız fiil hükümlerini uygulamak da kurulmak istenen akdi ilişki açısından zarar görene yeterli bir koruma sağlamayabilir³². Bu bağlamda sözleşme öncesinde kusuruyla zarara yol açan tarafın hangi kapsamda sorumlu olacağını belirlemek isabetli olacaktır.

Sözleşme görüşmelerinde kusuruyla bir zarara sebep olan tarafın sözleşmeye aykırılık hükümleri kapsamında sorumlu tutulması halinde zarar gören, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun(TBK) 146. maddesine³³ göre 10 yıllık bir zamanaşımı süresi içinde tazminat talep edebilecektir. Sözleşme görüşmelerinde kusuruyla bir zarara sebep olan tarafın haksız fiil hükümleri kapsamında sorumlu tutulması halinde zarar gören TBK'nın 72. maddesine³⁴ göre 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri içinde tazminat talep edebilecektir. Ancak haksız fiil

gerekli iradeyi göstermeyen kişi kusurlu olmaktadır.

³⁰Cevdet İlhan Günay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (2. Bası, Yetkin Yayınları 2015) 440-443.

³¹Aydınlı (n 19) 63-64; Benedict (n 4) 68-69.

³²Eren (n 25) 1138-1139; Aydınlı (n 19) 64.

³³"Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir."

³⁴"Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir."

hükümleri kapsamında zarar görenin zararı, faili veya sorumluları öğrendikten itibaren 2 yıl içinde tazminat davasını açması gerekmektedir. Zarar görenin bu süre zarfında tazminat davası açmaması halinde tazminat alacağı zamanaşımına uğrayacaktır. Zira TBK'nin 72. maddesine göre zarar görenin zararı ve faili öğrendiği an 2 yıllık zamanaşımı süresi başlamaktadır. 10 yıllık süre ise zararın, failin ve olayın öğrenilmesi açısından bir üst sınır olarak düzenlenmiştir.

Sözleşme görüşmelerinde kusuruyla diğer tarafa zarar veren tarafın sözleşmeye aykırılık hükümleri kapsamında sorumlu tutulması halinde, zarar veren tarafın TBK m. 112 hükmü³⁵ kapsamında borca aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu nedenle zarar gören tarafın, sözleşmeye aykırı davranan tarafın kusurunu ispat etme zorunluluğu olmayacaktır. Ancak, sözleşmeye aykırı davranan taraf kusurunun bulunmadığını ispatlarsa bu durumda sorumluluktan kurtulacaktır³⁶. O halde sözleşmesel sorumlulukta zarara uğrayan tarafın zarara neden olan tarafın kusurunu ispatlama yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁷. Ancak, sözleşme görüşmeleri aşamasında kusurlu hareket ederek diğer tarafı zarara uğratan tarafın haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulması halinde farklı bir durum oluşmaktadır. Zira TBK'nin 50. maddesinin 1. fıkrasına göre, zarar gören zararını ve zarar verenin kusurunu ispat etmekle yükümlü tutulmuştur. Dolayısıyla sözleşme görüşmelerinde kusuruyla diğer tarafa zarar veren tarafın haksız fiil hükümleri kapsamında sorumlu tutulması halinde, zarar görenin hem zarar verenin kusurunu hem de

³⁵"*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenmeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*"

³⁶ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Vedat Kitapçılık 2021) 247-248; Aydın (n 19) 64-65.

³⁷Eren (n 25) 1138-1139; Demircioğlu (n 5) 39.

zararını ispat etmesi gerekecektir³⁸.

Sözleşme görüşmeleri safhasında ortaya çıkan zararın tazmini açısından sözleşmeye aykırılık hükümlerine gidilmesi halinde, sözleşmeyi ihlal eden tarafım yardımcı kişilerin verdiği zarara ilişkin kurtuluş kanıtı getirmesi mümkün olmayacaktır³⁹. Zira TBK'nin 116. maddesinde yardımcı kişilerin borca aykırılığı nedeniyle borçluya kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmamıştır. Buna göre, borçlu kurtuluş kanıtı getirirse dahi sorumlu olacaktır. Ancak haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi halinde, TBK m. 66'ya göre adam çalıştıran sıfatıyla zarar veren kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilmektedir. O halde kişi gerekli özeni gösterdiğini kanıtladığı takdirde sorumlu addedilemeyecektir⁴⁰.

Yapılan açıklamalardan hareketle sözleşmeye aykırılık hükümlerine gitmek zarar gören açısından daha lehe sonuçlar doğurabilir⁴¹. Zira sözleşme görüşmeleri safhasında tarafların birbirlerine verdikleri zararın tazmini bakımından haksız fiil hükümlerinin uygulanacağını kabul etmek kusurun ispatı ve zamanaşımı yönünden hakkaniyetli sonuçlar doğurmayabilir⁴². Ancak, her zaman sözleşme öncesi sorumluluğun sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirmesi mümkün olmayabilir⁴³. Orada bir sözleşme yok iken buradaki sorumluluğun sözleşmesel sorumluluk olarak kabul edilmesi, sözleşme öncesi

³⁸Nevzat Koç, 'Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi', (2013) 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 1669, 1671; Aydınli (n 19) 65.

³⁹Oğuzman ve Öz (n 33) 247-248; Demircioğlu (n 5) 39-40.

⁴⁰Başak Başoğlu, 'Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler', (2015) 6 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29, 40; Koç (n 38) 1671-1672.

⁴¹Eren (n 25) 1138-1139; Aydınli (n 19) 63.

⁴²Aydınli (n 19) 63-64; Eren (n 25) 1139-1140.

⁴³Rona Serozan, 'Yürürlükteki İfa Engelleri Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Gidilecek Artan Kavramlar: "Sözleşmenin Müspetİhlali" ve "Culpa in Contrahendo"', (1990) 15 (18) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 27, 36.

davranışlarla sözleşmesel yükümlülükler arasındaki ayrımın ortadan kalkmasına yol açabilir⁴⁴. Unutulmamalıdır ki, sözleşme öncesi dönemde tarafların henüz klasik edim yükümlülükleri bulunmamaktadır⁴⁵. Söz konusu nedenlerden dolayı sözleşme görüşmeleri sırasında zarara sebep olan tarafın bu zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağı, sorumlu tutulacaksa sorumluluk için hangi hükümlerin uygulanacağı konusu tartışmaları da beraberinde getirmiştir⁴⁶.

Genel kabule göre bir zarara sebep olan tarafın bu zarardan dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekir⁴⁷. O halde kusuruyla bir zarara sebep olan tarafın bu zararı tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁸. Buna göre, sözleşme görüşmelerinde kusuruyla diğer tarafı zarara uğratan tarafın da bu zararı tazmin etmesi beklenir⁴⁹. Burada oluşan zarar culpa in contrahendo kapsamında tazmin edilmektedir. Böylece culpa in contrahendo ile sorumluluk hukuku açısından bir boşluk olması engellenmektedir⁵⁰. O nedenle culpa in contrahendo kapsamında oluşan sorumluluğun kaynağının belirlenmesi gerekmektedir⁵¹.

⁴⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26. Bası, Turhan Kitabevi 2022) 27-28; Serozan (n 43) 36-37.

⁴⁵ Sibel Adıgüzel, 'Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk', (2012) 3 (9) TAAD 281, 284; Kılıçoğlu (n 44) 28-29.

⁴⁶ Aydınli (n 19) 64-65; Görener (n 17) 70.

⁴⁷ Reisoğlu (n 29) 191; Görener (n 17) 70-71.

⁴⁸ Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (19. Bası, Beta Yayıncılık 2022) 241-242.

⁴⁹ Hans Peter Walter, Die Vertrauenshaftung: Unkrautoder Blume im Garten des Rechts? (ZSR 2001) 79-80.

⁵⁰ Adıgüzel (n 45) 285; Aydınli (n 19) 64-65.

⁵¹ Yargıtay HGK, E 2010/13-593 K 2010/623, 01.12.2010: İBD (2011) LXXXV/3 146, "Klasik borç kaynakları olan sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden farklı olarak ve bunların cevap veremediği bazı durumları çözüme kavuşturmak amacıyla ortaya çıktığını belirttiği sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) hakkında detaylı açıklamalar yapmıştır. Son olarak, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin değil, kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü doktrin ve yabancı mahkeme kararları ile desteklenmiş..."

Gerek TBKde gerek İsviçre Borçlar Kanunu'nda cıc sorumluluğu genel bir hükümle özel olarak düzenlenmiş değildir⁵². Ancak, Türk-İsviçre Hukukunda culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme öncesi kusurlu sorumluluk olarak kabul edilmiştir ve sözleşme öncesi sorumluluk akdi sorumluluk kapsamında ele alınmıştır⁵³.

Türk-İsviçre Hukukunda sözleşme öncesi kusurlu sorumluluk genel olarak sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak, Türk Hukuku'nda bu görüşün aksini savunanlar da bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, taraflar arasında bir sözleşme kurulmadan oluşan menfaat dengesinin bozulması nedeniyle tazmin sorumluluğunun doğması halinde haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi gerekir. Ancak, haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi halinde, zarar gören tarafın dava açması halinde bu durum ispat ve zamanaşımı açısından zarar gören taraf için aleyhe bir durum olmaktadır. O nedenle tazminat davasının sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandırılması gerekmektedir⁵⁴. Buna göre, sözleşme öncesi kusurlu sorumluluk açısından sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanmak zarar gören açısından daha lehe olacaktır⁵⁵. Doktrinde bir diğer görüş ise, sözleşme öncesi sorumluluğun aslında bir haksız fiil sorumluluğu olduğu, ispat ve zamanaşımı bakımından sözleşmeye aykırılık hükümlerine gidilmesinin zorlama olacağı yönündedir⁵⁶. Kanaatimizce sözleşme öncesi kusurlu sorumluluğun sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira borç ilişkisini geniş yorumlamak mümkündür. Sözleşme kurulmadan önce bir tarafın kusuruyla diğer tarafa zarar vermesi halinde sözleşme ilişkisi sözleşme öncesi sürece etkili

⁵²Gezder (n 3) 19-20; Adıgüzel (n 45) 285-266.

⁵³Esener (n 12) 64; Demircioğlu (n 5) 36-37.

⁵⁴İbrahim Aydınlı, 'İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım', (2005) 8 (1) Kamu-İş 1, 4.

⁵⁵Eren (n 25) 1138-1139.

⁵⁶Serozan (n 43) 35-36.

olarak uzayacaktır. Bunun nedeni borçlar hukuku açısından sözleşme ilişkisi içinde bir tarafın kusuruyla diğer tarafa zarar vermektan kaçınması gerekmektedir. Burada her ne kadar sözleşme kurulmamış olsa da bir taraf diğer tarafa kusuruyla zarar vermektedir. O nedenle zarara uğrayan tarafın menfaatinin gözetilmesi düşünölmelidir. Bunun içindir ki, sözleşmesel sorumluluğa gidilmesi yerinde olacaktır. Zira sözleşmesel sorumluluk, haksız fiil sorumluluğuna göre zarar görenin daha çok menfaatine hizmet eden bir sorumluluk şeklidir.

Yargıtay ise, culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme öncesi sorumluluk olduğunu bu nedenle Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir⁵⁷.

Ayrıca Yargıtay, sözleşme öncesi safhada tarafların birbirinin kişilik haklarına ve malvarlığı haklarına zarar vermemek için gerekli önlemleri alma ve gerekli özeni gösterme yükümlölüğü altında bulduklarını ifade etmiştir⁵⁸.

Bunun yanında Yargıtay, taraflar bu yükümlölüklere kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal etmesi halinde bundan doğan zarardan sorumlu olmaları

⁵⁷Yargıtay 4. HD, E 2013/13920 K 2014/9371, 05.06.2014 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama?p=dVDdToMwGH0V0uuFwPBvu2sgGAKigUZDzEIq%2FWTNkJIW XHTZm3nni63oYOxiV%2F16fr7Tnh1KCVoilyql6BbNUOpHaPm6Q7FGUyFbn0PFN P6sUaQKIUFfMBNNy0Xt0RbQaj87yT0uoeipwcJAFXr%2BO0blMS53tb8U8std0483k IMnCEhiHjVmhpP7gOAsJ8kkai22HrzTrmofm2mcTys1edITLW>> Son Erişim Tarihi: 12.04.2022.

⁵⁸Yargıtay 3 HD, E 1997/6603 K 1997/8864, 15.09.1997: Yargıtay, sözleşme yapma iradesi bulunmadığı veya bu yönde var olan iradesi güçlü olmadığı halde karşı tarafta aksine bir kanı uyandırma sorumluluğa sebeptir. Zira bir akdin müzakere edilmesi taraflar arasında bir hukukii ilişki kurmaktadır ve sözleşmenin müzakeresine girişen tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerekmektedir <<https://legalbank.net/kavramara.aspx?s=1&a=D%3%9CR%3%9CSTL%3%9CK%20KURALI>> Son Erişim Tarihi: 17.01.2023.

gerektiğini kabul etmiştir⁵⁹.

A. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİ SÜRECİ VE CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunması gerekmektedir⁶⁰. Bu nedenle bir sözleşmenin kurulabilmesi için taraflardan birisi sözleşme kurmak yönünde iradesini ortaya koyarak teklifte (icap) bulunduğu, diğer taraf bu teklifi kabul ettiği takdirde sözleşme kurulmaktadır⁶¹. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar serbestçe sözleşme görüşmelerinde bulunabilecekleri gibi sözleşme görüşmeleri sonunda sözleşme akdetmeyebilirler⁶².

Sözleşme kurulmadan önce taraflar uzun görüşmeler yapabilmektedir⁶³. Bu görüşmeler sırasında taraflar sözleşmenin içeriğini, sözleşme şartlarının neler olduğunu, hak ve yükümlülüklerin kapsamını belirlemektedir ve ondan sonra sözleşme kurulmaktadır⁶⁴. Ancak, yapılan bu görüşmeler üzerine sözleşme kurulmakla birlikte, sözleşmenin kurulmaması da mümkündür⁶⁵. Yargıtay da sözleşmenin bir süreç olduğunu, bu nedenle sözleşmenin bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem olmadığını ifade etmiştir⁶⁶. Bunun yanında

⁵⁹Yargıtay HGK, E2012/1220 K 2013/239, 13.02.2013 <[https://www.kararara.com/forum/viewtop ic.php?t=37568](https://www.kararara.com/forum/viewtop_ic.php?t=37568)> Son Erişim Tarihi: 17.05.2022.

⁶⁰Reisoğlu (n 29) 63; Eren (n 25) 40; Adıgüzel (n 45) 284.

⁶¹Esener (n 12) 64; Eren (n 25) 91-92.

⁶²Abdukerim Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (14. Bası, Monopol Yayınevi 2023) 21-22.

⁶³Esener (n 12) 65; Görener (n 17) 70.

⁶⁴Gezder (n 3) 37; Kreuzer (n 9) 23-25.

⁶⁵Köksal Kocağa, 'Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar', (2008) (79) TBB Dergisi 73, 79.

⁶⁶Yargıtay HGK, E 2010/13-593 K 2010/623, 01.12.2010: Karara konu olan olayda "davacıya mağazada satın almak istediği eşyaların gösterilmesi" esnasında sözleşme görüşmelerinden doğan güven ve özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle bir culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olduğu sonucuna varılmıştır. Hukuk Genel

Yargıtay sözleşme akdedilmeden önceki safhada, sözleşmenin muhtevası, şartları, sözleşmenin içerdiği hak ve yükümlülükler hakkında tarafların aralarında görüşmeler yapabileceğini ortaya koymuştur⁶⁷.

Görüşmeler sonucunda sözleşmenin kurulması üzerine tarafların yapma, yapmama veya verme şeklinde edim borçları ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle tarafların akdi ilişkiden kaynaklanan sorumlulukları doğmaktadır⁶⁸.

Görüşmeler sonucunda sözleşmenin kurulmaması halinde, tarafların görüşmeler sırasında kusurlu davranışlarda bulunması halinde, culpa in contrahendo sorumluluğu ortaya çıkmaktadır⁶⁹. Bir başka ifadeyle sözleşmenin akdinden sonrası için değil, görüşmeler sırasında kusurlu davranışlardan dolayı bir sorumluluk oluşmaktadır⁷⁰. Böyle bir durumda borç ilişkisi klasik yapısının dışına çıkmakta ve dürüstlük kuralından kaynaklanan bir ilişki kurulmaktadır. O

Kurulu, uyuşmazlığın sözleşme hukuku kuralları uyarınca değerlendirilmesi gerektiği kanaatine vardıktan sonra, bu durumu Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde değerlendirmeye geçmiştir. Kanun'un amacının tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici ve zararlarını tatmin edici önlemler almak olduğu; kapsamının mal ve hizmet piyasalarında taraflardan birinin tüketici olduğu her türlü tüketici işlemi olduğu ve tüketici işleminin de 3. maddenin (h) bendinde mal ve hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukukî işlemi ifade ettiği tespit edilmiştir. Bu tespitler çerçevesinde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kaynaklı olaydaki uyuşmazlığın, Kanun'un 23. maddesinde düzenlenen "bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır" şeklindeki hükmün kapsamında kaldığı, zira sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun tüketici hukukundaki yansımasının "tüketici işlemi" olduğu sonucuna varılmıştır. Bu durumda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalması, göreve ilişkin düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olmakla ve taraflarca ileri sürülmesi dahi dikkate alınması gerektiği, görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak olmayacağı ayrıca da yargılamanın Tüketicici Mahkemelerinde görülmesinin tüketicinin daha lehine olduğu dikkate alınarak ilk derece mahkemesinin direnme kararı, 13. Hukuk Dairesi'nin görüşü doğrultusunda oybirliğiyle bozulmuştur

⁶⁷Yargıtay HGK, E 2010/13-593 K 2010/623,01.12.2010 <<https://legalbank.net/belge/tuketicimahkemesi-karari-temyiz-davaci/1340877/ilgili-mahkeme-kararlari>> Son Erişim Tarihi: 18.06.2022.

⁶⁸Bilgili ve Demirkapı (n 28) 9; Adıgüzel (n 45) 285.

⁶⁹Walter (n 49) 80-81; Ayhan İzmirli (n 21) 281.

⁷⁰Esener (n 12) 64; Demircioğlu (n 5) 37.

nedenle borç ilişkisinin kapsamı genişlemektedir⁷¹. Buna göre taraflar arasında sözleşme ilişkisinin sınırları içinde kalan edim menfaatinin yanında sözleşme ilişkisi olmaksızın temeli dürüstlük olan bir ilişki ortaya çıkmaktadır⁷². Böylelikle iyi niyet korunmakta ve iyi niyetli tarafın zarar görmemesi amaçlanmaktadır⁷³.

B. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU AÇISINDAN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİ SÜRECİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Sözleşme kurulmadan önce tarafların sözleşme görüşmelerine başlatması ve sosyal temasa geçmeleri ile koruma yükümlülükleri bir başka ifadeyle genel davranış yükümlülükleri oluşmaktadır⁷⁴. Bu nedenle ilk görüşmelerin objektif iyi niyet kurallarına (doğruluk kurallarına) uygun olması gerekmektedir⁷⁵. Örneğin taraflar birbirlerine yanlış bilgi vermekten, birbirlerini aldatmaktan kaçınmalıdır. Ayrıca, tarafların sözleşme kurup kurmama konusundaki iradelerini etkileyecek olaylar hakkında birbirini bilgilendirmesi gerekmektedir⁷⁶. Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında sözleşme görüşmeleri ilişkisi olarak adlandırılan bir hukuki ilişki kurulmaktadır⁷⁷. Kurulan bu ilişkinin özel bir ilişki olması nedeniyle bu ilişki güven esasına

⁷¹Gezder (n 3) 39; Eren (n 25) 41; Adıgüzel (n 45) 285.

⁷²Aydınlı, 'İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım' (n 54) 1.

⁷³Benedict (n 4) 96; Kreuzer (n 9) 36-37.

⁷⁴Osman Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) 17-18; Canaris (n 21) 476.

⁷⁵Canaris (n 21) 476-477; Görener (n 17) 70; Antalya (n 74) 17-19.

⁷⁶Yargıtay 3HD, E 1997/6603 K 1997/8864, 15.09.1997: Yargıtay, sözleşme yapma iradesi bulunmadığı veya bu yönde var olan iradesi güçlü olmadığı halde karşı tarafta aksine bir kanı uyandırma sorumluluğa sebeptir. Zira bir akdın müzakere edilmesi taraflar arasında bir hukuki ilişki kurmaktadır ve sözleşmenin müzakeresine giren tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerekmektedir <<https://legalbank.net/kavramara.aspx?s=1&a=D%C3%9CR%C3%9CSTL%C3%9CK%20KURALI>> Son Erişim Tarihi: 17.01.2023.

⁷⁷Esener (n 12) 64; Ayhan İzmirli (n 21) 282.

dayanmaktadır ve görüşme yapan taraflara, onların temsilcilerine ve tarafların yardımcılarına birtakım yükümlülükler yüklemektedir⁷⁸. Ancak, bu yükümlülükler niteliği bakımından edim ilişkisinden farklıdır⁷⁹.

Yargıtay'a göre, bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi nedeniyle bir zarar doğduğu takdirde, zarar görenin bu zararını tazmin etmesi mümkündür. Zira burada bir davranış yükümlülüğü ihlal edilmiştir⁸⁰. Keza bu tür davranışlar dürüstlük kuralı ile örtüşmeyen davranışlardır⁸¹. Buna göre, taraflar arasında özel bir ilişki ve bu özel ilişkiden kaynaklanan tarafların genel davranış yükümlülükleri bulunmaktadır⁸².

Söz konusu yükümlülüklerin doğması için sözleşme görüşmelerinin başlamış olması yeterlidir⁸³. Henüz sözleşme akdedilmemiş olsa dahi taraflar arasında bir hukuki ilişki bulunmaktadır⁸⁴.

Sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların, karşı tarafın meşru menfaatlerine uygun hareket etmesi beklenmektedir⁸⁵. Bu bağlamda taraflar hukuki ilişki kurmak gayesiyle sosyal temas içine girdiklerinde veya hukuki ilişki kurmak gayesiyle olmasa dahi taraflar sosyal temasa geçtiklerinde de dürüstlük kuralı bağlamında tarafların koruma yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır⁸⁶. Bunun nedeni, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri sürecinde bir güven ilişkisinin

⁷⁸Gezder (n 3) 40; Eren (n 25) 43-44; Antalya (n 74) 15-16.

⁷⁹Antalya (n 74) 16; Görener (n 17) 73; Adıgüzel (n 45) 284.

⁸⁰Yargıtay HGK, E 1992/13-213 K 1992/315, 06.05.1992 <www.kazanci.com> Son Erişim Tarihi: 19.01.2023.

⁸¹M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk - Giriş - Kaynaklar Temel Kavramlar (28. Bası, Filiz Kitabevi 2022) 246.

⁸²Gezder (n 3) 43; Eren (n 25) 44; Demircioğlu (n 5) 124-125.

⁸³Demircioğlu (n 5) 124; Eren (n 25) 43-44; Eren (n 25) 44-45.

⁸⁴Betül Erkanlı, 'Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2013) 10.

⁸⁵Nihat Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (2. Bası, Adalet Yayınevi 2015) 2315-2316.

⁸⁶Demircioğlu (n 5) 38; Erkanlı (n 84) 10-11.

kurulmasıdır⁸⁷. O bağlamda sözleşme görüşmeleri sürecinde hukuki ilişki içine giren tarafların dürüstlük kuralına uygun davranması ve kendilerinden beklenen irade, azim ve dikkati göstermeleri gerekmektedir. Bu irade, azim ve dikkatin gösterilmesi taraflar arasındaki hukuki ilişkinin geleceği ve güven duygusunun sarsılmaması açısından büyük öneme sahiptir⁸⁸. Aksi halde kaynağı borç ilişkisi (sözleşme) olan ilk (temel) yükümlülükler ihlal edilmiş olacaktır⁸⁹.

Bu kapsamda görüşmelerin başlamasıyla görüşmede bulunan tarafların birtakım yükümlülükleri doğmaktadır⁹⁰. Zira sözleşme görüşmeleri sırasında, görüşmede bulunan taraflar yakın bir ilişki içine girmektedir ve birbirlerinin hukuki alanlarına müdahale edebilmektedir⁹¹.

Söz konusu açıklamalara göre sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların özen yükümlülükleri ve genel davranış yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır⁹². Sözleşme görüşmeleri sırasında kurulan bu ilişkinin asıl dayanak noktasını ise dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Kurulan ilişkinin asıl kaynağı dürüstlük kuralı olduğu için, bu borç ilişkileri kanuni borç ilişkileridir⁹³. Bunun için sözleşme ilişkisine girilen ya da sosyal temasa geçen taraflar, birbirlerine ve hukuki alanları içinde olan kişilere karşı mal ve şahıs varlıkları yönünden özen göstermek ve dikkatli davranmakla yükümlüdürler⁹⁴. Zira sözleşme görüşmelerinin içeriği dürüstlük ve iyi niyet kurallarına bağlıdır ve sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların dürüstlük kuralına uygun davranması

⁸⁷Gezder (n 3) 40; Eren (n 25) 41; Demircioğlu (n 5) 61-62.

⁸⁸Recep Makas, 'Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları', (2012) XVI (4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 152.

⁸⁹Eren (n 25) 40-41; Demircioğlu (n 5) 62.; Canaris (n 21) (n 66) 477-478.

⁹⁰Demircioğlu (n 5) 63; Görener (n 17) 74; Walter (n 49) 79.

⁹¹Gezder (n 3) 45; Kreuzer (n 9) 26-27; Eren (n 25) 40-41.

⁹²Walter (n 49) 79-80; Canaris (n 21) (n 66) 477; Adıgüzel (n 45) 284-285.

⁹³Walter (n 49) 81-82; Adıgüzel (n 45) 284; Demircioğlu (n 5) 62-63.

⁹⁴Yargıtay HGK, E 2010/13-593 K 2010/623, 01.12.2010. <<https://legalbank.net/kavramamara.aspx?s=1&a=T%C3%9CKET%C4%B0C%C4%B0N%C4%B0N%20KORUNM%A%20KANUNUNUN%20AMACI>> Son Erişim Tarihi: 02.03.2023.

gerekmektedir⁹⁵. O nedenle sözleşme görüşmelerinin temeli güvene dayanmaktadır ve tarafların özen yükümlülüğü bulunmaktadır⁹⁶.

Özen yükümlülüğü Alman Hukuk sisteminde "sorfaltspflicht" veya "weitere verhaltenspflicht" olarak çeşitli şekillerde isimlendirilmektedir. Bu yükümlülükler genel olarak taraflara davranış yükümlülüğü yüklemektedir⁹⁷. Bu nedenle tarafların sözleşmeden kaynaklanan edim yükümlülüğü⁹⁸ oluşmaktadır⁹⁹. Ancak, sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların edim yükümlülüğünden bağımsız nitelik arz eden (schutzpflichten) yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır¹⁰⁰.

C. EDİMDEN BAĞIMSIZ KORUMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ

"Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi", henüz edim yükümlülükleri doğmadan sırf tarafların sosyal temasa¹⁰¹ geçmiş olmaları nedeniyle taraflar arasında kurulmuş bulunan yan yükümlülüklerle dayanan bir ilişkidir¹⁰². "Edimden bağımsız koruma yükümlülüğü" de, sözleşme görüşmelerinin

⁹⁵ İbrahim Aydın, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi", (2005) 19 (6) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 21, 28.

⁹⁶Canaris (n 21) 477; Ayhan İzmirli (n 21) 283.

⁹⁷<https://books.google.com.tr/books?id=ZBYw_vMtVjUC&pg=PA60&lpg=PA60&dq=Sorfaltspflicht+Larenz,+weitere+Verhaltenspflicht&source=bl&ots=erGNuRhSg3&sig=ACf> Son Erişim Tarihi: 11. 04.2022.

⁹⁸Eren (n 25) 42: Sözleşme öncesi kusurlu sorumluluk hali taraflar arasında geçerli bir edim ilişkisi kurulmadan önce doğan, koruma ve özen yükümlüklerini içeren yükümlülüklerdir. Burada tamamen edim ilişkisinden ayrı bir ilişki söz konusu olmaktadır.

⁹⁹Demircioğlu (n 5) 131; Görener (n 17) 74.

¹⁰⁰Benedict (n 4) 40-42; Kreuzer (n 9) 23-24.

¹⁰¹Tarafların sosyal temasa geçmesi ile birlikte taraflar arasında bir sözleşme yapma amacıyla ilk görüşmeler de başlamaktadır. Taraflar arasındaki ilk temas, sosyal medya mecralarında başlayabileceği gibi internet platformlarında veya yüzyüze de başlayabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Aydın, Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları (n 19) 12-17.

¹⁰²Eren (n 25) 40-41; Demircioğlu (n 5) 39-40.

yapıldığı esnada ortaya çıkan yükümlülüklerdir¹⁰³.

"Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinin asıl dayanak noktasını dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. O nedenle söz konusu borç ilişkileri kanuni borç ilişkileridir. Bunun için sözleşme ilişkisine girişen ya da sosyal temasa geçen taraflar, birbirlerine ve hukuki alanları içinde olan kişilere karşı mal ve şahıs varlıkları yönünden özen göstermek ve dikkatli davranmakla mükelleftir¹⁰⁴.

"Diğer davranış yükümleri" ya da "özen gösterme yükümleri" şeklinde de bilinen bu yükümlülüklerin temeli, objektif iyi niyet ilkesi ve dürüstlük kuralıdır (MK. md. 2).

Bahse konu bu yükümlülükler doğruluk ve güvene dayanan yükümlülüklerdir¹⁰⁵. Bu nedenle güvenin korunması adına tarafların bu yükümlülüklerini ihmal etmemesi beklenmektedir¹⁰⁶.

Yan yükümlülüklerin varlığı, sözleşmeden kaynaklanan bir borç ilişkisinin kurulmasına engel değildir¹⁰⁷. Yan yükümlülükler kapsamında tarafların koruma yükümlülüğü oluşmaktadır¹⁰⁸. Buna göre, sözleşme kurulmamış olsa dahi tarafların koruma yükümlülüğü doğmaktadır¹⁰⁹.

"Koruma yükümlülükleri"; bazı zamanlar tarafların hukuki ilişki kurmak amacıyla sosyal temas içine girmeleri ile bazı zamanlar da hukuki ilişki kurmak

¹⁰³Adıgüzel (n 45) 283-284; Demircioğlu (n 5) 40.

¹⁰⁴Serozan (n 43) 35; Aydın, İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım (n 54) 3-4.

¹⁰⁵Sarper Süzek, İş Hukuku (13. Bası, Beta Yayıncılık 2017) 308-309; Aydın, Sosyal Temas ve İş İlişkisinde Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları (n 19) 12-14.

¹⁰⁶Eugen Bucher, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, <https://www.eugenbucher.ch/pdf_files/89.pdf> (2 May 2019) Son Erişim Tarihi: 03.02.2022.

¹⁰⁷Canaris (n 21) 479; Walter (n 49) 80.

¹⁰⁸Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (n 39) 30.

¹⁰⁹Benedict (n 4) 95-96; Serozan (n 43) 35.

amacıyla olmasa dahi, dürüstlük kuralının temelini ve sınırlarını oluşturan sosyal temaslar neticesinde ortaya çıkan koruma yükümlülükleri şeklinde olabilmektedir¹¹⁰. Bu nedenle "koruma yükümlülükleri" kapsamında sosyal temasta bulunan tarafların karşılıklı mal ve can varlıklarını korumaya yönelik yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır¹¹¹. Sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların bir edim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, sözleşme görüşmelerinin başlaması ile görüşen tarafların koruma yükümlülükleri oluşmakta ve bu yükümlülüklerin ihlali neticesinde oluşan zararın tazmini gerekmektedir¹¹². Bu nedenle kurulması düşünülen sözleşmenin kurulamaması veya sonradan geçersiz hâle gelmesi koruma yükümlülerinin ortaya çıkması açısından engel teşkil etmemektedir¹¹³.

III. GÜVEN SORUMLULUĞU

A. GÜVEN SORUMLULUĞU KAVRAMI

"Güven sorumluluğu" kapsamı oldukça geniş bir sorumluluk türüdür¹¹⁴. Günlük hayatta kurulan birçok ilişkinin temeli güvene dayanmaktadır. Bu nedenle borçlar hukuku kapsamında güven sorumluluğu büyük öneme sahiptir¹¹⁵. Ancak, güven sorumluluğu sadece borçlar hukuku ile sınırlı değildir. Örneğin İş hukuku kapsamında iş sözleşmesinin kurulma sürecinde de güven sorumluluğu söz konusu olabilmektedir¹¹⁶. Ayrıca, ticaret hukuku ve banka ve finans hukuku

¹¹⁰Aydınlı, İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı Hukuka Aykırılık Bağlı Bakımından Bir Yaklaşım (n 54) 2-3.

¹¹¹Serozan (n 43) 35; Ayhan İzmirli (n 21) 293.

¹¹²Eren (n 25) 42: Edim yükümlülerinden bağımsız borç ilişkileri, özellikle "sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkileri" ile "üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerden doğan borç ilişkileri" açısından söz konusu olan borç ilişkileridir.

¹¹³Aydınlı, Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları (n 47) 77; Eren (n 25) 42-43.

¹¹⁴Walter (n 49) 79-80; Ayhan İzmirli (n 21) 291-292.

¹¹⁵Demircioğlu (n 5) 38; Eren (n 25) 43-44.

¹¹⁶Süzek (n 101) 309-310; Aydınlı, Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları (n 47) 77-78.

kapsamında da güven sorumluluğu oluşabilmektedir¹¹⁷. Örneğin, bankaların müşterileri ile kurduğu ilişki güven esasına dayanan bir ilişkidir¹¹⁸. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Zira sosyal ve ekonomik hayatta yaşanan değişim ve yenilikler bu durumu kaçınılmaz hale getirmiştir¹¹⁹. Hukuki bir sonuç doğuran bir ilişkide güvenin asıl olduğu her türlü sorumluluk şekli, güven sorumluluğudur¹²⁰. Lakin, güven sorumluluğunun oluşması için güven ve sorumluluk unsurlarının varlığı gerekmektedir. Güven sorumluluğu kaynağını Alman Hukuku'ndan alan ve Türk-İsviçre Hukukuna da sirayet eden bir sorumluluk şeklidir. Güven sorumluluğunun temelinde taraflar arasında tesis edilen güven ilişkisi yatmaktadır¹²¹. Buna göre, tarafların dürüstlük ve iyi niyet kurallarına uyması ve kendilerinden beklenen özeni göstermeleri esastır¹²². O nedenle güven sorumluluğu, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkabileceği gibi sözleşme görüşmeleri sürecinde de ortaya çıkabilmektedir¹²³.

B. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİ SÜRECİNDE GÜVEN SORUMLULUĞU

Sözleşme görüşmelerine girişen taraflar arasındaki ilişki edim ilişkisinden farklı bir ilişkidir¹²⁴. Ancak, sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflar arasında bir edim

¹¹⁷Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları* (Vedat Kitapçılık 2009) 61.

¹¹⁸Pınar Çağla Kandıralıoğlu, *Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü* (On İki Levha Yayıncılık 2011) 70-71.

¹¹⁹Adıgüzel (n 45) 283; Demircioğlu (n 5) 38-40.

¹²⁰Yasemin Durak, 'Güven Sorumluluğu ve "Culpa in Contrahendo"', (2017) 25 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239, 245.

¹²¹Walter (n 49) 79-80; Durak (n 120) 245-247.

¹²²Gülsüm Soylu Ünver, 'Güven Teorisi ve Güven Sorumluluğu Kapsamında Yetkisiz Temsilcinin ve Temsil Belgesini Geri Almanın Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2018) 28-30.

¹²³Özgür Güvenç, 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi', (2014) XVIII (3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 363, 370; Ayhan İzmirli (n 21) 282-283.

¹²⁴Eren (n 25) 42; Demircioğlu (n 5) 37; Walter (n 49) 80-81.

ilişkisi bulunmasa dahi, tarafların birbirine karşı dürüst davranması¹²⁵ beklenmektedir¹²⁶. Zira sözleşme görüşmelerinde bulunan taraflar arasında temeli güvene¹²⁷ dayanan bir ilişki oluşmaktadır¹²⁸. O nedenle sözleşme görüşmelerinde bulunan taraflar arasında güven sorumluluğu olarak adlandırılan özel bir sorumluluk hali ortaya çıkmaktadır¹²⁹. Bu sorumluluk türü güven esasına dayandığı için güven sorumluluğunun oluşması için taraflar arasında bir sözleşmenin bulunması da şart değildir¹³⁰. Taraflar arasında sadece güven ilişkisinin bulunması yeterlidir¹³¹. Burada sözleşme görüşmelerinde güven uyandıran taraf, diğer tarafı hayal kırıklığına uğratmaktadır¹³².

Yapılan açıklamalar çerçevesinde konuya ilişkin Yargıtay'ın yaklaşımına değinmek isabetli olacaktır. Yargıtay kararında, davacıya sözleşmenin yürürlüğe gireceği hususunda güven verilmiş ve davacı bu güvene binaen davalı işyerinde 1,5 ay fiili olarak çalışmıştır. Ayrıca, davalı sözleşme öncesi dönemde sözleşme süresi hakkında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve

¹²⁵Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk Temel Bilgiler* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2018) 110: Dürüst davranma, aklı yerinde, normal ve orta zekalı hareket edebilen kişilerin toplum içinde dürüst ve doğru davranışları neticesinde oluşan ve herkes tarafından kabul edilen davranışlardır.

¹²⁶Aydınli, 'İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi' (n 95) 8; Süzek (n 101) 309-312.

¹²⁷Talya Şans Uçaryılmaz, 'Roma Hukukunda Sözleşmesel Bono Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi' (2018) (133) TBB Dergisi 335, 342: Toplumda yaşayan bireyler arasındaki ilişkilerin güven esasına dayanması gerektiği düşüncesi oldukça eski kökenlidir. Örneğin Roma döneminde, toplumun etik değerleri ve toplumsal algı kapsamında güven ilişkisi fides, kavramı ile ele alınmış ve güven ilişkisinin spesifik bir davranış yükümlülüğü yüklediği kabul edilmiştir. Ayrıca Roma döneminde güven ilişkisi hukuki açıdan da ele alınmış ve bu amaçla bona fides kavramı kullanılmıştır.

¹²⁸Antalya (n 74) 16; Adıgüzel (n 45) 284.

¹²⁹Canaris (n 21) 479; Demircioğlu (n 5) 38-60.

¹³⁰Durak (n 120) 242; Süzek (n 98) 309; Adıgüzel (n 45) 285-237.

¹³¹Canaris (n 21) 543-544; Adıgüzel (n 45) 285-286.

¹³²Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (2. Bası, 2014) 1524 vd.

böylece sözleşme öncesi yükümlülüklerini ihlal etmiştir. Bu nedenle Yargıtay, sözleşme öncesi yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle davalının 1,5 aylık fiili çalışma ücretini ve davacının yeni işe başladığı tarihe kadar işleyecek ücretlerini ödemesi gerektiğine hükmetmiştir¹³³. Bunun nedeni, taraflar arasında dürüstlük kuralına dayanan ve güven ilişkisinden kaynaklanan bir ilişkinin bulunmasıdır¹³⁴. Davacı, davalının kendisine duyduğu güvenden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Ancak şu husus belirtilmelidir ki, bu güven ilişkisi ve bu ilişkiden kaynaklanan yükümlülükler sözleşmenin somut içeriğinden azadedir¹³⁵. Dolayısıyla söz konusu yükümlülüklerin ayrı bir talep ve dava konusu yapılması söz konusu değildir¹³⁶.

Belirtmek gerekir ki, sözleşme görüşmeleri sırasında bir tarafın haklı nedenlerle diğer tarafa güvenmesine neden olacak bir ilişki kurulmuş ve güvenen taraf bu nedenle zarara uğramışsa bu zarara yol açan tarafın güven sorumluluğu ortaya çıkmaktadır¹³⁷. Buna göre, sözleşme görüşmeleri sürecinde karşı tarafta geçerli bir sözleşme oluşacağına yönelik güven yaratan taraf sorumlu olmaktadır¹³⁸. O nedenle karşı tarafın güvenini ihlal eden kişi bundan dolayı hukuken sorumlu tutulmaktadır¹³⁹.

C. CULPA IN CONTRAHENDO AÇISINDAN GÜVEN SORUMLULUĞU

Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında güvene dayanan bir ilişki kurulmuş ve güvenen taraf bu nedenle zarara uğramışsa bu zarara yol açan tarafın ne şekilde sorumlu tutulacağı önem arz etmektedir. Zira güvenen tarafın

¹³³Yargıtay 22 HD, E 2017/20291 K 2018/28025, 24.12.2018 <www.kazanci.com> Son Erişim Tarihi: 12.06.2023.

¹³⁴Makas (n 88) 151; Ayhan İzmirli (n 21) 283.

¹³⁵Demircioğlu (n 5) 128; Adıgüzel (n 45) 289.

¹³⁶Eren (n 25) 41; Bilgili ve Demirkapı (n 27) 17.

¹³⁷Durak (n 120) 247; Demircioğlu (n 5) 38.

¹³⁸Ayhan İzmirli (n 21) 285; Güvenç (n 123) 370.

¹³⁹Benedict (n 4) 97; Demircioğlu (n 5) 38-40.

hakkaniyetin sağlanması adına mağdur edilmemesi gerekmektedir¹⁴⁰. Alman doktrininde sözleşme görüşmeleri sürecinde karşı tarafta güven yaratan tarafın culpa in contrahendo kapsamında sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir¹⁴¹. Buna göre sözleşmenin kurulmasına etki edecek şekilde güven sağlayan kişiler bundan dolayı sorumlu olmaktadır¹⁴². Keza, sözleşme görüşmeleri sırasında kendisine güvenilmesini sağlayan ve bu güvene dayanarak karşı tarafı zarara uğratan kişinin bu davranışları dürüstlük kuralı ile örtüşmemektedir¹⁴³. O halde, dürüstlük kuralının bir gereği olarak henüz sözleşme kurulmamış olsa dahi, karşı tarafın kendisine güvenmesini sağlayarak karşı tarafı zarara uğratan kişilerin bu zararı tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁴⁴.

Bu doğrultuda, sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflardan biri, güven sorumluluğu kapsamında yükümlülüklerini yerine getirmemişse, zarara uğrayan taraf culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında zararlarını tazmin edebilmektedir¹⁴⁵. Zira culpa in contrahendo sorumluluğu açısından sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflar arasında özel bir bağlantı bulunmaktadır¹⁴⁶. Bu nedenle taraflardan birinin diğer tarafa beslediği güvenin hukuken dikkate alınması ve bu güvenin korunması gerekmektedir¹⁴⁷. Alman Federal Mahkemesi bir kararında, gayrimenkul satışına ilişkin yapılan müzakerelerde taraflardan biri, gayrimenkulü satın alacağına ilişkin diğer tarafta güven yaratmış ve bu nedenle güvenen taraf gayrimenkulü satacağını düşünerek birtakım masraflar

¹⁴⁰Demircioğlu (n 5) 38; Durak (n 120) 247; Adıgüzel (n 45) 285-287.

¹⁴¹Walter (n 49) 79-80; Demircioğlu (n 5) 40-42.

¹⁴²Eugen Bucher, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, <https://www.eugenbucher.ch/pdf_files/89.pdf> (2 May 2020) Son Erişim Tarihi: 04.03.2022.

¹⁴³Aydınlı, İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım (n 54) 1.

¹⁴⁴Adıgüzel (n 45) 285-286; Durak (n 120) 247-218.

¹⁴⁵Benedict (n 4) 96; Ayhan İzmirli (n 21) 284.

¹⁴⁶Durak (n 120) 247; Kreuzer (n 9) 30-32.

¹⁴⁷Ayhan İzmirli (n 21) 290; Güvenç (n 123) 373.

yapmışsa, güveni boşa çıkartan tarafın bu masrafları karşılaması gerektiğini, her ne kadar gayrimenkul satışı resmî şartlarından kaynaklanan bir sorumluluk olmasa da burada culpa in contrahendo sorumluluğu oluştuğunu ifade etmiştir¹⁴⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında ticari itibarı yüksek bir sınaî birliğin güvenilirliği hakkında, sözleşme görüşmeleri sürecinde yapılan açıklamaların doğruluğu, ciddiyeti ve eksiksiz olması bakımından duyulan güveni korunmaya değer görmüştür. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi, ana şirketin yaptığı açıklamalar sonucu yavru şirketin iş yaptığı kişilerde bir güven oluşmuşsa, sözleşme görüşmeleri sürecinde özel hukuki bir bağlantı kurulmuş olacaktır. Kurulan bu özel bağ nedeniyle dürüstlük kuralına dayanan koruma ve aydınlatma yükümlülükleri doğacaktır. Bu yükümlülüklerin ihlali halinde ise, oluşan zararın tazmin edilmesi mümkün olacaktır şeklinde karar vermiştir¹⁴⁹.

Yargıtay kararında, davacı bir alışveriş merkezinin otoparkına aracını bırakmış, aracın içinde bulunan birtakım eşyalar çalınmış ve davacı ortaya çıkan zararlarının tazmini için dava açmıştır. Yargıtay, davacının bu isteminin sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) ilkesinden kaynaklandığını ifade etmiştir. Zira sorumluluğun doğması için akdin kurulması şart olmayıp,

¹⁴⁸Bundesgericht Spruchkörper, Urteil 4A_229/2014 vom 19. September 2014: Sözleşme müzakereleri sırasında güven uyandıran tarafın culpa in contrahendo kapsamında kusuruyla bir zarara sebep olması halinde güveni boşa çıkan tarafın zararını tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göres sözleşme müzakereleri sırasında henüz sözleşme akdedilmemiş olsa da bir taraf güvendiği için zarar görmüşse güvenen tarafın bu zararlarının tazmini gerekmektedir.

¹⁴⁹BGB 120 II 331 vd: Culpa in contrahendodan dolayı güven sorumluluğunun doğacağını belirtmiştir. Bu durum culpa in contrahendo hakkındaki ilkelerin geliştirilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Culpa in contrahendo özel bir sorumluluk şekli olduğuna göre, sorumluluk hukuku nitelikli bir korumayı gerekli kılmaktadır. Culpa in contrahendodan doğan sorumluluğun temelinde, sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların karşılıklı sadakat yükümlülüğünden oluşan genel bir hukuki durumun görünüm şekli ortaya çıkmaktadır. <http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F120-II-331%3Ade&lang=de&type=show_document> Son Erişim Tarihi: 05.06.2023.

davacının alışveriş merkezine gelerek olası birtakım hizmet ya da satış sözleşmelerinin muhatabı olarak muhtemel tüketici sıfatıyla hareket etmesi yeterlidir. Bu nedenle davalı şirket, alışveriş yapılmasını kolaylaştırmak ve cazip hale getirmek amacıyla otopark sağlama hizmetini bedelsiz de olsa olası tüketicilere vermektedir. Ayrıca, bu durumda, sözleşme yapma vaadi ile güven telkin edilmiş olan tarafın sözleşmenin ifa edilememesinden kaynaklanan zararının karşılanması gerekmektedir. Bu zarar genel olarak menfi zarar olarak kabul edilmektedir. Zira sözleşme yapılacağına dair düşüncenin oluşması ve sözleşmeye uyulacağına ve sözleşmenin yerine getirileceğine inanılmasına karşın, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle güveni boşa çıkan tarafın uğradığı zarar menfi zarar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle yapılan masrafları sözleşmeyi yerine getirmeyen tarafın karşılaması beklenmektedir. Bir başka ifadeyle sözleşmenin yapılacağına güven duyan tarafın zararını diğer tarafın karşılaması doğru olacaktır. Dolayısıyla alışveriş merkezine alışveriş yapmak üzere gelen tarafın otoparka arabasını çektiği sırada oluşan zararlarının karşılanması gerekmektedir¹⁵⁰.

Bir başka Yargıtay kararında, taraflar arasında bayilik sözleşmesi imzalanarak üzere görüşmeler yapılmış, ancak bayilik sözleşmesi imzalanamamıştır. Yargıtay bayilik sözleşmesi imzalanmayıp, bayilik ilişkisi kurulmamış olsa dahi davacıda sözleşmenin kurulacağına yönelik uyandırılan güvene dayalı olarak davacının yapmış olduğu (kâr kaybı hariç) giderlerin sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) ilkesi bağlamında davalıdan isteyebileceğine

¹⁵⁰Yargıtay 13.HD. E 2016/23349 K 2019/91, 15.01.2019 <<https://adalet.blog/category/medeni-usul-hukuku/page/2/>> Son Erişim Tarihi: 15.06.2023.

hükmetmiştir¹⁵¹.

Yargıtay başka bir kararında sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisinin, başka bir ifadeyle tarafların birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermekle ve koruma yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü olduklarını ifade etmiştir. Buna göre, alıcının mağazada satın almak istediği ürünlere bakarken, satıcının veya satıcının yardımcılarının alıcının vücut bütünlüğüne zarar vermesi halinde, alıcının söz konusu zararlarını sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında tazmin etmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir¹⁵². Zira Yargıtay sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların diğer tarafın zarar göstermemesi için gerekli önlemleri alma ve gerekli özeni gösterme yükümlülüğü olduğunu, tarafların kusurlu şekilde bu yükümlülüklerine aykırı davranarak, görüşmelerin başlamasıyla oluşan güven ilişkisini ihlal edeceğini ifade etmiştir¹⁵³.

Bunun yanında Yargıtay, sözleşme ilişkine giren tarafların edim yükümlülüğünün dışında, diğer tarafın menfaatine uygun şekilde "korunma menfaatleri" oluştuğunu ortaya koymuştur¹⁵⁴. Zira taraflar arasında oluşan güven ilişkisi hukuken korunamaya değerdir¹⁵⁵. Bu bağlamda, orta zekâlı, normal, makul kişilerin toplum içinde kurdukları ilişkilerde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe uygun düşecek şekilde davranışlar sergilemesi arzu

¹⁵¹Yargıtay HGK. E 2012/-165 K 2012/385,13.06.2012 <<https://www.scribd.com/document/441714398/Yarg%C4%B1tay-hukuk-genel-kurulu-e-2012-165-k-2012-385-Yarg%C4%B1tay-Karar%C4%B1-PDF>> Son Erişim Tarihi: 17.02.2023.

¹⁵²Yargıtay HGK, E 2010/-580 K 2010/623,01.12.2010 <<https://legalbank.net/kavramara.aspx?s=1&a=TAPU%20%C4%B0PTAL%C4%B0%20VE%20TESC%C4%B0>> Son Erişim Tarihi: 21.02.2023.

¹⁵³Yargıtay HGK, E2010/-580 K 2010/623,13.02.2013 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2012-1220-k-2013-239-t-13-2-2013>> Son Erişim Tarihi: 12.04.2023.

¹⁵⁴Yargıtay HGK, E 2014/4-1424 K 2016/842, 22.06.2016 <<https://legalbank.net/guncelleme-indeksi/12/2016>> Son Erişim Tarihi: 17.04.2023.

¹⁵⁵Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku (Beta Yayıncılık 1996) 113-114.

edilmektedir¹⁵⁶.

Anlaşılabileceği üzere sözleşme görüşmeleri sürecinde dürüst davranmayan taraf ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmaktadır¹⁵⁷. Burada güvenen taraf, güvenmeseydi böyle bir zarar doğmayacaktı ise, kendisine güvenilen tarafın güven sorumluluğu ortaya çıkmaktadır¹⁵⁸. O nedenle güveni boşa çıkartan tarafın, güvenen tarafın zararının tazmin etmesi gerekmektedir¹⁵⁹. Yargıtay bir kararında, sözleşme hazırlık aşamasında oluşan güven ilişkisinin koparılması neticesinde meydana gelen zararın giderilmesi açısından manevi tazminatın dahi istenebileceğine hükmetmiştir¹⁶⁰. Ancak bunun için Yargıtay güven ilişkisinin temelden sarsılması ve güvenin sarsılması nedeniyle manevi zararın oluşması şartlarını aramıştır¹⁶¹.

Söz konusu açıklamalardan hareketle culpa in contrahendo açısından güven sorumluluğu kapsamında sözleşmenin müspet ihlâli, fiilî borç ilişkisi, klasik edim yükümlülüğü dışında davranış yükümlülüğü de söz konusu olmaktadır¹⁶². Güven sorumluluğunun oluşması için zarar verenle zarara uğrayan arasında asli edim yükümü yükleyen bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması şart değildir¹⁶³. Sözleşme kurulmamışsa da tarafların davranış yükümlülükleri bulunmaktadır¹⁶⁴. Tarafların yükümlülükleri her somut olayın özelliğine göre bazı farklılıklar

¹⁵⁶Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Medeni Hukuk (25. Bası, Beta Yayıncılık 2019) 92-93.

¹⁵⁷Kılıçoğlu, Medeni Hukuk Temel Bilgiler (n 147) 114; Demircioğlu (n 5) 127-129.

¹⁵⁸Demircioğlu (n 5) 127-128; Eren (n 25) 41-42; Ayhan İzmirli (n 21) 285-286.

¹⁵⁹Walter (n 49) 83-84; Ayhan İzmirli (n 21) 290.

¹⁶⁰Yargıtay HGK, E 2012/184 K 2012/385, 13.06.2012 <<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=35880>> Son Erişim Tarihi: 17.12.2022.

¹⁶¹Yargıtay 13HD, E 2013/28166 K 2014/9001, 27.03.2014 <<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=61437>> Son Erişim Tarihi: 03.01.2023.

¹⁶²Adıgüzel (n 45) 283; Demircioğlu (n 5) 128-129.

¹⁶³Durak (n 120) 244; Demircioğlu (n 5) 40.

¹⁶⁴Eren (n 25) 43; Aydın, Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları (n 19) 12-13.

gösterse de tarafların genel davranış yükümlülükleri bulunmaktadır¹⁶⁵. Buna göre tarafların sözleşme öncesinde sözleşmenin akıbeti ile ilgili bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. O bağlamda tarafların aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Öyleyse sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların diğer tarafa zarar vermek amacıyla aldatma kastı olmasa da aydınlatma yükümlülüğü vardır. O sebeple, sözleşme görüşmeleri sürecinde koruma yükümlülüklerini yerine getirmeyen tarafa karşı diğer taraf BK. m. 106 vd. hükümleri uyarınca harekete geçebilir. Ancak, bu durumda, bağımsız ifa davasının açılması mümkün bulunmaktadır¹⁶⁶.

SONUÇ

Sözleşme akdeden tarafların sözleşmeden doğan karşılıklı yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak, sözleşme akdetmeden önce sözleşme görüşmelerinde bulunan tarafların da birtakım yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Zira sözleşme görüşmeleri sürecinde de taraflar hukuki bir ilişki içine girmektedir. Buna göre, culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında sözleşme görüşmeleri sürecinde kusuruyla diğer tarafa zarar veren tarafın bu zararı tazmin etmesi gerekmektedir. Her ne kadar sözleşme kurulmamış olsa dahi, sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflar yakın bir ilişki içine girmektedir. Kurulan bu ilişki, sözleşmenin somut içeriğinden azade bir ilişkidir. Bir başka ifadeyle sözleşme görüşmelerinde bulunan tarafların sözleşmeden doğan edim yükümlülükleri bulunmamakla birlikte, kurulan hukuki ilişkiden doğan yükümlülükleri vardır. Buna göre, sözleşme görüşmeleri sürecinde kusuruyla diğer tarafa zarar veren tarafın bu zararı tazmin etmesi beklenmektedir. Zira taraflardan birinin veya her ikisinin sözleşme görüşmeleri sürecinde zarara uğraması mümkündür. O nedenle sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların birbirinin hukuki menfaatini koruması gerekmektedir. Bunun içindir ki,

¹⁶⁵Kreuzer (n 9) 27-28; Yürekli (n 17) 542.

¹⁶⁶Eren (n 25) 33-36; Durak (n 120) 244-215.

sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların birbirinin kişilik ve malvarlığı değerlerini koruması ve ona saygı göstermesi bir zorunluluktur. Keza sözleşme görüşmelerinde bulunan taraflar arasında bir güven ilişkisi oluşmaktadır.

Sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflar arasında güvene dayanan bir ilişki kurulmaktadır. Sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflar yakın temasa geçmektedir ve taraflar birbirlerinin hukuki alanına müdahil edebilmektedir. Bu nedenle sözleşme görüşmelerinde bulunan taraflar arasında güven sorumluluğu denen bir sorumluluk şekli ortaya çıkmaktadır.

Güven sorumluluğunun temelinde MK. m. 2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralı bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların dürüst davranması beklenmektedir. Dürüstlük kuralı gereği tarafların sözleşme görüşmeleri sürecinde dikkatli ve özenli davranması gerekmektedir. Genel davranış yükümlülükleri olarak da adlandırılan bu yükümlülükler, kaynağını dürüstlük kuralından alan yükümlülüklerdir.

Bu doğrultuda, güven sorumluluğu özel bir sorumluluk şeklidir ve güven sorumluluğundan söz edebilmek için sözleşmenin kurulmuş olması şart değildir. Bir başka ifadeyle, sözleşme görüşmeleri sonucunda sözleşmenin kurulup kurulmaması güven sorumluluğunu etkilememektedir. O nedenle sözleşme görüşmelerinin akabinde sözleşme akdedilmemiş olsa dahi, oluşan güven nedeniyle zarara uğrayan taraf bu zararlarını tazmin edebilmektedir. Sözleşmenin kurulacağına yönelik karşı tarafa güven veren ve karşı tarafı zarara uğratan tarafın bu zararları tazmin etmesi gerekmektedir. Zira sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflardan dürüstlük kuralına uygun davranması istenmektedir. Bu nedenle sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların birbirini bilgilendirmesi ve karşı tarafı zarara uğratacak davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Ayrıca, güvenin zedelenmemesi adına sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların dikkatli ve özenli olması doğru olacaktır.

Güven sorumluluğu kaynağını Alman Hukuku'ndan almaktadır. Bu nedenle güven sorumluluğunun culpa in contrahendo sorumluluğu ile ilişkili bir kavram olduğunu söylemek mümkün bulunmaktadır.

Culpa in contrahendo teorisinin kurucusu olan Jhering, 19. yüzyıl Alman haksız fiil hukukunun zarar görene alternatif bir hukuki koruma sağlamaktan yoksun olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle culpa in contrahendo sorumluluğunun akdi sorumluluk olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Jhering, teorisini ortaya koyarken aklındaki soruların cevabını Roma Hukuk sisteminde aramıştır. Zira Alman Hukuk sistemi Roma Hukuku kurallarından çok fazla etkilenmiştir.

Bu çerçevede sözleşme görüşmeleri sürecinde ortaya çıkan güven sorumluluğu ile culpa in contrahendo arasında yadsınamaz bir ilişki bulunmaktadır. Bu nedenle tarafların sözleşme görüşmelerinde de özenli olması gerekmektedir.

Sözleşme kurulmadan önce de tarafların karşılıklı yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Buna göre, sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflardan birinin diğer tarafta güven yaratmış olması halinde, güven veren tarafın culpa in contrahendo kapsamında sorumlu oluşacağını kabul etmemiz gerekmektedir. Zira culpa in contrahendo kapsamında, sözleşmenin kurulmasına etki ederek güven sağlayan tarafın bundan sorumlu olması beklenir.

Söz konusu açıklamalar çerçevesinde, güven sorumluluğu culpa in contrahendo anlayışından etkilenmiştir. Keza sözleşme görüşmeleri sürecinde bir tarafın diğer tarafa güveninden dolayı zarara uğraması halinde güven sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle güven sorumluluğunun culpa in contrahendo sorumluluğu ile iç içe girdiği, ancak güven sorumluluğunun culpa in contrahendo sorumluluğundan daha üst bir kavram olduğu kabul görmüştür.

Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflardan biri diğer tarafta haklı beklentiler

oluşturursa bu durumda güven sorumluluğu söz konusu olmaktadır ve bu nedenle güven sorumluluğu kendine özgü bir sorumluluk şeklidir.

Hukuki bir sonucun doğması amacıyla güvenin asıl olduğu her sorumluluk, güven sorumluluğudur. Güven sorumluluğunun oluşması için güven ve sorumluluk unsurlarının bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda bir tarafın güven olgusu yaratması sonucu diğer tarafın bu kişiye güvendiği ya da haklı olarak güvenebileceği durumlarda güven sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Güven sorumluluğu gerek İsviçre Hukukunda gerek Türk Hukukunda uygulama alanı bulmuştur. Türk-İsviçre Hukukunda güven sorumluluğunun yasal dayanağını MK m. 2'de düzenlenen dürüst davranma ilkesi oluşturmaktadır. MK m. 2'de herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralına uygun davranmak zorunda olduğu düzenlenmiş, böylelikle doğruluk ve güven kuralları esas alınmıştır.

Bu açıklamalardan hareketle sözleşmenin akdinden sonra değil, görüşmeler sırasında da kusurlu davranışlardan dolayı bir sorumluluk söz konusu olmaktadır. Zira ilk görüşmelerin objektif iyi niyet kurallarına (doğruluk kurallarına) uygun olması gerekmektedir.

Bunun bir sonucu olarak, sözleşme görüşmeleri sürecinde, taraflar birbirlerine yanlış bilgi vermekten kaçınmalıdır. Ayrıca, tarafların sözleşme kurup kurmama konusundaki iradelerini etkileyecek olaylar hakkında birbirini bilgilendirmesi ve aydınlatması gerekir. Sözleşme görüşmelerinde tarafların diğer tarafta güven yaratarak onu maddi zarara uğratacak davranışlardan kaçınması esastır.

Bu çerçevede sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında sözleşme görüşmeleri ilişkisi olarak adlandırılan bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Kurulan bu ilişkinin özel bir ilişki olması nedeniyle bu ilişki güven esasına dayanmaktadır ve bu güven ilişkisi görüşme yapan taraflara, onların temsilcilerine ve tarafların yardımcılara birtakım yükümlülükler

yüklemektedir. Ancak, bu yükümlülükler niteliği bakımından edim ilişkisinden farklıdır. Sözleşme görüşmeleri sırasında kurulan bu ilişkinin asıl dayanak noktasını dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Bu ilişkinin asıl kaynağının dürüstlük ilkesi olması nedeniyle bu borç ilişkileri kanuni borç ilişkileridir. O nedenle sözleşme ilişkisine girişen ya da sosyal temasa geçen taraflar, birbirlerine ve hukuki alanları içinde olan kişilere karşı mal ve şahıs varlıkları yönünden özen göstermek ve dikkatli davranmakla yükümlüdürler. Zira sözleşme görüşmelerinin içeriği dürüstlük kuralından oluşmaktadır.

Sonuç olarak, sözleşme görüşmeleri sürecinde taraflar arasında bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Bu ilişki özel ve yakın bir hukuki ilişkidir. Dürüstlük kuralı gereği sözleşme görüşmeleri sürecinde kurulan bu güven ilişkisine uygun davranmayan tarafın güven sorumluluğu ortaya çıkmaktadır ve karşı tarafın zararlarını tazmin etmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Adıgüzel S, 'Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk', (2012) 3 (9) TAAD 281-311.

Akıntürk T ve Ateş D, Medeni Hukuk (25. Bası, Beta Yayıncılık 2019).

Antalya OG, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019).

Aydınlı İ, Sosyal Temas ve İş İlişkilerinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri (Seçkin Yayıncılık 2004).

Aydınlı İ, 'İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi', (2005) 19 (6) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 21, 42.

Aydınlı İ, 'İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım',

(2005) 8 (1-2) Kamu-İş 1, 17.

Ayhan İzmirli L, 'Lex Mercatoria'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu', (2017) 37 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 170, 229.

Başoğlu B, 'Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler', (2015) 6 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29, 56.

Benedict J, Culpa in Contrahendo Transformationen des Zivilrechts, (Band 1 2018) Historisch-kritischer Tell Entdeckungen – oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung Mohr Siebeck.

Bilgili F, ve Demirkapı E, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (17. Bası, Dora Yayıncılık 2022).

Canaris W, Ansprühewegen “positiver Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” beinichtigen Verträgen, Zugleichein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, (JZ 1965).

Demircioğlu H R, 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğu' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2007).

Durak Y, 'Güven Sorumluluğu ve "Culpa in Contrahendo"', (2017) 25 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239, 288.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (27. Bası, Yetkin Yayınları 2022).

Erkanlı B, 'Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2013).

Esener T, Borçlar Hukuku I (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1969).

Gezder Ü, Türkİsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, (Beta

Yayıncılık 2009).

Görener A, 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğu', (2019) 2 (36) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 67, 80.

Günay Cİ, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (2. Bası, Yetkin Yayınları 2015).

Güneş Ceylan, S, 'Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi', (2004) VIII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75, 93.

Güvenç Ö, 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi', (2014) XVIII (3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 363, 406.

Huguenin C, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil (2. Bası 2014).

Kandırılıoğlu PÇ, Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü (On İki Levha Yayıncılık 2011).

Kılıçoğlu AM, Medeni Hukuk Temel Bilgiler (6. Bası, Turhan Kitabevi 2018).

Kılıçoğlu AM, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26. Bası, Turhan Kitabevi 2022).

Karahasan M R, Sorumluluk Hukuku (Beta Yayıncılık 1996).

Koç N, 'Türk Borçlar kanunu'nun Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi', (2013) 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 1669, 1690.

Koschaker P ve Ayiter K, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları (Sevinç Matbaası 1977).

Kocaağa K, 'Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar', (2008)

(79) TBB Dergisi 73, 102.

Kreuzer Karl, Culpa in Contrahendo und Verkehrspflichten (im Juli 2015).

Makas R, 'Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları', (2012) XVI (4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 181.

Manav A E, 'İş İlişkilerinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması', (2015) XIX (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95, 136.

Nomer HN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (19. Bası, Beta Yayıncılık 2022).

Oğuzman MK ve Barlas N, Medeni Hukuk-Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar (27. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2021).

Oğuzman MK ve Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (28. Bası, Filiz Kitabevi 2022).

Reisoğlu S, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. Bası, Beta Yayıncılık 2014).

Seagle W, 'Rudolf von Jhering: or Law as a Means to an End', (1945) 13(1) University of Chicago Law Review 71, 89.

Serozan R, 'Yürürlükteki İfa Engelleri Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Gidilecek Artan Kavramlar: "Sözleşmenin Müspetî hlali" ve "Culpa in Contrahendo"', (1990) 15 (18) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 27, 42.

Soylu Ünver G, 'Güven Teorisi ve Güven Sorumluluğu Kapsamında Yetkisiz Temsilcinin ve Temsil Belgesini Geri Almayanın Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2018).

Sarper S, İş Hukuku (13. Bası, Beta Yayıncılık 2017).

Tahiroğlu B, Roma Borçlar Hukuku (Der Yayınları 2000).

Tekinalp Ü, Banka Hukukunun Esasları (Vedat Kitapçılık 2009).

Uçaryılmaz Talya Ş, 'Roma Hukukunda Sözleşmesel Bono Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi', (2018) (133) TBB Dergisi 335, 382.

Üçer M, Roma Hukuku (On İki Levha Yayıncılık 2018).

Üçok C, 'Alman Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış', (1950) 7 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 292, 321.

Yavuz N, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (2. Bası, Adalet Yayınevi 2015).

Yıldırım A, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (14. Bası, Monopol Yayınevi 2023).

Yürekli S, 'İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)', (2014) LXXII (2) İÜHFİM 541, 579.

Walter HP, Die Vertrauenshaftung: Unkrautoder Blume im Garten des Rechts?, (ZSR 2001).

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.eugenbucher.ch/pdf_files /89.pdf>

<kazanci.com >

<legalbank.net>

<lexpera.com.tr>

<relevancy.bger.ch>

<kararara.com>

<scribd.com>



ROMA HUKUKUNDA BELİRLİ MAL VASIYETİ

Ekin ŞENTÜRK

Araştırma Makalesi

Dr. Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ekin.senturk@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2843-1481.

ÖZET

Belirli mal vasiyeti, kökenini Roma Hukukuna kadar uzanan bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türüdür. Çalışmamızın amacı, belirli mal vasiyeti (vasiyet tasarrufu) kurumunun Roma Hukuku dönemindeki tarihsel gelişimine kısaca bakış atmaktır. Bu amaçla öncelikle belirli mal vasiyeti kavramı ele alınacak, daha sonra Roma Hukukunda belirli mal vasiyetine yaklaşım, bu kurumun türleri ve hükümlerine değinilmek suretiyle incelenecektir.

ANAHTAR KELİMELER:

Belirli Mal Vasiyeti, Vasiyet Tasarrufu, Roma Miras Hukuku, Roma Hukukunda Vasiyet, Ölüme bağlı Tasarruf

İntihal / Plagiarizm: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu çalışma Creative Commons Atf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

LEGACY IN ROMAN LAW

Ekin ŞENTÜRK

Research Article

Research Assistant Dr., Marmara University Faculty of Law, Department of Private Law, Department of Civil Law, ekin.senturk@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2843-1481.

ABSTRACT

The legacy is a type of testamentary disposition that traces its origins back to Roman Law. The aim of our study is to take a brief look at the historical development of the legacy (specific bequest) under Roman Law. For this purpose, firstly, the concept of the legacy will be discussed, and then the approach to this testamentary disposition in Roman Law will be analyzed by mentioning the types and provisions of this institution.

KEYWORDS: Legacy, Specific Bequest, Roman Inheritance Law, Testament in Roman Law, Testamentary Dispositions

GİRİŞ

I. BELİRLİ MAL VASİYETİ (VASİYET TASARRUFU) KAVRAMI

Miras hukuku denince ilk akla gelenlerden biri mirasın mirasçılar tarafından külli halefiyet yoluyla kazanılması ilkesidir. Mirasbırakanın ölümü üzerine mirasçıları, başkaca herhangi bir hukuki işlem yapılmasına gerek kalmaksızın mirasbırakanın terekesi üzerinde kendiliğinden hak sahibi olurlar, bu hak sahipliği terekenin yalnızca aktiflerine ilişkin değildir, aynı zamanda pasifleri de kapsar, bunun sonucunda mirasçılar mirasbırakanın borçlarından müteselsilen ve şahsi malvarlıklarıyla sınırsız sorumlu olurlar. Mirasçılar kanun tarafından belirlenmiş yasal mirasçılar olabilecekleri gibi mirasbırakanın kendi iradesiyle belirlediği atanmış mirasçılar da olabilir. Kimi zaman ise mirasbırakan, belirli bir kişiyi mirasçı atamaksızın ona terekesinden kimi kazandırmalarda bulunmak isteyebilir. Belirlediği kimseye belirli bir tereke değerini bırakırken aynı zamanda onu miras ortaklığının dışında tutmak isteyebilir. Bu şekilde bir kimseyi mirasçı atamaksızın onun lehine belli bir kazandırmanın yapıldığı hallerde belirli mal vasiyeti adı verilen maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf söz konusu olur. Bu tasarruf her ne kadar belirli mal vasiyeti adını taşısa da konusu her zaman belirli bir mal olmayabilir, zira bir alacak hakkının konusunu teşkil eden her şey bu tasarrufun konusunu da teşkil edebilir, bu nedenle daha geniş bir tabirle “vasiyet tasarrufu” kavramını kullanmak yerinde olacaktır. Vasiyet tasarrufunun temel özelliği, lehtarının mirasçı sıfatını kazanmaması, buna bağlı olarak külli halefiyet prensibinin kendisi için işlememesi, vasiyetin konusu değeri de mirasbırakanın ölümü halinde kendiliğinden iktisap edilememesidir. Vasiyet tasarrufu mirasbırakanın ölümü ile birlikte lehtarının malvarlığında yalnızca bir alacak hakkı doğurur. Vasiyet alacaklısı vasiyetin konusuna ilişkin bu alacak hakkını mirasbırakanın mirasçılara karşı ileri sürer. Yine külli halef olmamalarının bir sonucu olarak, vasiyet alacaklıları mirasbırakanın borçlarını da iktisap etmezler, dolayısıyla mirasbırakanın alacaklılarına karşı sorumlulukları da yoktur. Bu

çalışma, belirli mal vasiyeti kurumunun, daha geniş bir ifadeyle vasiyet tasarrufunun Roma Hukukundaki yeri, türleri ve hükümlerine kısa bir bakış niteliği taşımaktadır.

II. ROMA HUKUKUNDA BELİRLİ MAL VASIYETİNE YAKLAŞIM

Roma Hukukunda vasiyetnamelerin geçerli bir biçimde teşekkül edebilmeleri için mutlaka bir mirasçı atama tasarrufu içermeleri gerekmekte idi¹. Bu nedenle ölüme bağlı tasarrufta bulunmak isteyen herkesin bir veya birden fazla kişiyi mirasçı ataması zorunlu idi, ancak bu tasarrufun yanında diğer maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflara yer verilebiliyordu. Belirli mal vasiyeti de bir kimseye, mirasçı hesabına belirli şeyler kazandıran bir ölüme bağlı tasarruf² olarak tanımlanmakta ve mirasbırakan, vasiyet alacaklısı ve bu vasiyet alacağını yerine getirmekle mükellef kimse, yani mirasbırakanın vasiyeti teslim borcunu yüklediği kimse olmak üzere üç tarafı bulunan bir hukuki ilişki yaratmakta idi³. Bu tasarruf, mirasçı atama tasarrufundan farklı olarak külli halefiyet sonucunu doğurmuyordu, vasiyet alacaklısının ancak vasiyet edilen malların mülkiyetinin

¹Roma Hukukunda vasiyetnamelerin olmazsa olmazı mirasçı atamadır, mirasçı atama, hem vasiyetname yapmaktaki birincil amacı teşkil eder, hem de vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için aranan bir koşuldur. Öyle ki, vasiyetnamede yer alan tüm diğer tasarruflar geçerli olmasına rağmen eğer mirasçı atama herhangi bir sebeple geçersizse vasiyetnamenin diğer hükümleri de geçersiz olacaktır, buna rağmen tersi geçerli değildir, eğer geçerli bir mirasçı atama söz konusuysa, bu tasarruf vasiyetnamede yer alan diğer tasarrufların geçersizliğinden etkilenmeksizin ayakta kalır, Ziya Umur, 'Roma Miras Hukukunun Ana Hatları', (1966) 31 İÜHFD 159, 167. Roma Hukukunda vasiyetnamelerin geçerli olabilmesi için mutlaka mirasçı atama tasarrufu içermesi gerektiğine ilişkin kural Gai. Inst., 2. 229 metninde tespit edilmiştir; Sevgi Kayak, 'Roma Hukukunda Vasiyetname Şekilleri', (2021) MÜHF-HAD 27 (1) 543, 546. Metnin çevirisi için bkz. Erkan Küçükgüngör, Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum) (Yetkin Yayınları 2007) 169 dn. 4.

² Tanım Gaius tarafından yapılmış olup Di Marzo'dan naklen alınmıştır. S. Di Marzo, Roma Hukuku, Ziya Umur (çev.) (İsmail Akgün Matbaası 1954) 514.

³ Ömerhan Koca, Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflar (Yetkin Yayınları 2018) 68; Fatma Oğuz Tokgöz, 'Miras Hukukunda Belirli Mal Bırakma' (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, 2021) 7; Nadi Günel 'Roma Miras Hukukuna Genel bir Bakış ve Vasiyet Yoluyla Miras', (1995) 44 (1-4) 425, 437.

devredilmesine ilişkin bir talep hakkı doğuyordu. Prensipten alacaklısı ölümüne bağlı tasarrufun yalnızca lehtarını, tereke borçlarından sorumlu tutulmazdı. Bununla birlikte, günümüzdeki anlayıştan farklı olarak Roma Hukukunda, cüzi halef olmasına rağmen vasiyet alacaklısının, bazı özel hallerde kendisine talep hakkı doğan pay oranında tereke borçlarından da sorumlu tutulduğunu görmekteyiz⁴. Vasiyeti teslim borcu kuralı olarak mirasçılarını, ancak mirasçı atanan kişi bir köle ise, köle mirası tabii olduğu efendisinin izni ile ve onların hesabına kazanabiliyordu, ancak eğer köle vasiyeti yerine getirmezse veya getiremezse bu yükümlülüğü yerine getirmesi efendisinden beklenmiyordu⁵.

III. ROMA HUKUKUNDA VASİYET TASARRUFUNUN ÇEŞİTLERİ

Roma Hukukunda vasiyet tasarrufları *Legatum* veya *Fideicommissum* şeklinde vücut bulmaktaydı⁶.

Legatum'lar, bir vasiyetname ile veya vasiyetnameye sonradan yapılan ilave içinde düzenlenebilen ve bağışlama belirten ölümüne bağlı tasarruflardı. Geçerlilikleri içinde yer aldıkları vasiyetnamenin geçerliliğine bağlı idi. Bu

⁴ Roma Hukukunda ölümüne bağlı tasarrufun konusu kural olarak terekedeki belirli mallar veya münferit haklar olmakla birlikte aşağıda tekrar değinileceği üzere terekenin belirli bir oranına ilişkin olarak da belirli mal vasiyeti yapılabilmekte idi. Tasarrufun konusunun terekenin belli bir hissesinden müteşekkil olduğu bu ihtimal "partitio legata" olarak adlandırılıyordu ve bu hale özel olarak vasiyet alacaklısı, kendisine vasiyet edilen oran üzerinde talep hakkına sahip oluyor, ancak mirasçı atamadan farklı olarak külli halef sıfatını kazanmıyordu. Külli halef sıfatı kazanmamasına rağmen, terekeden kendine vasiyet edilen pay oranında borçlardan da sorumlu tutuluyordu. Küçükgüngör (n 2) 213.

⁵ Bu husus mirasçı atanan ve vasiyeti teslim borcu ile yükümlü kılınan kimse bir filius familias olduğu takdirde de söz konusudur. Filius familias denilen kimseler, bir pater familias'ın egemenliği altında olan "aile evlatları"dır. Bu kimseler mirası pater familias'ın izni ile ve onun hesabına kazanırlar, ancak vasiyeti yerine getirme yükümlülüğü pater familias'a yüklenemez. Küçükgüngör (n 2) 211.

⁶ Şakir Berki, 'Romada Miras Hukuku', (1953) AÜHFD 10 (1) 542, 576; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları (Yedinci Bası, Olgaç Matbaası 1983) 404; Koca (n 3) 70; Umur (n 1) 174; Berk Hasan Özdem 'Roma İmparatorluğundan Günümüze Fideicommissum Familia', (2018) Türkiye Barolar Birliği Dergisi (135) 319, 323.

nedenle tasarruf herhangi bir vasiyetnameye bağlı olmaksızın yapılmışsa veyahut bağlı olduğu vasiyetnamede *testamenti factio activa* (tasarrufta bulunanın tasarrufta bulunabilme ehliyeti)⁷ eksikliği, *testamenti factio passiva* (tasarruftan yararlanacak kimsenin aranan ehliyet koşulunu sağlaması)⁸ eksikliği gibi ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğine yol açacak bir sebep mevcut bulunmakta ise, *legatum* da bağlı olduğu vasiyetname ile birlikte geçersiz kabul edilmekte idi⁹.

Legatum'lar. Yapıldıkları dönemin etkisine göre farklı özellikler arz eden dört türde tasnif edilirdi. Bu türlerden en eskisi *legatum per vindicationem*'di, özelliği, lehine belirli mal vasiyetinde bulunulan vasiyet alacaklısının başka herhangi bir hukuki işleme ihtiyaç duyulmaksızın malın mülkiyetini kazandığı bir tasarruf olmasıydı¹⁰. Tasarrufun amacı doğrudan mülkiyetin devri olduğu için de muhakkak vasiyetnamede malın lehine tasarrufta bulunulan kimseye verildiğinin ve mülkiyetinin de devredildiğinin beyan edilmesi gerekli idi, yoksa tasarruf geçersiz kabul ediliyordu¹¹. Eğer vasiyet edilen mal misli bir mal ise tasarrufta bulunanın bu mala tasarruf anında malik olması aranmıyordu, ölüm anında malın terekede bulunması yeterli idi, ancak mal misli nitelikte değilse bu

⁷ Roma Hukukunda ancak Roma Vatandaşı ve Sui İuris kimseler mirasbırakan olabilirler. Yabancılar, aile evlatları ve kölelerin kural olarak mirasçısı olamaz. Bu kural zaman içerisinde ihtiyaca göre genişletilmiş, aile evlatlarına Augustus'tan itibaren *peculium castrense* üzerinde özel izinle, İustinianus döneminde ise *peculium quasi castrense* üzerinde izne tabi olmaksızın vasiyet yapabilme hakkı tanınmıştır; Umur (n 1) 162; fakat bu devirde dahi, vasiyetname yapmaksızın öldüklerinde veya vasiyetnameleri bir sebepten geçersiz olduğunda aile evlatlarının mameleki yine egemenliği altında olduğu aile babasına geçmekte idi; Kudret Ayiter, Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku (İkinci Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi 1963) 59.

⁸ Roma Hukukunda yabancılar ile müebbet cezalara veya ölüm cezasına çarptırılanlar mirasçılık ehliyetine sahip değilken, yani mirasçı olabilmeleri mümkün değilken, başkalarının kölelerine veya başkalarının aile evlatlarına miras yoluyla kazandırmada bulunmak mümkündür. İustinianus döneminde dinden dönmüş kimseler de mirasçılık ehliyeti bulunmayan kimseler arasında kabul edilir oldular. Umur (n 1) 163.

⁹ Koca (n 3) 70; Küçükgüngör (n 2) 215.

¹⁰ Hugo Porchet, *Le Legs et Son Objet* (Schultess Verlag, 2021) N 16.

¹¹ Koca (n 3) 70.

durumda tasarrufta bulunanın hem mala tasarruf anında malik olması hem de ölüm anında mülkiyetini hala koruyor olması aranmaktaydı. *Legatum* geçerli biçimde teşekkül ettiyse, vasiyet alacaklısı lehine vasiyet edilen malın mülkiyetini, tereke vasiyetname ile atanan mirasçıya geçtiği anda kazanıyordu. Bu an itibariyle vasiyet alacaklısı istihkak davası niteliğindeki *rei vindictio* aracılığıyla lehine vasiyet edilen malı talep edebiliyordu¹².

Legatum'lar Klasik Hukuk Dönemi itibariyle bir borç kaynağı olarak kabul görmeye başladılar ve *legatum per damnationem* denilen *legatum* türü ile mirasçılar, tasarrufa konu olan malı vasiyet alacaklısına vermekle yükümlü tutulmaya başlandı¹³. Buna göre tasarrufu içeren vasiyetnamenin muhakkak mirasçıyı vasiyet alacaklısına malı devretmek borcu altına sokacak ifadeler içermesi gerekmektedir¹⁴. Neticede vasiyet alacaklısı *legatum per vindicationem*'de olduğu gibi kendiliğinden ve doğrudan mülkiyeti iktisap edememekte, yalnızca malın kendisine teslimi için mirasçıya karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahip olmaktadır. Bu alacak hakkı ileri sürüldükten sonra ise mirasçının tasarrufa konu olan malın niteliğine göre *mancipatio*¹⁵, *in iure cessio* veya *traditio* işlemlerinden birini yapmak suretiyle malın mülkiyetinin devrini sağlaması mümkün olabiliyordu. Bu işlemleri yapmaktan kaçınan mirasçıya karşı *rei vindictio* değil, *actio ex testamento* adı verilen bir hukuk davası ileri sürülebiliyordu¹⁶. Malın mülkiyeti doğrudan geçmediği için de, mala ne tasarruf anında ne de ölüm anında tasarrufta bulunanın

¹² Porchet, (n 10) N 16; Di Marzo (n 2) 516; Umur (n 1) 175; Küçükgüngör (n 2) 217; Koca (n 3) 71.

¹³ Porchet, (n 10) N 18.

¹⁴ Mirasçı ve vasiyet alacaklısı arasında herhangi bir sözleşme teşekkül etmediği halde tasarrufta bulunan vasiyetçinin iradesi neticesinde aralarında bir borç ilişkisi kurulmakta, bu nedenle bu tür *legatum*lar quasi contractus, yani sözleşme benzerlerinden kabul edilmektedir. Koca (n 3) 71-72.

¹⁵ Ege Türel Eren, 'Kazandırmanın Hukuki Sebebi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019) 17.

¹⁶ Porchet, (n 10) N 18; Di Marzo (n 2) 516; Küçükgüngör (n 2) 217; Koca (n 3) 72.

veya mirasçının malik olması şart değildi, üçüncü bir kişiye ait olan¹⁷ ya da o anda mevcut olmayıp gelecekte ortaya çıkması beklenen mallar da *legatum per damnationem*'in konusunu oluşturabilirdi¹⁸.

Legatum'ların üçüncü türü, yine *quasi contractus* kabul edilen ve mirasçı bakımından vasiyet alacaklısının malı iktisap edebilmesi için gerekli tasarruf işlemlerini yapmak yerine yalnızca malın teslim alınmasına rıza göstermekle yükümlü olduğu *legatum sinendi modo* idi¹⁹. Bu ihtimalde de vasiyet alacaklısı, salt lehine tasarruf yapılmış olmakla mülkiyeti iktisap edemediğinden, mirasçıya karşı *rei vindictio* değil, *actio ex testamento* davası ileri sürülebilmekte idi²⁰. Ancak *legatum per damnationem*'den farklı olarak bu defa malın ölüm anında vasiyet tasarrufunda bulunana veyahut mirasçıya ait olması aranmakta idi²¹.

Bir kimsenin vasiyetnamesinde yer verdiği *legatum*'un geçerli olup sonuç doğurabilmesi için mutlaka bu dört şekilden birinin koşullarını sağlayarak yapılmış olması zorunluluğu, sonraki devirlerde terk edildi ve öncelikle M.S. 1. yüzyıldan sonra ortaya çıkan *senatusconsultum Neronianum* ile *senatus*, vasiyetçinin sözlerinin şekil koşullarını sağlamadığı durumlarda karar alarak vasiyetçinin iradesini ayakta tutmaya başladı. Klasik Sonrası Dönemi takiben ise herhangi bir türün koşullarını sağlama mecburiyeti olmaksızın serbestçe *legatum* yapılabileceği anlayışı yerleşmiştir²².

¹⁷ Vasiyetin konusu üçüncü kişinin mülkiyetinde ise mirasçının ister malı teslim ederek, isterse *aestimatio* adı verilen ve malın değerine göre belirlenen bir bedeli ödeyerek borcundan kurtulması mümkündür, Di Marzo (n 2) 516; Umur (n 1) 175.

¹⁸ Bununla birlikte, tasarrufun konusu özgür bir kimse, bir kutsal veya bir dini mal olamazdı, Koca (n 3) 72.

¹⁹ Porchet, (n 10) N 19; Erkan Küçükgüngör 'Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti', (1996) AÜHFD, 45 (1-4) 505, 519; Di Marzo (n 2) 517.

²⁰ Porchet, (n 10) N 20.

²¹ Koca (n 3) 73.

²² Küçükgüngör (n 19) 520; Di Marzo (n 2) 519; Umur (n 1) 176, Koca (n 3) 74, Küçükgüngör (n 2) 227.

Fideicommissum ise tarihsel olarak İmparatorluk Döneminde ortaya çıkmış, konusu belirli mal bırakma olan, vasiyetçinin belirlediği bir vasiyet yükümlüsünün²³ yine vasiyetçinin belirlediği bir isteği yerine getirdiği ölüme bağlı tasarruf türü idi²⁴. Başlangıçta bu isteği yerine getirmemenin herhangi bir cezai yaptırımını yoktu, bu nedenle *fideicommissum*'ların yerine getirilmemesinin yaygınlaşmasını takiben İmparator Augustus döneminde *fideicommissum*ların ifa edilmesini sağlamak için *persecutio fideicommissum* adı verilen²⁵ özel bir dava hakkı tanınarak bu husus yaptırıma bağlanmış ve sebeple de *fideicommissum* da borcun kaynakları arasında kabul görmeye başlamış idi²⁶. *Legatum*'lardan farklı olarak *fideicommissum*'un geçerli olabilmesi için belli sözcükleri ihtiva ediyor olması aranmıyor, şekil şartı gözetilmiyordu, vasiyetçinin *testamenti factio activa* sahibi olması gerekli ve yeterli idi²⁷.

Fideicommissum da *legatum* gibi dört türde yapılabiliyordu. İlk tür, atanmış mirasçının terekenin tamamını veya belirli bir kısmını mirasçı sıfatı taşımayan bir başka kimseye devretmekle yükümlü kılındığı bir ölüme bağlı tasarruf olan *fideicommissum universitatis*'ti. Bu tasarruf bir tür külli belirli mal vasiyeti anlamına geliyordu, öyle ki atanmış mirasçı, terekenin tamamını (veya belirli

²³ Vasiyetçi tarafından *fideicommissum* yükümlüsü olarak belirlenebilecek kimseler vasiyetçinin ölümü neticesinde vasiyetten yarar sağlayacak olanlardı, bu bağlamda yükümlüler ancak kanuni mirasçılar, atanmış mirasçılar, vasiyet alacaklıları (*legatum* veya *fideicommissum* lehtarları), ölüme bağlı bağışlama lehtarı veya hazine olabilirdi. Koca (n 3) 76.

²⁴ Umur (n 1) 176. *Legatum*'lar tarihsel gelişimi içerisinde şekilci yapısını kaybettikten ve vasiyetçiler serbestçe *legatum* yapabilir hale geldikten sonra *legatum* ve *fideicommissum* arasında büyük bir fark kalmamış, bu dönemde tasarrufun nerede yer aldığına bakarak eğer vasiyetname içinde yer alıyorsa *legatum*, *codicillum*'da yer alıyorsa *fideicommissum* olarak adlandırılmaya başlanmıştı. Günal (n 3) 440; Koca (n 3) 75; İpek Sevda Söğüt 'Roma ve Türk Hukuku'nda Aile Fideikomisi', (2020) TBB Dergisi (147) 143, 160.

²⁵ Umur (n 1) 176.

²⁶ Küçükgüngör, (n 2) 230; Umur (n 1) 176; Koca (n 3) 76; Di Marzo (n 2) 531; Küçükgüngör (n 19) 521.

²⁷ Küçükgüngör, (n 2) 232.

kısmını) aktif ve pasifleriyle birlikte bütün olarak devretmekle yükümlü olduğundan, varsa tereke borçları da lehtara devredilmekte idi, ancak atanmış mirasçı bu devri gerçekleştirse bile hala mirasçı sıfatı taşımakta olduğundan tereke borçlarından sorumluluğu devam ederdi²⁸. Zamanla terekeden hiçbir menfaat elde edemedikleri halde borçlardan sorumlu tutulma riskiyle karşı karşıya kalan atanmış mirasçılar mirası reddetmeye başladılar, onların mirası kabul etmemeleri *fideicommissum*'un da sona ermesine neden oluyordu. Bu ihtimali engellemek için mirasçıların terekenin ¼'ü üzerinde hak sahipliğini korumak suretiyle kabule zorlandığı *senatus-consultum Pegasianum*'lar uygulanmaya başlanmıştır²⁹.

Daha sonraları 3. kişi lehine fakat vasiyet alacaklısı aleyhine yükümlülük getirecek şekilde mal vasiyetinde bulunma imkânı sunan *fideicommissum specialis* ortaya çıkmış, bu şekilde terekenin bir kısmı değil terekeye dâhil malların biri veya birkaçı vasiyet edilmeye başlanmıştır. Bu şekilde yapılan *fideicommissum*'da hem mirasçıya hem *legatum* yoluyla vasiyet alacaklısı kılınmış kimseye, hem de *fideicommissum*'dan yararlanan kimseye yükümlülük getirmek mümkün idi, malların kimin mülkiyetinde olduğu bir önem arz etmediğinden dolayı bu üçünden birinin malik olması da şart değildi, mallar üçüncü kişinin dahi olabilirdi³⁰.

Üçüncü tür olan *substitutio fideicommissoria* ile ise mirasbırakan, atanmış mirasçısı olarak belirlediği kimsenin mirasçı sıfatını kazandıktan sonra belli bir süre içinde ölmesi durumunda terekenin tamamını veya bir kısmını yine mirasbırakanın belirlediği bir kimseye iade etmesini isteyebiliyordu. Mirasçı, bu isteği bizzat bir vasiyetname yaparak ya o belirlenen kimseyi atanmış mirasçı kılmak suretiyle ya da kendi mirasçıları aleyhine o kimse lehine bir

²⁸ Küçükgüngör (n 2) 237-238.

²⁹ Küçükgüngör (n 2) 237; Koca (n 3) 78.

³⁰ Küçükgüngör (n 2) 245; Koca (n 3) 78.

fideicommissum ile yerine getiriyordu. Eğer bu işlemleri yapmaktan imtina ederse veya herhangi bir nedenle gerçekleştirilemezse dahi, mirasçıları *fideicommissum*'un gereklerini yerine getirmekle yükümlü idiler³¹.

Substitutio fideicommissoria'yı takiben ortaya çıkan son tür, *fideicommissum familiaria relictum*'dur. Bu *fideicommissum* ile ailenin mamelekinin korunması amaçlanıyor ve mirasbırakan terekesinin bir kısmının veya tamamının aynı ailenin üyelerine arka arkaya nakledilmesine olanak sağlıyordu³².

Fideicommissum'lar, vasiyetname ile düzenlenebilecekleri gibi, vasiyetnameye ek olarak yapılan *codicillus*'lar şeklinde de düzenlenebilirdi. *Codicillus*, şekle bağlı olmayan, mirasbırakanın son arzularını açıkladığı ve *fideicommissum* ihtiva eden ilave anlamına gelmekte idi³³. *Codicillus*'un geçerli olup sonuç doğurabilmesi için yapıldığı anda mirasbırakanın *testamenti factio activa* sahibi olması şarttı³⁴. *Codicillus* ancak *fideicommissum* düzenlemek için yapılırdı, mirasçı atama, mirastan çıkarma ve ikame tasarruflarında ve vasiyetnameden dönme amacıyla *codicillus*'a başvurulamazdı. Bununla birlikte, vasiyetnamede atanmış mirasçının

³¹ Bu yükümlülük Roma Hukukunda mirasçı ikamesinin tezahürüdür, nitekim kurum, aile babasının henüz ergenlik çağına gelmemiş oğlu için onun ergenliğe ulaşmadan ölmesi veya başka bir sebeple mirasçı olamaması ihtimaline karşı bir yedek mirasçı atayabilmesi, ancak bu kimse de mirasçı olduktan sonra ölürse, mallara bundan sonra ne olacağına karar verememesi kuralını bertaraf etmek için ortaya çıkmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Küçükgüngör, (n 2) 248; Koschaker ve Ayiter (n 6) 416; Umur (n 1) 178; Di Marzo (n 2) 591; Koca (n 3) 79.

³² İstüinianus döneminde bu *fideicommissum*'un etkisi dördüncü nesil ile sınırlandırılmıştır; Küçükgüngör, (n 2) 250; Umur (n 1) 178; Di Marzo (n 2) 591.

³³ Her ne kadar ilave olarak anılsa da mirasbırakanın herhangi bir vasiyetnamesi olmasa dahi, *codicillus* ile geçerli *fideicommissum* yapabileceği kabul ediliyordu; Koca (n 3) 80; *codicillus*'un bağlı olduğu bir vasiyetnamenin olduğu durumlarda da vasiyetname herhangi bir nedenle geçersiz olsa bile, mirasa hak kazanan kanuni mirasçıları *codicillus*un ihtiva ettiği *fideicommissum* nedeniyle sorumlu olurlardı. Küçükgüngör (n 2) 255.

³⁴ İstüinianus döneminde belirli şartlar altında *codicillus* yaptığı anda *testamenti factio activa*sı bulunmayan kimselerin de ölmeden önce ehliyeti kazanması ve iradesini değiştirmemesi şartıyla geçerli *codicillus* yapabileceği kabul edildi. Küçükgüngör (n 2) 255.

adının *codicillusta* zikredildiği şekilde *codicullus*'a gönderme var ise ve kimliği açık ve net şekilde belirlenebiliyorsa, o mirasçı atama işlemi geçerli kabul edilirdi³⁵.

IV. ROMA HUKUKUNDA VASIYET TASARRUFUNUN HÜKÜMLERİ

Roma Hukukunda bir kimsenin lehine yapılmış bir mal vasiyetinden istifade edebilmesi için *testamenti factio passiva* sahibi olması gerekmekte idi. Önceleri belirsiz bir kimse lehine mal vasiyetinde bulunulması kabul görmez iken İustinianus döneminden itibaren lehtar belirsiz legatum ve fideicommissum'ların geçerli olabileceği kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra lehtar ismen veya lakabıyla zikredilmiş olmasına rağmen bu isim veya lakap hatalıysa, ancak mirasbırakanın iradesinin kime yönelik olduğu tespit edilebiliyorsa, tasarrufun o belirlenen kimse lehine geçerli olacağı kabul görüyordu³⁶.

Eğer mirasbırakanın tek bir mirasçısı var ve o kimse aynı zamanda mirasbırakan tarafından belirli mallar için vasiyet alacaklısı kılınmışsa bu mal vasiyeti tasarrufu geçersiz kabul edilirdi, bununla birlikte mirasçı herhangi bir nedenle mirasçılık sıfatını yitirirse bu takdirde vasiyet alacaklısı olarak tasarrufun gereğinin yerine getirilmesini talep edebilirdi. Eğer mirasbırakanın birden fazla mirasçısı varsa bunlardan birinin veya birkaçının belirli mallar için vasiyet alacaklısı kılınmış olması ise geçerli bir tasarruftu, diğer mirasçılar kendi miras paylarından bu vasiyetin gereğini yapmakla yükümlü idiler³⁷.

Roma Hukukunda vasiyetin konusu maddi/maddi olmayan mallar, taşınır ve taşınmaz mallar ile haklar olabilmekteydi. Mal vasiyetlerinin parça vasiyeti yahut

³⁵ Bu ihtimal “testamentum mysticum” olarak isimlendirilmekte idi Küçükgüngör (n 2) 257.

³⁶ Küçükgüngör (n 2) 262-265.

³⁷ Bu ihtimalde lehine belirli mal vasiyeti yapılan mirasçılar miras paylarını mirasçılık sıfatıyla miras payına dayanarak, vasiyete konu tereke mallarını ise vasiyet alacaklısı sıfatıyla lehlerine yapılmış vasiyete dayanarak kazandıkları kabul görüyordu. Di Marzo (n 2) 576; Koca (n 3) 82.

cins vasiyeti şeklinde yapılabilmesi mümkündür. Bu vasiyetler seçimlik vasiyet olarak yapılabilmekte idiler, örneğin vasiyetin konusu bir köle olabiliyor ve hangi kölenin seçileceği vasiyet alacaklısına bırakılabiliyordu, bu tür seçimlik vasiyetler *legatum optionis* adı ile anılıyordu³⁸.

Vasiyet alacağını kazanabilmek için lehtarın mirasbırakanın ölümü anında sağ olması şarttı. Vasiyet alacaklısının vasiyete hak kazandığı an ölüm anıydı ve bu an *dies cedens* olarak anılıyordu, vasiyet alacaklısının kazandığı hakka dayanarak talep ileri sürebileceği an ise *dies veniens* adını taşıyor ve atanmış mirasçının mirası kabul işlemlerini yapmasını takiben söz konusu olabiliyordu. Vasiyet alacaklısı vasiyetin konusunun kendisine teslimi için dava açmaz veya vasiyet yükümlüsü ile bir ibra anlaşması yaparsa vasiyeti reddetmiş sayılıyordu³⁹.

Vasiyetname geçersizse, vasiyetin lehtarı mirasbırakandan önce ölmüşse ya da vasiyet alacağından feragat etmişse belirli mal vasiyeti geçersiz hale gelmekteydi. Bununla birlikte tasarrufun yapıldığı sırada geçersizliğine sebep olacak bir olgu sonradan geçerlilik şartlarını sağlasa bile tasarruf geçerli hale gelmiyordu, yani geçersizlik sonradan ortaya çıkabiliyor, ama başlangıçtaki geçersizlik sonradan düzeltilemiyordu. Mirasbırakanın vasiyete konu ettiği malı sonradan başka birine satması durumunda *legatum per vindicationem* ‘in sona erdiği, *legatum per damnationem*’in ise geçerliliğini korumaya devam ettiği kabul edilmekteydi⁴⁰.

SONUÇ

Belirli mal vasiyeti (vasiyet kavramı) tarihsel temelleri Roma Hukukuna dayanan bir miras hukuku kurumudur. Roma hukukunda klasik dönem öncesi ortaya çıkan vasiyet tasarrufu, ilerleyen dönemler boyunca değişim ve gelişim göstermiştir. Bu gelişim ve değişim süreci incelendiğinde, mirasçı atamanın bir uzantısı olarak

³⁸ Di Marzo (n 2) 522; Küçükgüngör (n 19) 524; Koca (n 3) 82.

³⁹ Küçükgüngör (n 19) 527; Koca (n 3) 84.

⁴⁰ Koca (n 3) 86.

ortaya çıkan vasiyet tasarrufunun ilk başta külli halefiyet sonucu doğuran bir tasarruf iken yavaş yavaş önce sadece cüz'i halefiyet doğuran, sonra belirli tip sınırlamasına ve şekil kurallarına tabi tutulan, daha sonraki zamanlarda mahfuz hisseli (saklı paylı) mirasçılık kavramı Roma Hukukunda geliştikçe mirasbırakanın tasarruf serbestisi sınırlandığından çerçevesini daha net belirlemenin gerekli olduğu, oldukça geniş bir uygulama alanı bulmasıyla birlikte yaygınlığı ile beraber tabi olduğu kuralların genişletildiği bir kurum olduğu görülmektedir. Roma Hukukundaki bu gelişim sürecinin günümüzde modern toplumlarda kabul gören belirli mal vasiyeti anlayışını, bilhassa Kara Avrupası Hukuk Sisteminin benimsediği Vasiyet Tasarrufu kurumunu etkilemiş ve beslemiş olduğu sonucuna varmaktayız.

KAYNAKÇA

Ayiter K, Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku (İkinci Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1963).

Berki Ş, 'Romada Miras Hukuku', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1953) 10 (1) 542, 576.

Di Marzo S, Roma Hukuku, Ziya Umur (çev.) (İsmail Akgün Matbaası 1954).

Günel N, 'Roma Miras Hukukuna Genel bir Bakış ve Vasiyet Yoluyla Miras', (1995) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 44 (1-4) 425, 442.

Kayak S, 'Roma Hukukunda Vasiyetname Şekilleri', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2021) 27 (1) 543, 565.

Koca Ö, Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflar (Yetkin Yayınları 2018).

Koschaker P ve Ayiter K, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları (Yedinci Bası, Olgaç Matbaası 1983).

Küçükgüngör E, Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum) (Yetkin Yayınları 2007).

Küçükgüngör E, ‘Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1996) 45 (1-4) 505, 531.

Oğuz Tokgöz F, ‘Miras Hukukunda Belirli Mal Bırakma’ (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi 2021).

Özdem BH, ‘Roma İmparatorluğundan Günümüze Fideicommissum Familia’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (2018) (135) 319, 334.

Porchet H, Le Legs et Son Objet, Travaux de la Faculté de Droit de L’Université de Fribourg (Schultess Verlag 2021).

Söğüt İS, ‘Roma ve Türk Hukuku’nda Aile Fideikomisi’, TBB Dergisi 2020 (147) 143, 181.

Türel Eren E, ‘Kazandırmanın Hukuki Sebebi’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019).

Umur Z, ‘Roma Miras Hukukunun Ana Hatları’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1965) 31 (1-4) 159,195.



KÜÇÜK EV (TINY HOUSE) VE AĞAÇ EVLERİN (BUNGALOV) İMAR HUKUKUNDAKİ YERİ

Hasan GÖK

Araştırma Makalesi

Dr., Avukat, İstanbul Barosu, hasangokk@yahoo.com, ORCID: 0009-0008-2085-9310.

ÖZET

Çalışmamız kapsamında son dönemde gittikçe yaygınlaşan küçük ev (tiny house) ve ağaç ev (bungalow) niteliğindeki yapıların hukuki durumu ele alınmıştır. Bu yapılara ilişkin yasal durum, ruhsat zorunluluğu ve ruhsat zorunluluğuna uyulmaması halinde yapı sahibinin karşılaşılabileceği idari ve cezai yaptırımlar incelememizin konusunu oluşturmaktadır.

ANAHTAR KELİMELELER: Küçük Ev, Ağaç Ev, Yapı Ruhsatı, İmar Para Cezası, Yıkım

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



Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

THE PLACE OF TINY HOUSE AND BUNGALOW IN ZONING LAW

Hasan GÖK

Research Article

Dr., Attorney-at-Law, İstanbul Bar Association, hasangokk@yahoo.com, ORCID: 0009-0008-2085-9310.

ABSTRACT

Within the scope of this article, the legal status of tiny house and bungalow which have been ever-increasing is discussed. Main topics discussed in this article are these building's legal status, the licence requirement and the sanctions that the building owner may face if the licence requirement is not complied with for these structures.

KEYWORDS: Tiny House, Bungalow, Building Permit, Zoning Fine, Demolition.

GİRİŞ

Ülkemizde son dönemde gerek arsa/arazi gerekse de konut nitelikli taşınmazların değerinin fahiş ölçüde artış göstermesi, pek çok kişiyi farklı alternatiflere yönlendirmektedir. Pandemi döneminde insanların uzun süre evlerde kapalı

kalması sonrasında doğa içinde özgürce yaşama isteği artmış ve bu durum da insanları yeni arayışlara yöneltmiştir. Boş bir arsa/arazi üzerine küçük ev (tiny house) ya da ağaç ev (bungalov) şeklinde yaşam üniteleri konularak satış ya da kiralama yoluyla isteklilere arz edilmesi, bu farklı alternatif arayışlarının bir sonucudur. Benzer örneklerde gördüğümüz gibi küçük ev ve ağaç evler de yoğun talep sonucu yaygınlaşırken, hukuki durum önemsenmemekte, şehrin biraz dışına çıkıldığında imar hukukuna ilişkin kurallar yokmuş gibi davranılmaktadır¹. Bu çalışmamızda küçük ev ve ağaç ev niteliğindeki yaşam ünitelerinin hukuki durumlarının tespit edilmesi ve gündeme gelmesi muhtemel sorunlara ilişkin çözüm önerilerinin ortaya konulması hedeflenmektedir.

I. KÜÇÜK EV (TINY HOUSE) ve AĞAÇ EV (BUNGALOV) KAVRAMI

Her ne kadar ülkemizde yabancı dillerdeki karşılığı aynen uygulamada karşımıza çıkmakta ve Türkçe karşılıkları pek kullanılmazsa da çalışmamız kapsamında tiny house niteliğindeki yaşam üniteleri için küçük ev, bungalov niteliğindeki yaşam üniteleri için ağaç ev ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz. Küçük evlerin tekerlekli ve bir çekici vasıtası ile taşınabilen, ağaç evlerin ise sabit yaşam ünitelerinden oluştuğunu söylemek mümkündür. Her iki türde de belirli bir standart söz konusu olmayıp, kullanıcı tercihlerine göre üretimin farklılaştığı görülmektedir.

Gerek küçük ev gerekse de ağaç ev niteliğindeki yaşam ünitelerinin hukuki statüsünü belirleyebilmek için ilk bakılması gereken yasal düzenleme, ülkemizde imar hukukunun temel kaynağı niteliğinde olan 3194 sayılı İmar Kanunu'dur. Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak özel ve resmi yapıları İmar Kanunu kapsamına alan kanun koyucu, yapı ifadesinden

¹ Çalışmamızı hazırladığımız dönemde, Kırklareli ilinde bulunan ve ruhsatsız ağaç evlerden oluştuğu belirtilen bir turizm tesisinde sel sonucunda 6 kişi hayatını kaybetmiştir. Bu acı olay, imar kurallarına uymamanın çok ciddi sonuçlar doğurabileceğini bir kez daha göstermiştir.

ne anlaşılması gerektiğini aynı kanunun 5. maddesinde belirtmiştir. Buna göre; “*karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik (hareketli) tesisler*” yapı sayılacaktır. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere, bir yaşam ünitesinin yapı sayılması için sabit ya da hareketli olması, daimi-geçici olması bakımından bir fark bulunmamaktadır. Bir yapı, doğrudan doğruya sabitlenebileceği toprak üzerinde veya su içerisinde inşa edilebileceği gibi başka bir yerde, tesiste inşa edildikten sonra üzerinde konumlandırılacağı araziye veya suya da raptedilebilir². Dolayısı ile hem küçük ev hem de ağaç ev niteliğindeki yaşam ünitelerinin İmar Kanunu bakımından yapı sayılacağı ve yapılara ilişkin tüm kurallara tabi olacaklarını söylemek yanlış olmayacaktır.

II. RUHSAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İdare; imar kanunu, yönetmelikler ve imar planları ile tesis edilmiş bulunan imar düzenini korumak ve geliştirmek amacıyla, yapı yapma hak ve yetkisini gözetim ve denetim altında tutmak ve gerekli tedbirleri alabilmek için bu faaliyetleri ruhsat (izin) usulüne tabi kılmaktadır³. İmar Kanunu gereğince bu kanun kapsamına giren yapıların yine kanunda öngörülen istisnai durumlar⁴ haricinde yapı ruhsatı alması zorunludur. (İmar Kanunu m.21) Bir yapının inşaatına başlanılmadan gerekli belgelerin idareye verilerek ruhsat başvurusu yapılması gerekmektedir. Küçük ev ve ağaç evlerin İmar Kanunu çerçevesinde yapı olarak kabul edilmesinin en önemli sonucu ruhsata tabi tutulmalarıdır. Ancak, küçük ev ve ağaç evlerde bir inşaat söz konusu olmayıp, imalat söz konusu olduğundan

² Muhammed Ali Aydın, ‘İmar Hukukunda İdari Yaptırımlar’, (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022) 15.

³ Halil Kalabalık, İmar Hukuku (Seçkin Yayıncılık 2005) 423.

⁴ İmar Kanunu’nun 26. maddesinde kamuya ait yapılar için, 27. maddesinde ise köylerdeki yapılar için kanunda belirtilen şartlar çerçevesinde ruhsat istisnası öngörülmüştür.

ruhsat süreci farklı işleyecektir. Bu yapılar fabrikada imal edilmekte ve hazır halde taşınmaz üzerine yerleştirilmektedir. İmar Kanunu hazırlanış itibarı ile betonarme yapıları esas aldığından, ruhsat alma zorunluluğu için inşaata başlanmadan öncesini işaret etmekteyse de küçük ev ve ağaç evler için ruhsat alma zorunluluğunun, imalatın başladığı tarihte değil, imalat sonrasında hazır halde taşınmaz üzerine yerleştirilmeden gündeme geleceği söylenmelidir. Bir başka ifade ile yapı sahibinin, küçük ev ve ağaç evin fabrikada üretim aşaması sonrasında taşınmaz üzerine yerleştirilmeden ruhsat başvurusu yapması yeterli olacaktır. Küçük ev/ağaç evin bir taşınmaz üzerine yerleştirilmesi ruhsat alma zorunluluğunun doğması için ön koşuldur.

Ruhsat yükümlülüğünün doğması ile birlikte küçük ev ya da ağaç evin üzerine yerleştirileceği taşınmazın maliki veya vekili ruhsat başvurusu yapacaktır. Başkasına ait taşınmaz üzerine yerleştirilmek istenilen küçük ev ve ağaç evler için taşınmaz malikinin rızası bulunmadığı takdirde ruhsat talebi geri çevrilecektir. Ruhsat başvurusunun hangi idareye yapılacağı hususunda İmar Kanunu'nda belirlenen yetki kuralları küçük ev ve ağaç evlerde de uygulanacaktır. Küçük ev ve ağaç evin yerleştirileceği taşınmaz, belediye ve mücavir alan sınırları içinde yer almaktaysa ilgili belediye, bu sınırlar dışında ise 5302 sayılı Kanun gereğince İl Özel İdaresi yetkili olacaktır.

Küçük ev ve ağaç evler çoğunlukla şehir dışında, köy sınırları içinde bulunan taşınmazlar üzerine yerleştirildiğinden köyler açısından ruhsat yükümlülüğü ayrıca ele alınmalıdır. Bilindiği üzere, ruhsat alma zorunluluğunun istisnalarından biri köylerde inşa edilecek yapılardır: *“Belediye ve mücavir alanlar dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezralarda yapılacak konut, entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile köyde oturanların ihtiyaçlarını karşılayacak bakkal, manav, berber, köy fırını, köy kahvesi, köy lokantası, tanıtım ve teşhir büfeleri ve köy halkı tarafından kurulan ve işletilen kooperatiflerin*

işletme binası gibi yapılar için yapı ruhsatı aranmaz. Ancak etüt ve projelerinin valilikçe incelenmesi, muhtarlıktan yazılı izin alınması ve bu yapıların yöresel doku ve mimari özelliklere, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunludur. Etüt ve projelerin sorumluluğu müellifi olan mimar ve mühendislere aittir. Bu yapılar valilikçe ulusal adres bilgi sistemine ve kadastro planlarına işlenir. Köy yerleşik alan sınırları dışında kalan ve entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapıların yapı ruhsatı alınarak inşa edilmesi zorunludur. Tarım ve hayvancılık amaçlı yapıların denetimine yönelik fenni mesuliyet 28 inci madde hükümlerine göre mimar ve mühendislerce üstlenilir.” (İmar Kanunu m.27/1) Madde metninden anlaşıldığı üzere; getirilen düzenleme esas itibarı ile konut ve entegre tesis niteliğinde olmayan tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar için öngörülmüştür. Bu durumda küçük ev ve ağaç evlerin, köy yerleşik alanlarında⁵, köy civarında ve mezralarda kalmak, kanun ve yönetmelikte öngörülen koşulları yerine getirmek ve konut amacıyla kullanılmak kaydıyla ruhsat zorunluluğu bulunmaksızın arazi üzerine konulması söz konusu olabilecektir. Ancak konut olarak kullanılmak yerine konaklama amaçlı turizm faaliyetlerine özgülenmesi halinde köy yerleşik alanı ve civarı ile mezralarda bulunsa bile, ruhsat aranacaktır.

Küçük evin bir römork üzerinde taşınabilir olması da mümkündür. Römork vasıtası ile çekilen küçük evlerin plaka, ruhsat ve trafik tescil işlemleri tamamlandıktan sonra başkaca bir izne ihtiyaç olmaksızın kullanılması mümkünse de bu durum küçük evlerin kamp taşıtı⁶ (karavan) gibi kullanılması

⁵ Köy yerleşik alanı, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği’nde, “Belediye ve mücavir alan sınırları içindeki imar plânı bulunmayan mevcut yerleşmelerin (mahalle, köy ve mezralar) müstakbel gelişme alanlarının da içine alan ve sınırları Belediye Meclislerince karara bağlanan alanlar” olarak tanımlanmaktadır. (Madde 4).

⁶ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda kamp taşıtı, yük taşımada kullanılmayan; iç dizaynı tatil yapmaya uygun teçhizatlarla donatılmış, hizmet edebileceği kadar yolcu taşıyabilen motorlu taşıt olarak tanımlanmıştır.

halinde geçerli olup, tekerleksiz olarak kullanım halinde “*araç*” statüsünde değil, “*yapı*” statüsünde olduğu belirtilmelidir⁷. Bir başka ifade ile, araç statüsünde olan bir küçük evin, imar mevzuatı çerçevesinde ruhsat alma zorunluluğu bulunmuyorsa da 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu çerçevesinde ruhsat ve tescil işlemlerinin yapılması ve motorlu taşıtların trafiğe çıkabilmesi için aranan koşulları karşılaması gerekmektedir.

Tekerlekli küçük evlerin kısa süreliğine park edilmesi halinde ruhsat aranması söz konusu olmazken, sabit hale gelecek şekilde uzun süreli park edilmeleri halinde tekerlekli olmaları sonucu değiştirmeyecek ruhsat alınması gerekecektir. Tekerlekli küçük evin, bulunduğu taşınmaz üzerinde kısa süreliğine mi park etmiş olduğu yoksa sabit kalmak amacıyla mı bırakıldığının tespiti için elektrik, su ve foseptik ihtiyaçlarının karşılanmasının ne şekilde olduğuna bakılabilir. Elektrik, su, foseptik gibi alt yapı ihtiyaçları araziden karşılanıyorsa, küçük evin sabit olduğu, “*araç*” statüsünden çıktığı ve “*yapı*” statüsüne geçtiği kabul edilmelidir. Nitekim, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’nın da küçük evlerin konut veya ticari amaçla sabit olarak kullanılması veya sabit olarak kullanılmasa da alt yapı hizmetlerinden faydalandırılması halinde ruhsat yükümlülüğünün doğduğu şeklinde görüş beyan ettiği belirtilmektedir⁸.

Alt yapı ihtiyacının araziden karşılanması önemli bir kriter olmakla birlikte, her somut durumda ayrı bir değerlendirme yapmak ve başkaca kriterleri de göz önüne almak gerekecektir. Örneğin, kamp taşıtlarına hizmet vermek için kurulan bir kamp alanında park eden ve bu alandan alt yapı hizmeti (elektrik, su gibi) alan tekerlekli küçük evin sabit hale geldiği ve ruhsat alması gerektiği söylenemez. Kamp alanı niteliği gereğince “*geçici*” olduğundan, burada park eden tekerlekli

⁷ Esen Dolma, ‘Tekerlekli Bile Olsa İmar Mevzuatını Çiğneyemez’ (Gazete Oksijen, 2022) 7.

⁸ Dolma (n 7) 7.

ev, yapı statüsüne dönüşmez. Ancak aynı evin tarla vasfında bir arazinin orta yerine park edilmesi, elektrik, su, foseptik gibi alt yapı hizmetlerini bu araziden karşılaması tekerlekli küçük evin araç statüsünden çıkıp, yapı statüsüne girdiği karinesini doğuracaktır.

III.KÜÇÜK EV VE AĞAÇ EV SAHİPLERİNE UYGULANABİLECEK YAPTIRIMLAR

A. İDARİ YAPTIRIMLAR

1. Genel Olarak

İdari yaptırım, yasaların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya işlemi ile idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezadır⁹. Bir başka ifade ile, idarenin koymuş olduğu kuralların ihlal edilmesi dolayısı ile yine idare tarafından uygulanan yaptırımlardır.

Küçük ev ve ağaç evlerin ruhsat alınmaksızın bir taşınmaza yerleştirilmiş olması halinde İmar Kanunu'ndaki ruhsatsız yapılara ilişkin yaptırımların gündeme geleceğinde şüphe bulunmamaktadır. Bir taşınmaz üzerinde ruhsatsız küçük ev veya ağaç ev bulunuyorsa yetkili idare taşınmazın bulunduğu yere göre belirlenecektir. Taşınmazın belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunması halinde ilgili belediye¹⁰, bu alanlar dışında ise bulunması halinde ise il özel idaresi idari yaptırımlar için yetkili olacaktır. Yetkili idarenin alacağı kararlar konu bakımından da sınırlanmıştır. İdareye verilen bu yetki, somut olarak her bir taşınmaz özelinde kullanılabilir bir yetki olup, genel olarak bir yasaklama

⁹ Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku-Cilt 1 (5. Bası, Turhan Kitabevi 2012) 755.

¹⁰ Yetkili belediye kural olarak ilçe belediyesi olup, ilçe belediyesinin hareketsiz kalması halinde 5216 sayılı Kanun'un 11. maddesi gereğince büyükşehir belediyesi yetkili hale gelecektir.

kararı verilmesini kapsamamaktadır. Nitekim, küçük evlerin kontrolsüz şekilde araziye yerleştirilmesinin çevre ve görüntü kirliliğine neden olduğunu ifade eden ve bu nedenle ilçe sınırları içinde küçük evlere ilişkin genel bir yasak getiren İzmir Karaburun Belediye Meclis kararı, idare mahkemesi tarafından genel yasaklama kararının yasal bir dayanağının bulunmadığı, sözü edilen yapıların somut olarak taşınmaz üzerine konulması halinde belediyenin yetkili organlarınca imar mevzuatı yönünden değerlendirme yapılabileceği gerekçesi ile hukuka aykırı bulunmuştur¹¹. İdare hukukunda yetkisizliğin asıl olduğu, idarenin işlemlerinin yasal bir dayanağının bulunmasının zorunlu olduğu düşünüldüğünde söz konusu mahkeme kararının isabetli olduğu söylenebilecektir.

İmar mevzuatından kaynaklanan yetkilerin kullanılabilmesi için ilk şart, mevzuata aykırı durumun tespit edilmesidir. İlgili idare tarafından ruhsatsız küçük ev ve ağaç evlerin varlığının öğrenilmesi üzerine durumun bir tutanak vasıtası ile ortaya konulması gerekir. İnşaatın durumunu tespit eden bu tutanağa “*yapı tatil tutanağı*” denir ve bu tutanağın yapıya asılması ile yapı sahibinin durumdan haberdar olduğu varsayılır¹². Yapı tatil tutanağı ile aykırılık tespit edilmeden idari yaptırımlarının uygulanabilmesi mümkün değildir. Yapı tatil tutanağının kapsamlı bir şekilde hazırlanması ve imara aykırı uygulamaların fotoğraf ile belgelenmesi, tutanağın usulsüzlük nedeni ile iptal edilmesi ihtimalini azaltacaktır.

2. Yıkım

Küçük ev/ağaç ev sahibinin, yapı tatil tutanağının tebliğinden itibaren en çok bir ay içinde ruhsat alarak yapısını mevzuata uygun hale getirme imkânı

¹¹ İzmir 3. İdare Mahkemesi, E 2022/736 K 2022/1843, 26.10.2022. (Karar yayımlanmamış olup, Ege’de Son Söz Gazetesi’nin 07.04.2023 tarihli sayısında içeriği yer almaktadır.)

¹² Hasan Gök, İmar Mevzuatına Aykırılık Hallerinde Uygulanacak İdari ve Cezai Yaptırımlar (Yetkin Yayınları 2021) 94.

bulunmaktadır. Ancak yapı sahibi bu süre içinde harekete geçmez ise idarenin İmar Kanunu m.32 çerçevesinde resen küçük ev/ağaç evi kaldırması söz konusu olacaktır. Kanun koyucu, yapı sahibine bir aya kadar süre tanıyarak geri dönüşü olmayan sonuçlardan kurtulma imkânı sağlamaktadır.

İmar Kanunu'nun 32. maddesinde idareye tanınan yetki “*yıkım*” yetkisidir. Yıkım geniş anlamda bir yapının ortadan kaldırılmasıdır. Bu yetkinin klasik kullanımı, yapının iş makinaları vasıtasıyla bütünlüğünün bozularak kullanılamaz hale getirilmesidir. Ancak küçük ev/ağaç ev gibi bulunduğu yerden kaldırılarak farklı bir yere götürülmesi mümkün olan yapılar için idareye, küçük evi/ağaç evi kullanılamaz hale getirmek yerine, bu yapıları tek parça olarak kaldırıp, kendi tasarrufuna geçirme olanağı tanıyan açık bir yetki kuralı ihdas edilmesi yerinde olacaktır. Böylece ruhsatsız olarak taşınmaz üzerine yerleştirilen yapı, sahibinin tasarrufundan alınarak yaptırım uygulanmış olurken, söz konusu yapının ekonomik değeri de korunmuş olacaktır. Bu durum mülkiyet hakkının ihlali olarak da görülemez. Kaldı ki; yıkım yetkisi de doğrudan mülkiyet hakkına müdahale içermektedir. Yıkım kararı, her ne kadar hukuka aykırı niteliği olan taşınmazın hukuka uygun hale getirilmesi amacını taşısa da nihayetinde malikin veya yapı sahibinin rızası dışında cereyan ettiği için mülkiyet hakkının sınırlandırmasına yönelik bir tasarruftur¹³.

Yapı sahibi bir aylık süre içerisinde, ruhsat başvurusunu yapmış ancak kendisine olumlu ya da olumsuz bir cevap verilmemişse yıkım kararı alınmadan önce ruhsat talebine ilişkin başvurunun sonucunun beklenmesi gerekir. Önemli olan yapı sahibinin idareye ruhsat için başvurmuş olması ve bu başvurunun henüz reddedilmemiş olmasıdır¹⁴. Bu durumda küçük ev ve ağaç ev sahibinin, ruhsatsız

¹³ Kürşat Ersöz, ‘Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı’, (2015) 3 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103, 104.

¹⁴ Melikşah Yasin, İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanılmasının Usul ve Esasları (XII Levha Yayıncılık 2009) 72.

olarak taşınmaz üzerine yerleştirmiş olduğu yapısı için idarenin tutanak düzenlemesinden itibaren bir ay içinde ruhsat başvurusu yapması halinde, yapısını mevcut yerinde tutma imkânı olacaktır. Ancak ruhsat başvurusu reddedilirse, yapı kaldırılacaktır.

Küçük ev ve ağaç evin İmar Kanunu m.27 çerçevesinde ruhsat zorunluluğu bulunmayan bir arazi üzerine yerleştirilmesinin söz konusu olabileceği yukarıda belirtilmişti. Ancak ruhsat alma zorunluluğunun bulunmaması bu yapılara idari yaptırım uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin, köy yerleşik alanına ruhsatsız olarak yerleştirilebilecek küçük evin/ağaç evin muhtarlığa bildirim yapılmaması ya da fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırılık nedeni ile idari yaptırım uygulanması söz konusu olabilecektir. Ancak bu yaptırım mühürleme ve durdurma ile para cezası olabilecek, açık yasal dayanak bulunmadığı için yıkım yaptırımını uygulanamayacaktır¹⁵.

3. İmar Para Cezası

Küçük ev ve ağaç evlerin ruhsatsız olarak araziye yerleştirilmesi durumunda yapı sahibine uygulanacak bir diğer idari yaptırım imar para cezasıdır. Bir yapının ruhsatsız olduğu tespit edildikten sonra yukarıda açıklamış olduğumuz üzere bir ay içinde ruhsat başvurusunda bulunarak yıkım yaptırımından kurtulmak mümkünse de sonradan ruhsata başvurmak imar para cezasından kurtulmayı sağlamayacaktır. Bu nedenle bir taşınmaz üzerine ruhsatsız olarak küçük ev ve ağaç ev yerleştirilmesi halinde imar para cezası ile muhatap olunacağı ve daha sonra ruhsat alınsa bile imar para cezasının ortadan kalkmayacağı bilinmelidir.

İmar para cezasına ilişkin genel düzenleme İmar Kanunu'nun 42. maddesinde yer almaktadır. İmar Kanunu'nun sistematüğinde, imar para cezasının miktarının, yapının sınıfına göre ve inşaat alanı üzerinden hesaplanması öngörülmüştür.

¹⁵ Yunus Eraslan, 'İmar Hukukunda Ruhsat Aranmayan Yapılar Yönünden Öngörülen İdari Yaptırımlar', (2022) 69 Adalet Dergisi 99, 121.

Ancak bu yapı sınıflarında, betonarme yapılar esas alınmaktadır. Küçük ev ve ağaç evlerde uygulanacak imar para cezasının miktarının İmar Kanunu m.42/b bendinde yer alan; “..Mevzuata aykırılığı yapı inşaat alanı üzerinden hesaplanması mümkün olmayan, yapının cephelerini ve diğer yapı elemanlarını değiştiren veya yapı malzemesi için öngörülen gereklere aykırı bulunan uygulamalar için, Bakanlıkça yayımlanan ve aykırılığa konu imalatın tespiti tarihinde yürürlükte bulunan birim fiyat listesine göre ilgili idarece belirlenen bedelin % 20’si kadar idari para cezası verilir.” hükmüne göre belirlenmesi söz konusu olacaktır. Bu şekilde temel ceza belirlendikten sonra aynı maddenin “c” bendinde yer alan nitelikli haller doğrultusunda temel ceza arttırılacaktır. Örneğin, küçük evin konulduğu taşınmaz mutlak yapılaşma yasağının olduğu kesin korunacak hassas alanda ya da birinci derece kültürel sit alanlarında birinde yer alıyorsa, temel ceza %50 oranında arttırılacaktır¹⁶.

İmar Kanunu’nun 42. maddesine 7226 sayılı Kanun ile eklenen “ç” bendi gereğince, yapı sahibine ve yapı müteahhidine “ek” bir para cezası daha uygulanacaktır. Buna göre; aykırılığa konu alan ile bu alanın bulunduğu arsa ve arazinin emlak vergisine esas asgari metrekare birim değerinin çarpımı ile bulunan bedel kadar idari para cezası hesaplanan asıl cezaya (temel ceza ve varsa nitelikli hallerde arttırılan tutar) eklenecektir. Bu “ek” ceza yapı sahibini imara aykırılığı gidermeye zorlamaya yönelik olup, eğer yapı sahibi idari para cezasının tebliğinden itibaren bir ay içinde aykırılığı giderir ve yapıyı mevzuata uygun hale getirirse bu ek cezayı ödemekten kurtulacaktır¹⁷. Küçük ev ve ağaç evin ruhsatsız olarak bir taşınmaz üzerine yerleştirilmesi halinde İmar Kanunu’nda öngörülen temel cezanın yanı sıra bu “ek” cezanın da yapı sahibine uygulanması gündeme gelecektir. İdari para cezasının tebliğinden itibaren bir ay içinde küçük ev/ağaç

¹⁶ İmar Kanunu m.42/c-7.

¹⁷ İmar Kanunu m.42/2-ç.

ev bulunduğu yerden kaldırılırsa, temel cezadan kurtulma imkânı bulunmasa da, “ek” cezadan kurtulma mümkün olacaktır.

Kanunun mevcut halinin imar para cezaları bakımından küçük ev ve ağaç evler için uygun olmadığı, bu tarz yapılar için özel bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Küçük ev ve ağaç evler genellikle belirli standartlarda olduğu için bu yapılar için kanunda maktu bir ceza tutarı öngörülmesi yerinde olacaktır. Mevcut durumda ise, kanundaki düzenlemeler betonarme yapılar düşünülerek hazırlandığından küçük ev ve ağaç evlerin niteliklerine uygun düştüğü şekilde bir hesaplama yapılmalıdır.

Kişinin kendisine ait bir taşınmaz üzerine ruhsatsız olarak küçük ev ya da ağaç ev yerleştirmesi halinde imar para cezasının doğrudan taşınmazın maliki hakkında tesis edileceği açıktır. Ancak başkasına ait bir taşınmaz üzerine küçük ev ya da ağaç ev yerleştirilirse bu durumda imar para cezasının muhatabı taşınmazın maliki değil, küçük evin/ağaç evin maliki olacaktır. İmar para cezasına neden olan eylem ruhsat alınmaksızın küçük evin/ağaç evin yerleştirilmesi olduğundan taşınmaz malikine idari yaptırım uygulanması söz konusu olamayacaktır. İdare küçük evin/ağaç evin kime ait olduğunu araştırmaksızın tapuda malik gözüken kişiye imar para cezası uygulayacak olursa, malikin “*şahsilik ilkesini*” ileri sürerek cezadan kurtulma imkânı bulunmaktadır. Şahsilik ilkesi, kanunda idari yaptırım öngörülen fiili işleyen kim ise, idari yaptırımın muhatabının o kişi olmasını gerektirmektedir. Danıştay, şahsilik ilkesine idari yaptırımlar alanında sıkı sıkıya riayet etmekte ve şahsilik ilkesine aykırı kararların hukuka aykırı olduğunu tespit etmektedir¹⁸. Bu çerçevede malik taşınmaz üzerindeki küçük ev veya ağaç evin kendisi tarafından konulmadığını, örneğin eski malik tarafından yerleştirildiğini ve kendisinin bu hali ile aldığını ispat edebilirse para cezasından kurtulabilecek ancak küçük

¹⁸ Danıştay’ın şahsilik ilkesine ilişkin kararları için bkz. Gök (n 12) 79-80.

evin/ağaç evin yıkılmasını (kaldırılmasını) engelleyemeyecektir.

B. CEZAI YAPTIRIMLAR

Ruhsat yükümlülüğüne riayet edilmeksizin küçük ev veya ağaç evin bir arazi üzerine yerleştirilmiş olması, yapı sahibinin sadece idari yaptırımlara muhatap olmasına yol açmaz. Bilindiği üzere, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "*imar kirliliğine neden olma*" suçuna yer verilmiştir. TCK m.184'te imar kirliliğine neden olma başlığı altında birden fazla suç tipine yer verilmişse de bu suç tiplerinden "*yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapılması*" suçu doğrudan çalışma konumuzu ilgilendirmektedir. Madde metninde ruhsatsız inşa edilen "*yapı*" dan değil "*bina*" dan bahsedilmektedir. İmar Kanunu'nda "*bina*", kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyanın korunmasına imkân sağlayan yapılar olarak tanımlanmıştır¹⁹. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere küçük ev veya ağaç ev şeklindeki yapılar bina tanımının içinde yer almaktadır. Dolayısı ile küçük evin/ağaç evin ruhsatsız olması halinde TCK m.184/1 fıkrasında düzenlenen imar kirliliğine neden olma suçu oluşacaktır.

Kanunun uygulama alanı belediye sınırları ve özel imar rejimine tabi alanlarla sınırlıdır. Bu alanlar dışındaki bir alana küçük ev/ağaç ev ruhsatsız olarak yerleştirilecek olursa yukarıda açıklamış olduğumuz idari yaptırımlar yapı sahibine uygulanabilecekse de belediye sınırları ve özel imar rejimine tabi alanlar (organize sanayi bölgeleri, sit alanları gibi) dışında imar kirliliğine neden olma suçu oluşmayacaktır. Aynı durum mücavir alanlar için de geçerlidir. Her ne kadar imar mevzuatı açısından mücavir alanlar belediye sorumluluğuna dahil edilmişse de suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kanunda mücavir alandan

¹⁹ İmar Kanunu m.5.

bahsedilmediğinden küçük ev/ağaç evin bulunduğu yer mücavir alan içinde kalıyor olsa bile, bu suç oluşmayacaktır²⁰.

İmar kirliliğine neden olma suçunu düzenleyen maddede etkin pişmanlık düzenlemesi de yer almaktadır. (TCK m.184/5) Buna göre, küçük ev/ağaç ev dolayısı ile imar kirliliğine neden olma suçlaması ile karşı karşıya kalan kişi küçük ev/ağaç evi bulunduğu yerden kaldırırsa ceza tehdidinden kurtulacak, ceza almış olsa bile aldığı ceza ortadan kalkacaktır. Ancak etkin pişmanlık hükmünün sadece ceza sorumluluğu bakımından sonuç doğurduğu, idari yaptırımlara bir etkisinin bulunmadığını tekrar belirtmek yerinde olacaktır.

SONUÇ

Şehir hayatından uzakta, sakin bir ortamda küçük ev ya da ağaç ev niteliğinde bir yapıya sahip olmak son derece cazip gözükmektedir. Bu yapıların betonarme olmaması, kaldırılıp başka yere taşınabilmesi, bu yapılar için herhangi bir izin zorunluluğunun bulunmadığı yanılması neden olmaktadır. Ancak yasal işlemler tamamlanmadan bu yapıların taşınmaza yerleştirilmesi hem idari hem de cezai yaptırımlara muhatap olma riskini beraberinde getirmektedir. Olumsuz sonuçlarla karşılaşmamak için bu yapılar taşınmaz üzerine yerleştirilmeden ilgili idareye başvuru yapılması önemlidir.

Toplumsal hayatta yaşanan gelişmeler her zaman aynı hızda hukuki düzenlemelere yansımamaktadır. Küçük ev ve ağaç evler de son dönemde hızla yaygınlaşırken imar hukukumuzun temel kaynağı olan 3194 sayılı İmar Kanunu'nda küçük ev ve ağaç ev niteliğindeki yapılar için özel düzenlemelerin yer almaması önemli bir eksikliklerdir. Küçük ev ve ağaç evlerin niteliği betonarme yapılardan farklı olduğundan betonarme yapılar düşünülerek hazırlanan imar kuralları bu yapılar için yetersiz kalmaktadır.

²⁰ Yargıtay 4. CD, E 2014/35867 K 2014/36539, 18.12.2014.

Küçük ev ve ağaç evlerde ruhsat süreçleri kolaylaştırılmalıdır. Betonarme yapılar gibi proje hazırlanması zorunluluğu olmadığından hangi koşullarda taşınmaz üzerine yerleştirilebileceği tespit edilerek ruhsat düzenlenebilir. Ticari ve turizm amaçlı kullanım koşulları ise ayrıca düzenlenmelidir.

Ruhsatsız olarak taşınmaz üzerine yerleştirilen küçük ev ve ağaç evleri için uygulanacak idari yaptırımların da bu yapıların niteliklerine uygun düşecek şekilde düzenlenmesinde fayda vardır. İdari para cezalarının küçük ev ve ağaç evler için maktu olarak düzenlenmesi, bireysel kullanım dışında ticari kullanım halinde cezanın arttırılması yerinde olacaktır. Yıkım yaptırımı dışında ruhsatsız küçük evlerin/ağaç evlerin bulunduğu alandan kaldırılarak idarenin tasarrufuna geçirilmesi yönünde bir düzenleme yapılması da bu yapıların niteliğine uygun düşecektir.

KAYNAKÇA

Aydın MA, 'İmar Hukukunda İdari Yaptırımlar', (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022).

Dolma E, 'Tekerlekli Bile Olsa İmar Mevzuatını Çiğneyemez', (Gazete Oksijen 2022).

Eraslan Y, 'İmar Hukukunda Ruhsat Aranmayan Yapılar Yönünden Öngörülen İdari Yaptırımlar', (2022) 69 Adalet Dergisi 99, 132.

Ersöz, K, 'Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı', (2015) 3 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103, 149.

Gözübüyük Ş ve Tan T, İdare Hukuku-Cilt 1 (5. Bası, Turhan Kitabevi 2012).

Gök H, İmar Mevzuatına Aykırılık Hallerinde Uygulanacak İdari ve Cezai Yaptırımlar (Yetkin Yayınları 2021).

Kalabalık H, İmar Hukuku (Seçkin Yayıncılık 2005).

Yasin M, İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanılmasının Usul ve Esasları (XII Levha Yayıncılık 2009).